

Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral

(Estudio de 100 casos relevantes)

Consejo de Redacción

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
BALLESTER PASTOR, Inmaculada
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GARCÍA MURCIA, Joaquín
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
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)

ANUARIO 2022 DE JURISPRUDENCIA LABORAL

(ESTUDIO DE 100 CASOS RELEVANTES)

Autores

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
BALLESTER PASTOR, Inmaculada
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GARCÍA MURCIA, Joaquín
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
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)

Primera edición: febrero de 2023



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

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

NIPO AEBOE (papel): 090-20-130-9

NIPO AEBOE (PDF): 090-20-131-4

ISBN: 978-84-340-2905-7

Depósito Legal: M-4742-2023

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

PRESENTACIÓN

A lo largo del año 2022, la *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)* ha publicado por entregas los comentarios a 100 resoluciones judiciales dictadas por distintos órganos judiciales de varias jurisdicciones; ahora se aglutinan en este *Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL)* editado dentro de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En su cuarto año de singladura, la *RJL* sigue cumpliendo el objetivo de alcanzar el número redondo de cien pequeños estudios. Decisión caprichosa o elección premeditada, lo cierto es que el guarismo simboliza algunos rasgos que definen tanto a la 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 del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, y también del Equipo de Dirección, es que la *RJL* llegue cada vez a más gente, convirtiéndose así en una herramienta útil para quienes muestran interés y/o desarrollan su quehacer profesional en este sector del ordenamiento jurídico. Cien es el número de años de un siglo y manifestación de longevidad, siendo también longeva y fructífera la trayectoria que deseamos para la *RJL*.

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

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

Madrid, 23 de diciembre de 2022

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

ÍNDICE PRINCIPAL

	<u>Página</u>
§1. Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso. STJUE (Sala Quinta) de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20). <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	13
§2. La previa IT no debe afectar a la retribución vacacional. STJUE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2021 (asunto C-217/20). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	25
§3. Huelga en servicios esenciales: los médicos internos residentes pueden ser incluidos en los servicios mínimos. STS-CONT 1523/2021, de 17 de diciembre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	37
§4. Actuación «amarilla» de un sindicato frente a otros en una pugna electoral. STS-SOC 1097/2021, de 10 de noviembre. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	51
§5. Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos en las Administraciones Públicas. STS-SOC 1102/2021, de 10 de noviembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	59
§6. Determinación del convenio colectivo aplicable en las contrataciones y subcontratas. STS-SOC 1110/2021, de 11 de noviembre. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	69
§7. Tutela judicial efectiva y valoración de nuevas patologías no contenidas en el expediente administrativo de incapacidad permanente. STS-SOC 1177/2021, de 1 de diciembre. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i> . ..	77
§8. El contrato de puesta a disposición que sirve para eludir la legislación de la contratación temporal es cesión ilegal y constituye una infracción muy grave. STS-SOC 1206/2021, de 2 de diciembre. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	87
§9. La protección «refleja» de la garantía de indemnidad. STS-SOC 1242/2021, de 9 de diciembre. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	97
§10. El período de prueba debe concretarse en el contrato de trabajo. STS-SOC 1246/2021, de 9 de diciembre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	107
§11. Sobre la estabilidad contractual del profesorado de religión católica. STJUE (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022 (asunto C-282/19). <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	115
§12. Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute. STJUE (Sala Séptima) de 13 de enero de 2022 (asunto C-514/20). <i>Juan Martínez Moya</i>	123

	Página
§13. Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación. STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20). <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	133
§14. La TGSS no puede revisar de oficio un alta aduciendo la inexistencia de la relación laboral. STS-CONT 226/2022, de 22 de febrero. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	139
§15. La incapacidad temporal generada en situaciones de aislamiento o contagio por COVID-19 no da derecho a la obtención de la mejora convencional prevista en caso de IT derivada de accidente de trabajo. STS-SOC 57/2022, de 20 de enero. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	151
§16. Subrogación empresarial y mantenimiento de la unidad esencial del vínculo en supuestos de desistimiento voluntario de la persona trabajadora. STS-SOC 71/2022, de 26 de enero. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	161
§17. Convenio colectivo aplicable a empresa subrogada y exigencia de fundamentación jurídica de la infracción legal ex artículo 224.2 LRJS. STS-SOC 79/2022, de 27 de enero. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	171
§18. Denegación del depósito de los estatutos del sindicato de Abogados adscritos al turno de oficio RDA (Red de Abogados). STS-SOC 83/2022, de 27 de enero. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	189
§19. Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público. STS-SOC 85/2022, de 28 de enero. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	199
§20. Nulidad del despido adoptado tras anuncio de matrimonio por parte de la trabajadora. STS-SOC 130/2022, de 9 de febrero. <i>Joaquín García Murcia</i>	209
§21. La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico. STJUE (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	219
§22. Vulneración del derecho constitucional de huelga por fijación de servicios mínimos desproporcionados. STC (Sala Segunda) 2/2022, de 24 de enero. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	231
§23. Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente. STC (Sala Primera) 5/2022, de 24 de enero. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	239
§24. Videovigilancia sin información ni carteles: sobre cómo el incumplimiento de los requisitos formales de un recurso extraordinario impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la calificación del despido disciplinario basado en prueba ilícita. STS-SOC 91/2022, de 1 de febrero. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	247

	Página
§25. La revisión de sentencia laboral por posterior resolución penal contradictoria: los limitadísimos y casi inexistentes efectos de la presunción de inocencia en el despido disciplinario juzgado. STS-SOC 114/2022, de 2 de febrero. <i>Juan Martínez Moya</i>	255
§26. El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales. STS-SOC 115/2022, de 7 de febrero. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	267
§27. Pensión de viudedad y el derecho de acrecer en situaciones de concurrencia de beneficiarios. STS-SOC 136/2022, de 9 de febrero. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	277
§28. Retribución de la pausa del bocadillo y principio de no discriminación. STS-SOC 149/2022, de 15 de febrero. <i>Joaquín García Murcia</i>	285
§29. Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo «prudencial» de cuantificación de la indemnización. STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	295
§30. Registros empresariales sobre los trabajadores, videovigilancia e intimidación personal: necesidad de sospechas o conductas irregulares previas. SAN-SOC 251/2021, de 30 de noviembre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	311
§31. Competencias autonómicas en materia de Seguridad Social. A propósito de la Ley de creación de la Agencia Catalana de Protección Social. STC (Pleno) 36/2022, de 10 de marzo. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	337
§32. Indemnidad del complemento de peligrosidad territorial ante la reducción de jornada. STS-CONT 390/2022, de 28 de marzo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	345
§33. Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidación y protección de datos personales. STS-SOC 194/2022, de 8 de marzo. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	355
§34. Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo. STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo. <i>Belén García Romero</i>	365
§35. El complejo acceso a la casación unificadora en materia de despido disciplinario, y la estrecha frontera entre la protección del derecho a la intimidad de la persona trabajadora y las facultades de control empresarial. STS-SOC 221/2022, de 14 de marzo. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	375
§36. En un grupo de empresas la omisión en la carta de despido objetivo por causas económicas de la información sobre una de las empresas provoca la improcedencia. STS-SOC 251/2022, de 23 de marzo. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	387

	Página
§37. Despido improcedente de un profesor asociado universitario que ha venido actuando como «comodín-correternos» en la impartición de docencia. STS-SOC 260/2022, de 23 de marzo. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	397
§38. Contrato de apoyo a emprendedores: el empresario puede desistir libremente durante el periodo de prueba, pero debe preavisar con 15 días de antelación. Aplicación y límites del control difuso de convencionalidad. STS-SOC 268/2022, de 28 de marzo. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	407
§39. Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica. STS-SOC 285/2022, de 30 de marzo. <i>José Luís Monereo Pérez</i>	417
§40. Sucesión de contratas y transmisión de empresa: determinación de la empleadora que debe hacerse cargo de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido. STS-SOC 286/2022, de 30 de marzo. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	433
§41. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial («pre-pack»). STJUE (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022 (asunto C-237/20). <i>José Luís Monereo Pérez</i>	441
§42. Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro estado miembro de la Unión. STJUE (Sala Sexta) de 28 de abril de 2022 (asunto C-86/21). <i>Ángel Arias Domínguez</i>	461
§43. Inocuidad de los salarios de tramitación a efectos del reconocimiento de servicios previos. STS-CONT 334/2022, de 16 de marzo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	471
§44. Acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas: la jurisprudencia contenciosa se reencuentra con la social. STS-CONT 372/2022, de 24 de marzo. <i>Faustino Cavas Martínez</i> . ..	485
§45. El Ministerio Fiscal y las guardias localizadas de 24 horas: ni son «tiempo trabajo» ni cabe su compensación económica a los efectos de la Directiva 2003/88/CE. STS-CONT 394/2022, de 29 de marzo. <i>Juan Martínez Moya</i>	497
§46. Despido por absentismo y control de convencionalidad. STS-SOC 270/2022, de 29 de marzo. <i>Joaquín García Murcia</i>	507
§47. Registro de jornada y negociación colectiva. STS-SOC 299/2022, de 5 de abril. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	515
§48. Concurrencia desleal y procedencia del despido disciplinario. STS-SOC 309/2022, de 6 de abril. <i>Belén García Romero</i>	521

	Página
§49. La grabación de sonido no tiene naturaleza de prueba documental ni, en consecuencia, eficacia revisora de hechos probados. STS-SOC 325/2022, de 6 de abril. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	529
§50. El pacto a través del que se obliga a los pilotos contratados a devolver el coste del curso de habilitación que ha sido impartido por la misma empleadora es lícito, aunque enmascare un pacto de permanencia impropio. STS-SOC 338/2022, de 19 de abril. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	541
§51. Urgencia en la distribución de subvenciones y representatividad sindical. STS-CONT 445/2022, de 8 abril. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	551
§52. Sucesión de empresas contratistas adjudicatarias de servicios públicos: cumplimiento de los requisitos legales o convencionales como alternativa. STS-SOC 351/2022, de 19 de abril. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	561
§53. Concreción de los criterios y monetización de la cuantía del daño moral en los despidos nulos con transgresión de derechos fundamentales. STS-SOC 356/2022, de 20 de abril. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	571
§54. Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación «anticipada» por razón de discapacidad. STS-SOC 379/2022, de 27 de abril. <i>José Luís Monereo Pérez</i>	581
§55. El rayo que no cesa: la competencia del Juzgado de lo Social en el concurso. STS-SOC 387/2022, de 27 de abril. <i>Juan Martínez Moya</i> . ..	595
§56. Dos contratos y una única prestación de trabajo efectivo en los EEUU: el pago de la Seguridad Social en España genera un vínculo que dota de competencia judicial a los tribunales españoles. STS-SOC 389/2022, de 27 de abril. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	605
§57. Los efectos económicos de la Incapacidad Temporal prorrogada, cuando se deniega la incapacidad permanente después, subsisten hasta la fecha de notificación al interesado de la Resolución administrativa. STS-SOC 394/2022, de 27 de abril. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	615
§58. Antecedentes penales, protección de datos y su control por empresas de seguridad en personal de nueva incorporación. STS-SOC 435/2022, de 12 de mayo. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	625
§59. Acerca de la doctrina «unos mismos hechos» (y otras cuestiones procesales). STS-SOC 445/2022, de 17 de mayo. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	633
§60. Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor. STSJ-SOC Comunidad Valenciana 3471/2021, de 30 de noviembre. <i>Belén García Romero</i>	641
§61. Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco un mismo régimen público de Seguridad Social. STJUE (Sala Segunda) de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20). <i>José Luis Monereo Pérez</i>	649

	Página
§62. Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen. STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	661
§63. La difícil empleabilidad alarga la pensión compensatoria. STS-CIV 185/2022, de 3 de marzo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	671
§64. Nulidad de la extinción del contrato temporal por vencimiento del término convenido consecuencia de la participación de la trabajadora en el comité de huelga: ¿se convierte en indefinido? STS-SOC 498/2022, de 31 de mayo. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i> . .	681
§65. Videovigilancia y despido. STS-SOC 503/2022, de 1 de junio. <i>Joaquín García Murcia</i>	691
§66. ¿Los teletrabajadores de <i>contact center</i> tienen derecho al plus de transporte? STS-SOC 514/2022, de 1 de junio. <i>María Areta Martínez</i>	701
§67. Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma en consideración de las cotizaciones ficticias por parto. STS-SOC 576/2022, de 23 de junio. <i>Belén García Romero</i>	711
§68. Sucesión de empresa y responsabilidad de la empresa transmitente por actos posteriores de la empresa cesionaria, y sobre la existencia de grupo laboral de empresas. STS-SOC 589/2022, de 29 de junio. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	721
§69. A vueltas con la (no) obligatoriedad de facilitar un correo personal a la empresa para asuntos laborales (y sobre el acceso de la representación sindical a los correos). SAN-SOC 99/2022, de 27 de junio. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	729
§70. Pactos de fin de huelga y convenios colectivos. Y sobre la frustración de la negociación colectiva por disolución de la asociación empresarial negociadora. STSJ-SOC Aragón 487/2022, de 22 de junio. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	739
§71. ¿Prevarica quien discrimina, laboralmente, por asociación? STS-PEN 439/2022, de 4 de mayo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	757
§72. Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el Cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino. STS-CONT 1000/2022, de 14 de julio. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	771
§73. Transitoriedad de la Ley 40/2007 y la agilidad de la justicia. STS-SOC 548/2022, de 15 de junio. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i>	793
§74. Permiso de lactancia. Derecho del padre trabajador sin estar condicionado por la no actividad laboral de la madre. STS-SOC 646/2022, de 12 de julio. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	803
§75. Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso. STS-SOC 684/2022, de 20 de julio. <i>Juan Martínez Moya</i>	811
§76. Responsabilidad por daños y perjuicios por enfermedad profesional imputable a las sucesivas empresas para las que ha prestado servicios el trabajador: ¿solidaria o mancomunada? STS-SOC 685/2022, de 21 de julio. <i>Belén García Romero</i>	825

	Página
§77. Situación de vulnerabilidad y licitud de la videovigilancia. STS-SOC 692/2022, de 22 de julio. <i>José Fernando Lousada Arochena</i> . .	833
§78. Sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en casación para la unificación de doctrina. STS-SOC 697/2022, de 26 de julio. <i>Joaquín García Murcia</i>	841
§79. Obligación empresarial de proporcionar en tiempo y de modo completo los boletines RLC y RNT (antes, TC1 y TC2) sin necesidad de obtener el consentimiento de las personas afectadas. ¿Seguro? SAN-SOC 98/2022, de 22 de junio. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	851
§80. Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega. STSJ-SOC de Castilla y León 541/2022, de 21 de julio. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	859
§81. La necesaria proactividad empresarial para el disfrute de las vacaciones. STJUE (Sala Primera) de 22 de septiembre de 2022 (asuntos acumulados C-518/20 y C-727/20). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	869
§82. La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a «convicciones religiosas, filosóficas o espirituales»: requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta. STJUE (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2022 (asunto C-344/20). <i>José Luis Monereo Pérez</i>	879
§83. Principio de predeterminación legal y nulidad de las bases de una convocatoria de acceso a funciones públicas. STC (Sala Segunda) 100/2022, de 12 de septiembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	897
§84. Jubilación anticipada y principio de no discriminación. STS-CONT 1140/2022, de 14 de septiembre. <i>Joaquín García Murcia</i>	907
§85. Las personas trabajadoras fijas discontinuas de fecha incierta no tienen acceso a la jubilación parcial anticipada. STS-SOC 641/2022, de 12 de julio. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	917
§86. Reingreso tras excedencia voluntaria e incumplimiento de convenio. STS-SOC 703/2022, de 7 de septiembre. <i>Carlos Hugo Preciado Domènech</i>	925
§87. La posición de los trabajadores en la impugnación de una transacción aprobada en ejecución de sentencia colectiva: ¿posibles perjudicados o partes? La interpretación del plazo de caducidad del artículo 67.2 de la LRJS. STS-SOC 707/2022, de 7 de septiembre. <i>Juan Martínez Moya</i>	933
§88. Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género. STS-SOC 747/2022, de 20 de septiembre. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	941
§89. El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de <i>contact center</i> : ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas? SAN-SOC 44/2022, de 22 de marzo. <i>María Areta Martínez</i>	951

	Página
§90. El acuerdo de trabajo a distancia debe contemplar en su clausulado el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, siendo nula la cláusula que lo difiere a la voluntad unilateral de la empresa por causas organizativas, pudiendo, sin embargo, preverse plazos distintos de preaviso de la reversibilidad según quien sea la parte que la inste. SAN-SOC 117/2022, de 12 de septiembre. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	971
§91. Videovigilancia de seguridad como prueba de ilícitos laborales ante la sospecha de comportamiento irregular. STC (Pleno) 119/2022, de 29 de septiembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	979
§92. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y dilaciones estructurales. Vulneración. Demora desproporcionada e injustificada de la resolución (de más de tres años para la celebración del acto de conciliación previa y juicio) de proceso de reclamación de indemnización (por incumplimiento de formalización de contrato posdoctoral). STC (Sala Primera) 125/2022, de 10 de octubre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	991
§93. Umbral de ingresos para lucrar el complemento a mínimos: pensiones tributariamente exentas. STS-CONT 1399/2022, de 2 de noviembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	1005
§94. Funcionarios interinos y excedencia voluntaria por interés particular. STS-CONT 1313/2022, de 17 de octubre. <i>Joaquín García Murcia</i> . ..	1015
§95. Reducción de jornada del personal funcionario por guarda legal de un menor de 12 años de edad, ¿lo es con disminución de la retribución? STS-CONT 1398/2022, de 2 de noviembre. <i>María Areta Martínez</i> . ..	1023
§96. Reducción de jornada por guarda legal y complemento salarial por asistencia y puntualidad. STS-SOC 795/2022, de 4 de octubre. <i>Belén García Romero</i>	1037
§97. Procedimiento adecuado para combatir la negativa empresarial de reintegro tras finalizar una excedencia voluntaria. STS-SOC 818/2022, de 7 de octubre. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	1045
§98. Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral. STS-SOC 829/2022, de 17 de octubre. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	1053
§99. Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual: fronteras entre la legalidad ordinaria y la relevancia constitucional en orden al acceso a la sede suplicatoria. STS-SOC 840/2022, de 19 de octubre. <i>Susana María Molina Gutiérrez</i> . .	1059
§100. Las futbolistas profesionales y sus derechos de libertad sindical y de no discriminación por razón de sexo. SAN-SOC 133/2022, de 17 de octubre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	1067
Índice de órganos judiciales.	1077
Índice de autores.	1087
Índice de conceptos.	1089

§ 1 **Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso.**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *La Directiva relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo define el tiempo de trabajo y los períodos de descanso como conceptos mutuamente excluyentes, lo que plantea la cuestión de calificar como tiempo de trabajo o período de descanso aquellas situaciones en donde la persona trabajadora no trabaja efectivamente, pero sí está a disposición de la empresa (guardias, retenes). La Sentencia comentada, al hilo de un caso concreto de compleja calificación, sienta interesantes criterios generales.*

Palabras clave: *Tiempo de trabajo. Guardias localizadas. Bomberos.*

Abstract: *The Directive concerning certain aspects of the organization of working time defines working time and rest periods as exclusive concepts, which raises the question of qualifying as working time or rest periods those situations in which the worker does not work effectively, but is available to the Company (on call time). The commented Judgment, in line with a specific case of complex qualification, establishes interesting general criteria.*

Keywords: *Working time. Located Works. Firefighters.*

I. Introducción

La resolución judicial objeto de comentario es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021. Interpreta el concepto de “tiempo de trabajo” contemplado en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En el caso en concreto, se cuestiona si es tiempo de trabajo el período de disponibilidad no presencial de un bombero del retén de guardia en un régimen que le permite ejercer, durante el período de guardia, una actividad profesional independiente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia de 11 de noviembre de 2021.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial, C-214/20.

ECLI:EU:C:2021:909

Fuente: CURIA.

Ponente: Sr. E. Regan (Presidente de Sala), Sr. K. Lenaerts (Presidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Quinta), Sr. C. Lycourgos (Ponente, Presidente de la Sala Cuarta), y Sres. I. Jarukaitis y M. Ilešič (Jueces).

Abogado General: Sr. G. Pitruzzella.

Secretario: Sr. A. Calot Escobar.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. *Los hechos del caso litigioso*

MG es un bombero del retén, empleado a tiempo parcial por el Ayuntamiento de Dublín, sometido a un sistema de guardia en régimen de disponibilidad no presencial.

Según ese régimen, el período de guardia abarca, en principio, las 24 horas del día y los 7 días de la semana. Pero ese período de disponibilidad 24/7 presenta varios matices:

— MG solo está obligado a participar en el 75 % de las intervenciones de la brigada, teniendo la facultad de abstenerse por lo que respecta a las restantes intervenciones.

— MG puede interrumpir por vacaciones y los períodos en los que ha notificado con antelación su indisponibilidad, si el Ayuntamiento de Dublín autoriza estos últimos períodos.

— MG percibe un salario base mensual, que tiene por objeto retribuir su guardia en régimen de disponibilidad no presencial, más una remuneración adicional por intervención.

— Sin estar obligado, durante sus períodos de guardia, a estar presente en un lugar determinado, cuando recibe una llamada de urgencia para participar en una intervención, debe esforzarse por llegar al parque de bomberos en los cinco minutos siguientes a la llamada y, en cualquier caso, respetar un plazo máximo de presentación de diez minutos.

— MG debe vivir y ejercer sus actividades profesionales a una «distancia razonable» del parque de su brigada, para poder respetar el plazo de presentación en dicho parque.

— MG está autorizado a ejercer una actividad profesional por cuenta propia o para un segundo empresario, siempre que dicha actividad no exceda de 48 horas semanales de media. En cambio, se prohíbe a MG ejercer dicha actividad durante sus «horas de trabajo activas» como bombero del retén, que no solo son aquellas pasadas interviniendo en un siniestro, sino también las dedicadas a otras actividades de la brigada, como la formación.

Al amparo de estas normas, MG realiza una actividad autónoma como taxista.

2. *El litigio ante el órgano nacional*

Al considerar que las horas en las que está de guardia para el Ayuntamiento de Dublín deben calificarse de «tiempo de trabajo», MG presentó una reclamación al efecto ante la *Workplace Relations Commission* (Comisión de Relaciones Laborales, Irlanda).

Al ser desestimada esa reclamación, interpuso un recurso ante el *Labour Court* (Órgano tripartito de Resolución de Controversias Laborales y de Seguridad Social, Irlanda).

La *Labour Court* es el órgano judicial nacional que se dirige al Tribunal de Justicia.

3. La cuestión prejudicial ante el tribunal de justicia de la unión europea

¿Se pueden considerar tiempo de trabajo las guardias realizadas bajo el régimen descrito en los apartados anteriores? Muy sucintamente expresado, ese es el nudo gordiano del litigio de MG contra el Ayuntamiento de Dublín. Responder a tal pregunta obliga a interpretar el concepto de tiempo de trabajo de la Directiva 2003/88/CE. De ahí que, también muy sucintamente expresada, la duda prejudicial dirigida al TJUE sea si las guardias realizadas bajo el régimen descrito en los apartados anteriores se pueden considerar tiempo de trabajo en el sentido que a ese concepto le da la Directiva 2003/88/CE.

Sin embargo, la *Labour Court* plantea la pregunta de una manera bastante más compleja, y con una argumentación previa a su planteamiento, que delata la existencia de un subtexto según el cual la *Labour Court* se inclina por la opción de que no es tiempo de trabajo y que quiere que el TJUE se lo diga. Quizás ese subtexto se explica por la existencia de una importante litigiosidad de fondo, real o potencial, pues presumiblemente el régimen de guardias de MG es igual al de todo el personal de bomberos del Ayuntamiento de Dublín.

Como argumentación previa al planteamiento de la pregunta, la *Labour Court* recuerda la doctrina de la STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15, según la cual el tiempo de guardia que un bombero debe pasar en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos restringe considerablemente la posibilidad de que dicho trabajador realice otras actividades y, por lo tanto, debe calificarse de tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE.

Y después de recordar esa doctrina, la *Labour Court* añade que la situación de MG no es la misma que la del Sr. Matzak. Aquí se encuentra la pregunta de fondo que la *Labour Court* le dirige al Tribunal de Luxemburgo: ¿se le aplica a MG la doctrina Matzak?

Pues bien, este subtexto de la cuestión prejudicial es el que explica que una pregunta aparentemente sencilla (¿se pueden considerar tiempo de trabajo las guardias realizadas bajo el régimen descrito en los apartados anteriores?), se acaba planteando con cuatro subpreguntas que, si bien se mira, están concebidas como una carrera de obstáculos que el TJUE debería superar para llegar a concluir que a MG sí se le aplica la doctrina Matzak:

1) ¿Debe interpretarse el artículo 2 de la [Directiva 2003/88] en el sentido de que un trabajador, cuando está “de guardia” en un lugar o lugares de su elección, sin obligación de notificar al empresario su localización durante la guardia, pero sujeto a la única obligación de poder responder a una llamada en un plazo deseable de presentación de cinco minutos y en un plazo máximo de presentación de diez minutos, está desarrollando tiempo de trabajo mientras está de guardia?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede considerarse que un trabajador que solo está sujeto a la obligación de responder a una llamada en un plazo deseable de presentación de cinco minutos y en un plazo máximo de presentación de diez minutos, y que puede, sin ninguna restricción, trabajar al mismo tiempo por cuenta ajena o por cuenta propia mientras está de guardia, está desarrollando “tiempo de trabajo” por cuenta del empresario para el que está “de guardia”?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ¿el hecho de que el trabajador trabaje efectivamente para un segundo empresario mientras está “de

guardia”, con la única obligación de que el segundo empresario permita ausentarse al trabajador cuando sea llamado por el primero, implica que el tiempo en el que el trabajador permanece “de guardia” y trabajando para el segundo empresario debe considerarse tiempo de trabajo en el marco de su relación con el primer empresario?

4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión, ¿acumula tiempo de trabajo el trabajador que trabaja para un segundo empresario, mientras está de guardia para su primer empresario, de manera simultánea con respecto al primer y al segundo empresario?

IV. Posición de las partes

MG (trabajador demandante en el proceso principal) entiende que el período de guardias es tiempo de trabajo pues debe estar permanentemente en condiciones de responder rápidamente a una llamada de urgencia, lo que le impide dedicarse libremente a sus actividades familiares y sociales, así como a su actividad profesional de taxista. Indica que el incumplimiento de sus obligaciones frente al Ayuntamiento de Dublín puede dar lugar a medidas disciplinarias, incluso al despido. Al imponer una guardia de 24 horas al día y de 7 días a la semana, y al negarse a reconocer que las horas de guardia constituyen tiempo de trabajo, el Ayuntamiento de Dublín infringe las normas en materia de descanso diario, de descanso semanal y de duración máxima del tiempo de trabajo semanal.

El Ayuntamiento de Dublín (empleadora demandada en el proceso principal) replica que los bomberos del retén no están obligados a permanecer en un lugar determinado cuando están de guardia. Además, si un bombero del retén no llega al parque en el plazo máximo de presentación, la consecuencia es simplemente que no percibe remuneración alguna. Habida cuenta de la flexibilidad del régimen de disponibilidad no presencial controvertido, no está justificado calificar las horas de guardia como tiempo de trabajo.

V. Normativa aplicable al caso

La norma del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita al Tribunal de Justicia es el artículo 2.1 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 ese artículo, dedicado a definiciones, “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”. Por exclusión, ese mismo artículo 2 define el período de descanso como “todo período que no sea tiempo de trabajo”.

Si, en la aplicación de esa norma, el tiempo de guardia no presencial localizada a que se refieren las actuaciones se considerase tiempo de trabajo, ahí entrarían en juego las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo que se regulan en la Directiva, y en particular las siguientes (que, de calificarse ese tiempo de guardia como de trabajo, en el caso enjuiciado estarían palmariamente incumplidas):

— en materia de descanso diario (artículo 3: “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas”);

— en materia de descanso semanal (artículo 5: “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de

siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3°); y

— en materia de duración máxima del tiempo de trabajo semanal (artículo 6: “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: a) se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales; b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”).

Resulta oportuno precisar que la Directiva 2003/88/CE se ha dictado en desarrollo de la política comunitaria sobre seguridad y salud laboral (y resulta oportuno precisarlo porque como se verá el Tribunal de Justicia realiza ciertas consideraciones *obiter dicta* de gran interés). En particular, la Directiva 2003/88/CE se ha dictado en desarrollo de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Cuyo artículo 5, apartado 1, establece que “el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. Agregando su artículo 6, apartado 1, que “en el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios”.

VI. Doctrina básica

Los períodos de guardia no presencial en que una persona trabajadora (un bombero en el caso, pero podría ser cualquier otra persona trabajadora en servicios de emergencia) está localizado a disposición de la empresa se calificarán como tiempo de trabajo o período de descanso valorando si las limitaciones que se le imponen durante dichos períodos de guardia son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales (como bombero o el servicio que corresponda según el trabajo).

VII. Parte dispositiva

El artículo 2, punto 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, debe interpretarse en el sentido de que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos, no constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición, si de una apreciación global del conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular de la extensión y condiciones de esa facultad de ejercer otra actividad profesional y de la inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque se desprende que las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales como bombero.

VIII. Pasajes decisivos

“La Directiva 2003/88 tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante una armonización de las normas nacionales relativas, en concreto, a la duración del tiempo de trabajo. Estas disposiciones constituyen normas del Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador. En particular, al establecer el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal, dicha Directiva precisa el derecho fundamental expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y debe, por consiguiente, interpretarse a la luz de dicho artículo. Por ello, en particular, las disposiciones de esa Directiva no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador”.

“En cuanto a la calificación de los períodos de guardia, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88, incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses”.

“En cambio, cuando las limitaciones impuestas al trabajador durante un determinado período de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye «tiempo de trabajo», a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho período”.

“Las circunstancias de que MG no deba, en ningún momento, encontrarse en un lugar preciso durante sus períodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, no esté obligado a participar en todas las intervenciones realizadas a partir de su parque de adscripción, dado que en el caso de autos una cuarta parte de dichas intervenciones puede tener lugar en su ausencia, y se le permita ejercer otra actividad profesional que no exceda de 48 horas semanales de media, pueden constituir elementos objetivos que permitan considerar que está en condiciones de llevar a cabo, según sus propios intereses, esa otra actividad profesional durante esos períodos y dedicarle una parte considerable del tiempo de tales períodos, a menos que la frecuencia media de las llamadas de urgencia y la duración media de las intervenciones impidan el ejercicio efectivo de una actividad profesional que pueda combinarse con el empleo de bombero del retén, lo que incumbe apreciar al órgano jurisdiccional remitente”.

“Si se comprobara, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes en el asunto principal, que los citados períodos de guardia no cumplen los requisitos para ser calificados de «tiempo de trabajo», en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88, de ello se deduciría ... que esos mismos períodos deberían considerarse, con excepción del tiempo vinculado a las prestaciones laborales efectivamente realizadas, como «períodos de descanso», en el sentido del artículo 2, punto 2, de dicha Directiva”.

“No obstante, la calificación de un período de guardia como «período de descanso» a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 se entiende sin perjuicio del deber de los empresarios de cumplir las obligaciones específicas que les incumben en virtud de los artículos 5 y 6 de la Directiva 89/391, con el fin de proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores. De ello se desprende que los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de «períodos de descanso» en el sentido del artículo 2,

punto 2, de la Directiva 2003/88. Corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación”.

IX. Comentario

Al hilo de diversas cuestiones prejudiciales relacionadas con el tiempo de guardias^[1], el Tribunal de Justicia ha interpretado varias veces el concepto de tiempo de trabajo del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, que lo define como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. Por exclusión, el período de descanso se define como todo el período que no sea tiempo de trabajo. Se trata, en consecuencia, de dos conceptos excluyentes y exclusivos: excluyentes porque o es tiempo de trabajo o son períodos de descanso; y exclusivos porque el tiempo de la vida de la persona trabajadora solo cabe subsumirlo en uno de esos conceptos, sin que, en el escenario configurado por la normativa comunitaria sobre jornada de trabajo, existe ningún otro concepto intermedio entre el trabajo y los descansos.

Con la finalidad de evitar la dispersión interpretativa de los conceptos usados en el derecho comunitario, el Tribunal de Justicia siempre ha defendido que se trata de conceptos autónomos con respecto a los derechos nacionales. Aplicada esta idea a los conceptos de tiempo de trabajo y períodos de descanso, el Tribunal de Justicia ha manejado un cada vez más pulido concepto de tiempo de trabajo no necesariamente coincidente con el de los derechos nacionales (y, desde luego, no coincidente con el del artículo 34 de nuestro ET).

La aplicación de ese concepto comunitario autónomo en cuestiones prejudiciales relacionadas con el tiempo de guardias ha motivado una jurisprudencia agrupable en dos etapas temporales bien diferenciadas y curiosamente se refieren a distintos sectores; en la primera etapa temporal personal sanitario y socio sanitario; en la segunda, bomberos.

En una primera etapa temporal, el Tribunal de Justicia resolvió tres supuestos: STJUE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, C-303/ 98; STJUE de 9 de septiembre de 2003, Norbert Jaeger, C-151/02; y STJUE de 1 de diciembre de 2005, Dellas *et alia*, C-14/04. A la sazón, los dos primeros casos estaban referidos a personal médico, y el tercero a un educador especializado en centro de acogimiento de personas con discapacidad en internamiento.

Pues bien, y dicho de manera muy sucinta, el Tribunal de Justicia, a la hora de calificar las guardias como tiempo de trabajo o períodos de descanso distinguió entre las presenciales y las localizadas: las primeras se calificaban de tiempo de trabajo, incluso en el caso de que durante la guardia presencial se permita descansar o dormir; mientras que las segundas solo se calificaban de tiempo de trabajo en correspondencia con la prestación efectiva de servicios (STJUE SIMAP, párrafos 46 a 52 y punto 3 del fallo; STJUE Norbert Jaeger, párrafos 44 a 71 y punto 1 del fallo; STJUE Dellas *et alia*, párrafos 42 a 48).

La STJUE SIMAP fue relevante en la reforma de la originaria Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y su sustitución por la actualmente vigente 2003/88/CE. Sin embargo, no se aprovechó ese cambio normativo para una regulación de las guardias localizadas, como si estas no mereciesen ser consideradas desde la perspectiva de la salud laboral que es la perspectiva que inspira la regulación de la jornada en el Derecho de la Unión Europea.

En una segunda etapa temporal, el Tribunal de Justicia dio un paso más adelante, en asuntos que ya no eran de personal sanitario o socio sanitario, sino mayormente de bomberos, también servicios de emergencia. Una segunda etapa temporal que se inicia con la ya citada STJUE de 21 de febrero de 2018, Matzak, C-518/15. Según su

fallo, se debe calificar de tiempo de trabajo “el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades”.

La doctrina Matzak abrió una brecha en la consideración, hasta entonces no cuestionada, de las guardias localizadas como período de descanso salvo los periodos de trabajo efectivo como consecuencia del llamamiento de la empresa. Venía así a considerar que las guardias localizadas son tiempo de trabajo cuando el régimen de disponibilidad no presencial de esas guardias causa a la persona trabajadora unas limitaciones relevantes.

Obviamente, esto significaba que las guardias localizadas podían ser tiempo de trabajo o período de descanso según si se producían, o no, esas limitaciones relevantes. El concepto de tiempo de trabajo, que ya incluía las guardias de presencia merced a la doctrina SIMAP, recibía así un nuevo engorde con la inclusión de las guardias localizadas con limitaciones relevantes. Pero seguían quedando fuera las guardias localizadas que se podrían denominar ordinarias en la medida en que no implicasen limitaciones relevantes.

Y a la vista de la introducción de ese nuevo concepto de limitaciones relevantes no era de extrañar que los órganos judiciales nacionales se lanzasen a preguntar sobre su alcance, generando una “jurisprudencia sobre bomberos”^[2] de enorme interés, no solo en relación con el propio trabajo de servicios de extinción de incendios o de emergencias, sino de enorme interés también en relación con otros trabajos sujetos a períodos de localización que, por la progresiva introducción de nuevas tecnologías, están yendo en ascenso (por ejemplo, se ha planteado si la doctrina Matzik se podría aplicar al trabajo en plataformas^[3]).

A esa dinámica preguntadora de los órganos judiciales nacionales, el Tribunal de Luxemburgo respondió con dos sentencias previas a la que es objeto de comentario que, acaso por la trascendencia de su doctrina, fueron dictadas por la Gran Sala del Tribunal de Justicia: STJUE de 9 de marzo de 2021, RJ contra Stadt Offenbach am Main, C-580/19; y STJUE, también de 9 de marzo de 2021, DJ contra Radiotelevizija Slovenija, C-344/19.

En el Caso RJ contra Stadt Offenbach am Main, se trataba de un bombero sometido a un régimen de guardia de disponibilidad no presencial durante el cual debe poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo.

En el Caso DJ contra Radiotelevizija Slovenija, se trataba de un técnico especialista destinado a centros de transmisión televisiva sometido a un régimen de guardia de disponibilidad no presencial durante el cual un trabajador solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él.

En ambos casos, el Tribunal de Justicia ofrece en su fallo un criterio general, cuya aplicación al caso concreto le corresponderá hacer al órgano nacional remitente, según el cual el régimen de guardias “solo constituye, en su totalidad, «tiempo de trabajo» en el sentido (del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE) si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular, de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo

período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses”. Además, se aclara (en el Caso DJ contra Radiotelevizija Slovenija) que “el hecho de que el entorno inmediato del lugar en cuestión sea poco propicio para el ocio carece de pertinencia a efectos de dicha apreciación” (los centros de trabajo en este caso concreto eran repetidores de radiotelevisión que usualmente se encuentran situados en sitios alejados de poblaciones).

La Sentencia objeto de nuestro comentario (que ya no es de Gran Sala) le brinda al Tribunal de Justicia una magnífica ocasión para reiterar la doctrina Matzak, con las matizaciones ofrecidas en los Casos RJ contra Stadt Offenbach am Main y DJ contra Radiotelevizija Slovenija. Si releemos de nuevo su parte dispositiva (más arriba reproducida), veremos su sustancial coincidencia con el criterio general ofrecido en el fallo de estos dos últimos casos (recién reproducido), salvo acaso en el hecho de que, mientras en estos dos se dice “solo constituye, en su totalidad «tiempo de trabajo»”, en el objeto de comentario se dice “no constituye «tiempo de trabajo»”. Esta redacción en negativo parece que desliza el sentir subconsciente en el Tribunal de Justicia de que en el Caso MG contra Dublin City Council las guardias de MG no son tiempo de trabajo sino período de descanso.

¿Queda así protegido de una manera razonable el derecho al descanso de las personas trabajadoras que se encuentran sometidas a regímenes de guardias localizadas de larga duración como MG? ¿acaso es razonable una guardia permanente de 24 horas al día durante todo el año? ¿salvar las vacaciones, y otros periodos de desconexión a la solicitud del trabajador, y permitir cierto número de rechazos, es razonablemente suficiente para garantizar el derecho al descanso en los supuestos de las guardias localizadas?

Recientemente ratificada por España la Carta Social Europea revisada (1996), junto con el Protocolo de 1995 de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (1995)^[4], la CSE (r) contempla, en su artículo 2, el derecho a unas condiciones de trabajo justas, entre ellas una duración razonable del horario de trabajo diario y semanal. Y el CEDS en varias ocasiones^[5] ha interpretado el alcance de tal derecho en relación a las guardias para concluir que, si bien no son tiempo de trabajo si no hay trabajo efectivo, considerarlas como periodos de descanso resulta ser contrario al artículo 2.1 de la CSE (r).

El Tribunal de Justicia, acaso conocedor de la doctrina del CEDS, no oculta las limitaciones derivadas de los términos de blanco o negro en que se define el tiempo de trabajo y los periodos de descanso en la Directiva 2003/88/CE. Por eso, y con la finalidad de garantizar el derecho a la salud de las personas trabajadoras invoca los artículos 5.1 y 6.1 de la Directiva 89/391/CEE (reproducidos en el apartado de normas aplicables al caso), para concluir que “los empresarios no pueden introducir periodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos periodos se califiquen de «periodos de descanso»”.

Ahora bien, y precisamente por las carencias del derecho comunitario derivadas del tan mentado planteamiento de blanco o negro, el TJUE acaba expresando que “corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación”. Lo que nos lleva a una constatación en relación con nuestro derecho interno y una reflexión en relación con el derecho comunitario.

La constatación en relación con nuestro derecho interno es que estamos en flagrante incumplimiento tanto de lo que dice el CEDS en base al artículo 2.1 de la CSE (r)^[6], como de lo que, a modo de aviso a navegantes, nos dice *obiter dicta* el TJUE en aplicación de los artículos 5.1 y 6.1 de la Directiva 2003/88/CE, pues no hay ninguna norma en el ET, ni en el desarrollo reglamentario de las jornadas especiales de trabajo, en la cual se garantice el derecho al descanso de las personas trabajadoras en supuestos de guardias localizadas.

Y la reflexión en relación con el derecho comunitario se podría plantear en los siguientes términos: ¿no sería mejor que, en vez de encomendársele a los Estados miembros, fuera la Unión Europea quien asumiera, en base a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, esta labor de regular el derecho al descanso en trabajo en guardias para fortalecer la seguridad jurídica dentro de un mercado común, prevenir el dumping social, y, sobre todo, garantizar el derecho al descanso y la salud de las personas trabajadoras a través de una limitación razonable de los tiempos de disponibilidad?

X. Apunte final

El tiempo de trabajo es un factor esencial en la concreción de la prestación laboral de la persona trabajadora. Pero es mucho más que eso. El tiempo de trabajo condiciona el resto de los tiempos de la persona hasta el extremo de que los tiempos de no trabajo se definen genéricamente como períodos de descanso (aunque no se dediquen al descanso sino a satisfacer necesidades vitales, vida de pareja o familiar, amistades, aficiones ...).

Si la trascendencia de la determinación del tiempo de trabajo excede de su función dentro de la relación contractual para afectar a toda la vida de las personas trabajadoras, no nos debe extrañar que las primeras normas laborales se refiriesen al tiempo de trabajo para limitarlo en su duración y para garantizar los descansos. Ni que el Convenio número 1 de la OIT se dedicara precisamente a la regulación de las horas de trabajo en la industria.

Tales normas, construidas en garantía de los períodos de descanso, se sustentaron en una rígida división de los tiempos de la vida: 8 horas de trabajo, 8 horas de descanso, 8 horas de sueño. Y esa rígida división de tiempos, tan propia de la industria, es la que se mantiene en la normativa sobre jornada de trabajo del Derecho de la Unión europea: el tiempo de trabajo es el tiempo dedicado al trabajo y el resto son períodos de descanso.

Un planteamiento de blanco o negro que desconoce la abundante existencia de grises en la realidad de las cosas y que, si siempre hizo aguas (pues siempre ha habido personal de emergencias o en servicios de urgencia), más las hará en la sociedad postindustrial en que, a consecuencia de las tecnologías de la información y la comunicación, se difuminan de manera más intensa los límites entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso.

De ahí la necesidad cada vez más imperiosa de una regulación en relación con las zonas grises entre el tiempo de trabajo y los períodos de descanso que fortalezca la seguridad jurídica a través de reglas generales, que impida el dumping social dentro del mercado común y, sobre todo, que garantice el derecho al descanso y a la salud de las personas trabajadoras a través de una limitación razonable de los tiempos de disponibilidad.

Referencias:

1. ^ *Bibliografía, consultada para la realización del comentario, sobre la jurisprudencia comunitaria acerca de las guardias en relación con el tiempo de trabajo: ARAGÓN GÓMEZ, C., "La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista de Información Laboral, nº 9, 2018; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "STJUE 11/11/2021: el período de guardia no es «tiempo de trabajo» si se permite prestar servicios por cuenta propia o ajena (y posible impacto en el trabajo en plataformas)", en el Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales, entrada de 11/11/2021; GALLEGO MONTALBÁN, J., "¿Deben considerarse las*

guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo? (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto Matzak. C-518/15)", *Revista de Derecho Social*, nº 82, 2018; GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA, F. X., "Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, nº 460, 2021; MONEREO PÉREZ, J. L. / MUROS POLO, A., "El «tiempo de trabajo» y el «período de descanso» a debate en las guardias en régimen de disponibilidad no presencial: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asuntos C-344/19 y C-580/19", *La Ley Unión Europea*, nº 92, 2021; MONEREO PÉREZ, J. L. / MUROS POLO, A., "De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea", *La Ley Unión Europea*, nº 98, 2021; MONTAYA MEDINA, D., "Guardias no presenciales: ¿tiempo de trabajo o periodo de descanso?", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo – Ediciones Laborum*, nº 1, 2021; ROJO TORRECILLA, E., "A vueltas con los conceptos de «tiempo de trabajo» y «tiempo de descanso», y las puertas abiertas que deja el TJUE a los tribunales nacionales. Notas a las sentencias de 9 de marzo de 2021 (asuntos C-580/19 y C-344/19)", en el *Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada de 11 de marzo de 2021; SÁEZ LARA, C., "Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo", *Temas Laborales – Revista andaluza de Derecho del Trabajo*, nº 130 (Monográfico sobre el impacto de la jurisprudencia europea sobre las relaciones laborales en España), 2015.

2. ^ Como la ha bautizado, en alguna de sus exposiciones orales, A. V. SEMPERE NAVARRO.
3. ^ En este sentido, véase BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "STJUE 11/11/2021 ...", obra citada.
4. ^ Resulta de sumo interés a la vista de esa ratificación, el estudio de PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2021).
5. ^ En tres reclamaciones colectivas provenientes de Francia, el CEDS ha considerado que los periodos de guardia de localización en los cuales la persona trabajadora no ha sido llamada para prestar servicios efectivos, si bien no constituyen tiempo de trabajo efectivo, tampoco ese periodo puede ser considerado como de descanso porque se impide a la persona trabajadora dedicarse a las actividades de su libre elección, programadas dentro de los límites del tiempo disponible antes de reanudar el trabajo en un momento determinado, y porque lo contrario sería mantener una situación de dependencia hacia la empresa. Una ausencia de trabajo efectivo no puede constituir un criterio suficiente para considerar dicho periodo como tiempo de descanso mediante la constatación a posteriori de que el trabajador no ha trabajado, sino que la libre disposición de su tiempo debe asegurarse a priori. De donde se concluye que la asimilación de periodos de guardia a tiempo de descanso constituye una violación del derecho a una duración razonable del trabajo previsto por el artículo 2 de la CSE (r). Véanse estas argumentaciones en: *Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. Francia*, reclamación número 16/2003, decisión de fondo de 12 de octubre de 2004, apartados 51 a 53; *Confédération générale du travail (CGT) c. Francia*, reclamación número 22/2003, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, apartados 35 a 38; *Confédération générale du travail (CGT) c. Francia*, reclamación número

55/2009, decisión de fondo de 23 de junio de 2010, apartados 35 a 37. Sobre estas decisiones del CEDS, y su alcance, véase GONZÁLEZ DE RIVERA SERRA, F. X., "Tiempo ...", obra citada, pp. 213 ss, y MONEREO PÉREZ, J. L. / MUROS POLO, A., "De nuevo ...", obra citada, pp. 12 ss.

6. ^ Precisamente, el CEDS, en sus Conclusiones XX-3 (2014) y XXI-3 (2018), ambas referidas a España, ha insistido en que "el hecho de equiparar a tiempo de descanso los periodos de guardia durante los cuales no se ha realizado ningún trabajo efectivo constituye una infracción del artículo 2.1 de la Carta".

§ 2 La previa IT no debe afectar a la retribución vacacional.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: Como regla general, la remuneración de las vacaciones debe equivaler a la que ordinariamente se venga percibiendo. Durante los periodos de incapacidad temporal sigue devengándose el derecho a vacaciones, pero es posible que las percepciones económicas sean inferiores a las propias de periodos de trabajo real. Se duda, en tales casos, si la vacación posterior a esos periodos de IT debe remunerarse tomando en cuenta los ingresos realmente percibidos en los meses anteriores o los que corresponderían al desarrollo del trabajo efectivo. La sentencia comentada aborda la cuestión y opta por la segunda posibilidad.

Palabras clave: Remuneración vacacional. Incapacidad Temporal. Vacaciones tras Incapacidad temporal.

Abstract: As a general rule, vacation pay must be equal to what is ordinarily being received. During periods of temporary incapacity, the right to vacations continues to accrue, but it is possible that the economic perceptions are lower than those typical of periods of real work. In such cases, there is doubt as to whether the vacation after these TI periods should be remunerated taking into account the income actually received in the previous months or that which would correspond to the development of effective work. The commented judgment addresses the issue and opts for the second possibility.

Keywords: Vacation pay. Temporary disability. Holidays after temporary disability.

I. Introducción

La obligación que los poderes públicos tienen de garantizar el descanso necesario mediante, entre otras instituciones, “las vacaciones periódicas retribuidas” (art. 40.2 CE) se concreta en el deber del empleador de facilitarlas y de hacerlo, precisamente, sin dejar de abonar el salario.

Resulta esencial a la propia institución que las fechas de vacación sean “retribuidas” (art. 40.2 CE; art. 38.1 ET), debiendo percibir quien trabaja “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, según art. 7.1 Conv. 132 OIT)^[1]. La retribución ordinaria del trabajador debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas^[2].

Siendo esos asertos los básicos en la materia, para llevarlos a la práctica pose enorme relevancia la doctrina sentada por los diversos tribunales. Son ellos, por ejemplo, los que han precisado que no procede la liquidación económica de la parte proporcional de vacaciones sin disfrutar si previamente a la extinción del contrato el trabajador disfrutó de un permiso retribuido que cumplió la finalidad del período vacacional^[3]. O que en caso de despido improcedente sin readmisión, la retribución en metálico del tiempo proporcional de vacaciones no disfrutadas se extiende sólo hasta la fecha del despido y no al período, que se corresponde con el percibo de los salarios de tramitación, entre esta fecha y la de notificación de la sentencia que reconoce la improcedencia^[4].

Como regla general, la remuneración de las vacaciones debe equivaler a la que ordinariamente se venga percibiendo. Durante los períodos de incapacidad temporal (IT) sigue devengándose el derecho a vacaciones, pero es posible que las percepciones económicas sean inferiores a las propias de períodos de trabajo real. Se duda, en tales casos, si la vacación posterior a la IT debe remunerarse tomando en cuenta los ingresos realmente percibidos en los meses anteriores o los que corresponderían al desarrollo del trabajo efectivo. La sentencia comentada aborda la cuestión y opta por la segunda posibilidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Segunda del Tribunal de 9 de diciembre de 2021.

Tipo y número de recurso: Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Overijssel, Países Bajos.

ECLI:EU:C:2021:987.

Fuente: Curia.

Abogado General: Sr. G. Hogan.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar el alcance del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE. Pese a todo, conviene recomponer los hechos y antecedentes que la propicia, a fin de ponderar su trascendencia práctica:

A) El demandante es funcionario de la Administración Tributaria (Países Bajos). Desde noviembre de 2015 se encuentra en situación de baja parcial de larga duración por enfermedad y disfruta de una medida de reinserción profesional.

B) Hasta noviembre de 2016 percibió su retribución íntegra. A partir de ese momento percibe el 70 %, pero conserva su retribución íntegra por las horas durante las que fue considerado apto para trabajar^[5].

C) En el verano de 2017 disfruta sus vacaciones y se le remunera con un importe equivalente al 70 % de su retribución por las horas correspondientes a su IT y el 100 % por las horas durante las que fue considerado apto para trabajar.

Aunque son tres los interrogantes formulados por el tribunal remitente, en realidad la cuestión suscitada puede reconducirse a una sola: determinar si el Derecho de la UE se opone a lo sucedido: un trabajador en situación de IT ejerce su derecho a vacaciones anuales y para remunerarlas se tiene en cuenta la reducción (provocada

por la propia IT) del importe de la retribución que percibió durante el período de referencia.

IV. Posición de las partes y del Tribunal de origen

Como se desprende de lo expuesto, surge el problema porque el trabajador ha percibido una remuneración vacacional acorde con sus devengos durante el periodo de referencia, pero el resultado (por eso mismo) es inferior a la que habría percibido si no hubiera estado en situación de IT por enfermedad.

1. Reclamación del trabajador.

Disconforme con el importe de su retribución por vacaciones, el funcionario reclama ante el Secretario de Estado de Hacienda. Sostiene que debió haber percibido su retribución íntegra.

2. Criterio de la entidad empleadora

La Administración empleadora sostiene que la «retribución íntegra» que adorna las vacaciones se refiere a la adeudada durante el período de trabajo anterior a aquel en que se solicitan. Por lo tanto, la incidencia de lo cobrado durante la IT es inevitable.

Al cabo, el demandante en el litigio principal percibió una retribución cuyo importe coincide con el que se le abonó durante el período de referencia. Se hallaba, por tanto, mientras duraron las vacaciones, en una situación económica comparable a la que tenía durante el período de referencia.

3. Posición del Tribunal Nacional.

El Tribunal nacional parte de que quien disfruta las vacaciones anuales debe percibir su retribución «ordinaria». En el caso, ello aboca a tener en cuenta los ingresos propios del período de referencia, como ha sucedido.

Pero toma en cuenta asimismo que la finalidad del derecho a vacaciones difiere de la del derecho a causar baja por enfermedad y que si bien la Directiva 2003/88 garantiza el derecho a disfrutar de un período de al menos cuatro semanas, incluso en caso de incapacidad laboral al 100 %, no incluye indicación alguna en cuanto al importe de la retribución que se ha de abonar durante esas vacaciones anuales.

A la vista de tales premisas se pregunta si afecta al derecho a vacaciones retribuir las tomando en cuenta la cuantía abonada durante la IT.

4. Posición del Abogado General.

El hecho de permitir que un trabajador que ejerce su derecho a vacaciones perciba una retribución mayor o menor en función de si se halla o no en situación de incapacidad laboral cuando ejerce ese derecho supeditaría el valor de dicho derecho al momento en que este se ejerce.

V. Normativa aplicable al caso

A) Partiendo de que la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico y del necesario derecho a disfrutar de períodos de descanso adecuados, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo establece lo siguiente:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones

anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

B) La regulación nacional aplicable dispone que en caso de IT por enfermedad, el funcionario tendrá derecho a seguir percibiendo su retribución durante un período de 52 semanas. En caso de que persista la incapacidad, tendrá derecho a seguir percibiendo el 70 % de su retribución^[6].

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica, que afecta a un número potencialmente importante de personas, y que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Administración empleadora, es tan básica como sólida en su argumentación. Ello es así porque en su mayor parte recuerda lo que constituye ya una doctrina muy consolidada y porque considera que la solución ahora acuñada es mero precipitado de ella. Repasemos, pues, los pilares argumentales sobre los que se asienta esa respuesta.

1. Caracteres generales del derecho a vacaciones

El derecho a vacaciones anuales retribuidas de un período de al menos cuatro semanas constituye un principio particularmente importante del Derecho social de la UE y está acompañado de las garantías expresadas por la Directiva 2003/88. Elementos importantes de su propia ontología son los siguientes:

- Las vacaciones están al servicio de la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de quienes trabajan.
- Se trata de principio universal pues todas las personas que trabajan deben tener períodos de descanso adecuados.
- Posee una doble finalidad. Permitir el descanso respecto de las tareas laborales. Y disponer de un período de ocio y esparcimiento.
- Normalmente se debe disfrutar de un descanso efectivo, con el fin de mantener la seguridad y salud.
- Solo de forma excepcional, por terminación de la prestación de servicios, será posible transformarlas en su equivalente monetario.
- Por su finalidad, las vacaciones se diferencian de otros tipos de permiso como el de IT (que persigue recuperarse de una enfermedad).
- Se basan en la premisa de haber ejercido anteriormente una actividad que justifique su concesión. Por eso el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo.

2. Reglas sobre la remuneración vacacional

Mientras duren las «vacaciones anuales» debe mantenerse la retribución. Quien las disfruta debe percibir la retribución ordinaria por ese período de descanso. El trabajador ha de ser colocado en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.

La estructura de la retribución ordinaria no puede repercutir en el derecho a disfrutar, durante las vacaciones, de unas condiciones económicas comparables a las relativas al período de actividad laboral.

La percepción de la retribución ordinaria durante el período de vacaciones anuales retribuidas está dirigida a permitir que el trabajador disfrute efectivamente de los días de vacaciones a los que tiene derecho. Si fuera inferior se estaría incitando a no tomarlas.

Cuando la persona que trabaja, en determinadas situaciones ajenas a su voluntad, no puede cumplir sus cometidos, el derecho a vacaciones anuales retribuidas no cabe supeditar al requisito de haber trabajado efectivamente.

3. Incidencia de la incapacidad temporal en las vacaciones

Por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas, quienes se encuentran en situación de IT se asimilan a quienes han trabajado efectivamente durante dicho periodo. Que se produzca una IT por enfermedad resulta, en principio, imprevisible y ajeno a la voluntad del trabajador. Las ausencias por enfermedad deben considerarse ausencias del trabajo «por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada» que deben ser «contadas como parte del período de servicios».

El derecho a disfrutar de las vacaciones no puede restringirse alegando que el trabajador no ha podido responder a su obligación de trabajar debido a una enfermedad durante el período de devengo.

4. Remuneración vacacional tras periodo de IT

Remunerar las vacaciones atendiendo a los menores ingresos habidos durante el periodo de referencia a causa de una IT equivale, en esencia, a supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la obligación de haber trabajado a tiempo completo durante dicho período.

Aplicar esa solución acaba comportando que se cobraría menos de lo percibido si la persona no hubiera estado en situación de IT por enfermedad durante dicho período.

Atendiendo a la singularidad del caso (IT parcial) se advierte asimismo que el hecho de que la causa de la incapacidad laboral perdure durante el período de las vacaciones no puede repercutir en el derecho a percibir una retribución íntegra durante esas vacaciones.

VII. Parte dispositiva

Tras haber refundido las tres dudas suscitadas en una única cuestión, el Tribunal de Luxemburgo responde de manera frontal: el Derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 2003/88/CE) sí condiciona cómo debe calcularse la remuneración de las vacaciones disfrutadas tras un periodo de IT. En concreto, *“no se tiene en cuenta la reducción —resultante de la incapacidad laboral— del importe de la retribución que percibió durante el período de trabajo anterior a aquel en que se solicitan las vacaciones anuales”*.

VIII. Pasajes decisivos

El párrafo 39 de la sentencia, ya en su recta final, contiene dos reflexiones estrechamente conectadas entre sí y que compendian las conclusiones a que accede.

A) Asimilación de periodos de actividad y de IT a efectos vacacionales.

Dado que el que se produzca una incapacidad laboral por enfermedad resulta, en principio, imprevisible y ajeno a la voluntad del trabajador afectado, se ha de considerar, por lo que respecta al derecho a vacaciones anuales retribuidas, que los trabajadores que se hallan de baja por enfermedad en el período de referencia se asimilan a los que durante dicho período han trabajado efectivamente.

B) Inocuidad de la menor remuneración percibida durante la IT.

Por tanto, en tal supuesto, el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con

arreglo al contrato de trabajo, sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de incapacidad laboral por enfermedad.

IX. Comentario

1. El decálogo comunitario sobre vacaciones

Hace ya tiempo que la jurisprudencia comunitaria viene marcando los contornos básicos de la institución vacacional. Tras la STJUE del caso *Schultz-Hoff* pudo confeccionarse una especie de decálogo a modo de resumen.

1º) El derecho de **todo** trabajador a sus vacaciones constituye un principio de Derecho Social Comunitario especialmente trascendente, sin que sean admisibles excepciones al mismo: *ubi operarius, ibi ferial*^[7].

2º) La **finalidad** de las vacaciones (propiciar el ocio y el esparcimiento) es bien diversa a la de la IT (permitir la recuperación psicofísica), de modo que ambas instituciones no deben menoscabarse recíprocamente.

3º) Hay que aceptar la posibilidad de que una persona “**de baja**” por IT tenga vacaciones: o se le cambia de situación (aunque siga enferma) o se pospone su descanso anual. No se exige (como en el caso *Paz Merino*, sobre maternidad) que la vacación se posponga, sino que se disfrute en algún momento; cada Estado puede elegir su solución.

4º) Conviene recordar que entre baja por IT y vacaciones (aún estando enfermo) existen **diferencias**: percepciones económicas (cantidad, naturaleza jurídica, sujeto pagador), situación contractual (suspensiva, interruptiva), obligaciones del trabajador (localización, concurrencia a reconocimientos, etc.), contrataciones alternativas (interinidades, eventualidades), cotización, cómputo del período a otros efectos, etc.

5º) Aunque el trabajador esté en IT durante una parte significativa del período de devengo vacacional, o incluso durante su integridad, su derecho a vacaciones no puede perderse.

6º) La decisión de si se fija un período de **prórroga** (inicios del año siguiente) para colocar en él las precedentes vacaciones sin disfrutar no viene exigida por el Derecho Comunitario.

7º) Las **ausencias** al trabajo por IT han de considerarse como período trabajado a efectos del devengo de vacaciones: su duración no puede verse afectada, aunque aquélla se prolongue durante todo el año^[8].

8º) Al **extinguirse el contrato** de trabajo se tiene derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas, aunque ello se deba a la existencia de una prolongada incapacidad temporal.

9º) El descanso y la retribución son dos vertientes de un **único derecho**, el de vacaciones, que persigue colocar al trabajador en situación comparable a la que tiene durante los períodos de efectiva actividad laboral.

10º) La **compensación económica** por vacaciones persigue mantener el precedente nivel de ingresos pues el trabajador ha de “percibir la retribución ordinaria”, tanto si las disfruta *in natura* cuanto si se compensan por extinción contractual. Hay que abandonar el inexplicable criterio sobre la soberanía retributiva de los convenios colectivos.

2. El actual artículo 38 ET sobre vacaciones y suspensión contractual

En el marco del debate sobre la interacción de las vacaciones con la suspensión del contrato, en especial por IT, vale la pena recordar un inventario cronológico y brevísimo, a modo de brújula para caminantes.

*STS 3 octubre 2007 (RJ 2008, 606): Cuando la suspensión por IT coincide con período vacacional de toda la empresa, el trabajador no tiene derecho a que se le fije individualmente época distinta de vacaciones ni a reclamar daños y perjuicios subsidiariamente.

*STJUE de 20 enero 2009, caso Schultz-Hoff: El Derecho Comunitario no determina cómo ha de resolverse la superposición de vacaciones e IT pero el trabajador de baja a quien se le deniega el acceso a las vacaciones ha de poder disfrutar de este derecho.

*STS 24 junio 2009 (RJ 2009, 4286): hay que aplicar la misma solución que en supuestos de maternidad, por así exigirlo la STJUE de 20 enero 2009.

*STJUE 10 septiembre 2009, (caso *Vicente Pereda*): el Derecho Comunitario se opone a disposiciones nacionales o convenios colectivos que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal durante el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de vacaciones de la empresa en la que está contratado no tiene derecho, una vez dado de alta médica, a disfrutar sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia de que se trate.

Siguiendo las coordenadas establecidas por el Tribunal de Luxemburgo^[9], el legislador de 2012 revisó el polémico tema de la superposición entre vacaciones y suspensiones contractuales. El art. 38.3 ET prescribe lo siguiente:

- Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.
- En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

3. El caso de *Conley King*

Pese al tiempo transcurrido, la sentencia resolviendo este conocido caso debe considerarse emblemática y retenerse siempre. *Conley King* es un ciudadano inglés, de edad madura, contratado como comisionista por un fabricante de puertas y ventanas. Durante más de doce años (hasta su jubilación) se comporta como autónomo y la empresa rechaza abonarle cantidad alguna por periodos no trabajados. Es decir, en cuanto autónomo, si no desarrolla actividad tampoco puede facturar. Al extinguirse su vinculación, el Sr. King reclama el equivalente a las vacaciones que la mercantil le ha impedido disfrutar como tal descanso remunerado.

La doctrina de Luxemburgo.- La STJUE de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16), con base en la Directiva 2003/88/CE (tiempo de trabajo) ha sentado varios criterios relevantes: 1º) El trabajador tiene derecho a la compensación económica por las

vacaciones no disfrutadas. 2º) El Derecho de la UE se opone a que el trabajador deba tomar vacaciones antes de saber si tiene derecho a que sean remuneradas. 3º) Cuando el empleador ha impedido el disfrute de vacación remunerada ha de afrontar las consecuencias de ello. 4º) La incertidumbre sobre su remuneración impide que se disfruten verdaderas vacaciones. 5º) En el caso de posposición del descanso por enfermedad es razonable que haya un periodo relativamente inmediato y posterior dentro del cuales deban disfrutarse, pero el caso es diverso cuando el problema surge a causa de la conducta empresarial. 6º) Es indiferente que el trabajador haya presentado solicitudes anuales reclamando su derecho. 7º) Lo contrario avalaría un enriquecimiento sin causa y a favor de la empresa incumplidora.

El Tribunal defiende la relevancia de las vacaciones (auténtico principio de Derecho Social Comunitario) hasta el extremo de prescindir de la prescripción o de su carácter intraanual. La potencia de esta doctrina es incuestionable y la duda sobre qué otras instituciones seguirán ese camino inevitable.

4. Compendio de la jurisprudencia comunitaria sobre remuneración

En numerosas ocasiones el Tribunal de Luxemburgo se ha ocupado de determinar el modo en que han de remunerarse las vacaciones; en esencia, el resultado es el siguiente:

- Aunque el tenor del *artículo 7 de la Directiva 2003/88* no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88* significa que, mientras duren las «vacaciones anuales» en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso.
- En efecto, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.
- Sobre el método de cálculo de la retribución, [el TJUE] añade: "en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador...".
- Ahora bien, 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.
- En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.
- El Tribunal de Justicia ha precisado 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.
- Según esa misma jurisprudencia, 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.

5. *Jurisprudencia unificada*

En concordancia con la cuestión examinada, vale la pena recordar algunos criterios por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la mayoría de las veces queriendo atenerse a los dictados de los criterios del TJUE.

A) Tienen derecho al disfrute en un periodo posterior al establecido los trabajadores en situación de IT, aun cuando se trate de días adicionales de vacaciones que superan el mínimo legal y cuya fecha de disfrute se fija en Navidad^[10]. Estos criterios han hallado plasmación en el artículo 38 ET, redactado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, precisamente para adecuar la legislación española a esa interpretación del Derecho comunitario.

B) Tiene derecho a disfrutar las vacaciones atrasadas el trabajador que es readmitido tras despido declarado improcedente, puesto que la readmisión produce todos sus efectos, haciendo equivalente el tiempo de tramitación del proceso al de prestación de servicios^[11].

C) La retribución de las vacaciones debe incluir el plus de eficiencia personal, por formar parte de la retribución ordinaria o media según el pacto de empresa que lo establezca^[12]. En otras palabras, que este debe percibir la retribución ordinaria durante dicho periodo de descanso y ocio^[13]. En los términos de la STS 1065/2017, de 21 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6211), se trata de garantizar la “indemnidad retributiva” durante el periodo de vacaciones.

D) El cómputo del plazo de la acción para reclamar la compensación económica de las vacaciones no disfrutadas en años sucesivos, como consecuencia de enfermedad o accidente que imposibilita temporalmente para trabajar, se inicia en la fecha de extinción del contrato de trabajo, pues hasta ese momento el trabajador no tiene derecho, en su caso, a sustituir el disfrute efectivo de las vacaciones por una compensación en metálico^[14].

6. *Condicionantes a la negociación colectiva.*

Parece razonable entender que aunque la fijación de esa retribución [«normal o media»] por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, pues a ello indudablemente alude la expresión «calculada en la forma...» que el citado art. 7.1 del Convenio 132 utiliza, de todas las maneras la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata de concepto jurídico indeterminado y como tal ofrece:

a). Lo que se ha denominado «núcleo» -zona de certeza-, que parece debe integrarse, en su faceta «positiva» por los conceptos que integran la retribución «ordinaria» del trabajador individualizado, como por ejemplo, el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [antigüedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...], que siempre son percibidos por los trabajadores individualmente considerados; y en su faceta «negativa», por términos generales, los conceptos retributivos extraordinarios [con carácter general y sin perjuicio de su excepción en singulares circunstancias, los bonus; determinados incentivos; horas extraordinarias...].

b). El llamado «halo» -zona de duda-, que bien pudiera estar integrado por complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado» [esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración ...], y cuya calificación -como retribución ordinaria o

extraordinaria- dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución], y que es precisamente el punto en el que puede operar una cierta discrecionalidad de la negociación colectiva.

X. Apunte final

El anterior planteamiento, por fuerza 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 la finalidad de efectivo descanso que persigue la figura de vacaciones retribuidas. En este sentido, las SSTs 223/2018 y 532/2018 han precisado lo siguiente:

Si la 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 –como señalamos constantemente– 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 las mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate”.

Esas mismas sentencias fijan un criterio objetivo para dotar de seguridad jurídica a lo que deba entenderse por retribución normal, habitual y ordinaria al establecer 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*”^[15].

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 lo procedente para cada caso.

Referencias:

1. ^ *La retribución en función de resultados, como es la percibida por comisiones, no puede considerarse como extraordinaria y ha de computarse a estos efectos (STS 17 diciembre 1996 [RJ 1996, 9717]), porque un complemento remuneratorio no pierde su carácter normal para convertirse en excepcional por el hecho de ser de cuantía variable (STS 30 mayo 2000 [RJ 2000, 5975]).*
2. ^ *STJCE de 20 enero 2009 [TJCE 2009, 7]*
3. ^ *SSTS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3627] y 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]*
4. ^ *STS de 12 junio 2012 (RJ 2012, 8122).*

5. ^ *La figura de la incapacidad temporal en régimen de parcialidad no es querida por el Derecho español; sin embargo, parece evidente que para muchos casos resulta tan lógica como interesante, incluyendo la progresividad en la prestación laboral hasta la recuperación total.*
6. ^ *Añade que tras finalizar el período de 52 semanas mencionado en dicho apartado, el funcionario tendrá derecho a seguir percibiendo su retribución íntegra por el número de horas trabajadas o que hubiera trabajado de habersele ofrecido tal trabajo.*
7. ^ *La duración vacacional está (tácitamente) referida al supuesto de trabajador que permanezca vinculado con la empresa durante todo el año natural, debiendo realizarse los ajustes proporcionales precisos en otro caso. Pero se entiende que socava el contenido esencial del derecho la norma que supedita el nacimiento del derecho a que se haya mantenido una vinculación con el mismo empleador de determinada duración mínima (STJCE 26 junio 2001, Bectu).*
8. ^ *La STJCE de 20 enero 2009 [TJCE 2009, 7] señala que “ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas [...] al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate”.*
9. ^ *La STJUE de 22 noviembre 2011, C-214/10, caso KHS, considera acorde al Derecho comunitario la regulación que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a las vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones.*
10. ^ **STS de 4 julio 2018** (RJ 2018, 3834)(Ponente, Sra. Arastey Sahún).
11. ^ **STS de 27 mayo 2019** (RJ 2019, 2247)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).
12. ^ **STS de 23 julio 2020** (PROV2020\343165) (Ponente, Sr. García-Perrote Escartín).
13. ^ [13] *SSTJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018 (TJCE 2018, 246), C-569/16 y 570/16, y C-684/16; también STJUE, Gran Sala, 6 de noviembre de 2018 (TJCE 2018, 251), C-619/16 y las SSTJUE 22 de mayo de 2014 (TJCE 2014, 191), C-539/12, 12 de junio de 2014 (TJCE 2014, 200), C-118/13, 11 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 444), C-219/14, y 13 de diciembre de 2018 (TJCE 2018, 298), C-385/17).*
14. ^ *SSTS de 28 mayo 2013 (RJ 2013, 5351)(Ponente, Sr. Salinas Molina); 20 mayo 2014 (RJ 2014, 3627) y 14 marzo 2019 (RJ 2019, 1648)(Ponente, Sra. Virolés Piñol).*
15. ^ *Se descarta, de esta forma, 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, para concluir que 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 período referencial marca la línea divisoria entre lo que puede calificarse razonablemente como habitual en contraposición a lo ocasional.*

§ 3 Huelga en servicios esenciales: los médicos internos residentes pueden ser incluidos en los servicios mínimos.

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: *El objeto de la sentencia lo constituye la resolución del recurso de casación contencioso-administrativo admitido para responder a la cuestión de si los médicos internos residentes pueden o no ser incluidos en los servicios mínimos de la huelga del personal médico ante la inexistencia de jurisprudencia. La sentencia estima que es posible esa inclusión, toda vez que los médicos internos residentes son trabajadores y ejercen su derecho fundamental de huelga en un servicio esencial para la comunidad.*

Palabras clave: *Derecho de huelga. Servicios esenciales. Servicios mínimos. Relación laboral especial. Médicos internos residentes.*

Abstract: *The subject matter of the judgment is the decision on the administrative appeal admitted to answer the question of whether or not medical residents can be included in the minimum services of the medical staff strike in the absence of case law. The judgement considers that such inclusion is possible, since medical residents are workers and exercise their fundamental right to strike in a service that is essential to the community.*

Keywords: *Right to strike. Essential services. Minimum services. Special employment relationship. Medical residents.*

I. Introducción

La sentencia se pronuncia sobre la inclusión de los médicos internos residentes (MIR) en una resolución administrativa de imposición de servicios mínimos en una huelga de médicos convocada por un sindicato médico. La respuesta positiva a dicha cuestión se asienta en la condición de trabajadores “especiales” de los médicos internos residentes al servicio de los centros acreditados para impartir formación especializada en ciencias de la salud para los que ejercen su actividad profesional retribuida. Son trabajadores sujetos de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud, cuya especialidad tiene en la formación su razón de ser.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

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

Número de resolución judicial y fecha: 1.523/2021, de 17 de diciembre de 2021

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015), núm. proc.: 2208/2020.

ECLI:ES:TS:2021:4817

Fuente: CENDOJ

Ponente: PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Votos Particulares: no tiene

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si los médicos internos residentes pueden ser incluidos o no en los servicios mínimos de la huelga afectante al personal sanitario.

1. Hechos

Con motivo de la huelga convocada para el día 3 de mayo de 2019 el Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea dictó la resolución 405/2019, de 29 de abril, para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales, determinando el personal preciso para la atención de los mismos e incluyendo a los médicos internos residentes. El Sindicato Médico de Navarra impugnó la resolución administrativa por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, alegando la vulneración del derecho fundamental de huelga reconocido por el artículo 28.2 de la Constitución, al considerar que los médicos internos residentes son personal en formación, de forma que su huelga no tendría consecuencias más que en su docencia y la formación.

2. Antecedentes

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Pamplona estimó el recurso en su sentencia n.º 191/2019, de 10 de julio^[1], anulando la resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por vulneración del artículo 28.2 de la Constitución. Con cita, además de la doctrina constitucional al respecto, de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2005^[2] y de la Sala de Pamplona de 30 de octubre de 2001^[3], así como la inmediatamente precedente del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Pamplona 104/2019, de 15 de abril, recaídas en un supuesto similar, el Juzgado destacó la condición esencial de personal en formación de los médicos internos residentes y concluyó que los MIR no podían ser objeto de regulación para prestar servicios mínimos en una huelga de médicos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia 318/2019, de 9 de diciembre^[4], estimó el recurso de apelación del Gobierno de Navarra, revocó la sentencia del Juzgado y desestimó el recurso del Sindicato Médico de Navarra porque no se había vulnerado el derecho fundamental a la huelga de los MIR y declaró la resolución 405/2019, de 29 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea conforme al ordenamiento jurídico. Partiendo asimismo de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la huelga y la fijación de los servicios mínimos, razonó que los MIR no son estudiantes en formación, sino trabajadores públicos integrados mediante un contrato de trabajo entre el centro sanitario en el que se forman y prestan su actividad asistencial ordinaria y de urgencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, y el Real Decreto 1146/1006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral

especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Desde el punto de vista del ejercicio del derecho de huelga y la correlativa fijación de servicios mínimos, debía atenderse a este aspecto laboral del contrato de formación. En cuanto a las sentencias en que había apoyado su decisión el Juzgado, eran anteriores al Real Decreto 1146/1006, y otras sentencias de las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2003^[5], y de Madrid habían reconocido la potestad de las autoridades administrativas para imponer servicios mínimos en huelgas de MIR.

La sentencia de apelación reconoció a los médicos internos residentes la titularidad del derecho constitucional de huelga para la defensa de sus intereses profesionales – en “su condición de trabajadores vinculados con los centros sanitarios en virtud de un contrato laboral”-, lo que, consecuentemente, conllevaba su sujeción a los servicios mínimos impuestos en garantía de la prestación sanitaria como servicio de interés esencial para la comunidad.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra tuvo por preparado por el Sindicato Médico de Navarra el recurso de casación, acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. El auto de 15 de abril de 2021^[6] de su Sección Primera admitió a trámite el recurso, apreciando la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en aclarar si los médicos internos residentes podían o no ser incluidos en los servicios mínimos de la huelga afectante al personal sanitario ante la inexistencia de jurisprudencia al respecto, cuestión nuclear debatida en el procedimiento. Identificó como normas jurídicas objeto de interpretación las contenidas en el artículo 20 de Ley 44/2003, el artículo 28.2 Constitución Española y los artículos 1, 2 y 5 del Real Decreto 1146/2006, de regulación de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (art. 90.4 LJCA). Remitió las actuaciones a la Sección Cuarta de la Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El sindicato recurrente formalizó el recurso interpuesto y, en virtud de los motivos en él expuestos, precisó que la pretensión deducida en su recurso tenía por objeto que se fijase la interpretación del “artículo 28.2 de la Constitución Española, el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias y los artículos 1, 2 y 5 del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, que regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud y [...de] las restantes normas aplicables, en el sentido de declarar que el carácter laboral de la relación entre los Médicos Internos Residentes y los Centros por los que se encuentran contratados, es meramente accesoria de la finalidad formativa que el sistema establecido para la obtención de la especialidad en Ciencias de la Salud tiene como principal, que la tutorización ni la formación de los Médicos Internos Residentes pueden ser considerados servicios esenciales, y por lo tanto, que no se puede imponer al personal Médico Interno Residente la prestación de servicios mínimos en situación de huelga”.

IV. Posición de las partes

El Sindicato Médico de Navarra recurrente sostuvo que la participación de los médicos internos residentes en la actividad sanitaria es una parte de su formación, que es “la meta del sistema”, su finalidad esencial, siendo la prestación de servicios asistenciales, que realizan de forma tutelada, accidental, conforme al artículo 20 de la Ley 44/2003. Insistió en que, al ser prestada la actividad asistencial de los médicos internos residentes bajo la tutela y supervisión de los especialistas, su sujeción a los servicios mínimos implicaba trasladarlos a los médicos especialistas que ejercían la tutela y supervisión, dejando de prestar los servicios esenciales, con infracción del

artículo 28.2 de la Constitución, del artículo 20 de la Ley 44/2003 y de los artículos 1, 2 y 5 del Real Decreto 1146/2006. Esa imposición de servicios mínimos vulneraba el artículo 28.2 de la Constitución al no ser la formación de los residentes un servicio esencial de la comunidad. Además, la sentencia de apelación recurrida infringía la jurisprudencia de la Sala, la sentencia de la antigua Sección Séptima de 27 de enero de 2005, que había declarado nula una Orden del Consejero de Trabajo de la Generalidad de Cataluña de 3 de junio de 1999 por vulnerar el precepto constitucional citado al imponer servicios mínimos a los médicos internos residentes sin ponderar ni precisar el número de los necesarios para garantizar el normal funcionamiento de los servicios, argumentando que "Las funciones asistenciales del MIR, tutorizadas bajo la supervisión de los facultativos del Centro, tienen un carácter instrumental al servicio de su formación especializada y no tratan de suplir ni completar las que incumben a los Médicos que integran la plantilla del Centro, que debe ser suficiente para cubrir sus necesidades asistenciales".

La Comunidad Foral de Navarra se opuso al recurso, pidiendo su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida. Su argumentación se centró en la condición de trabajadores de los médicos internos residentes, cuya formación les integra en la labor asistencial, ordinaria y de urgencias, de los centros hospitalarios con los derechos y obligaciones concernientes a su relación laboral especial, regida por el RD 1146/2006 y con carácter supletorio por el Estatuto de los Trabajadores. Subrayó que los médicos internos residentes "son trabajadores ligados por un contrato de formación en el que se combina la enseñanza y el trabajo profesional como médico" y, por ello, titulares del derecho de constitucional huelga para la defensa de sus intereses, cuyo ejercicio en el servicio esencial médico había de soportar el establecimiento de servicios mínimos. Su exclusión de los servicios mínimos repercutía en sobrecargas de los especialistas y en la actividad normal del día siguiente a la huelga, debido a la libranza. Por lo demás, la referida sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 27 de enero de 2005 se había dictado sobre una normativa anterior a la inequívocamente laboral contenida en el Real Decreto 1146/2006, de regulación de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud.

En su escrito de alegaciones *el Fiscal* consideró procedente la desestimación del recurso, con la consiguiente desestimación de la demanda inicial del sindicato y la confirmación de la resolución administrativa impugnada, imponiendo las costas a cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Razonó que siendo los MIR trabajadores al servicio de los hospitales con los que habían celebrado un contrato de trabajo eran titulares del derecho de huelga, quedando sometidos al cumplimiento de los servicios mínimos impuestos para garantizar el mantenimiento del servicio esencial de asistencia sanitaria.

V. Normativa aplicable al caso

* Art. 28 Constitución Española. "2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

* Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

"Artículo 20. Sistema de formación de especialistas". "1. La formación de Especialistas en Ciencias de la Salud implicará tanto una formación teórica y práctica como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate. 2. La formación tendrá lugar por el sistema de residencia en centros acreditados. En todo caso, los centros o unidades en los que se desarrolle la formación deberán estar acreditados conforme a lo previsto en el artículo 26. 3. La formación mediante residencia se atenderá a los siguientes criterios: a) Los residentes realizarán el

programa formativo de la especialidad con dedicación a tiempo completo. La formación mediante residencia será incompatible con cualquier otra actividad profesional. También será incompatible con cualquier actividad formativa, siempre que ésta se desarrolle dentro de la jornada laboral de la relación laboral especial del residente^[7]. b) La duración de la residencia será la fijada en el programa formativo de la especialidad y se señalará conforme a lo que dispongan, en su caso, las normas comunitarias. c) La actividad profesional de los residentes será planificada por los órganos de dirección conjuntamente con las comisiones de docencia de los centros de forma tal que se incardine totalmente en el funcionamiento ordinario, continuado y de urgencias del centro sanitario. d) Los residentes deberán desarrollar, de forma programada y tutelada, las actividades previstas en el programa, asumiendo de forma progresiva, según avancen en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de la especialidad. e) Las actividades de los residentes, que deberá figurar en el Libro de Residente, serán objeto de las evaluaciones que reglamentariamente se determinen. En todo caso existirán evaluaciones anuales y una evaluación final al término del período de formación. f) Durante la residencia se establecerá una relación laboral especial entre el servicio de salud o el centro y el especialista en formación. El Gobierno, atendiendo a las características específicas de la actividad formativa y de la actividad asistencial que se desarrolla en los centros sanitarios, y de acuerdo con los criterios que figuran en este capítulo y en la disposición adicional primera de esta ley, regulará la relación laboral especial de residencia. 4. Los principios establecidos en el número anterior y los demás que figuran en las secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo, podrán ser adaptados por el Gobierno a las específicas características de la formación especializada en Ciencias de la Salud de las profesiones previstas en los artículos 6.2, párrafos b), c) y d), 6.3 y 7 de esta ley”.

* Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud

“Artículo 1. Objeto, ámbito de aplicación y fuentes”. “1. Este real decreto tiene por objeto regular la relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.3.f) y en la disposición adicional primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. 2. Será de aplicación a los titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en un centro o unidad docente acreditada, para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud, mediante el sistema de residencia, previsto en el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, a efectos de la obtención del título de especialista, y por cuyos servicios como trabajadores percibirán las retribuciones legalmente establecidas. También será de aplicación a los especialistas en Ciencias de la Salud que, conforme a lo establecido en el artículo 23 de la citada ley, cursen una nueva especialidad, y a los que según el artículo 25 accedan a la formación para la obtención del Diploma de Área de Capacitación Específica, por el sistema de residencia. 3. Se aplicará en todo el territorio del Estado, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada, de los establecimientos sanitarios donde se encuentren ubicadas los centros o unidades docentes acreditados para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. 4. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial de residencia se regularán por este real decreto y, con carácter supletorio, por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos”.

“Artículo 2. Forma, contenido y eficacia del contrato”. “1. El contrato de trabajo se celebrará por escrito entre el residente, en su condición de trabajador, y la entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación, en su condición de

empleador o empresario. 2. En el contrato, que se formalizará por cuadruplicado, se incluirán, al menos, los siguientes extremos: a) La identidad de las partes que lo suscriben. b) El domicilio social de la empresa. c) La unidad docente donde se desarrollará el programa de formación y centro al que pertenece o, en su caso, los dispositivos que la integran. Si en la acreditación de la misma se prevé la rotación por más de un centro se hará constar esta circunstancia. d) La convocatoria en la que el residente ha obtenido la plaza. e) La fecha del comienzo de la relación laboral y su duración. f) El título universitario del residente y el programa de formación que va a cursar. g) Las cuantías de sus retribuciones. h) La jornada laboral. i) La duración de las vacaciones y la modalidad para su atribución y determinación. j) El convenio colectivo que, en su caso, resulte aplicable. 3. Al contrato se incorporarán las diligencias de las renovaciones que en cada caso correspondan según la duración del programa formativo de la especialidad. 4. Antes de la formalización del contrato, cada residente se someterá a un examen médico para comprobar que no padece enfermedad ni está afectado por alguna limitación, física o psíquica, que sea incompatible con las actividades profesionales que exige el correspondiente programa formativo. El contrato quedará sin efecto si, cumplido el procedimiento previsto en la convocatoria por la que el residente obtuvo la plaza, se resolviese la no superación de dicho examen médico”.

“Artículo 5. Jornada laboral y descansos”. “1. El tiempo de trabajo y régimen de descansos del personal residente serán los establecidos en el ámbito de los respectivos servicios de salud, con las siguientes peculiaridades: a) La jornada ordinaria de trabajo se determinará mediante convenio colectivo. En su defecto, será la establecida, mediante normas, pactos o acuerdos, para el personal estatutario de la especialidad que el residente esté cursando en cada servicio de salud. En todo caso, la duración máxima de la jornada ordinaria no podrá exceder las 37,5 horas semanales de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo pacto o convenio se establezca otro cómputo. b) Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deberá mediar, como mínimo, un periodo de descanso continuo de 12 horas. En todo caso, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, bien sea de jornada ordinaria que se hubiera establecido excepcionalmente, bien sea de jornada complementaria, bien sea de tiempos conjuntos de ambas, el residente tendrá un descanso continuo de 12 horas, salvo en casos de emergencia asistencial. En este último supuesto, se aplicará el régimen de descansos alternativos previstos en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud^[8]. c) El residente estará obligado exclusivamente a realizar las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente. En todo caso, no podrá realizar más de siete guardias al mes. 2. La jornada laboral asegurará el cumplimiento de los programas formativos. Dentro de las posibilidades organizativas y funcionales de cada centro, se procurará disponer la jornada de los residentes de forma que la ordenación del tiempo de trabajo no perjudique su formación. 3. No podrán celebrarse contratos de trabajo del personal residente con jornada a tiempo parcial”.

* Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Art. 90.4. “Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso [...]”.

VI. Doctrina básica

La sentencia desestima el recurso de casación del sindicato médico. Su premisa de partida -realmente se formula así, aunque realmente es la conclusión de la *ratio decidendi* que a continuación explica- es que la sentencia recurrida no infringe los preceptos invocados por el recurrente, los artículos 28.2 de la Constitución, 20 de la

Ley 44/2003 y 1, 2 y 5 del Real Decreto 1146/2006, sino que los interpreta correctamente, y tampoco contradice la doctrina de la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de 27 de enero de 2005.

La doctrina de la sentencia se apoya, como no podía ser de otra manera atendiendo a la regulación legal vigente, en la condición de trabajadores de los médicos internos residentes, sujetos de la relación laboral especial entre el servicio de salud o el centro y el especialista en formación, creada por el artículo 20.3.f) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, y regulada por el Real Decreto 1146/2006. La Ley 44/2003 dispuso que durante la residencia se establecería una relación laboral especial entre el servicio de salud o el centro y el especialista en formación, que el Gobierno había de regular atendiendo a las características específicas de la actividad formativa y de la actividad asistencial que se desarrolla en los centros sanitarios, y de acuerdo con los criterios que figuran en su capítulo III, sobre la formación especializada en ciencias de la salud, y en su disposición adicional primera. Esta disposición lleva por título "Relación laboral especial de residencia" y en su apartado 1 se determina el ámbito subjetivo de aplicación de dicha relación laboral especial, integrado por quienes reciben formación dirigida a la obtención de un título de especialista en ciencias de la salud realizada por el sistema de residencia, en centros, públicos o privados, acreditados para impartir dicha formación. Precisa la disposición legal -lo que la sentencia destaca- que los residentes tienen "la consideración de personal laboral temporal del servicio de salud o centro en que reciban la formación y deberán desarrollar el ejercicio profesional y las actividades asistenciales y formativas que de los programas de formación se deriven".

De lo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo concluye, como incuestionable, que los MIR son trabajadores en formación que participan en la actividad propia de los centros sanitarios, tanto en la ordinaria como en las urgencias, con derecho a "ejercer su profesión y desarrollar las actividades propias de la especialidad con un nivel progresivo de responsabilidad a medida que se avance en el programa formativo" [artículo 4.1. e) del Real Decreto 1146/2006], y el deber "prestar personalmente los servicios y realizar las tareas asistenciales que establezca el correspondiente programa de formación y la organización funcional del centro, para adquirir la competencia profesional relativa a la especialidad y también contribuir a los fines propios de la institución sanitaria" [artículo 4.2 d) del Real Decreto 1146/2006].

Siendo trabajadores, las conclusiones no podían ser otras que reconocerles la titularidad del derecho constitucional "a la huelga de los trabajadores" y su sometimiento consiguiente a las "garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad" (art. 28.2 CE), esencialidad propia de la actividad sanitario-asistencial.

Contestando a la argumentación del sindicato recurrente, la sentencia no desconoce que "la formación especializada" constituye "la razón de ser de [...la] relación laboral especial" de los médicos internos residentes. Los fines formativos justifican la especialidad de una relación de naturaleza inequívocamente jurídico-laboral. Siendo esto así, conforme al conjunto regulativo legal-reglamentario, la sentencia subraya la condición de trabajadores temporales de los médicos internos residentes, condición que prevalece sobre la formativa, porque "la actividad de los centros que los contratan descansa también en el trabajo que realizan", "aun indisoluble de los fines formativos".

Rechaza la sentencia la existencia de contradicción de su doctrina con la de la citada sentencia de la Sección Séptima de 27 de enero de 2005 y con jurisprudencia anterior de la propia Sala, que acoge la de 27 de enero de 2005.

Respecto de la sentencia de 27 de enero de 2005, porque aquella decisión se había limitado a confirmar la anulación de una Orden del Consejero de Trabajo de la Generalidad de Cataluña de 3 de junio de 1999, que impuso servicios mínimos en una huelga de facultativos internos residentes por vulnerar el artículo 28.2 de la Constitución, ya que los servicios mínimos impuestos afectaban a la totalidad de los

facultativos que prestaban servicios en unidades de los servicios de urgencia o especiales y la Orden no determinaba ponderadamente y de modo individualizado el número de los requeridos para garantizar el normal funcionamiento de esas unidades. La sentencia no había establecido que no procediera fijar servicios mínimos para los residentes, sino la inconstitucionalidad de la Orden de la autoridad gubernativa que los había fijado de forma inmotivada y desproporcionada.

En relación con sentencias anteriores de la Sala sobre huelgas de médicos internos residentes, las sentencia de 16 de diciembre de 1993^[9], reiterando lo ya declarado en la anterior de 16 de noviembre de 1993^[10], citadas por la Sentencia de 27 de enero de 2005, que habían enfatizado la dimensión formativa de su actividad de colaboración en las tareas asistenciales hospitalarias y establecido que, en consecuencia, su huelga no tenía otras consecuencias que las meramente docentes y formativas, porque aplicaron el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista, que se limitaba a decir en su artículo 4.1 que: "b) Cuando la formación médica especializada implique la prestación de servicios profesionales en centros hospitalarios o extrahospitalarios públicos, propios del Instituto Nacional de la Salud o concertados con este instituto, y cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de las entidades a que pertenezcan, celebrarán con los interesados el correspondiente contrato de trabajo de acuerdo con la legislación específicamente aplicable".

El nuevo marco legal, conformado por la Ley 44/2003 y el Real Decreto 1146/2006, proporciona un contenido preciso a la relación laboral especial de residencia y no deja duda acerca de la condición jurídica de personal laboral temporal de los médicos internos residentes "y su participación sistemática en la actividad sanitaria asistencial", constituyendo un marco legal diferente al que tuvo en consideración la sentencia de 27 de enero de 2005, lo que excluye "toda infracción de la jurisprudencia".

La sentencia concluye su cuerpo argumental respondiendo a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia planteada por el Auto de admisión del recurso de casación de la Sección Primera de la Sala: textualmente, "los médicos internos residentes pueden ser incluidos en los servicios mínimos que deban establecerse en las huelgas de personal sanitario que se convoquen en el centro hospitalario al que estén vinculados contractualmente".

VII. Parte dispositiva

La Sala ha decidido:

"(1.º) No dar lugar al recurso de casación n.º 2208/2020, interpuesto por el Sindicato Médico de Navarra contra la sentencia n.º 318/2019, de 9 de diciembre, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, estimatoria del de apelación n.º 344/2019, interpuesto por el Gobierno de Navarra contra la sentencia n.º 191/2019, de 10 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de los de Pamplona en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales n.º 178/2019, a su vez estimatoria del recurso del Sindicato Médico de Navarra contra la resolución 405/2019, de 29 de abril, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se garantiza el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales y se determina el personal preciso para la atención de los mismos en este organismo autónomo, con motivo de la huelga convocada para el día 3 de mayo de 2019.

(2.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos", el sexto, a cuyo tenor "cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación" (art. 93.4 LJCA).

VIII. Pasajes decisivos

“[...L]os médicos internos residentes son trabajadores en formación que participan en la actividad propia de los centros sanitarios, tanto en la ordinaria como en las urgencias” (FD 4º).

“[...L]os centros a los que están vinculados laboralmente cuentan a efectos de prestar la asistencia sanitaria con la participación de los médicos internos residentes y [...], por tanto, en caso de huelga --a la que, en cuanto trabajadores tienen derecho conforme al artículo 28.2 de la Constitución-- se han de ver afectados por los servicios mínimos que se establezcan para preservar los niveles imprescindibles. No puede pasarse por alto que la propia Constitución limita el ejercicio de este derecho fundamental, cuando incide en los servicios esenciales” (FD 4º).

“Sin desconocer que la formación especializada es la razón de ser de su relación laboral especial, no lo es menos que son trabajadores temporales de los centros correspondientes, de manera que esta condición, aun indisociable de los fines formativos, ha de prevalecer a los efectos de lo que ahora se discute precisamente porque la actividad de los centros que los contratan descansa también en el trabajo que realizan” (FD 4º).

“[E]sta sentencia trae a colación, a título de corroboración, lo dicho por la Sala en anteriores sentencias sobre huelgas de médicos internos residentes que subrayaron, a la vista del artículo 4 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista, la dimensión formativa de su actividad de colaboración en las tareas asistenciales hospitalarias y que, por eso, su huelga carecía de más consecuencias que las meramente docentes y formativas” (FD 4º).

“En cambio, la Ley 44/2003 y el Real Decreto 1146/2006 darán un contenido preciso a la relación laboral anteriormente apuntada y dejarán clara la condición de personal laboral temporal de los médicos internos residentes y su participación sistemática en la actividad sanitaria asistencial” (FD 4º).

“[...H]emos de responder a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia planteada por el auto de admisión diciendo que los médicos internos residentes pueden ser incluidos en los servicios mínimos que deban establecerse en las huelgas de personal sanitario que se convoquen en el centro hospitalario al que estén vinculados contractualmente” (FD 5º).

IX. Comentario

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo está a lo dispuesto por la legislación laboral. Conforme a las previsiones que para la declaraciones de relaciones laborales de naturaleza especial contenía el artículo 2.1.i) del ET de 1995 - artículo 2.1.i) del ET vigente-, por imperativo de la reserva de ley en materia laboral de los artículos 35.2 y 53.1 de la Constitución, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, dispuso la creación de una nueva relación laboral especial de formación de especialistas en ciencias de la salud por el sistema de residencia en centros acreditados. Esa formación supone “tanto una formación teórica y práctica como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate” (art. 20.1). El Gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria, reguló dicha relación laboral especial mediante el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, de regulación de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud, conforme a las determinaciones del artículo 20.3.f) y la disposición adicional primera de la Ley creadora de la relación laboral especial. El artículo 2.1.j) de la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, relaciona expresamente entre las relaciones laborales de carácter especial la de “residencia para la formación de

especialistas en Ciencias de la Salud". El Real Decreto 1146/2006 se dictó de conformidad con la disposición adicional primera.2 de la Ley 44/2003, en relación con el artículo 2.1.i) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo, de aplicación supletoria a la relación laboral especial de residencia (art. 1.4).

Cobra fuerza en la sentencia la indagación del sentido último de lo que el legislador ha querido hacer al configurar como relación *laboral* especial la de especialistas en ciencias de la salud en formación mediante residencia con los servicios o centros sanitarios autorizados a impartir dicha formación, en los que desarrollan su actividad profesional. Sin demérito de su finalidad de formación, de esencia a esta relación especial, es, no obstante, su naturaleza laboral la determinante de su calificación jurídica.

Señala el artículo 2.2. del ET que la regulación de las relaciones laborales especiales ha de respetar los derechos básicos reconocidos por la Constitución -un mandato legislativo que contiene una admonición innecesaria, dada la sujeción a la Constitución de todos, poderes públicos y ciudadanos, y la vinculación singular de los derechos fundamentales-, listando, entre esos derechos básicos de los trabajadores, el de huelga [art. 4.1.e)].

A tenor de lo expuesto, la respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, ante su inexistencia, se alcanza por la Sección Cuarta de la Sala a través de un silogismo lógico-jurídico perfecto, que se desarrolla en dos fases consecutivas. Siendo los MIR personal laboral temporal del servicio de salud o centro en que reciban la formación, de titularidad pública o privada, que asume la condición de empleador o empresario, para lo que aquéllos deben realizar su ejercicio profesional y las actividades asistenciales y formativas, son titulares del derecho fundamental de huelga que para la defensa de sus intereses les reconoce el artículo 28.2 de la Constitución. Ejerciéndose el derecho fundamental en centros que prestan un servicio esencial para la comunidad -obviamente con independencia de su naturaleza pública o privada, aunque la naturaleza pública del Servicio Navarro de Salud es en el caso indubitada-, como es el que satisface el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 y 2 CE), queda sujeto a las garantías necesarias para el mantenimiento del servicio esencial, siempre conforme a las exigencias del artículo 28.2 de la Constitución, que ha previsto que la "ley que regule el ejercicio" del derecho fundamental de huelga "establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"; es obligado el recordatorio de que esa ley es el artículo 10, párrf. 2º, del RDL 17/1977, de 4 de marzo, interpretado por la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, ante la falta de ley postconstitucional de desarrollo del artículo 28.2 de la Constitución.

De sobra es sabido que la imposición por la autoridad gubernativa de servicios mínimos es la técnica que garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de ejercicio del derecho fundamental de huelga bajo la premisa del artículo 28.2 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, desde su citada STC 11/1981, dejó establecido que el "derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga" y que la adopción de las medidas o garantías de aseguramiento de los servicios esenciales "no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial" (FJ 18).

Las consideraciones que incorpora la sentencia son indiscutibles. Su significado teórico y práctico es inmediato para clarificar la cuestión objeto del recurso de casación al que la Sección de admisión de la Sala contencioso-administrativa otorgó interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Interesa destacar que se trata de un pronunciamiento contencioso-administrativo sobre una cuestión exquisitamente jurídico-laboral. La Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011 marcó la ampliación del ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, atendiendo a su mayor especialización, con el fin de reforzar la seguridad jurídica y la eficacia operativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y

de evitar “la disgregación del conocimiento de determinadas y esenciales materias sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social, como la contencioso-administrativa o la civil”, que habían generado el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”, que provocaba “graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de los derechos de las personas” (exp. de mot., 3).

No obstante, la racionalización de la distribución competencial no se consumó en lo que se refiere a la tutela de los derechos de libertad sindical, huelga, negociación colectiva y conflicto colectivo. Y su artículo 3.d)^[11] decidió excluir del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social “las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo”.

La exclusión, de no fácil articulación de sus dos secuencias de exclusión-inclusión del ámbito jurisdiccional del orden social, encuentra explicación en la posible afectación de personal funcionario y estatutario por las disposiciones de servicios mínimos en huelgas en servicios esenciales, que no son “disposiciones generales” de las contempladas en la letra a) del artículo 3 de la LRJS; no son, con independencia de su naturaleza reglamentaria, “legislación”, sino actos de “ejecución” que corresponde dictar a la autoridad gubernativa con competencias sobre el servicio esencial afectado por la huelga, según jurisprudencia constitucional reiterada. Y pone en cuestión la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares del derecho de huelga ejercido en servicios esenciales comunitarios, que es garantía integrante del derecho fundamental y límite esencial a la potestad de las autoridades gubernativas de establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos. Hasta el punto de que, como se recordará, el fallo de la STC 11/1981 declaró que no es inconstitucional el párrf. 2 del artículo 10 del RDL 17/1977, que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, “en cuanto que el ejercicio de esta potestad está sometido a la jurisdicción de los tribunales de justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal” [2º.e)]. Para comprobar las insuficiencias y desajustes de este control judicial contencioso-administrativo y social -¿dependiente este último de aquél o incluido el conocimiento de las disposiciones de servicios mínimos, respecto del personal laboral, en la competencia funcional de la jurisdicción social por conexión?- bastará con remitir aquí a la lectura del FJ 4 de la STC 123/1990, de 2 de julio, que, hace ya más de treinta años, llamó al legislador para que dotase de efectividad a la garantía jurisdiccional del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales, considerando que no se concilia con las exigencias constitucionales el control contencioso, posterior y tardío, revisor de la imposición gubernativa de los servicios mínimos. El legislador procesal laboral de 2011 ha continuado ignorando la advertencia del supremo interprete de la Constitución, insatisfecha, obviamente, con la solución de mantenimiento de la situación procesal previamente desautorizada.

X. Apunte final

No está de más recordar un elemento indispensable en la regulación constitucional del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad, interpretada por el Tribunal Constitucional desde la temprana STC 11/1981, continuada por la SSTC 26 y 33/1981, de 17 de julio y de 5 de noviembre, y una numerosa jurisprudencia constitucional posterior y de la propia Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo. La declaración de la esencialidad del servicio y la subsiguiente imposición de servicios mínimos corresponde a las autoridades gubernativas, “órganos del Estado

[de las comunidades autónomas y entidades locales] que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno”, únicas legitimadas para limitar el ejercicio de un derecho fundamental, que es una responsabilidad jurídica, como ha quedado dicho, y, fundamentalmente, política, y no a las autoridades administrativas, que, además, pueden ocupar la posición de parte empresarial frente a la que el sindicato convocante y los trabajadores ejercen su derecho fundamental con el resultado inconstitucional de acometer su restricción para lo que no están facultadas, ni constitucional ni legalmente. Las autoridades gubernativas, dotadas e imparcialidad y sujetas a responsabilidad política, han de ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto atendiendo al principio de proporcionalidad y al superior interés de la comunidad al mantenimiento de las prestaciones vitales. Es constante la advertencia de la jurisprudencia constitucional acerca de la obligada interpretación restrictiva y precisa del concepto de autoridad con responsabilidad de gobierno y política y de su necesaria intervención en la fijación de los servicios mínimos, directamente o por delegación, no siendo constitucional que la autoridad gubernativa apodere la injerencia de una autoridad no gubernativa y directamente relacionada con la dirección del personal, que no observa la imparcialidad constitucionalmente exigida.

En el caso, fue el Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, alto cargo sometido directamente al Gobierno de Navarra y a la persona titular del Departamento de Salud, con funciones de dirección y gestión del Servicio y competencias en materia de personal^[12], quien dictó la resolución administrativa “por la que se garantiza el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales y se determina el personal preciso para la atención de los mismos en este organismo autónomo”. No, en consecuencia, una autoridad gubernativa. Sin embargo, esta problemática constitucional estuvo ausente del procedimiento y del debate trabado en el recurso de casación. Si se trataba de una fijación de servicios mínimos clamorosamente inconstitucional, o de una delegación por la autoridad gubernativa que convertía en tal, indebidamente, a la parte empleadora y asimismo inconstitucional, o, por el contrario, de una delegación de facultades para la concreción de los servicios mínimos previamente impuestos por autoridad competente, no fueron motivos hechos valer por el Sindicato Médico de Navarra, no obstante haber solicitado de la Sala la interpretación del artículo 28.2 de la Constitución. Lo hizo exclusivamente en relación con la condición no laboral de los MIR.

No podía el sindicato médico -era un imposible lógico- acudir a la jurisdicción social impugnando “los actos de designación concreta” de los MIR en los servicios mínimos [art. 3.d) LRJS], pues su estrategia procesal, fracasada, se basó precisamente en negarles la condición de personal laboral.

Referencias:

1. *^ Procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales n.º 178/2019.*
2. *^ Recurso de casación n.º 2746/2000. ECLI:ES:TS:2005:379.*
3. *^ Recurso n.º 398/99. ECLI:ES:TSJNA:2001:1661.*
4. *^ Apelación n.º 344/2019. ECLI:ES:TSJNA:2019:763.*
5. *^ ECLI:ES:TS:2003:3377.*
6. *^ ECLI:ES:TS:2021:4706A.*
7. *^ Modificado por la disposición final 2 de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades.*
8. *^ Modificado por la disposición final 1 del RD 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en ciencias de la salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.*
9. *^ Recurso de apelación n.º 8996/1991. RJ 1994\2853.*
10. *^ Recurso n.º 8399/1991. RJ 1993/9500.*

11. ^ El artículo 3 de la LRJS, aunque no en su letra d), ha sido modificado y reordenado por la disposición final 20ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 (Ley 22/2021, de 28 de diciembre).
12. ^ Decreto Foral 171/2015, de 3 de septiembre, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, artículos 14 a 16.

§ 4 Actuación “amarilla” de un sindicato frente a otros en una pugna electoral.

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: *Atenta contra la libertad sindical la concesión por un sindicato, en un periodo de elecciones a órganos de representación de trabajadores, de un bono descuento a los afiliados a su sindicato que acrediten haber ejercido su derecho al voto.*

Palabras clave: *Libertad sindical. Elecciones sindicales. Amarillismo sindical.*

Abstract: *Freedom of association is violated by the concession by a union, in a period of elections to workers' representative bodies, of a discount bonus to members of their union who prove they have exercised their right to vote.*

Keywords: *Syndical freedom. Union elections. Yellow union.*

I. Introducción

Siempre que pensamos en “*amarillismo sindical*” damos por supuesto que la libertad sindical que se erosiona procede de un actuar empresarial. Sin embargo, las situaciones que nos brinda el día a día laboral de las empresas muestran otras realidades, menos comunes quizá, pero igualmente tenebrosas, como es la que acontece en la resolución objeto de comentario.

En un contexto de elecciones sindicales a Juntas de Personal y Comité de Empresa (en una Consejería de una Comunidad Autónoma) un sindicato patrocina una ventaja económica directa (un bono descuento por valor de cien euros para utilizar en distintos complejos turísticos del propio sindicato) a aquellos de sus afiliados que acrediten que efectivamente han ejercido su derecho al voto en los comicios sindicales. No se exigía en esta peculiar oferta (difundida por correo electrónico y en redes sociales) que se mostrase a quién se había votado, aunque para poder recabar el bono descuento el votante afiliado debía ponerse en contacto con el delegado del sindicato y aportarle el justificante de haber ejercido su derecho al voto. Esta peculiar medida no se dirigía a afiliados de otros sindicatos, por lo que el contexto de la lesión del derecho fundamental se circunscribe a dos grupos de afectados: al sindicato reclamante que entiende que se perturba con ese proceder el desarrollo de los comicios, y a los afiliados al sindicato proponente de la concesión económica, deduciéndose tangencialmente un tema de legitimidad procesal para recabar la tutela del Derecho Fundamental a la Libertad Sindical de los trabajadores no afiliados al propio sindicato.

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: 1097/2020, de 10 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación 110/2020. Tutela de la libertad sindical

ECLI:ES:TS:2021:4338.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema técnico consiste en determinar si efectivamente la concesión del bono descuento por parte del sindicato ha lesionado el Derecho a la Libertad Sindical de los otros sindicatos concurrentes al procedimiento electoral.

Para formarse una opinión jurídica precisa es imprescindible apreciar cómo se produjeron los hechos. El relato de los probados transcribe el mensaje que se envió por correo electrónico a los afiliados y se difundió en redes sociales el 3 de mayo de 2019, que literalmente es el siguiente: *“SATSE MADRID El Sindicato de Enfermería quiere celebrar con sus afiliados su participación en las elecciones sindicales del SERMAS del próximo 8 de Mayo. Como recuerdo de la participación en estas elecciones, SATSE Madrid obsequiará a todos sus afiliados que hayan ejercido su derecho al voto (*) un bono de 100 € para utilizar en los Complejos Turísticos de SATSE en Jaca o Moncófar en cualquier temporada del año y válida hasta Diciembre de 2.021.* Solicita justificante al votar y consulta a tu Delegado/a SA TSE Madrid.”*

También se considera como hecho probado que de los aproximadamente 15.000 afiliados con los que cuenta el sindicato, solamente 200 reclamaron el vale descuento de 100 € deduciéndose por el Tribunal de este dato, como se verá seguidamente, la escasa eficacia de la medida.

En este contexto se produce la demanda de tutela de la Libertad Sindical del sindicato ahora recurrente, al entender que el ofrecimiento a los afiliados del sindicato contra el que concurre a las elecciones del bono descuento supone una vulneración del derecho a la libertad sindical de las demás organizaciones participantes en el procedimiento electoral. No se realizan consideraciones sobre la libertad sindical de los trabajadores afiliados al sindicato proponente del bono descuento, lo que hubiera abierto una vía muy interesante de análisis de esta cuestión.

La STSJ de Madrid, de 27 de mayo de 2020 desestima estas pretensiones, absolviendo al sindicato demandado en base a dos consideraciones jurídicas. En primer lugar, porque el ofrecimiento del bono descuento solamente se dirige a los afiliados al propio sindicato, no a los afiliados a otros, y, en segundo lugar, porque su concesión se circunscribe únicamente a su participación en los comicios, sin cuestionar, en ningún momento, el sentido del voto de cada afiliado. Entiende, en definitiva, que el ofrecimiento del bono descuento no ha tenido incidencia en el devenir electoral y que, por tanto, no se ha producido lesión alguna del derecho a la libertad sindical del sindicato recurrente.

IV. Posición de las partes

Los recurrentes en casación formalizan el recurso en base a dos motivos diferentes.

El primero, articulado sobre infracción de normas sustantivas laborales (art. 28 CE, arts. 2.2.d), 12, 13 y 15 LOLS) y electorales (art. 146.1 LOREG), desde la consideración de que el sindicato proponente del bono descuento ha lesionado la libertad sindical de los demás sindicatos concurrentes al procedimiento electoral. Los recurrentes entienden que la actitud del sindicato es abiertamente ilícita, básicamente porque la herramienta utilizada para fomentar la participación de sus propios afiliados no es de las consentidas por el ordenamiento jurídico, produciéndose una vulneración de la libertad sindical de las demás fuerzas sindicales. El segundo motivo se circunscribe a la imposición de una sanción económica por vulneración de la libertad sindical y los problemas de su cuantificación.

El sindicato proponente del bono descuento aprecia que la medida ha sido dirigida exclusivamente a sus afiliados y que ese proceder no vulnera el derecho a la libertad sindical porque no se exige que los afiliados acrediten el sentido del voto.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española. Art. 28.

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

· Art. 13.2 de la dispone “*Expresamente serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control*”.

· Art. 15: “Si el órgano judicial entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas”.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Art. 146.1: “*Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses: a) Quienes por medio de recompensa, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención*”.

Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Art. 29: “2. *Quienes ostenten interés legítimo en una elección podrán impugnar la misma, así como las decisiones que adopte la mesa o cualquier actuación de la misma a lo largo del proceso electoral, en base a las siguientes causas que concreta el artículo 76.2 del Estatuto de los Trabajadores: a) Existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado*”.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Art. 183: “1. *Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida*

de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”.

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. Art. 40: “1. Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán: c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

VI. Doctrina básica

Descartada la posibilidad de que la actuación del sindicato pueda ser constitutiva de un delito electoral, y apreciando que la normativa específica de elección de representantes sindicales nada prevé específicamente para la resolución de este asunto, el Tribunal analiza si la utilización de esa fórmula de estímulo de la participación electoral de los propios afiliados (mediante la concesión del bono descuento) puede considerarse como una herramienta legítima que no contravenga la Libertad Sindical de los otros sindicatos concurrentes a los comicios.

No le queda al Tribunal la menor duda al respecto. Sus argumentos son claros y diáfanos.

Partiendo de la premisa (deducida de la normativa electoral, general y específica) de que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite la posibilidad de solicitar, directa o indirectamente, el voto a los electores a cambio de cualquier clase de recompensa, promesa o dádiva, el Tribunal entiende que resulta evidente que el ofrecimiento de un regalo de 100 € por acudir a votar en un elecciones de este tipo constituye una manera de solicitar, bien es cierto que indirectamente, el voto a favor de las candidaturas del sindicato, básicamente porque la única finalidad que se persigue con la oferta es precisamente ese.

Aunque queda constatado que la oferta no se condiciona formalmente a la emisión del voto para el sindicato que concede el bono descuento, parece claro que indirectamente se está persiguiendo ese objetivo, lo cual es reprochable, no solo desde el punto de vista moral o ético, sino también desde el punto de vista jurídico técnico. Porque supone una grave intromisión en los resultados del procedimiento electoral, excediendo manifiestamente los límites que las herramientas electorales conceden a los sindicatos para fomentar la participación o convencer a los electores que ejerzan el derecho al voto en favor de su candidatura. Esta consideración es deducible, aunque la oferta del bono descuento solo se destine para los afiliados a su propio sindicato, apreciando que la incidencia de dicho ofrecimiento no se desacredita porque hayan sido solo unos pocos votantes, en relación a la totalidad de los afiliados al sindicato, los que hayan solicitado finalmente el bono descuento. Se entiende, en conclusión, que dicho proceder supone una gran intromisión en la limpieza y pulcritud que debe regir cualquier procedimiento electoral de cualquier tipo, también los sindicales.

El Tribunal proyecta una consideración muy interesante, porque aprecia que la eventual convalidación judicial de este tipo de ofrecimientos (por su parte al no sancionar este tipo de conductas) propiciaría que las elecciones sindicales se convirtieran en un “*mercadeo*” de ofertas (de todo tipo) a los electores entre los diferentes sindicatos concurrentes a las elecciones. Se deduce fácilmente el corolario que no enuncia el Tribunal expresamente: que en estas condiciones lo menos importante sería el contenido sindical de la oferta electoral, con lo que se desnaturizaría por completo el procedimiento electoral.

Con respecto a la indemnización económica que ha de imponerse una vez declarada la lesión al derecho a la Libertad Sindical, el Tribunal entiende que debe abandonarse el criterio orientador que facilita la LISOS, dado que no contempla en su articulado la realización de una conducta como la que es objeto de reproche, como debe ser predicable de cualquier norma con pretensiones sancionadoras. Prefiere emplear para ello el mecanismo que idea el art. 183.2 LRJS, atribuyéndose el órgano judicial la facultad de imponer, prudencialmente, la cantidad que mesure con la apreciación de hechos acaecidos. En este proceder tiene en consideración dos datos. En primer lugar, que el ofrecimiento del bono descuento ha sido escasamente efectivo, pues solo lo han reclamado 20 trabajadores de un total de los 15.000 afiliados al sindicato. En segundo lugar, que el recurrente no ha cuestionado, ni antes cuando debía hacerlo en tiempo y forma, ni ahora (aunque fuera incidentalmente) el resultado electoral.

En estas condiciones entiende que no se ha producido un perjuicio especialmente significativo que debiera resarcirse económicamente, pues el objetivo y finalidad de la demanda es la de evitar que en el futuro se vuelvan a producir este tipo de prácticas perniciosas.

VII. Parte dispositiva

El recurso de casación se estima parcialmente, casándose y anulándose la resolución recurrida, y declarándose que la actuación del 3 de mayo del año 2019 del sindicato SATSE, consistente en patrocinar un 'bono' económico por valor de 100 € (para utilizarse en distintos complejos turísticos del propio sindicato) exclusivamente para aquellos de sus afiliados que acreditasen haber votado en las elecciones sindicales celebradas el 8 de mayo del año 2019, en la elección de miembros de las Juntas de Personal y Comités de Empresa de los centros adscritos a la Consejería de sanidad de la Comunidad de Madrid, lesiona el derecho fundamental a la Libertad Sindical de la demandante, condenando también al sindicato a abonar a la recurrente la cantidad de 3.000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

VIII. Pasajes decisivos

En relación con la lesión a la libertad sindical precisa la resolución *“Es cierto que la oferta no se condiciona formalmente a la emisión del voto por esa opción sindical, lo que, obviamente, supondría una solicitud directa del voto a cambio de aquel regalo, pero no lo es menos, que indirectamente se está persiguiendo ese mismo objetivo por la vía de promover la movilización para acudir a las urnas entre sus afiliados con aquel incentivo económico.*

El reproche que esa actuación merece no puede ser únicamente de carácter moral, como si se tratase de una simple infracción de las reglas de la tica en la práctica sindical, sino que va mucho más allá de meras consideraciones sobre su mayor o menor honestidad, para entrar de lleno en el terreno de la ilegalidad, por la grave intromisión que supone en los resultados del proceso electoral, excediendo manifiestamente los límites de las herramientas electorales a las que legítimamente pueden recurrir los sindicatos para conseguir el mayor número posible de votos en favor de sus candidaturas”.

“No desmerece esta conclusión el hecho de que vaya dirigido únicamente a los propios afiliados, puesto que eso no desvirtúa la consideración de que se pretende mediatizar e influir en el sentido de su voto, que es libre, personal y secreto.

La circunstancia de que tan solo hayan reclamado finalmente el bono 200 trabajadores, no desvirtúa la gravedad de una conducta que está dirigida a los 15.000 afiliados con los que cuenta el sindicato, siendo este el colectivo de electores sobre el que se pretende influenciar con la oferta de aquella recompensa, lo que resulta

ciertamente relevante en los resultados finales del proceso electoral, y supone una grave intromisión en la limpieza y pulcritud que debe regir cualquier sistema de elección democrática de representantes”.

“El peligro cierto de que la convalidación judicial de este tipo de ofrecimientos pudiere dar pie a convertir el proceso electoral en un mercadeo, de generalizarse y extenderse esas prácticas entre las diferentes sindicales que hayan presentado candidaturas”

En relación con la cuantificación económica de la reparación aprecia que aunque “La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (sentencia del TC 247/2006)...” dada la “enorme dificultad que supone aplicar en este caso el sistema sancionatorio previsto en la LISOS, que no contempla en su articulado la realización de una conducta como la que es objeto de litigio, vamos a descartar la automática y directa aplicación del mecanismo de cuantificar el importe de la indemnización bajo esas referencias”.

“...resulta más acertado acogernos a la posibilidad que establece el art. 183.2 LRJS, que atribuye al órgano judicial la facultad de determinar prudencialmente su importe, cuando resulte difícil la prueba exacta del perjuicio por otros mecanismos.

Y eso es lo que así sucede justamente en este asunto, por cuanto no hay datos que permitan establecer de manera cierta la eventual incidencia que pudiere haber tenido en los resultados electorales la actuación del sindicato demandado. Bien al contrario, hay dos elementos objetivos que permiten negar su relevancia, el de que tan solo 200 trabajadores han solicitado la entrega del bono, y que los porcentajes de participación y devotos son prácticamente los mismos de las anteriores elecciones sindicales.

Ya hemos dicho que esas circunstancias no han de incidir en la calificación jurídica que merece la conducta del sindicato demandado, pero sí que deben ser valoradas en cambio para la cuantificación económica del daño moral y perjuicios causados al demandante, en tanto que esos datos revelan la nula incidencia efectiva que ha tenido el ofrecimiento de ese premio.

A lo que debemos añadir que el sindicato recurrente aceptó en su momento el resultado final del proceso electoral sin haberlo impugnado, con lo que ya han quedado definitivamente consolidados y no pueden verse afectados por lo presente sentencia.

No es de apreciar por lo tanto un perjuicio especialmente grave que deba resarcirse económicamente en una suma tan elevada como la reclamada, cuando es evidente que la principal, y legítima, finalidad de la demanda, es la de conseguir una declaración judicial que declare la ilegalidad de este tipo de prácticas sindicales y evitar su reiteración en el futuro”.

IX. Comentario

El art. 2 del Convenio de la OIT núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 dispone, expresamente que “Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”. Es natural que la ‘Vieja Dama’ se preocupase de esta cuestión de manera prioritaria en el momento histórico en el que se promulgó la norma. Estábamos en un escenario posbélico mundial, a las puertas de la descolonización de todo un continente, y con una tensión creciente entre los bloques políticos dominantes. Ahora

bien, leído el precepto desde la óptica del siglo XXI, y aunque su mandato sigue teniendo utilidad, parece poco operativo a una lógica laboral de enconada lucha por la detentación del poder sindical, echándose de menos un cierto “*aggiornamento*” del instrumento internacional para dar cabida a prácticas como las aquí descritas. No es, en definitiva, que el instrumento no sea operativo, es que debiera contener más previsiones que las que enuncia.

Nuestro art. 13 LOLS camina por la senda trillada por la norma internacional, no abriéndose a otras modalidades de lesión de la libertad sindical, especialmente las producidas por los propios sindicatos frente a otras organizaciones, y las producidas - tan frecuentes como generalmente opacas- por el sindicato frente a sus propios afiliados. La clásica denominación de “*amarillismo sindical*” debe dar cabida a este tipo de fenómenos, básicamente porque son tan atentatorios contra la Libertad Sindical como los patrocinados desde la empresa que crea, organiza, domestica o pastueña a un sindicato, pero con la agravante de que la lesión se produce por los órganos constitucionalmente encargados de velar por el ejercicio del derecho fundamental^[1]. Porque es evidente, se analice desde la óptica benévola que se quiera, que la dádiva pretendía influir en el resultado electoral, considerándose a todos los efectos una práctica perniciosa que hay que evitar.

El razonamiento que despliega para desechar la utilización de la LISOS en la imposición de la sanción por transgresión de la libertad sindical es bastante razonable, dado que esta norma, claramente sancionadora, no tipifica expresamente esta acción, acudiéndose a la potestad habilitante del art. 183.2 LRJS.

Especialmente interesante es el argumento que despliega el Tribunal en relación con el objeto de la demanda y el valor ejemplificativo que tiene la imposición de la sanción económica, pues no pretende únicamente la restitución del daño causado, que no queda claro cuál ha sido ni cuál ha sido su intensidad, pues ni se ha impugnado por el sindicato recurrente ni se aprecia indicio alguno que pueda sustentar dicha afirmación, sino, principalmente, la sanción de la conducta y su proscripción para el futuro. Lo que no concreta la resolución es porque finalmente se impone la cantidad de 3000 € y no otra. Quizá fuera oportuno estudiar esta materia de forma más detallada, probablemente ejemplificando un tesoro completo de supuestos, para llegar a deducir unos parámetros generales de actuación en este punto^[2].

Muy interesante, aunque el recurrente no lo advirtió y el tribunal no lo ha querido apreciar de oficio, sería apreciar si la conducta del sindicato proponente del bono descuento es atentatoria contra la Libertad Sindical de los trabajadores afiliados al sindicato que ofrece el bono descuento. El Tribunal, en el apartado cuarto del Fundamento de Derecho tercero, parece que avanza esa idea, que solo apunta tangencialmente, y a mayor abundamiento de otros razonamientos. Pues bien, dada la conformación de este Derecho Fundamental y los valores constitucionales que encarna no es aventurado deducir dos conclusiones. En primer lugar, que una conducta como la descrita sí lesiona el Derecho Fundamental a la Libertad Sindical de los afiliados al propio sindicato, pues coacciona dos decisiones: acudir o no a votar, y decidir a qué sindicato se va a votar. Y, en segundo lugar, que la legitimidad para impetrar la tutela jurisdiccional de dicha lesión le puede corresponder a cualquier sindicato, incluso aquellos que se encuentran en pugna electoral con el afectado.

X. Apunte final

Hemos asumido, con poca naturalidad pero con creciente estupor, que determinados sindicatos publiciten en sus páginas web descuentos para sus afiliados en los más amplios servicios privados: clínicas oftalmológicas, de salud, peluquerías, etc., pero hasta la fecha, que el autor de este comentario conozca, no se había ofrecido una dádiva tan generosa en un contexto de pugna electoral con otros sindicatos. Porque no se trata de un descuento en la prestación de determinados servicios de formación (cursos de idiomas, de capacitación, etc.) o en la adquisición de

material de trabajo (ordenadores, material ofimático, etc.). No. Se trata de descuentos económicos en actividades que nada tienen que ver ni con el sindicato, ni con los fines y derechos que defienden. Cada vez es más frecuente que junto con la cartera de servicios propios del sindicato (cada vez más diversificados, dicho sea de paso), y esto se puede constatar en cualquier página web a poco que se bichee en ella, aparezcan, como si del descuento por el uso de una tarjeta de 'puntos' se tratase, un listado de empresas privadas que prestan a los afiliados de ese sindicato, por el solo hecho de serlo, sus servicios con un descuento, más o menos significativo, en relación con la tarifa que aplican a otros consumidores no afiliados. Esta práctica, se mire con la condescendencia que se quiera, no tiene nada que ver, ni con la elevación de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, ni con la implementación de estándares de protección laboral, ni con el seguimiento de las condiciones de trabajo en la empresa, ni con la garantía del Derecho a la Libertad Sindical.

Sitúa al sindicato, además, en una lógica competitiva absolutamente extraña a su funcionamiento, y muy alejada de su lógica y razón (constitucional) de ser. Pareciera, aunque no sea eso lo pretendido por los sindicatos (que, además, caminan desde años en una lógica de unidad de acción sindical), que la afiliación de nuevos trabajadores a uno o a otro dependiera del tipo de 'ofertas' que eventualmente pudieran recibirse (como ocurre con la Mutuas en los últimos meses de cada año natural). Nada se ha aprendido, al parecer, de la desagradable experiencia que supuso para una central sindical importantísima de este país, hace ya casi treinta años, la gestión de una cooperativa de viviendas. ¿Realmente forma parte de los cometidos de un sindicato gestionar residencias de vacaciones o descuentos en peluquerías?

Referencias:

1. ^ *Sobre amarillismo sindical es clásico el estudio de CASTILLO ALONSO, J. J.: El sindicalismo amarillo en España. Aportación al estudio del catolicismo social español (1912-1923), Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977. Y también, del mismo autor, "Sindicalismo católico, sindicalismo amarillo", en VV.AA. (REDERO SAN ROMAN, M. [Coord]): Sindicalismo y movimientos sociales (Siglos XIX y XX), UGT, Madrid, 1994, pp. 147 y ss. Para un análisis de la perspectiva actual debe partirse de OJEDA AVILÉS, A.: Derecho Sindical, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003, pp. 189-90, y continuarse con el estudio de MARÍN MORAL, I.: Libertad sindical y Constitución, Laborum, Murcia, 2003, pp. 121-30.*
2. ^ *Sobre el tema puede verse: CARDENAL CARRO, M.: La indemnización en los Procesos de Tutela de la Libertad Sindical, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, y algo más lejano en el tiempo: GOÑI SEIN, J. J.: La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical, Tecnos, Col: Jurisprudencia práctica, Madrid, 1996.*

§ 5 Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos en las Administraciones Públicas

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *La Administración, al igual que cualquier empresario, está obligada a desplegar todo el esfuerzo preventivo necesario para promover el bienestar integral de sus empleados mediante la adopción de las condiciones necesarias que contribuyan a neutralizar el acoso. El incumplimiento de tales deberes habilita a los funcionarios para reclamar ante el orden social de la jurisdicción la oportuna indemnización de daños y perjuicios.*

Palabras clave: *Acoso. Seguridad y salud. Administración Pública. Reparación. Orden social.*

Abstract: *The administration, as any other employer, is compelled to carry out all the necessary preventive actions to promote the wellbeing of its employees adopting the necessary conditions that contribute to prevent harassment. Failure to comply with these duties entitles civil servants to claim the appropriate compensation for damages into the social court.*

Keywords: *Harassment. Health and safety. Public administration. Economic compensation. Social court.*

I. Introducción

Hay datos susceptibles, por sí solos, de sacudir la conciencia social: el acoso moral, como género con variadas especies, afecta al 22 por 100 de las personas que prestan servicios en las Administraciones Públicas^[1]. La ambigüedad de las relaciones de puestos de trabajo, el predominio de las potestades de auto-organización, la generalización de ineficaces mecanismos de promoción, la continuidad de estructuras organizativas marcadamente rígidas y burocratizadas, la ausencia de mecanismos *ad hoc* de resolución de conflictos interpersonales, la falta de reglas claras sobre asignación de tareas, la excesiva fragmentación de cometidos, la falta de incentivos, la carencia de formación en técnicas de liderazgo, la despersionalización de muchas actividades, el deficiente reconocimiento de la labor bien hecha, el desinterés a la hora de ofrecer técnicas de afrontamiento de problemas, la relación especial de sujeción, la relajación a la hora de adoptar medidas de protección, etc., constituyen un elenco de características arraigadas a la gestión pública capaces de generar un caldo de cultivo para el surgimiento de situaciones de estrés^[2].

Tan difundida como esta afirmación lo está un sentimiento generalizado de resignación por parte de la inmensa mayoría de los servidores públicos, que aceptan

de forma silente resistir y sobrellevar la situación hasta conseguir un cambio de destino o esperan pacientemente alcanzar la edad mínima de jubilación. La práctica forense existente hasta el momento actual parece avalar tal lectura, pues pese a la mayor incidencia del fenómeno del acoso en el sector público y a la creciente preocupación del legislador al respecto, es bastante reducida la conflictividad judicial suscitada, no sólo por el escaso número de demandas interpuestas y, por tanto, de sentencias emitidas, sino por ser bastante bajo el porcentaje de decisiones estimatorias. De ahí el interés del pronunciamiento aquí analizado, pues atribuye al orden social la competencia judicial para resolver una demanda indemnizatoria formulada por una funcionaria frente a su empleadora, una Administración Local, tras haber sufrido acoso, abriendo en la práctica un importante cauce de tutela reparadora al amparo de la Ley Laboral de Ritos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: 1102/2021. 10/11/2021

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para unificación de doctrina. Núm. 2061/2019

ECLI:ES:TS:2021:4190

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Votos Particulares: No existen

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El Juzgado de lo Social número 41 de Madrid, por Auto de fecha 15 de febrero de 2018, declaró la falta de competencia de la Jurisdicción Social para conocer una pretensión formulada por una funcionaria de carrera frente al Ayuntamiento de Madrid relativa a una solicitud indemnizatoria en un supuesto de acoso laboral, alegando en la demanda un incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de la citada Administración Local. Dicho Auto fue recurrido por la funcionaria en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dicta sentencia, en fecha 4 de marzo de 2019, desestimando el recurso y confirmando el pronunciamiento de instancia.

Contra la Sentencia de suplicación se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina, cuyo objeto es determinar el orden jurisdiccional competente para conocer una demanda en la que se reclama por la actora, funcionaria de carrera, una indemnización de daños y perjuicios (incluyendo daños materiales y morales) ante la falta de adopción por el empleador (Ayuntamiento de Madrid) de medidas de prevención frente al acoso laboral.

IV. Posición de las partes

Por un lado, la funcionaria entiende que la competencia para conocer el objeto litigioso corresponde al orden social a tenor de lo dispuesto en el art. 2 e) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), no en vano la Administración ha eludido todas las normas de cuidado y prevención que hubieran evitado, eliminado o mitigado el resultado lesivo. La demandante alega que cuando el Ayuntamiento tuvo conocimiento de la creación del entorno hostil, no impulsó los

medios legales y reglamentarios para eliminar tal circunstancia, promoviendo con dicha actuación omisiva, el resultado lesivo. Aclara, además, la parte actora que, desde el punto de vista técnico, no formula una solicitud de tutela por vulneración de derechos fundamentales, ni una reclamación patrimonial ante la Administración, pues la principal imputación, fundamento de la pretensión y título competencial, deriva de la omisión de las medidas de prevención, así como de la ausencia de desarrollo e implantación de actuaciones tendentes a suprimir o mitigar el resultado lesivo dentro del ámbito de trabajo. Se trata, por tanto, según la parte demandante, de dilucidar un eventual incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales por parte del Ayuntamiento.

Para fundamentar su postura, la funcionaria aporta como Sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en fecha 17 de diciembre de 2015 (RS 2930/2015), que es admitida como válida por el Tribunal Supremo para fundamentar el recurso de casación para la unificación de la doctrina al entender que concurre la identidad exigida, pues, en ambos supuestos se trata de funcionarias -del Ayuntamiento de Madrid en la sentencia recurrida, del Ayuntamiento de Caudete en la de contraste- que reclaman indemnización de daños y perjuicios por daños materiales y morales ante la falta de adopción de medidas de prevención por parte del empleador, frente al acoso laboral del que entienden han sido víctimas. Es más, el Tribunal Supremo considera que "no impide la existencia de contradicción... que en la sentencia recurrida la actora no estuviera en situación de incapacidad permanente, lo que sucedía en la sentencia de contraste, ya que el objeto del recurso es la jurisdicción competente para conocer de una demanda en la que se reclama por la actora, funcionaria de carrera, una indemnización de daños y perjuicios por daños materiales y morales ante la falta de adopción de medidas de prevención frente al acoso laboral y no la entidad de dichos daños". Asimismo, el Alto Tribunal entiende "irrelevante que en la sentencia recurrida no exista una declaración referente a que la situación de la actora deriva de contingencia profesional, en tanto en la sentencia de contraste consta que la incapacidad permanente total de la actora deriva de accidente de trabajo pues, como ya se ha adelantado, el objeto del recurso es determinar el orden jurisdiccional competente, no si la incapacidad provocada por el acoso es contingencia profesional".

Por otro lado, la Administración Local demandada entiende que, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 e) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), la competencia para conocer del objeto litigioso corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo al tratarse de un asunto en el que se dilucida una posible responsabilidad patrimonial de la Administración.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas consideradas en el presente pronunciamiento son las siguientes:

--Art. 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en virtud del cual: "1. Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio ... 2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo ... 3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales".

--Art. 4.2 d) y h) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), que recogen como derechos de los trabajadores en la relación de trabajo, respectivamente: "a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales" y "al

respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

--Art. 19.1 ET, que atribuye al trabajador, en la prestación de sus servicios, "el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo".

--Art. 54.9 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 (TRLEBP), que, como principio de conducta, establece la obligación de los empleados públicos de observar "las normas sobre seguridad y salud laboral".

--Art. 2 e) LRJS, conforme al cual los órganos de la jurisdicción social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones".

VI. Doctrina básica

A la luz de lo dispuesto en el art. 2 e) LRJS, que atribuye a los órganos de la jurisdicción social la competencia "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales... así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados.. que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales...", el Tribunal Supremo determina que "la reclamación de responsabilidad por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales es competencia del orden social de la jurisdicción", incluyendo "las reparaciones de los daños causados por este concepto" aun cuando el demandante sea un funcionario.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo estima el recurso, reconociendo la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer las reclamaciones de responsabilidad planteadas por personas funcionarias derivadas de incumplimientos de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales, incluyendo las indemnizaciones de daños y perjuicios. Queda casada y anulada la sentencia recurrida, remitiendo al Juzgado de lo Social las actuaciones para que, partiendo de la competencia de este orden social, dé el curso oportuno a las actuaciones.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión acudiendo a pronunciamientos judiciales previos, que pueden clasificarse a efectos sistemáticos en tres bloques:

En primer lugar, aquellos en los que se reconoce la competencia de la jurisdicción social frente a demandas formuladas por los funcionarios frente a la Administración Pública en materia de prevención de riesgos laborales, entendiéndose que la competencia de este orden jurisdiccional es “plena en esta materia” [Sentencia de 14 de octubre de 2014 (rec. 265/2013)] o, en similares términos, que la competencia jurisdiccional social se extiende a “todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales” [Sentencia de 17 de febrero de 2021 (rec. 129/2020)], incluyendo, a modo de ejemplo, la falta de acatamiento de la obligación de evaluación [Sentencia de 17 de febrero de 2021 (rec. 129/2020)] o la carencia de entrega de medios de protección [Sentencia de 18 de febrero de 2021 (rec. 105/2020)].

En segundo término, aquellos en los que se atribuye la competencia a la jurisdicción social para valorar la indemnización de daños y perjuicios por daños materiales y morales ante la falta de adopción de medidas de prevención frente al acoso laboral por una Administración Pública, que es precisamente el supuesto dilucidado en la litis objeto de comentario, con remisión a la Sentencia de 11 de octubre de 2018 (rec. 2605/2016), conforme a la que “corresponde actuar a esta jurisdicción (social)... cuando se trata de controlar judicialmente el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluida la reparación de daños por ese concepto”, y también a la Sentencia de 19 de julio de 2021 (rec. 2282/2020), que sienta con total rotundidad que “.. si la demanda reclama el cese de la conducta de acoso laboral que está sufriendo la demandante por incumplimiento por la empleadora de las normas en materia de prevención de riesgos laborales frente al acoso, es indudable que la materia entra dentro de las competencias que este orden social de la jurisdicción tiene atribuidas, tal y como resulta del art. 2 e) LRJS, en tanto que se está combatiendo la falta de adopción de medidas en materia de seguridad y salud en el trabajo frente al acoso, al margen de que sea o pudiera ser un tercero del ámbito laboral el acosador, ya que lo que se está demandando son otras obligaciones, las específicas en materia de prevención de riesgos, propias y de la exclusiva responsabilidad del empleador, que es lo que enmarca la reclamación dentro de la competencia de nuestro orden jurisdiccional”.

En tercer lugar, un pronunciamiento clave de la Sala de Conflictos de Competencia, recogido en el Auto número 12/2019, de 6 de mayo de 2019, que declara “la competencia de la jurisdicción social (y no de la jurisdicción contencioso-administrativa) porque la demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE, en la que alegaba que su incapacidad laboral transitoria procedió de una enfermedad profesional o accidente de trabajo, que tuvo su origen en una situación de acoso, invocaba la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales, que determinó la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito sectorial”.

Teniendo en cuenta esta línea jurisprudencial convenientemente trabada, el Tribunal Supremo entiende que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de los dos suplico incorporados en la demanda, esto es: tanto del referido a la condena a adoptar medidas preventivas y paliativas en cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales; como del relativo al resarcimiento por los daños causados cifrados por la solicitante en una indemnización por importe de 109.730,92 euros.

Por tanto, a tenor de lo previsto en el art. 2 e) LRJS, le corresponde al orden social de la jurisdicción controlar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluida la reparación de los daños causados por este concepto, de manera que el asunto será devuelto al juzgado de lo social, que habrá de valorar la cuantía de los daños materiales y morales que procede reconocer. Los primeros integrarán el daño emergente y el lucro cesante. Los segundos no son susceptibles de prueba o evaluación precisa sino de mera aproximación indiciaria, al estar referidos a quebrantos producidos en el ámbito existencial subjetivo de la persona, en su espíritu,

en sus sentimientos, en su identidad, en sus relaciones sociales o en su percepción de la propia dignidad, pudiendo diferenciar entre los “autorreferenciales” (es decir, el dolor, el sufrimiento, la infelicidad o la angustia que se producen en el fuero interno, incluyendo la pérdida de autoestima o la frustración de expectativas vitales) y los “relacionales” (referidos al menoscabo ocasionado en las relaciones familiares, afectivas o sociales con otras personas o con la sociedad en su conjunto, que se produce cuando la conducta lesiva ocasiona a la víctima una pérdida, una quiebra o una obstrucción en su esfera de libre y personal desarrollo, cuando se ha provocado una merma en la estima ajena o una postergación o exclusión en cuanto a la participación en la vida pública o comunitaria o simplemente de degradación o menoscabo de su estatus básico de ciudadanía)^[3].

IX. Comentario

La lucha contra el acoso en los centros públicos de trabajo se pone de manifiesto en cuatro preceptos clave del TREBEP: art. 14 h), que reconoce el derecho individual de los empleados públicos “al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral”; b) el art. 95.2 b), que tipifica como falta muy grave “toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”; c) el art. 95.2 o), que también incluye en el elenco de infracciones muy graves “el acoso laboral”; y d) el art. 54, que exige a los empleados públicos la observación de “las normas sobre seguridad y salud laboral”.

De estas referencias se deduce con claridad meridiana la férrea voluntad del legislador administrativo de situar como referente básico de la relación profesional de servicios la protección eficaz contra cualquier forma de acoso, tenga las dimensiones que tenga y esté en la fase que esté, pues adopta una perspectiva bilateral: declarativa, reconociendo el derecho a no sufrir esta lacra, y represiva, estableciendo medidas sancionadoras en el supuesto de conculcación.

Ahora bien, no cabe olvidar el carácter pluriofensivo del hostigamiento psicológico, puesto que no sólo lesiona, o pone en riesgo, el derecho a la integridad moral, la intimidad y la propia dignidad del funcionario, sino también la propia salud con sintomatología muy diversa tanto en el plano psíquico como en el físico. De atender al primero, haciendo un repaso rápido, pueden darse trastornos emocionales como miedo, sentimientos de fracaso, impotencia y frustración, ciclotimia, neurosis, baja autoestima, apatía, insomnio, despersonalización, depresión, ansiedad, síndromes postraumáticos e, incluso, tendencias autolíticas. Por cuanto hace a las repercusiones físicas, cabe asistir a la aparición de diversas manifestaciones patológicas, desde dolores y trastornos funcionales hasta otros orgánicos”; más en concreto, y siguiendo una descripción con superior detenimiento: “desarrollo de las comúnmente denominadas ‘enfermedades del estrés’, traducidas en accidentes cerebrales, trastornos cardiovasculares (hipertensión, dolencia coronaria, arritmias, enfermedad de Raynaud), musculares (temblores, aumento del tono muscular, tics, hiperreflexia, contracturas), respiratorios (asma, hiperventilación, sensación de ahogo, apnea), gastrointestinales (úlceras pépticas, dispepsias, colon irritable), endocrinos (diabetes e hipoglucemia, disfunción suprarrenal, hipertiroidismo, hipotiroidismo) y dermatológicos (sensación de picor, exceso de sudoración, dermatitis atópica, pérdida de cabello) o en otras disfunciones que van desde el dolor de cabeza crónico (...) hasta la drogadicción”^[4].

Una vez esbozada esta realidad, no cabe perder de vista que merced a la doctrina constitucional, la protección eficaz de la salud integral de los trabajadores como eje central de la LPRL, incluye la garantía y tutela frente a los riesgos psicosociales^[5],

premisa reiterada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea^[6] y por el Tribunal Supremo español^[7].

Así pues, la Administración empleadora está obligada a desplegar todo el esfuerzo preventivo necesario para promover el bienestar de sus empleados mediante la adopción de condiciones que contribuyan a neutralizar el acoso, no en vano el art. 3 LPRL extiende su ámbito de aplicación a “las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas” y el art. 14 l) TREBEP reconoce el derecho de los empleados públicos a “recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Ciertamente es que no existe previsión expresa alguna en la LPRL, que alerte expresamente sobre las posibilidades de sufrir riesgos psicosociales^[8]. Ahora bien, con el objetivo de observar lo previsto en el art. 14 LPRL cuando establece que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en *todos* los aspectos relacionados con el trabajo”, así como en el art. 15.1 d) LPRL cuando establece que se debe “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos de éste en la salud”, o en el art. 15.1.g) LPRL cuando determina que, al planificar la prevención, el empresario buscará “un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales”, la verdad es que la Administración empresaria queda obligada a intervenir antes de producirse el daño^[9], sea físico, sea, por lo que aquí interesa, mental.

Siguiendo a la mejor doctrina, cabe secuenciar la obligatoria intervención empresarial en tres etapas^[10]:

1.- Prevención primaria: Se efectúa antes de que aparezca el riesgo actuando en la propia organización a través de variadas actuaciones: a) incluir en el plan de prevención la identificación, evaluación y medidas preventivas de los riesgos que se han detectado y no se han podido eliminar; b) clarificar las funciones y responsabilidades de todos los puestos; c) establecer unos canales claros de comunicación que conozcan todos los trabajadores como tablones de anuncios, intranet o correos electrónicos; d) formar a los mandos en habilidades sociales, asertividad, liderazgo y negociación; e) incorporar programas de acogida a empleados; f) favorecer la participación de los trabajadores; g) informar a los asalariados de los sistemas de prevención y/o de vigilancia de la salud disponibles en la empresa; h) rotar puestos cuando sea posible, contando con un cronograma detallado y posibilidades de flexibilidad horaria; i) enriquecer cometidos.

2.- Prevención secundaria: Tiene lugar cuando ya ha aparecido el riesgo y se destina a frenar su avance cualitativo y expansión cuantitativa, actuando en varios frentes: a) informar sobre los resultados de la evaluación; b) formar e informar a los trabajadores sobre los riesgos psicosociales y sus consecuencias; c) modificar de forma positiva situaciones de riesgo con la colaboración de los delegados de prevención; d) incorporar grupos de discusión para mejorar el diálogo y la comunicación; e) rediseñar puestos de trabajo.

3.- Prevención terciaria: Se destina a reducir o amortiguar los efectos negativos y las consecuencias de los riesgos una vez que han aparecido y han afectado a la salud del trabajador, consiguiendo la rehabilitación y evitando recaídas.

Dicho en otras palabras, el empresario, también en el sector público, está obligado a la observancia de los deberes básicos en materia preventiva (art. 15 LPRL), esto es, “evitar los riesgos; evaluar los riesgos que no se puedan evitar; combatir los riesgos en su origen; adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo

monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud; tener en cuenta la evolución de la técnica; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; y dar las debidas instrucciones a los trabajadores. Todo ello sin olvidar la práctica de los reconocimientos médicos pertinentes (art. 22 LPRL).

El incumplimiento de algún apartado de este amplio iter dará lugar a responsabilidades administrativas, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse del mismo (art. 42 LPRL), surgiendo además una tutela reparadora con manifestación en el disfrute de prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal o incapacidad permanente, unidas a la pertinente atención médica y farmacéutica de las dolencias. Además de las anteriores, el TRLGSS también prevé un mecanismo de responsabilidades adicional que puede desencadenarse cuando el empresario trasgreda sus obligaciones preventivas: el recargo de prestaciones económicas derivadas de accidente laboral o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad (art. 164 TRLGSS), que no es sino un modo de compeler al empleador para que observe las normas preventivas.

Así pues, partiendo del hecho cierto de que el empresario (*in casu*, una Administración Pública) se erige como “deudor de seguridad”, debiendo garantizar a sus trabajadores un entorno laboral libre de riesgos (no sólo físicos sino también psicosociales) hasta el punto de asumir una responsabilidad cuasi objetiva, operativa, incluso cuando el peligro procede de un tercero, ante la mínima falta de cuidado y atención, incluyendo la *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo* o *culpa in instruendo*^[11], no puede extrañar que, además de la tutela reparadora que proporciona el sistema de prestaciones de la Seguridad Social, el trabajador pueda reclamar, bajo el principio de *neminem laedere*, una indemnización de daños y perjuicios ante el orden social, no en vano el art. 2 e) LRJS atribuye este marco jurisdiccional, como garante último, la competencia plena en materia de prevención de riesgos laborales, tanto en la vertiente preventiva propiamente dicha como en la reparadora, “incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”, también en el sector público^[12].

La LRJS parece acoger, pues, como principio inspirador que la prevención de riesgos laborales forma parte de una suerte de estatuto profesional común a todo trabajador, sin que los funcionarios se vean compelidos a utilizar una vía reparadora más compleja, cual es la de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

X. Apunte final

Aun cuando el afectado puede acudir a la vía judicial social para reclamar la indemnización inherente a un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, la reparación objetivada (derecho indemnizatorio prestacional público) de los riesgos psicosociales y los daños que producen adolece de varias carencias. La lista de enfermedades profesionales de la OIT (de 2002, pero actualizada en 2010) incluye estas patologías psicosociales relacionadas con el trabajo, pero lo hace de una forma algo abierta e incierta, ambigua y con carácter no vinculante para los Estados. De ahí, la gran diversidad de posiciones legislativas al respecto, siendo la europea mayoritariamente omisiva de tal calificación (Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003). En nuestro país, los casos de afectación psicológica a la salud mental de los trabajadores, que suponen la principal causa de baja, han sido considerados, con carácter general, como enfermedad común al no aparecen listados en la relación de enfermedades profesionales que recoge el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre. Hasta el momento presente, la lista desatiende, pues, las enfermedades psicosociales. En el mejor de los casos, la doctrina judicial más moderna ha venido entendiendo, en algunos supuestos, que las

patologías asociadas al acoso son las causantes de situaciones de incapacidad temporal, e incluso permanente, derivadas de contingencias profesionales, al apreciar la existencia de un nexo causal entre la situación laboral y la afección padecida a la luz del art. 156.2 e) TRLGSS^[13].

Un paso muy importante ha dado la propia Organización Mundial de la Salud que ha reconocido oficialmente el “burnout” como enfermedad derivada del contexto laboral tras la ratificación de la revisión número 11 de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos (CIE-11), cuya entrada en vigor se fijó para el 1 de enero de 2022, definiendo tal enfermedad como “el agotamiento físico y mental generalizado del asalariado a todos los niveles de salud, con fatiga, aumento de peso o pérdida de apetito, alteraciones psicósomáticas como dolores musculares, migrañas y problemas gastrointestinales, así como depresión o insomnio vinculados al estrés y la ansiedad, acompañados de despersonalización y cinismo, que se manifiesta con una actitud de indiferencia y desapego que reduce su compromiso hacia el trabajo, aumentando su irritabilidad y endureciendo el trato con compañeros y clientes, lo que se percibe fácilmente tanto en el entorno laboral como en el familiar”.

Ahora bien, aunque este ha sido un paso de gigante y también lo ha sido el reconocimiento y garantía al máximo nivel jurídico del derecho al disfrute del bienestar biopsicosocial de la mano del art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como de la postura firme de la OIT, que pugna por el reconocimiento de la salud en el trabajo en cuanto a equilibrio físico y psíquico como derecho humano fundamental^[14], queda mucho por avanzar en una realidad marcada por un acusado casuismo, avance al que ayudará, sin duda, la ratificación del Convenio 190 de la OIT, sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo.

En todo caso, teniendo en cuenta que al empresario le obliga la exigencia de la máxima seguridad factible o, al menos, hasta lo que sea técnicamente posible realizar para asegurar las condiciones de salud integral de los empleados, el fracaso de una prioritaria tutela preventiva abre la vía para reclamar una indemnización pecuniaria. Para ventilar tales contiendas es competente, al calor del art. 2 e) LRJS, el orden social de la jurisdicción, tanto si se trata de trabajadores por cuenta ajena como de funcionarios, no en vano estos últimos también quedan sujetos a la misma normativa de prevención de riesgos laborales debiendo dar satisfacción, también en este marco, al principio de *restitutio in integrum*.

Referencias:

1. ^ <https://prevencionar.com/2019/08/05/el-acoso-laboral-en-las-administraciones-publicas-actualmente-es-una-realidad-emergente/>
2. ^ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia laboral. En especial, las lesiones por mobbing”, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, 2ª edición, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pág. 678.
3. ^ ÁLVAREZ ALONSO, D.: “La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014, pág. 106.
4. ^ AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004, pág. 92.
5. ^ STCo 62/2007, de 27 de marzo.
6. ^ STJUE de 15 de noviembre de 2001, C-49/00.
7. ^ STS 16 febrero 2006 (núm. 101/2016).
8. ^ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Impacto laboral del estrés*, Madrid (Lettera), 2005, pág. 27.

9. ^ STCo 170/2007, de 10 de mayo.
10. ^ MACÍAS GARCÍA, M.C.: “El modelo decente de seguridad y salud laboral. Estrés y tecnoestrés derivados de los riesgos psicosociales como nueva forma de siniestralidad laboral”, *Adapt.Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm. 4, 2019, págs. 80-81.
11. ^ MONTOYA MELGAR, A.: “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004, págs. 307 y ss:
12. ^ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018, págs. 519-520.
13. ^ Ejemplo paradigmático de esta nueva protección puede encontrarse en la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria de 26 de mayo de 2020 (núm. 485/2020), que reconoce el carácter profesional de la incapacidad temporal asociada a una situación de ansiedad padecida por una trabajadora, con la categoría de letrada, al servicio de un Ayuntamiento, derivada de la sobrecarga extrema de tareas y la falta de instrucción y adiestramiento sobre las funciones a desarrollar durante varios años.
14. ^ MOLINA NAVARRETE, C.: “La salud psicosocial, una condición de trabajo decente: el neotaylorismo digital en clave de pérdida de bienestar”, en AA.VV (CORREA CARRASCO, M. y QUINTERO LIMA, M.G., Coords.): *Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*, Madrid (Universidad Carlos III), 2020, pág. 13.

§ 6 Determinación del convenio colectivo aplicable en las contrata y subcontratas.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *En los supuestos de externalización productiva, el convenio colectivo aplicable al personal de la empresa contratista o subcontratista no es el convenio por el que se rigen la empresa principal y sus trabajadores, sino el correspondiente a la actividad desarrollada por la empresa auxiliar en el marco de la contrata, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal.*

Palabras clave: *Externalización productiva. Convenio colectivo. Principio de igualdad. Condiciones laborales esenciales.*

Abstract: *In cases of outsourcing, collective agreement applicable to the personnel of the contractor or subcontractor company is not the agreement by which the contracting company and its workers are governed, but the one corresponding to the activity carried out by the auxiliary company in the framework of the contract, even in the case of works and services related to the activity of the contracting company.*

Keywords: *Outsourcing. Collective agreement. Principle of equality. Essential working conditions.*

I. Introducción

A falta de convenio de empresa propio, la identificación del convenio colectivo sectorial por el que han regirse las relaciones laborales del personal contratado por empresas auxiliares ha sido un problema recurrente en la doctrina judicial y en la jurisprudencia, que ha alcanzado soluciones diversas, muy apegadas a las circunstancias del caso concreto. Así, en supuestos de objeto social plural (empresas multiservicio), se ha preconizado la aplicación del convenio colectivo correspondiente a la actividad principal o preponderante de la empresa contratista, en un supuesto en que no existía convenio sectorial específico para la actividad (auxiliar de información) objeto de la contrata (STS de 17 marzo 2015, rcud. 1464/2014); mientras que, caso de existir un convenio sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad realizada por los trabajadores en el marco de la contrata, el TS se ha inclinado últimamente a favor de declarar aplicable dicho convenio, por ser el que se corresponde con la actividad realmente desempeñada, aunque no se trate de la actividad principal de la empresa multiservicio y el resultado sea tener que aplicar en la misma empresa una pluralidad de convenios colectivos sectoriales, tantos como actividades llevan a cabo (STS 438/2020, de 11 de junio de 2020, rco. 9/2019).

La STS/Soc. núm. 1110/2021, de 11 de noviembre (rcud. 3330/2019), de la que ha sido ponente el magistrado García-Perrote Escartín, vuelve a pronunciarse -es la segunda vez que lo hace en el año 2021- en un litigio que concierne al muy

precarizado personal de limpieza y acondicionamiento de habitaciones de hoteles en régimen de externalización (camareras de pisos, popularmente conocidas como *kellys*).

Más concretamente, la cuestión planteada es si, a efectos de concretar la base salarial aplicable para determinar las consecuencias de la declaración de improcedencia de un despido (salarios de trámite, indemnización), afectante a una trabajadora adscrita a la contrata de limpieza de habitaciones de un establecimiento hotelero, debe acudirse al convenio sectorial de limpieza o al convenio de hostelería (más ventajoso el segundo que el primero). En definitiva, se trata de precisar si el convenio de aplicación ha de ser el correspondiente a la actividad de la empresa contratista (limpieza) o el sectorial en cuyo ámbito funcional se encuadra la actividad de la empresa cliente (hostelería).

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: 1110/2021, de 11 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: rcud. núm. 3330/2019

ECLI: ES:TS:2021:4199

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

Votos Particulares: Carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como se ha anticipado, con ocasión del despido improcedente de una trabajadora que realiza labores de limpieza de habitaciones en un hotel por cuenta de una empresa auxiliar, se discute qué convenio colectivo sectorial debe ser tenido en cuenta, si el de limpieza o el de hostelería (ambos provinciales), a efectos de determinar la base de cálculo de los salarios de trámite (en caso de readmisión) y de la indemnización (en caso de extinción) a cuyo abono resulta condenada la contratista.

Según consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, la empleada había suscrito contrato para la formación y el aprendizaje con su empleadora, con duración inicial de un año (después prorrogada por un segundo año), donde se precisaba el número de horas de trabajo efectivo anuales (haciendo constar la actividad laboral de limpiadora) y la actividad formativa (especialidad, camarera de piso), con salario diario a efectos de despido de 33,94 euros/día, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias.

El Juzgado de lo Social declaró aplicable a la relación laboral el Convenio Colectivo de Hostelería de Sevilla. Consta en autos que el convenio propio de la empleadora fue anulado por la Audiencia Nacional, cuya sentencia fue confirmada por el TS.

Como objeto social de la empresa contratista, figura la prestación de “servicios de limpieza de edificios, locales, oficinas y toda clase de inmuebles, hostelería, restauración, externalización de tales servicios”.

Tras presentar la trabajadora papeleta de conciliación sobre reclamación de cantidad contra ambas mercantiles (empleadora directa y empresa principal), con el resultado de intentado sin avenencia, recibe de su empresa comunicación de extinción del contrato de trabajo por causa de finalización de la duración de la prórroga, contra

la que aquella reacciona presentando demanda por despido y por reclamación de cantidad (diferencias salariales de varios años y vacaciones del último año laboral). La sentencia del Juzgado, estimando parcialmente la demanda, calificó el despido como improcedente y rechazó la pretensión de nulidad, aplicando las tablas salariales del convenio provincial de hostelería para determinar la responsabilidad de la empresa.

Esta decisión fue recurrida tanto por la empresa como por la trabajadora. Por la empresa, para que se desestimara la demanda y se declarara que el convenio sectorial aplicable es el provincial de limpieza y no el provincial de hostelería. Y por la trabajadora, en lo que aquí importa, solicitando que su despido fuera declarado nulo y no improcedente y que su jornada laboral era superior a la reconocida por la empresa, con las consecuencias económicas que de ello se derivan.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, desestimó la pretensión empresarial de que se declarara que el convenio aplicable debía ser el de limpieza y no el de hostelería, apoyándose en lo ya manifestado por una anterior sentencia de la misma Sala de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018), dictada a propósito de un litigio promovido por otra trabajadora de la misma contratista que prestó servicios como limpiadora en el mismo hotel que la trabajadora del presente asunto.

Y, por lo que se refiere al recurso de la trabajadora, el TSJ rechaza su pretensión de que el despido debía ser declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, considerando suficientemente acreditado que la decisión extintiva de la empresa estuvo desvinculada de la acción ejercida por la actora, pues se sustentó en la finalización de la prórroga pactada (con lo que la extinción de habría producido en cualquier caso), y se adoptó en un momento en el que la demandante llevaba nueve meses de baja médica, sin previsión de incorporación inmediata. No obstante, la sentencia del TSJ estima parcialmente el recurso de suplicación de la trabajadora, porque su jornada de trabajo efectiva fue superior a la reconocida por la empresa, extrayendo de ello las correspondientes consecuencias en la cuantía de la indemnización por despido y en otros conceptos salariales.

IV. Posición de las partes

- El recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa

El rcud. formulado por la empresa pretende que, a diferencia de lo apreciado por la sentencia de suplicación, se declare que el convenio sectorial aplicable es el de la limpieza de Sevilla y que la categoría profesional de la trabajadora es la de limpiadora conforme a este convenio colectivo. Se denuncia la infracción del art. 37.1 CE, en relación con los arts. 82.3, 83.1 y 84.1 ET, así como del art. 3 del Convenio Colectivo de Hostelería de Sevilla (BOP Sevilla, 21-8-2015), del art. 4 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería (BOE 21-5-2015) y de los arts. 3 y 4 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla (BOP Sevilla, 23-12-2016).

La parte trabajadora impugna el recurso, solicitando su desestimación.

- El recurso de casación para la unificación de doctrina de la trabajadora

En su recurso, la trabajadora interesa la declaración de nulidad del despido, denunciado como infringidos el art. 24.1 CE y el art. 55.5 ET, en relación con la garantía de indemnidad.

La parte empresarial impugna el recurso, solicitando su desestimación.

- El informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público interesa en su informe la desestimación del recurso de la trabajadora (por ausencia de contradicción) y la estimación del recurso de la empresa.

- La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste que invoca el recurso de la empresa.

No aprecia contradicción, por el contrario, entre la sentencia recurrida y la aportada para contraste en el recurso de la trabajadora.

En consecuencia, la Sala entra únicamente a resolver la cuestión planteada en el rcud. de la empresa, sobre determinación del convenio colectivo sectorial aplicable al personal externalizado que se hace cargo de la limpieza de las habitaciones en un hotel.

V. Normativa aplicable al caso

Además de los preceptos, legales y convencionales, invocados en el recurso de la empresa y que reaparecerán a lo largo de este comentario, resulta pertinente señalar que los aspectos laborales de la subcontratación de obras y servicios se abordan en el art. 42 ET, si bien la regulación contenida en esta norma no arroja luz sobre cuál deba ser el convenio colectivo sectorial aplicable para disciplinar las condiciones económicas de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

Ante el silencio del art. 42 ET, es la enunciada una cuestión que habrá de dirimirse en aplicación estricta de los grupos normativos que disciplinan el sistema de negociación colectiva.

VI. Doctrina básica

La sentencia recurrida reproduce y se remite a lo ya resuelto por un anterior pronunciamiento de la misma Sala de lo Social del TSJ de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018), sentencia esta que fue casada y anulada parcialmente por la STS 197/2021, de 12 de febrero de 2021. Razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley llevan a adoptar la misma solución, de modo que la STS 1110/2021, de 11 de noviembre, se limita a reproducir el argumentario de esta última.

Las claves principales de la doctrina fijada por la Sala Cuarta del TS en este tema pueden resumirse del siguiente modo:

-La regulación laboral vigente sobre subcontratación de obras y servicios no consagra un principio de equiparación retributiva entre el personal de las empresas auxiliares y los trabajadores de la empresa principal, sin perjuicio de que la negociación colectiva pueda imponer esa equiparación.

- Las empresas contratistas no vienen obligadas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa.

-Como regla general, el convenio aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será el que resulte de aplicación a esta última empresa.

VII. Parte dispositiva

En aplicación de las previsiones legales sobre legitimación negocial y determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos contenidas en el Título III del ET, y a tenor de cuanto prevén los arts. 1 y 3 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla 2016-2020, el art. 2 del Convenio Colectivo para el sector de la hostelería de Sevilla 2015-2016, y el art. 4 ("ámbito funcional") del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería 2015-2019 (ALEH V), la Sala Cuarta concluye que el convenio colectivo aplicable al personal externalizado que realiza

tareas de limpieza de habitaciones en hoteles es el de limpieza de edificios y locales de Sevilla, por ser el convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata por la empresa contratista, con las consecuencias económicas correspondientes.

VIII. Pasajes decisivos

Tras recordar que la subcontratación de obras y servicios “es una actividad lícita que cuenta con respaldo constitucional y legal”, la Sala Cuarta señala -y lo hace confirmando doctrina adelantada en STS 250/2020, de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018)-, que “el vigente artículo 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que la que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal”, pues es “solo en caso de cesión de trabajadores (artículo 43 ET) en el que, de conformidad con el artículo 43.4 ET, «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»” (FJ 3.1). La misma equiparación retributiva ha previsto el legislador en el caso de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal a empresas usuarias o clientes (art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal). En consecuencia, el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será, no el de la empresa principal, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista (sin perjuicio de que en determinados supuestos ese convenio pueda ser el mismo).

Lo anterior no impide que, a fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector de hostelería a través de la externalización productiva, “haya sido la negociación colectiva la que haya establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas «principales» incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables la obligación de incorporar esa obligación de equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas” (FJ 3.2). Práctica comercial esta cuya validez ha sido confirmada por el TS, de lo que es buena muestra la STS 250/2020 (citada), precisando, eso sí, que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de las empresas “principales” y no, naturalmente, a empresas “terceras” (las contratistas y subcontratistas) no incluidas, *a priori*, en ese ámbito de aplicación. Pero ocurre que, en el presente caso, la obligación de equiparación de las condiciones salariales no existía en el momento de los hechos enjuiciados, habiéndose establecido la equiparación en el convenio sevillano de la hostelería a partir del 1 de enero de 2019, lo que revela que antes de esa fecha no existía tal equiparación.

Por cierto, la referida STS 250/2020 rechaza que se hubiera incurrido en discriminación directa o indirecta por razón de género -alegación no formulada en momento alguno en el caso examinado por las SSTs 197/2021 y 1110/2021-, “aun cuando es notorio -afirma la STS 250/2020- que el personal de pisos y limpieza es mayoritariamente femenino, por cuanto el artículo impugnado se aplica al conjunto de actividades y servicios nucleares de dicho sector, que no son mayoritariamente femeninos y su finalidad, como razonamos más arriba, es evitar cualquier tipo de discriminación salarial, a trabajadores y trabajadoras de las áreas mencionadas, cuando no les sea aplicable directamente el convenio impugnado, puesto que el precepto controvertido asegura a esos trabajadores y trabajadoras, al menos la equiparación salarial, cuyo cumplimiento se garantiza por las empresas principales, lo que nos permite descartar, sin ningún género de dudas, la discriminación denunciada, como resalta el informe del Ministerio Fiscal.”

Rechaza la Sala Cuarta el argumento plasmado en la sentencia recurrida sobre la importancia (lo califica "núcleo central") que tiene en un hotel la limpieza de las habitaciones, que va más allá -se argumenta- de su estricta limpieza (tratándose de lo que los establecimientos hoteleros que lo hacen con personal propio denominan "departamento de pisos" y a las trabajadoras "camareras de pisos"), para de ahí concluir que el convenio que debe aplicarse a las trabajadoras que limpian las habitaciones debe ser también el de hostelería, al encajar en el ámbito funcional de este convenio, independientemente de que sean personal propio del hotel o externalizado.

El TS reconoce que, en los supuestos de subcontratación, las funciones que realizan los trabajadores de las empresas contratistas pueden encajar en la clasificación profesional del convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal, "toda vez que son tareas que esta empresa puede desarrollar con trabajadores directos suyos". Pero rechaza que esta coincidencia sea suficiente para aplicar al personal externalizado el convenio de la empresa principal, insistiendo en que "la legislación vigente permite a una empresa principal contratar a subcontratar con otras empresas parte de su actividad, incluso aunque esta se corresponda -subrayamos ahora- con su "propia actividad" (artículo 42.1 ET), esto es, con actividades inherentes a su ciclo productivo que forman parte, en los términos de la sentencia recurrida, de su "núcleo central". Y ya se ha visto que el artículo 42.1 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, y menos la aplicación del mismo convenio colectivo, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollan trabajadores de otra empresa" (FJ 4.1).

IX. Comentario

Según las normas legales que ordenan nuestro sistema de negociación colectiva, la identificación del convenio colectivo aplicable no viene determinada por el tipo de trabajo que realizan los trabajadores, sino por la actividad correspondiente al objeto social de la empresa y por su encaje en el ámbito funcional de un determinado convenio. Así concretado el convenio aplicable, todo el personal de la empresa se rige por el mismo acuerdo (principio de unidad de empresa), con independencia de las específicas tareas o cometidos que realicen los trabajadores.

El problema surge cuando la empresa auxiliar tiene un objeto social plural. En estas situaciones de actividad múltiple, no es infrecuente que por parte de la empresa multiservicio se haya intentado eludir la aplicación de cualquier convenio sectorial, pretextando que tal pluralidad de actividades no es subsumible en el ámbito funcional de ningún convenio colectivo en vigor.

La jurisprudencia ha salido al paso de estas estrategias desreguladoras, garantizado que el personal de las empresas multiservicio se rija, al menos, por un convenio colectivo sectorial, sea este el convenio colectivo correspondiente a la actividad principal o preponderante de la empresa contratista (cuando no existe convenio sectorial específico para la actividad objeto de la contrata, como vino a declarar la STS de 17 marzo 2015); sea declarando aplicable el convenio sectorial al que pertenece la actividad objeto de la contrata, aunque ello suponga para la empresa contratista tener que aplicar una pluralidad de convenios colectivos sectoriales, tantos como contrata con objetos distintos concierten (STS de 11 de junio de 2020).

En las dos sentencias que la Sala Cuarta ha dedicado en 2021 al espinoso asunto de la identificación del convenio colectivo aplicable al personal de limpieza de habitaciones de hotel que realiza sus cometidos en régimen de externalización (no contratado directamente por el establecimiento hotelero sino por una empresa de servicios a terceros), la doctrina jurisprudencial expuesta se complementa ahora con la precisión de que la identidad sustancial de tareas realizadas por dicho personal de limpieza y las camareras de pisos de los hoteles, no es suficiente para concluir la

aplicación del convenio sectorial propio de la empresa principal, ya que la actividad a la que esta se dedica no es la limpieza sino la hostelería, debiendo regirse las camareras de pisos externalizadas por el convenio de limpieza que resulta de aplicación a su empleadora.

Este criterio ha sido normativizado en la reciente reforma del ET operada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, que ha modificado la redacción del apartado 6 de su art. 42 (con la consiguiente reordenación del resto de apartados del precepto), para indicar ahora que el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas –con la salvedad de los centros especiales de empleo - “será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica”, esto es, tanto si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio como si se trata de una empresa multiservicio. Esta regla conoce dos excepciones: a) que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III (pasaje críptico, que probablemente esté pensando en la aprobación de un futuro, aunque improbable, convenio sectorial específico para las empresas multiservicio)^[1]; b) cuando la empresa contratista cuente con un convenio propio, que se aplicará en los términos que resulten del también reformado art. 84 ET.

X. Apunte final

Pese a lo proclamado en la E. de M. del RDL 32/2021, donde se afirma rotundamente que las modificaciones introducidas en la regulación legal de las contrata y subcontratas persiguen modernizar su régimen jurídico y “procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales”, lo cierto es que la reforma laboral de 2021 no ha venido a mejorar significativamente las condiciones salariales y de trabajo de un elevado número de trabajadores y trabajadoras externalizados, constituyendo en este sentido una oportunidad perdida.

Tiene razón el legislador cuando sostiene que “resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan”, pero no es menos cierto que el resultado propiciado por la reforma, quizás por el carácter consensuado de la misma, se ha quedado muy por debajo de las expectativas (como han denunciado en las redes sociales y medios de comunicación colectivos muy significados en este ámbito, caso de las camareras de pisos), pues lo único que se garantiza con el nuevo apartado 6 del art. 42 ET, puesto en relación con la modificación operada en el art. 84.2 ET que restringe la prioridad aplicativa del convenio de empresa concurrente, es que las tablas salariales contenidas en el convenio sectorial correspondiente a la actividad realizada en el marco de la contrata o subcontrata actúen como suelo retributivo para el personal de las contratistas, sin que las empresas multiservicio puedan ya parapetarse tras el alegato de inexistencia de un convenio sectorial específico para las mismas, ni recurrir a un convenio de empresa propio para rebajar costes laborales y así competir de forma ventajista (desleal) en el mercado. De este modo se consigue que, dejando a salvo las mejoras convencionales de empresa, los trabajadores y las trabajadoras de las empresas auxiliares tengan garantizada una misma retribución por la realización de un mismo trabajo en régimen de externalización, pero no se consigue la igualdad de trato con los trabajadores contratados directamente por la empresa principal ni la aplicación del convenio propio de esta (sectorial o de empresa), a pesar de que la contrata tenga por objeto la realización de obras o servicios que formen parte del ciclo productivo regular de la empresa principal. Pese a lo señalado en el Preámbulo del RDL 32/2021, en el sentido de que “el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin

perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva”, este objetivo no se ha logrado en su totalidad.

A la vista de la precarización galopante de las condiciones de empleo que supone el recurso masivo a la externalización productiva en determinados sectores de actividad, con un notorio impacto negativo de género en actividades tradicionalmente feminizadas, y aunque es harto improbable que en lo que resta de legislatura se vuelva a abordar el tema, no debería renunciarse definitivamente al propósito, que ya fue activado en sede parlamentaria hace algunos años pero sin éxito, de modificar el actual régimen jurídico de la subcontratación para imponer a las empresas contratistas la obligación de aplicar a su personal las mismas condiciones retributivas que disfrutaban los trabajadores contratados directamente por la empresa principal y que realizan las mismas funciones, acabando con la discriminación que comporta percibir salarios inferiores por la realización de un mismo trabajo. La modificación propuesta consiste, lisa y llanamente, en extender a los supuestos de externalización productiva el mismo principio de equiparación retributiva, y en relación con otras condiciones esenciales de trabajo y de empleo, que desde 1999 viene rigiendo en favor de los trabajadores de empresas de trabajo temporal cedidos a empresas usuarias o clientes. No sería, por tanto, una auténtica novedad en nuestro sistema de relaciones laborales, y sí un importante avance en aras a la consecución del principio de igualdad de trato y de no discriminación entre trabajadores que realizan un trabajo de igual valor, con independencia de la fórmula jurídica que se emplee para organizar la actividad empresarial (centralizada o descentralizada), propiciando la mejora de las condiciones laborales de las personas que trabajan en el mundo de las contratas y subcontratas.

Referencias:

1. ^ Vicente Palacio, A., “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!, *briefs de la aedtss*, publicado el 17/01/2022, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>

§ 7 Tutela judicial efectiva y valoración de nuevas patologías no contenidas en el expediente administrativo de incapacidad permanente.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *La Sala Cuarta del Tribunal Supremo vuelve a plantearse la consideración como “hecho novedoso” de las nuevas patologías alegadas por el beneficiario en el acto del juicio, pero que no fueron valoradas por el Equipo de Valoración de Incapaces al tiempo de examinarlo, y que, por consiguiente, no se contienen ni en el informe médico de síntesis ni en ningún otro lugar del expediente administrativo.*

Palabras clave: *Seguridad Social. Incapacidad permanente. Hechos nuevos. Tutela judicial efectiva. Indefensión.*

Abstract: *The Supreme Court reconsiders the consideration as a novel fact of the new pathologies alleged by the beneficiary in the act of the trial, but which were not evaluated by the Incapacitated Assessment Team at the time of examining it, and which, therefore, are not contained in the medical synthesis report or anywhere else in the administrative file.*

Keywords: *Social security. Permanent disability. New facts. Effective judicial protection. Helplessness.*

I. Introducción

Con ocasión del análisis de un recurso de unificación de doctrina en materia de Seguridad Social enmarcado en un procedimiento de impugnación de resolución administrativa de reconocimiento de grado de incapacidad profesional, la Sala Cuarta vuelve a replantearse la consideración como “hecho novedoso” de las nuevas patologías alegadas por el beneficiario en el acto del juicio, pero que no fueron valoradas por el Equipo de Valoración de Incapaces (en adelante EVI) al tiempo de examinarlo, y que, por consiguiente, no se contienen, ni en el informe médico de síntesis ni en ningún otro lugar del expediente administrativo

Tras recorrer la Sala su doctrina tradicional al respecto, así como la relacionada con la materia, reiterará que no constituyen hechos novedosos aquellas dolencias preexistentes que por diversas circunstancias no fueron valoradas por los equipos médicos de la entidad gestora; pero que, sin embargo, prexistían al momento de la incoación del expediente administrativo y, por supuesto, a la interposición de la demanda, no generando ninguna situación de indefensión para tal entidad.

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 1.177/2021, de 1 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ. Núm. 345/2019.

ECLI:ES:TS 2021:4485

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Aborda nuestro Alto Tribunal una cuestión que, no por suscitarse de manera reiterada y frecuente ante nuestros Juzgados y Tribunales, carece trascendencia e importancia práctica. En concreto, se trata de la consideración como “hecho nuevo” de las patologías preexistentes padecidas por la persona trabajadora beneficiario del sistema de la Seguridad Social, que no fueron contempladas en el informe médico de síntesis elaborado por del EVI, pero que sin embargo sí fueron alegadas en el acto del juicio oral. Examinaremos el *iter* procesal de la causa, y comprobaremos si la Sala fija una postura jurisprudencial realmente novedosa, o si por el contrario, lo que viene es a reiterar su doctrina tradicional unificada, asentada con ocasión del estudio de las dolencias preexistentes, sí valoradas por los equipos médicos de la entidad gestora, pero que se ven agudizadas o agravadas con el transcurso del tiempo como consecuencia de la propia naturaleza del proceso patológico de que se trate, y hasta el momento de la celebración del juicio; o aquellas otras, también coexistentes a dicho tiempo, pero que como en el caso que aborda, por diversas circunstancias no debutaron o se evidenciaron hasta tiempo después del examen del EVI.

- Supuesto de hecho.

Nos encontramos ante el supuesto de persona trabajadora, con categoría profesional de administrativo, que cursó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común en fecha 14 de enero de 2013, recibiendo el oportuno alta por curación el día 9 de enero de 2014. Tramitado expediente de incapacidad permanente, en fecha 6 de febrero de 2015 por el EVI emitió informe médico de síntesis en el que se objetivó que el paciente padecía como cuadro clínico residual el siguiente: trastorno adaptativo con clínica ansioso-depresiva. Como limitaciones orgánicas y funcionales se describían: persistencia de inestabilidad anímica ante situaciones vivenciales de estrés a distintos niveles (familiar económico)”. En los propios hechos probados de la sentencia de instancia se hacía constar igualmente referencia a “informe clínico, de 24 de abril de 2.015, firmado por el médico especialista en cirugía general, traumatología y ortopedia (...) según el cual el actor hace 2 años ha comenzado con dolor en la región lumbar con irradiación hacia abajo hasta las últimas vértebras lumbares, con irradiación hacia miembro inferior derecho...”

Por Resolución del Instituto Nacional de la seguridad Social (en adelante INSS) de 2 de febrero de 2015 se reconoció al actor un grado total de incapacidad profesional derivada de contingencia común, formulándose el día 24 de abril por el actor la oportuna reclamación administrativa previa que sería desestimada.

Formalizada demanda por el trabajador la juzgadora de instancia^[1] acogió su pretensión declarándole afecto de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, alzándose en suplicación el INSS ante la correspondiente Sala de lo Social, quien dictó Sentencia^[2] de la cual conviene destacar su fundamento de derecho segundo, en el que se argumentaba que “*la sentencia de instancia tiene en cuenta en sus hechos probados 6º y 7º y fundamento jurídico 4º, dolencias posteriores*

al hecho causante”, ya que la fecha del mismo en el presente supuesto es la de el dictamen propuesta del EVI, y añade que “no puede tenerse en cuenta el estado que éste presente posteriormente a la fecha del juicio, dado que entre la valoración a enjuiciar y el momento del enjuiciamiento ha transcurrido un lapso de tiempo muy dilatado que ha podido determinar una variación del estado del demandante, que podrá justificar un nuevo expediente de determinación de grado, si fuera el caso, pero no permite contrastar el acierto jurídico de la valoración efectuada en su día a partir del estado actual. Pues, en definitiva, la labor del órgano judicial es la de revisar si la valoración del estado del beneficiario en la fecha del hecho causante resultaba correcta o no en atención al estado psico-físico del beneficiario en aquel momento. Lo contrario sería tanto como admitir efectos jurídicos y económicos con efectos retroactivos aplicados a una situación anterior en que no se justificaban”, por lo que las dolencias posteriores a 10.2.2015, no podrán ser tenidas en cuenta, sin perjuicio de la posterior revisión de grado y en consecuencia y con estimación del Recurso, se impone la revocación de la sentencia de instancia, manteniendo el actor el grado de IP Total’.

IV. Posición de las partes

Frente a esta resolución de la Sala territorial recurre en casación unificadora la representación procesal de la parte actora planteado como cuestión central de su recurso si las dolencias invocadas en el acto del juicio, y que no fueron tomadas en consideración para la determinación del grado por el EVI al tiempo de emitir su informe, puede ser ponderadas por el juzgador, o si tal circunstancia se configura como un hecho nuevo imposible de ser apreciado por los órganos judiciales.

A tales fines, y como resolución de contradicción, se aporta y cita la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 3 de julio de 1997 (recurso 393/1997) en la que el Tribunal tuvo en consideración, a los efectos del reconocimiento de la incapacidad profesional interesada, que habían transcurrido más de dos años desde el reconocimiento del paciente por la UVAMI, así como que durante el transcurso de dicho lapso habían surgido nuevas enfermedades relevantes a los efectos de la invalidez que habían sido desconocidas por el juez de instancia. Se negaba, además, que la valoración de las mismas supusiera variación alguna de los hechos alegados en el expediente administrativo, rechazando que implicara indefensión para la entidad gestora.

Se opone al recurso el Letrado del INSS argumentando que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia impugnada, por lo que habría de ser confirmada.

Por su parte el Ministerio Fiscal interesaba la desestimación del recurso, pues debía de aplicarse la doctrina tradicional del Alto Tribunal en cuanto que las patologías del actor ya existían durante la tramitación del procedimiento administrativo, pero no fueron detectadas por el EVI.

V. Normativa aplicable al caso

Interpreta la Sala Cuarta la dimensión del artículo 72 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que bajo la rúbrica “*Vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa*” proclama que “*en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad*”.

También y vinculado con el artículo anterior aborda la interpretación del artículo 143.4 del referido cuerpo legal en cuya virtud *“en el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”*.

VI. Doctrina básica

El núcleo de cuestión que analiza nuestro más Alto Tribunal orbita en torno a la calificación, o no, como “hecho novedoso” en los términos definidos por el marco procesal más arriba transcrito de las patologías no incluidas en el expediente administrativo, pero que sin embargo prexistían al tiempo de ser examinado el paciente por el EVI y que fueron alegadas por aquél en el acto del juicio.

Para la resolución de esta cuestión acude la Sala a su doctrina unificada^[3] acerca de si cabe valorar, a los efectos del reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente, una nueva dolencia alegada en el plenario, pero que no resulta del expediente administrativo, que no constituye tampoco una agravación de las valoradas en el mismo, y que no fue tampoco alegada en la reclamación previa ni en la demanda. A lo que responde la Sala de manera negativa.

Así, resulta conveniente recordar que es doctrina jurisprudencial consolidada la relativa a que no pueden ser calificados de “hechos novedosos” los consistentes en la alegación de agravación de patologías preexistentes, ni los relativos a las lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después^[4], ni siquiera las que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectadas por los servicios médicos^[5]. Por el contrario, sí revestirían tal condición las patologías que se detectaran tras la presentación de la demanda, aunque no dieran lugar a un cambio de la pretensión formalizada por la parte actora, pues ello sí supondría una verdadera nueva patología imposible de haber sido conocida con anterioridad a la tramitación del expediente administrativo. De este modo la alegación de este tipo de patologías en el acto del juicio coloca a la entidad gestora en una situación de indefensión^[6], que además pudo haber sido evitada mediante la articulación de la oportuna ampliación de la demandada, dando oportunidad a la parte contraria para que conociera cuál era estado clínico real del paciente y construyera adecuadamente su derecho de constitucional de tutela judicial efectiva, no esperando al acto del juicio para introducir de manera sorpresiva tal alegación.

VII. Parte dispositiva

Con base a la referida doctrina concluye la Sala que la sentencia del Tribunal Superior ha de ser casada, pues la doctrina ajustada se contiene en la resorción citada de contraste, de tal suerte que se revoca la sentencia del órgano territorial declarando la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social que declaraba al Señor R. en situación de incapacidad permanente absoluta.

VIII. Pasajes decisivos

Centra la Sala sus razonamientos jurídicos elementales en los puntos 3 y 4 de su sentencia, en los que recopila la doctrina unificada del Tribunal en torno a lo que ha de considerarse como “hecho novedoso” a los efectos de generar indefensión en un procedimiento en materia de Seguridad Social, más concretamente de incapacidad profesional. En este sentido aborda la naturalización de patologías no incluidas en el Informe de valoración médica pero que, sin embargo, ya existían al tiempo de ser evaluado el paciente por el EVI y no pudieron ser detectadas por tal equipo multidisciplinar.

IX. Comentario

Como hemos anticipado los órganos judiciales se enfrentan a la ardua y a veces ininteligible^[7] tarea de determinar la repercusión funcional que ciertas patologías representan para la actividad habitual de las personas trabajadoras siendo diversas cuestiones las que consideramos han de ser destacadas al tiempo de analizar la resolución que nos ocupa. En primer lugar, es conocido el escaso número de ocasiones en que la Sala Cuarta ha entrado a pronunciarse en materias relacionadas con cuestiones vinculadas a materias de incapacidad profesional dada la dificultad de apreciar y superar el juicio de contradicción a que se refiere el artículo 219 de la LRJS.

En este sentido, alega nuestro más Alto Tribunal que las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables *“que más que de incapacidades puede hablarse de incapacitados”, que “lesiones aparentemente idénticas [incluso algunas próximas a las denominadas incapacidades específica que relacionaba el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22-6-1956 en sus arts. 37, 38 y 41; normas que según reiterada jurisprudencia solo conservan un valor orientador para la calificación pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo”*. En definitiva, para el Tribunal Supremo se trata de supuestos en que el enjuiciamiento se centra en la fijación y valoración de hechos singulares más que en la determinación del sentido de la norma en el marco de la línea interpretativa de carácter general”, lo que lógicamente inviabiliza *“como conclusión”* el recurso unificador de doctrina, pues aquí *“la semejanza de los supuestos de hecho difícilmente llega a convertirse en identidad por recaer sobre individualidades diferenciadas”*^[8].

Y añade al abordar el referido precepto anudado a la materia que examinamos que *“el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que 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”*.

Al amparo de esta anterior doctrina entendemos que resulta importante destacar que quizá entre el asunto litigioso y el escogido por quien recurre como resolución de contraste no concurría de manera estricta la necesaria absoluta identidad que hubiere permitido la apertura de la extraordinaria sede de casación unificadora, pues mientras que en el caso enjuiciado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía observamos como las patologías aducidas en el plenario eran dolencias previas, que coexistían al tiempo de ser examinado el paciente por el EVI; en el supuesto analizado por la Sentencia citada como de contraste, dictada por la Sala territorial de Castilla la Mancha, las referidas patologías aparecieron *ex novo* tras el referido examen del EVI y tras la presentación de la demanda, de modo que no pudo en modo alguno la entidad gestora haberlas tenido en consideración al tiempo de emitir su informe, ni tampoco haber sido abordadas en la preceptiva reclamación previa a la que se refiere el artículo 72 de la norma adjetiva laboral. Si bien es cierto que en ambos casos nos encontramos ante a enfermedades no incluidas en el informe de valoración del EVI, los hechos a que responde tal realidad son del todo dispares y, a nuestro juicio, dicha diferente realidad es la que haría desaparecer el presupuesto de recurribilidad a que se refiere la norma procesal a que nos referimos impidiendo el acceso al recurso extraordinario que analizamos.

No obstante esta circunstancia, y siendo incuestionable que fue admitida por la Sala la presencia de la debida contradicción, reseñar que la Sala no viene en ningún caso a adoptar una novedosa posición entorno a la cuestión que se sometía a su

juicio, reiterando su tradicional posición tendente a incorporar a nuestro orden jurisdiccional el contenido de los artículos 286 de la LEC⁹¹ y siguientes que permiten a las partes, siempre que no se hubiera podido alegar en el acto del juicio, aducir hechos de nueva noticia antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia”.

Quizá pueda resultar doctrina más interesante y novedosa la contenida en la Sentencia de 13 de octubre de 2021 (recud.5108/2018) en donde nos enfrentamos con enfermedades y patologías que no existían, ni al tiempo de iniciarse el eventual proceso de incapacidad temporal que hubiere podido preceder al ulterior expediente de incapacidad permanente, ni al de incoarse el mismo; y que por consiguiente no pudieron en modo alguno ser valoradas por los equipos médicos del INSS en el momento de examinar al sujeto que insta el reconocimiento de su incapacidad profesional, pues no aparecieron aquéllas ni tan siquiera al tiempo de ser formalizada por aquél su demanda, sino en un tiempo posterior, próximo a la celebración del acto del juicio.

En este sentido centra la Sala el objeto de su debate en determinar si *“cabe valorar a los efectos del reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente, una dolencia nueva alegada en el acto del juicio, que no resulta del expediente, y no constituye agravación de las valoradas en el expediente administrativo y que tampoco se alegó en la reclamación previa, ni en la demanda”*. Y la clave de su argumentación tradicional se deposita en el artículo 143.3 de la LRJS relativo a la remisión del expediente administrativo, en cuya virtud *“A la vista del expediente, el Tribunal dispondrá el emplazamiento de las personas que pudieran ostentar un interés legítimo en el proceso o resultar afectadas por el mismo, para que puedan comparecer en el acto de juicio y ser tenidas por parte en el proceso y formular sus pretensiones, procurando que tal emplazamiento se entienda con los interesados con al menos cinco días hábiles de antelación al señalamiento a juicio y sin necesidad de que, en este caso, se cumplan los plazos generales previstos para la citación de las partes demandadas en el artículo 82”*, y que a juicio del Tribunal introducir hechos distintos si son nuevos o no se hubieran podido conocer con anterioridad”.

En el caso allí examinado se trataba de una patología de una notable gravedad (de origen canceroso) que fue alegada por primera vez en el acto de la vista, toda vez que hasta ese momento no se había detectado ni diagnosticado; de tal suerte que a diferencia de los supuestos analizados con anterioridad por el Tribunal, en los que no se habían calificado como de “hechos nuevos”, susceptibles de generar indefensión, las agravaciones de dolencias previas, o incluso coetáneas a la tramitación del expediente administrativo pero que no debutaron hasta tiempo después, ahora la Sala aprecia la concurrencia de un elemento sorpresivo cual es la introducción en el debate de nuevas alegaciones desconocidas para el INSS llegando a afirmar que *“para el INSS demandado (...) nada impedía si ello le provocaba indefensión, interesar incluso la suspensión del acto de juicio con la finalidad de poder articular su oposición y sus pruebas practicando si ello era el caso un nuevo informe pericial, lo cual no consta que se hiciera”*

Por tanto, la argumentación manejada por nuestro Alto Tribunal parece conducir a que si la entidad gestora hubiera solicitado la suspensión de la vista para instruirse y poder adecuar su posición procesal a esos nuevos hechos introducidos en el plenario, ningún obstáculo encontraría para permitir la introducción de este tipo de novísimas patologías, que incluso pudieran dar lugar a una mutación de la calificación del grado de incapacidad profesional interesado por la parte demandante; haciendo surgir con ello dudas acerca de la fecha de efectos económicos que hubiera de reconocerse a esa situación jurídica que se declarase en su caso, como resultado de ese nuevo estado de cosas valorado en ese postrero momento. No hemos de olvidar que de conformidad con el artículo veintitrés del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas las prestaciones por invalidez permanente se devengarán *“cuando el trabajador se encuentre al servicio de una Empresa en el*

momento del consiguiente reconocimiento médico y de su cese en el trabajo como consecuencia de la declaración de la invalidez permanente, dicha fecha será la del día siguiente al cese; cuando el trabajador al servicio de una empresa se encuentre en la situación de incapacidad laboral transitoria al declararse la invalidez, la expresada fecha será la del día siguiente a la terminación de la situación indicada b) Cuando el trabajador no se encuentre al servicio de ninguna Empresa al producirse el reconocimiento médico oficial que se lleve a efecto como consecuencia de haber instado, en la forma procedente, que se le reconozca la situación de invalidez permanente, dicha fecha será aquella en que haya tenido lugar el reconocimiento, cuando el trabajador se encuentre en la situación de invalidez provisional o de desempleo total y subsidiado, al ser declarada su invalidez permanente por enfermedad profesional, la expresada fecha será la del día siguiente al del cese en las indicadas situaciones”

Por consiguiente, si se produce por el EVI un doble examen del sujeto como consecuencia de la introducción en el procedimiento de nuevas dolencias y patologías que dieran lugar a una reconsideración de su estado ¿cuál sería ahora la fecha a tener en consideración como hecho causante a los efectos de determinación de los efectos económicos de la prestación? ¿Sería apropiado y admisible mantener la fecha del primer examen de valoración del EVI cuando la entidad de las nuevas dolencias es de tal envergadura que en atención a ellas se desencadena el reconocimiento de un grado de incapacidad profesional que de otro modo nunca se hubiera obtenido? Se trata de cuestión aún no abordada por nuestra Sala Cuarta, pero respecto de la que no nos parecería muy razonable, mantener una postura tradicional a partir de una interpretación literal y teleológica de la norma más arriba transcrita.

X. Apunte final

La evolución natural de las patologías sufridas por las personas trabajadoras no ha dejado a lo largo del tiempo de generar dudas en torno a multitud de cuestiones, a las que los operadores jurídicos y los tribunales han ido ofreciendo respuestas^[10].

En esta ocasión nos enfrentamos a la conjugación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente, o dimensión, de la prohibición de generar indefensión como consecuencia de la introducción en el acto del juicio de hechos nuevos (contenida en la norma procesal laboral con carácter general en el artículo 143.4 LRJS y, respecto de los procesos en los resulta preceptiva la reclamación administrativa previa, en el artículo 72 del citado cuerpo legal) y el derecho de la persona trabajadora o beneficiaria del Sistema de la Seguridad Social al reconocimiento de su derecho en atención a un valoración conjunta de su estado de salud, debiendo mantener los poderes públicos, como proclama el artículo 41 de la CE “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”.

La clave interpretativa mantenida por nuestro más Alto Tribunal parece ubicarse, como no podría ser de otra manera, en la salvaguarda del derecho a la igualdad de armas en el procedimiento, proscribiendo maniobras sorpresivas que pudieran ser utilizadas torticeramente por una de las partes para colocar deliberadamente a la contraria en una proscriba situación de indefensión; pero admitiendo que el curso natural de ciertos procesos clínicos pueda ser ponderado por los tribunales de justicia para una mejor valoración de la situación y de la realidad del estado clínico del paciente; siendo realidades incontestables que muchas de las patologías evolucionan de manera desfavorable, repercutiendo de manera peyorativa y progresiva en la capacidad de trabajo de quien las sufre; así como que la elevada carga de trabajo que pesa sobre los órganos judiciales de instancia de nuestro orden jurisdiccional social compromete, cada vez en mayor medida, un temprano afrontamiento de este tipo de procedimientos, que recordemos no gozan de acuerdo con su reglamentación procesal de una tramitación preferente, lo que favorece en mayor medida que nos encontremos con realidades similares a las que ahora aborda la Sala, en las que o bien las patologías primitivamente detectadas se agravan entre el instante en que fueron

evaluadas por el EVI y el tiempo en que será celebrado el acto del juicio; o bien incluso llegan a aparecer nuevas dolencias entre ambos tiempos que determinan y alteran el estado de cosas inicialmente ponderado, dando lugar a un escenario completamente novedoso, y por desgracia, en muchos casos, más grave para el propio paciente. Serán los parámetros interpretativos a los que nos hemos referido los que permitan a los operadores jurídicos enfrentar la calificación de estas situaciones para dilucidar, en cada caso concreto, lo que haya de tenerse, o no, por “hecho novedoso”, debiendo en cualquier caso.

Referencias:

1. ^ *En Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Sevilla de fecha 10 de octubre, Autos 669/2018.*
2. ^ *Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, sede Sevilla, de 14 de marzo de 2018 (recurso 119/2018).*
3. ^ [3] *Sentada entre otras en Sentencias de 25 de junio de 1998, SSTs de 28 de junio de 1986, 30 de junio de 1987 y 5 de julio de 1989, 13 de octubre de 2021 (recud.5108/2018), de 2 de junio de 2016 (rcud.452/2015),*
4. ^ *Sentencia de 15 de septiembre de 1987.*
5. ^ *Sentencia de la Sala Cuarta de 7 de diciembre de 2004 (rcud.4274/2003).*
6. ^ *Sentencia 13 de octubre de 2021 (recud.5108/2018).*
7. ^ LOPEZ INSUA, M.B. “Modificación y revisión judicial del grado de incapacidad permanente: singularidades en torno a su nueva calificación en sentencia de suplicación: Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2017”. *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº143, 2018, pág. 249-264. MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M: *Derecho de la Seguridad Social*, 4º ed., Barcelona, Atelier, 2017, pág. 134 y siguientes. MARTÍNEZ GIRÓN, J: “¿Habrá que suprimir la competencia de los tribunales laborales para conocer de los pleitos sobre determinación del grado de la incapacidad permanente?”, VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F Y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2017, pág. 765-767.
8. ^ *Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 noviembre 2006 (RJ 2006/9159) y de 14 diciembre 2010).*
9. ^ *En cuya virtud “Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes. En el mismo sentido el artículo 426 que legitima a los litigantes en el acto de la audiencia previa “sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario”*
10. ^ *Sobre esta cuestión ver ÁLVAREZ DE LA ROSA, M “La Incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento. Ponencia al XIV Congreso de la Asociación Española de Salud y seguridad Social”, en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F Y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una*

sociedad en transformación, ob. cit., pág. 315 y 316. MONEREO PÉREZ, J.L Y RODRÍGUEZ INIESTA, G “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje (A casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)”, Revista de Seguridad Social, nº8, 2016, pág. 12 y 13.

§ 8 El contrato de puesta a disposición que sirve para eludir la legislación de la contratación temporal es cesión ilegal y constituye una infracción muy grave.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *La Inspección de Trabajo sanciona a “Norwegian Shuttle” y la ETT ADECCO por haber suscrito ambas un contrato de puesta a disposición que encubre una contratación eventual sucesiva y fraudulenta de 74 trabajadores eventuales durante más de dos años. Se plantea en este RCUD si esta conducta constituye una infracción grave regulada en el art. 18.2.c) LISOS o bien una infracción muy grave contenida en el art. 8.2º LISOS.*

Palabras clave: *Empresa de trabajo temporal. Empresa usuaria. Contrato de puesta a disposición. Cesión ilegal de trabajadores. Fraude de ley.*

Abstract: *The Labor Inspectorate sanctioned “Norwegian Shuttle” and the ETT ADECCO for having both signed a provision contract that conceals a successive and fraudulent temporary hiring of 74 temporary workers for more than two years. It is raised in this RCUD if this conduct constitutes a serious infraction regulated in art. 18.2.c) LISOS or a very serious infraction contained in art. 8.2º LISOS.*

Keywords: *Temporary employment. User company. Availability contract. Illegal transfer of workers. Law fraud.*

I. Introducción

El Tribunal Supremo resuelve en el presente RCUD si la sanción que impone la Inspección de Trabajo por el contrato de puesta a disposición suscrito entre Norwegian y ADECCO-ETT es la adecuada. Tras quedar demostrado que Norwegian había usado la ETT para contratar 74 trabajadores eventuales que constituyeron la totalidad de su plantilla de la base que la mercantil tiene en el Aeropuerto de Málaga la Inspección de Trabajo propone una sanción de 70.000 euros. Tras la impugnación de la sanción ésta es corregida tanto en la Sentencia de instancia como en el recurso de suplicación que se interponen posteriormente, pronunciamientos que califican la infracción cometida como grave y cuantifican la sanción económica en 3.125 euros.

El presente pronunciamiento da la razón a la Inspección de Trabajo revocando la Sentencia de instancia y el recurso de suplicación que dan origen a este procedimiento. La Sala valora que el incumplimiento de la norma resulta especialmente cualificado, motivo que ocasiona que aparezca la cesión ilegal y que la infracción deba ser calificada no como infracción grave -regulada en el art. 18.2.c

LISOS- sino como una infracción muy grave, resultando aplicable, por el contrario, el art. 8.2º LISOS.

Este pronunciamiento logra acrecentar la sanción que supone contratar temporalmente de forma irregular usando las ETT, no obstante, esta recién estrenada doctrina va a resultar, a la vista de la nueva redacción del art. 18.2.c) de la LISOS operada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, contraproducente, ya que provocará que la sanción sea menor cuando el número de personas afectadas por la irregularidad sea numeroso -tal como ocurre aquí-.

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: 1206/2021, de 2 de diciembre de 2021.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4701/2018.

ECLI:ES:TS:2021:4495.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Exmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

Votos Particulares: No constan.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Inspección de Trabajo levanta Acta de Infracción a la empresa "Norwegian Shuttle Asa" tras la visita al centro de trabajo que la mercantil tiene en el Aeropuerto de Málaga y propone una sanción de 70.000 euros por falta muy grave del art. 8.2º LISOS, una vez se comprueba que Norwegian, desde la apertura de su base de Málaga -el 1 de marzo de 2012- y hasta el 31 de diciembre de 2014 no ha contado con plantilla propia y ha utilizado un total de 74 trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal ADECCO TT SAU ETT. Estos 74 trabajadores habían sido contratados por la ETT y cedidos a Norwegian a través de diferentes contratos eventuales por circunstancias de la producción de manera continuada.

La Resolución de la Inspección de Trabajo es impugnada por ADECCO ETT y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Málaga de 31 de enero de 2018 estima parcialmente la demanda, revocando así la resolución impugnada y entendiendo que la infracción es grave, está tipificada en el art. 18.2.c) LISOS y la sanción a imponer asciende a 3.125 euros. La instancia entiende que se había vulnerado el principio de tipicidad y especialidad al calificar como grave la infracción cometida, de acuerdo con lo regulado en el art. 18.2.c) LISOS.

Una vez interpuesto recurso de suplicación por la Conserjería de empleo, empresa y comercio de la Junta de Andalucía, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sede en Málaga, de 31 de octubre de 2018, desestima el recurso de suplicación y confirma la Sentencia de instancia. El Tribunal da la razón a la instancia al entender que cuando una acción puede ser subsumida en dos tipos distintos, uno genérico y otro específico, en aplicación del principio de especialidad se ha de aplicar el tipo específico con preferencia al genérico.

1. La sentencia aportada como doctrina de contraste

La Junta de Andalucía interpone recurso de casación por unificación de doctrina y cita de contraste la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha de

12 de mayo de 2016. En el conflicto aquí resuelto se constata que un trabajador que sufre un accidente de trabajo el 28 de octubre de 2010 había sido contratado por la ETT ADECCO para prestar servicios en la empresa usuaria CONACO desde el 2 de noviembre de 2005 como mozo de almacén a través de diferentes contratos temporales de campaña -contratos sucesivos durante 5 años- y la Inspección de Trabajo levanta Acta de infracción por cesión ilegal con base al art. 8.2º LISOS. En esta otra Sentencia el Tribunal considera que la sanción sí es adecuada a derecho y que no resulta de aplicación el art. 18.2.c) LISOS dado que la infracción no es una mera irregularidad en la utilización de un contrato temporal con las consecuencias previstas en el art. 15.3º ET, sino que se trata de una conducta reiterada y mantenida en el tiempo durante años, consistente en el uso abusivo y fraudulento de la contratación temporal para cubrir mediante el correspondiente contrato de puesta a disposición un puesto permanente en la empresa usuaria, con las consecuencias que se derivan del art. 43.3º ET.

2. La cuestión suscitada

El recurso resuelve acerca de si la celebración de 74 contratos de puesta a disposición entre la ETT ADECCO y Norwegian para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria debe sancionarse como una falta muy grave, de acuerdo con lo señalado en el art. 8.2º LISOS o bien como falta grave, tal como se dispone en el art. 18.2.c) LISOS. Este último precepto es una norma especial e impone una sanción inferior.

IV. Posición de las partes

La Junta de Andalucía formaliza un único motivo de casación unificadora en el que se denuncia que la Sentencia de suplicación infringe lo dispuesto en el art. 8.2º LISOS así como la doctrina contenida en la Sentencia del TS de 3 de noviembre de 2008, en relación con lo dispuesto en el art. 6.2º de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Por su parte, tanto ADECCO Empresa de Trabajo temporal como Norwegian Air Shuttle ASA presentan sendos escritos de impugnación. El Ministerio Fiscal en su Informe interesa la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

1. Art. 43º del texto refundido del estatuto de los trabajadores aprobado por rd legislativo 2/2015, de 23 de octubre

“Artículo 43. Cesión de trabajadores. 1. 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 que legalmente se establezcan. 2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo 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 ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”.

2. Arts. 6.2º y 8º de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal,

“Artículo 6. Supuestos de utilización. 1. El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél. 2. Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los

mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15º del Estatuto de los Trabajadores”.

“Artículo 8. Exclusiones. Las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos: a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria. b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos. c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor. d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

3. Arts. 8.2º y art. 18.2.c) del RD legislativo 5/2000, de 1 de agosto, de infracciones y sanciones del orden social

“Artículo 8. Infracciones muy graves. Son infracciones muy graves: (...)2. La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”.

“Artículo 18. Infracciones de las empresas de trabajo temporal. 2. Infracciones graves: (...) c) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal”.

VI. Doctrina básica

Entiende el Tribunal que el legislador ha tipificado como falta muy grave la cesión ilegal y ésta tiene lugar cuando la cesión de trabajadores tiene lugar en los términos prohibidos por la legislación vigente ya que el art. 43º TRET sólo autoriza la cesión de trabajadores a través de ETT si la mentada cesión se lleva a cabo en los términos establecidos por la ley. De esta forma, cuando la ETT cede trabajadores a la EU sin respetar las normas aparece la cesión ilegal de trabajadores, lo que constituye falta muy grave, de acuerdo con lo previsto en el art. 8.2º LISOS, disposición que sanciona la cesión, si ésta se produce en los términos prohibidos, fueran quienes fueran las mercantiles responsables del incumplimiento.

Igualmente, respecto a la forma en la que se ha suscribir un contrato de puesta a disposición, de acuerdo con la Ley 14/1994, la Sala matiza que éste se ha de ajustar positivamente a lo señalado en el art. 6º de la Ley 14/1994 y negativamente a lo dispuesto en el art. 8º de la Ley 14/1994 y sólo si ocurre que el contrato de puesta a disposición desborda estos límites es cuando se produce una sanción grave, tipificada en la LISOS en los arts. 18.2.c) y 19.2.b) de la LISOS, sanción que se aplica bien a las empresas de trabajo temporal -art. 18.2.c)- o a las empresas usuarias -art. 19.2.c)-, respectivamente.

Por tanto, cuando el objeto del contrato de puesta a disposición no se ajuste a los mismos supuestos y a las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada -de acuerdo con lo previsto en el art. 15 TRET, precepto al que se remite el art. 6.2 de la Ley 14/1994,- se produce una infracción grave, a tenor de lo dispuesto en los art. 18.2.c) y 19.2.b) LISOS; ello ocurre -dice la Sala- cuando no se especifica o identifique suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya el objeto del contrato de puesta a disposición, o cuando no se identifique la causa o circunstancia que lo justifique, en el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción o cuando se incumplan los requisitos exigidos por el precepto cuando el objeto del contrato sea la cobertura interina de plazas.

Así pues, los arts. 18.2.c) y 19.2.b) LISOS sancionan como falta grave la formalización de contratos de puesta a disposición que desborden los límites del art. 6.º Ley 14/1994 pero no contemplan los supuestos en los cuales la ETT cede trabajadores a la EU apartándose de los términos establecidos legalmente, en cuyo caso lo que se produce es una cesión ilegal de trabajadores, cuya comisión constituye una infracción muy grave, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.º LISOS, precepto que tipifica así cualquier modalidad de cesión ilícita de trabajadores, fuera cual fuera su autor. De hecho, sigue argumentando la Sala, los arts. 18º y 19º de la LISOS no contemplan, entre las infracciones imputables a la ETT o a la EU, la cesión ilegal de trabajadores y no lo hacen porque, de concurrir cesión ilegal de trabajadores entre empresas ordinarias o interviniendo una ETT, estas conductas se tipifican ya como falta muy grave en el art. 8.º LISOS. No es cierto, por lo tanto, que los arts. 18º y 19º de LISOS incluyan la cesión ilegal entre la ETT y la EU ya que esos preceptos lo que hacen es tipificar como infracción grave la formalización de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos en el art. 6.º de la Ley 14/1994, sin llegar a mencionarse la cesión ilegal de trabajadores.

La Sala trae a colación, a continuación, la doctrina judicial que ha considerado aplicables las consecuencias del art. 43 del TRET a las ETT a los contratos de puesta a disposición que se conciertan para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, en concreto, la doctrina contenida en la STS de 3 de noviembre de 2008, RCU 1697/2021, donde se viene a decir que: “en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4º CC”. Igualmente, el Tribunal Supremo se refiere también a la STS de 19 de febrero de 2009, RCU 2748/2007 donde se delimitan las fronteras que existen entre la cesión ilegal producida entre la ETT y la empresa usuaria y las irregularidades en los contratos de puesta a disposición examinando el inciso final del art. 43.1º TRET cuando se refiere a “los términos legales que se establezcan”. Entiende en este otro pronunciamiento el Tribunal que “los términos legales que se establezcan” no comprendería -como integrante de la cesión ilegal- determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley, esto es, que el art. 43 TRET únicamente alcanza a los CPD realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6º LETT y a los contenidos en la formulación negativa de las exclusiones previstas en el art. 8º LETT, pudiendo hacerse la afirmación general de que en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el CPD se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4º CC.

Sentado lo anterior, el Tribunal aporta otro argumento al debate recordando que el art. 8º LISOS se encuadra en su Capítulo II, sección 1ª, subsección 1ª que regula las infracciones en materia de relaciones laborales y en su apartado 2.c) tipifica como falta muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente. Por ello, -continúa señalando el Tribunal- la concurrencia de cesión ilegal de trabajadores requiere necesariamente la existencia de una relación triangular que implique a la empresa cedente, a la cesionaria y a los trabajadores afectados por el tráfico prohibido de mano de obra, como se ha mantenido en la STS de 18 de mayo de 2021, RCU 646/2019, entre otras muchas. Consiguientemente, la infracción muy grave regulada en el art. 8.2.c) LISOS se produce cuando el tráfico ilegal de trabajadores se instrumenta entre la empresa cedente y la cesionaria implicando con ello a ambas empresas y a los trabajadores afectados. (...) Concorre cesión ilegal cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, (...) lo cual comporta que si la ETT cede ilegalmente a trabajadores no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas.

Por su parte -continúa el Tribunal- los arts. 18º y 19º LISOS se enmarcan en su Capítulo II, Sección 4ª, referida a las infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, respectivamente, regulándose en el primero las

infracciones de las ETT y en el segundo las de las empresas usuarias. El apartado 2.c) del art. 18º LISOS tipifica como falta grave de las ETT la formalización de contratos de puesta a disposición distintos de los previstos en el apartado 2 del art. 6º de la Ley 14/1994 y el art. 19.2.b) LISOS tipifica como falta grave de las empresas usuarias formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el art. 6.2º de la Ley 14/1994, de manera que la indebida utilización del contrato de puesta a disposición es imputable exclusivamente a dichas empresas, sin que en ninguno de los preceptos examinados se esté contemplando la cesión ilegal de trabajadores, que se activa cuando la empresa de trabajo temporal cede trabajadores a la empresa usuaria sin atenerse a los términos establecidos legalmente.

Por tanto, la Sala considera que la conducta sancionada no es la simple utilización indebida de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 14/1994 pues esta infracción afectaría exclusivamente a la ETT o a la EU sino de una cesión ilegal de trabajadores en toda regla, ejecutada por ambas empresas con la finalidad de ceder ilegalmente a trabajadores de la ETT a la empresa usuaria, infracción que debe reputarse como falta muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2º LISOS, precepto que no excluye a las ETT de poder ser sancionadas si estas entidades ceden trabajadores sin atenerse a los límites legales.

VII. Parte dispositiva

En consecuencia, la Sala entiende que, al haber quedado acreditado que ADECCO ETT cedió ilícitamente a 74 trabajadores a la empresa NORWEIAN en un período dilatado de tiempo (casi tres años) para el desempeño de funciones estructurales, dicha conducta debe calificarse como falta muy grave a tenor con lo dispuesto en el art. 8.2.c LISOS, siendo razonable la apreciación en grado medio efectuada por las resoluciones recurridas, dado que la cesión ilegal afectó a un gran número de trabajadores a quienes se privó de su legítimo derecho a la estabilidad en el empleo y se prolongó durante un período dilatado. Asimismo, el importe de la sanción impuesta asciende a 70.000 euros, dentro de los límites del art. 40.1.c LISOS para las faltas muy graves.

La Sala estima, así, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 31 de octubre de 2018, en su recurso de suplicación núm. 836/2018, revoca la sentencia recurrida y confirma la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo, condenando a las empresas Adecco TT., Empresa de Trabajo Temporal, S.A. y Norwegian Air Shuttle ASA.

VIII. Pasajes decisivos

Explica el Tribunal que el comportamiento de la ETT y de la EU en este supuesto debe considerarse como falta muy grave porque se ha demostrado que desde el 1 de abril de 2012 al 21 de diciembre de 2014 la empresa de trabajo temporal cedió 74 trabajadores a la empresa usuaria, entidad que no contaba con una plantilla propia para prestar servicios de navegación aérea en la base de Málaga, habiendo suscrito con dichos trabajadores contratos eventuales por circunstancias de la producción sucesivos que desbordaron con mucho los límites temporales del art. 15.1.b) TRET, acreditando, por tanto, que el objeto real del contrato fue la cobertura de la organización estructural u ordinaria de la empresa. Dicha conducta constituye, por tanto, claramente, una cesión ilegal de trabajadores, toda vez que la ETT desbordó radicalmente los límites establecidos en el art. 6.2º de la Ley 14/1994, excediendo, por tanto, los límites establecidos en el art. 43.1º TRET.

De lo contrario, si la cesión ilícita de trabajadores operada por una ETT fuera una infracción que se considerara una falta grave derivada de la utilización indebida de los contratos de puesta a disposición se produciría un efecto perverso, ya que dado que son las ETT las únicas empresas autorizadas que deben llevar a cabo la cesión de trabajadores, ajustándose a la legalidad, tal como dispone el art. 43.1º, podrían ceder ilícitamente a trabajadores, desbordando su papel legal de manera desmedida, con una penalización muy inferior a la que tendrán que soportar el resto de empresas, lo que comportaría un trato desigual totalmente injustificado.

IX. Comentario

Algunos pronunciamientos judiciales han entendido que, en aplicación del principio de especialidad propio del derecho sancionador en general, que señala que cuando una misma acción pueda ser subsumida en dos tipos distintos, uno genérico y uno específico, se ha de aplicar el segundo con preferencia al primero, la única sanción que puede imponerse a las ETT y a las EU, en este conflicto, debiera ser la incluida en los arts. 18 y 19 de la LISOS. Al encuadrarse el art. 8º de la LISOS entre los preceptos que contemplan las infracciones cometidas por cualquier empresa en materia de relaciones laborales y al aparecer el 18 LISOS entre las infracciones que pueden cometer las mercantiles que tengan la condición de ETT y EU, la asignación del precepto específico para las ETT y EU debiera ser el art. 18º LISOS, disposición que resulta ser el menos grave, debiendo ser ésta la calificación que debe darse a la conducta^[1]. Añadido a ello, no puede negarse que, aparentemente, el efectuar la contratación sin respetar los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición -la conducta que consta en el art. 18.2.c) LISOS- equivale a ceder trabajadores sin respetar los términos legales -conducta tipificada en el art. 8.2º LISOS-; en ambos casos ocurre que se usa un contrato temporal para necesidades permanentes o en fraude de ley.

No obstante lo anterior la Sala utiliza el art. 43 TRET y la figura de la cesión ilegal para asignar las mismas consecuencias administrativas aplicando la sanción máxima a las ETT y EU que incurran en cesión ilegal pues éstas no efectúan esta cesión en los términos legales. El Tribunal Supremo entiende que en casos como el actual, es decir, cuando las irregularidades que se cometen por las ETT y las EU son manifiestamente graves son cesión ilegal y estos comportamientos deben ser sancionados de forma ejemplar, por lo que a ellos les corresponde la sanción máxima, que es la que se regula en el art. 8º.2.c) de la LISOS.

La Sala entiende, pues, que los arts. 8.2º y 18.2.c) LISOS no son preceptos genéricos y específicos sino, muy al contrario, las ETT sí pueden incurrir en cesión ilegal^[2], lo que acaece cuando su comportamiento es claramente fraudulento y sostenido. Como consecuencia de ello, para ETT y EU entran en juego las consecuencias laborales que aparecen en el art. 43.1º TRET -responsabilidad solidaria, declaración de fijeza de los implicados...- y junto a ello, desde el punto de vista administrativo debe entenderse que la infracción cometida -en este caso por la ETT y la EU- ha de calificarse como muy grave -ex. art. 8.2º LISOS-.

Entiende la Sala que la cesión ilegal aparece al excederse "con mucho"- tanto la ETT como la EU- en el desconocimiento de los preceptos sobre contratación temporal. Si la irregularidad afecta a 74 trabajadores, si la empresa usuaria no contaba con una plantilla propia y si la contratación se prolonga durante casi dos años queda claro que no es que se apliquen incorrectamente las normas sino que la voluntad era, directamente, incumplirlas, tanto por la ETT como por la EU.

La concurrencia de la cesión ilegal implica que la cesión de trabajadores operada alcanza a un nivel de irregularidad en la contratación temporal superior y además aparece una connivencia entre las dos empresas -que deben conocer que la irregularidad aparece, porque es manifiesta-; y esta implicación de las dos mercantiles es clave también, dado que el art. 8.2.c)º LISOS se dirige a sancionar a las

mercantiles que están implicadas en la cesión ilegal y en el caso del contrato de puesta a disposición este incumplimiento opera a dos bandas pues tiene lugar tanto en la relación mercantil que une a la ETT y a la EU como en la relación laboral que liga a la ETT con los 74 trabajadores que fueron contratados casi dos años a través de contratos temporales sucesivos. Así las cosas, entiende el Tribunal que la cesión ilegal aparece cuando realmente se cubren las necesidades permanentes de la EU y esta circunstancia no puede ser desconocida por la ETT porque se trata de un incumplimiento manifiesto y patente. La cesión ilegal tiene lugar si resulta que el contrato de puesta a disposición es claramente fraudulento, lo que aquí es evidente^[3].

X. Apunte final

El Alto Tribunal busca una argumentación que sirva para imponer a las ETT y las EU que cedan y usen trabajadores temporales en fraude de ley de forma abusiva una sanción ejemplar, motivo por el que se acude a la que se señala en el art.8.2c) LISOS, pensada para cuando la cesión de trabajadores se lleva a cabo en los términos prohibidos por la legislación vigente. El imponer una sanción más cuantiosa tendrá, evidentemente, mayores efectos disuasorios, lo que debiera redundar en un mayor respeto de los dictados de la legislación en materia de contratación temporal por parte de estas empresas.

Sentado lo anterior, al art. 18.2.c) LISOS se ha añadido una pequeña coletilla tras la redacción de este precepto operada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre. Actualmente, este precepto señala que es una infracción grave de la ETT -y el art. 19.2.c) señala lo mismo respecto a las EU-:

(...) el formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el art. 6.2º de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Y, se adiciona a lo anterior que: A estos efectos, se considerará una infracción por cada persona trabajadora afectada.

Paradójicamente, la doctrina judicial que aquí surge va a resultar contraproducente cuando la cesión irregular afecte a un gran número de trabajadores porque en estos casos sería mejor acudir a la sanción prevista en el art. 18.2.c) pues ello incrementaría con mucho las sanciones económicas que sean finalmente impuestas. Aplicando este cambio al caso que aquí se debate para que se vea más claramente el efecto perverso de la nueva doctrina, según el art. 18.2.c) LISOS en su nueva redacción, la sanción a imponer sería el resultado de multiplicar los 3125 euros por los 74 trabajadores implicados. La multa impuesta sería sensiblemente superior a la que aquí finalmente se impone, que es de 70.000 euros -ex. Art. 8.2º LISOS-.

Referencias:

1. *^ Esta es precisamente la conclusión a la que se llega en la STSJ (Sala de lo Social) de Andalucía, Málaga, de 9 de enero de 2019, JUR 2019/117734.*
2. *^ Lo contrario se sostiene en la STSJ (Sala de lo Social) de Cataluña, de 23 de noviembre de 2019, AS 2019, 948, pronunciamiento que concluye que el art. 8.2.c) de la LISOS no puede referirse a las ETT sino sólo a las empresas que no siendo de trabajo temporal contraten a trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. Se señala aquí igualmente que las infracciones en materia de empresas de trabajo temporal tienen una regulación específica en el art. 18º de la LISOS. Y, finalmente se niega que, aunque se aplique la cesión ilegal a las ETT cuando existan incumplimientos de la normativa esta la cesión ilegal provoque también un*

cambio a la hora de imponerles una sanción al amparo de lo dispuesto en la LISOS.

3. *^ El que se trate de una relación de carácter triangular puede impedir que la ETT conozca las singularidades concretas de la EU, motivo éste que ha servido para impedir aplicar el art. 8.2.c) LISOS, dado que se ha sostenido que, en este caso, ocurre que ya la ETT y la EU quedarían afectadas por las consecuencias del art. 43 TRET, Vid. la STSJ (Sala de lo Social) de Andalucía de 31 de octubre de 2018, pronunciamiento que es el revocado por el Recurso de casación que aquí se comenta.*

§ 9 La protección “refleja” de la garantía de indemnidad.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Se vulnera la garantía de indemnidad cuando no se renueva el contrato temporal de la persona trabajadora que reclama judicialmente su fijeza (indefinido no fijo), aunque la falta de renovación haya afectado al conjunto de personas trabajadoras temporales.*

Palabras clave: *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Garantía de indemnidad. Contratación temporal fraudulenta. Protección de los derechos fundamentales “por asociación”. Empleo público.*

Abstract: *The guarantee of indemnity is violated when the temporary contract of a worker who has judicially demanded the fixity (indefinite non-fixed term) of her employment relationship, based on successive fraudulent temporary contracts, is not renewed, even though the lack of renewal affects all temporary workers and not only the one who filed the complaint. Retaliation by association as a violation of the guarantee of indemnity. Invalid dismissal.*

Keywords: *Fundamental right to effective judicial protection. Guarantee of indemnity. Retaliation. Fraudulent temporary labor contrac. Protection of fundamental rights “by association”. Public employment.*

I. Introducción

La garantía de indemnidad tradicionalmente se ha configurado como una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que impide que las personas trabajadoras puedan sufrir una represalia por el hecho de interponer acciones (judiciales, pero también otras necesarias o preparatorias de éstas) para la defensa de sus derechos (sean o no fundamentales). Lo normal es que la represalia afecte exclusivamente a quien ha ejercido sus derechos frente a la empresa, pues en tal caso puede apreciarse la conexión entre la acción de reclamación y la reacción de represalia empresarial. La novedad de la sentencia que se comenta consiste en que parece extrapolar la doctrina del TJUE sobre la “discriminación por asociación”, con el objetivo de considerar que cabe apreciar también la vulneración de la garantía de indemnidad cuando la acción empresarial se proyecta sobre todo el colectivo que pudiera verse beneficiado por las reclamaciones realizadas sólo por alguno de sus miembros, descartando así la existencia de una causa válida que neutralice la vulneración aducida.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS (Sala 4ª) núm. 1242/2021, de 9 de diciembre de 2021

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 92/2019.

ECLI:ES:TS:2021:4703

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora venía prestando sus servicios al Concello de Amens como profesora de lenguaje musical de la Escuela Municipal de Música mediante sucesivos contratos de duración determinada, por obra o a tiempo parcial, celebrados desde 2008 hasta el último celebrado para el periodo de 19 de septiembre de 2016 a 23 de junio de 2017. Presentó en 2015 una demanda frente al Concello reclamando la declaración de la relación laboral como personal indefinido no fijo (PINF) discontinuo que fue admitida a trámite. En mayo de 2017 interpuso otras dos demandas, una de reconocimiento de servicios prestados (antigüedad/trienios), admitida a trámite, y posteriormente otra por complementos retributivos. El 15 de septiembre de 2017, el Interventor Municipal del Concello de Ames emitió informe sobre la contratación temporal de los profesores de la Escuela Municipal de Música del curso 2017/2018, considera que no se acredita la temporalidad en la actividad prestada por los contratados temporales y que por tratarse de un servicio permanente se deberían crear las plazas mediante la oportuna modificación de la RPT, valorando los puestos de trabajo, para que en el momento que, de acuerdo con la oferta de empleo público, resultase posible se procediese a su cobertura definitiva de acuerdo con un proceso selectivo adecuado. Se declara probado que ni la actora ni ningún otro profesor de música de la Escuela Municipal de Música, fue contratado para el curso 2017-2018. El 28 de septiembre de 2017 se emitió Decreto de Alcaldía acordando la aprobación de un contrato menor para la prestación del servicio de la Escuela Municipal de Música del Concello de Ames, adjudicando la prestación del servicio a la empresa a D. Pedro Miguel con una duración máxima del contrato de 1 mes (octubre a noviembre 2017).

Rechazada la reclamación administrativa previa interpuesta por la trabajadora, la demanda, sin embargo, es estimada por el Juzgado de lo Social. Considera la sentencia que, al tratarse de una sucesión de contratos fraudulentos, la relación ha devenido indefinida desde el principio y que, por ello, la no renovación constituye en puridad un despido que califica, no obstante, de improcedente, pero no nulo como pretendía la trabajadora, al haberse extinguido todos los contratos temporales y no haberse renovado ninguno de ellos para adaptarse a la legalidad. La sentencia se confirma en suplicación donde se descarta la vulneración del artículo 55.5 ET (nulidad por vulneración de derechos fundamentales) porque la decisión empresarial de no renovar el contrato a la actora no ha ido dirigida exclusivamente a ella, sino que ha afectado a todos los trabajadores en su misma situación como consecuencia del Informe mencionado, lo que excluye el carácter discriminatorio de dicha actuación y permite validar las razones alegadas por el Concello.

La trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina aportando una sentencia contradictoria relativa a otro trabajador de la misma escuela, que también interpuso una reclamación de fijeza (pero en abril de 2017) y otra posterior de complementos salariales, en la que la causa de que no se le volviera a

contratar al demandante residía en el mismo informe del Interventor, habiéndose extendido la no renovación a la totalidad del Profesorado de la Escuela. La sentencia de contraste argumenta que la forma de acabar con el fraude no fue adecuada ya que debió haberse procedido a un despido objetivo y declara que la no renovación está claramente vinculada con las previas reclamaciones ya que el dato de que se haya hecho lo mismo con el resto de la plantilla “en modo alguno neutraliza el indicio de represalia, pues los demás ceses también pueden ser nulos”.

IV. Posición de las partes

- *De la trabajadora demandante*

Solicita la nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección de garantía de indemnidad pues entiende que la no renovación se debió a la interposición de reclamaciones relativas a la naturaleza indefinida de su relación con el Consello.

2. De la parte empresarial (Corporación municipal)

Considera que la extinción es conforme a Derecho porque la renovación resultaba imposible tras el reparo legal manifestado en los Informes de la Intervención y de la Secretaría.

3. Del Ministerio Fiscal

Cuestiona la concurrencia de la contradicción porque la proximidad temporal entre las reclamaciones presentadas por las personas trabajadoras en cada caso y su cese no es la misma (la de la demandante en 2015, tres años antes de la no renovación; la de contraste el mismo año). De manera subsidiaria, informa en contra del recurso porque la actora fue contratada de nuevo tras su primera reclamación y el cese afectó a la totalidad del profesorado de la Escuela, estando basado en los Informes emitidos por el Interventor y la Secretaría del Ayuntamiento, y no en propósito discriminatorio alguno.

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

Además, son de aplicación el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho al ejercicio individual de su contrato de trabajo (art. 4.2.g ET), el principio de igualdad y no discriminación (art. 17.1 ET) y la calificación del despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales (art. 55.5 ET). Se cuestiona asimismo si ha sido correctamente valorada la prueba de indicios (arts. 96.1 y 182.1 LRJS).

VI. Doctrina básica

1. Sobre la existencia de contradicción

- La construcción teórica de la discriminación por asociación es extensible a otros derechos fundamentales, por lo que no debe descartarse la similitud de los casos cuando en uno la decisión de no renovar deriva de la directa reclamación del trabajador y en el otro es consecuencia de la reclamación de una de las personas del grupo afectado si la situación denunciada es la misma.

2. Sobre la garantía de indemnidad

- Una vez que la persona trabajadora ha ofrecido un panorama indiciario de la vulneración de la garantía de indemnidad, la empresa debe demostrar que existe una justificación del cese suficiente y ajena a toda vulneración del derecho alegado. Pero no constituye una causa válida para neutralizar la vulneración alegada, el hecho de que el cese lo hayan sufrido todas las personas trabajadoras con contratos temporales fraudulentos consecuencia de un Informe que ponía de manifiesto su irregularidad continuada por tratarse de una actividad de carácter permanente cuando resulta evidente la conexión entra la medida colectiva de cese y las previas demandas formuladas. La discriminación por solidaridad o refleja también opera en el ámbito de otros derechos fundamentales como el de la garantía de indemnidad resultando verosímil que sin las reclamaciones (propias) de los salarios y las relativas a la regularización de la relación laboral (tanto propias como ajenas), no se habrían generado los Informes y se hubiera continuado con los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos temporales.

VII. Parte dispositiva

Estima el recurso interpuesto por la trabajadora y declara la nulidad del cese condenando al Ayuntamiento a la readmisión de la trabajadora en las condiciones previas a su cese y bajo la condición de personal indefinido no fijo de naturaleza discontinua.

VIII. Pasajes decisivos

- La construcción teórica de la discriminación por solidaridad o refleja es extensible a otros derechos fundamentales por lo que la similitud de los casos no debe descartarse por el hecho de que la decisión de no renovar (que aparentemente implica una reacción adversa frente al ejercicio de acciones judiciales) “derivara de la reclamación de una de las personas (el trabajador del asunto comparado) y no de la otra (la trabajadora recurrente) cuando, además, la situación denunciada es la misma”.

- “Queda acreditado que el Ayuntamiento fue consciente del fraude en la contratación que venía cometiendo, que el mismo había sido objeto de reclamación y que la decisión de no reincorporar a la trabajadora se basaba en el deseo de poner coto a esa anomalía. Lo que sucede es que en ese momento la trabajadora ya había accedido a la condición de PINF y que, justamente, el cese comportaba, de manera objetiva y al margen la eventual intencionalidad de la empleadora, la privación de los efectos inherentes a ese reconocimiento. Es decir, al no reiniciarse la actividad en el nuevo curso, el Ayuntamiento pretende evitar los efectos que la reclamación (tiempo atrás realizada y pendiente de decisión judicial) comportaba”.

- “El fraude en la contratación se pretendió solucionar dejándolos de contratar, o más en concreto no siendo llamados al inicio del siguiente curso; momento éste en el que los trabajadores ya habían adquirido la condición de indefinidos (discontinuos) por razón de esa contratación fraudulenta. Si el Ayuntamiento quería regularizar la contratación debería haberlos llamado en octubre para suscribir el contrato que realmente les correspondía atendida la naturaleza de los servicios prestados, que era la de trabajadores indefinidos discontinuos, o en su caso, si pretendía efectuar una oferta pública o similar y suspender mientras la actividad de la Escuela debería haber comunicado a los profesores su no llamamiento por esa razón de tipo objetivo con la consiguiente indemnización por causas objetivas”.

- “Resulta evidente que no cabe neutralizar los efectos tuitivos que derivan de presentar una reclamación por parte de las personas perjudicadas mediante la técnica de reconocerla para, acto seguido, invocarla como motivo que justifica el cese. Buscado o no de propósito ese resultado, es evidente que nos encontramos ante una conducta inhábil para contrarrestar la virtualidad de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva”.

- El cese indiscriminado de toda la plantilla “no permite neutralizar el indicio, pues el derecho fundamental que está en juego no es el de igualdad y no discriminación, sino el de la garantía de indemnidad o tutela judicial efectiva”

- “La reacción adversa se produce a raíz de las diversas reclamaciones formuladas, ora por la trabajadora recurrente (hasta tres), ora por el trabajador del caso referencial (hasta dos), todas ellas pendientes de enjuiciamiento en la fecha en que se produce el cese por falta de llamamiento para desempeñar las tareas docentes del nuevo curso” por lo que resulta “clara la conexión entre la medida colectiva de cese y las previas demandas” y “el hecho de que el despido afecte a toda la plantilla, lejos de debilitar el indicio de lesión del derecho no hace más que reforzarlo. Ello es así porque la extensión de la consecuencia perjudicial al resto de compañeros de la demandante tendrá, sin duda, un efecto aún más disuasorio del ejercicio del derecho”

- La recontractación de la trabajadora tras su primera demanda no hace desaparecer el indicio de lesión del derecho fundamental a no padecer represalias como consecuencia de reclamar los propios derechos: “La propia dinámica lesiva de la garantía de indemnidad implica la posibilidad de que la represalia no se produzca inmediatamente tras el previo ejercicio del derecho, siendo compatible incluso con la suscripción de sucesivos contratos con el propósito de disimular o encubrir la conexión entre acción y reacción”.

- No han sido desvirtuados los indicios de vulneración del derecho de indemnidad porque “es verosímil que sin esas reclamaciones (propias y ajenas) y sin esos Informes (propiciados por las anteriores) la secuencia podría haber continuado. Es decir, los indicios avalan la idea de que el cese y las previas demandas de regularización poseen una conexión relevante. No solo nos referimos a la proximidad temporal de las demandas de salarios presentada por la trabajadora días antes de que finalizar su novena contratación anual, sino también a la previa (no resuelta) de que se le reconociera como PINF y a la del trabajador del caso referencial, puesto que ya dejamos constancia de que la discriminación por solidaridad o refleja también opera en el ámbito de otros derechos fundamentales. No cabe duda de que esta doctrina es también la que resulta más acertada a fin de concordar la interpretación de las normas en presencia con 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, que incluye como uno de sus principales fines ‘evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada’. Las reclamaciones que hemos tomado como indicio de que la falta de llamamiento estaba provocada por ellas iban dirigidas, claro está, a denunciar y evitar esos abusos”.

IX. Comentario

La garantía de indemnidad no se encuentra regulada de modo expreso y su reconocimiento ha sido el fruto de una progresiva doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, comenzada con las SSTC 7 y 14/1993, a partir de la prohibición de represalias contenida en el art. 5.c del Convenio OIT n. 158, de 22 de junio 1982, y de pronunciamientos del Tribunal Supremo que apuntaban ya la vinculación de los despidos por quejas con la defensa del derecho a una tutela judicial efectiva. Para el TC, represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de una acción judicial representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva que debe necesariamente ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical (STC 7/1993) o, en otras palabras, “en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos” (STC 14/1993). Su configuración subjetiva y objetiva se ha ido ampliando, alcanzando a quejas no sólo contenidas en una demanda judicial, sino a aquellas realizadas dentro de la empresa, siempre que sean necesarias para una posterior acción judicial, protegiendo no sólo a quien se ha quejado o reclamado, sino también a familiares, allegados e, incluso, a los

beneficiados por la queja en casos de reclamaciones colectivas (sobre esta evolución vid. Folgoso Olmo). La novedad de la sentencia objeto de comentario es que, por vez primera, la Sala parece querer ampliar la vía de la garantía de indemnidad a través de la construcción de la “protección refleja o por asociación” de los derechos fundamentales.

La mencionada construcción jurídica trae causa de pronunciamientos del TJUE en relación con la “discriminación”, como derecho fundamental directamente aplicable a las relaciones entre privados (antes de la Carta de DFUE, considerada ya por el TJUE como un principio general de la UE). Con ella inicialmente se busca “extender” la protección a familiares que sufren la discriminación por tener que encargarse de una persona incluida en uno de los colectivos vulnerables protegidos por la prohibición de discriminación. De este modo, no se realiza un acto discriminatorio directo contra la persona protegida, sino uno “indirecto” o, *rectius* (para no confundir la construcción con el concepto jurídico de discriminación indirecta) un acto discriminatorio “reflejo” contra la persona vinculada al sujeto inicialmente protegido. El caso Coleman, resuelto en Gran Sala por el TJCE (asunto C-303/06) inicia esta senda al calificar de despido discriminatorio la baja a la que se ve abocada una trabajadora a la que la empresa hace la vida imposible (encuentra menos facilidades en el seno de su empresa que sus compañeros que no tienen hijos con discapacidad, a decir de la sentencia) por los inconvenientes empresariales derivados del hecho de tener un hijo discapacitado que atender. En esta sentencia se declara que la prohibición de sufrir un trato discriminatorio por discapacidad no opera exclusivamente respecto de los directamente afectados por la causa discriminatoria, sino también cuando a quien afecta es a un familiar. El pronunciamiento se ceñía al ámbito exclusivo de la no discriminación, pero la doctrina ya en ese momento proclamó que este criterio “resultaría fácilmente extrapolable a la represalia adoptada contra un familiar o sujeto relacionado con quien ejercita su derecho fundamental” y que, en tales casos, deberían “tenerse en cuenta los vínculos reales más que el parentesco” siempre y cuando los sujetos que demanden protección “aporten indicios de dicha relación con quien alegue la existencia de la discriminación” (Sempere Navarro, 2008).

Ciertamente, aunque sin extralimitar la construcción fuera de la prohibición de discriminación, el TJUE posteriormente extendió la protección a personas sin vinculación familiar con la persona perteneciente al colectivo vulnerable cuando declaró como contraria al Derecho de la UE una normativa conforme a la cual se limita la protección frente a la discriminación de quien ha intervenido tratando de evitarla. En particular, en el caso Hakelbracht, Vandebon (C-404/18), de 20 de junio, se examina el supuesto de una trabajadora gerente de la empresa (Sra. Vandebon) que había propuesto a una mujer embarazada (Sra. Hakelbracht) para cubrir una vacante y que, ante la negativa de la empresa a contratarla, intervino en su favor, por lo que finalmente fue despedida alegando la empresa razones como el incumplimiento de las medidas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden en la misma. De modo similar al caso de la sentencia ahora examinada, en ese supuesto la empresa había despedido a la trabajadora alegando causas justificadas y también lo hizo muchos meses después de haber intercedido por la embarazada (9 meses). El TJUE recuerda que la protección del art. 24 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, impide las represalias y considera que el art. 17.1 de la Directiva^[1] constituye una proyección del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva contra la vulneración del principio de igualdad de trato, por lo que declara que un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la Directiva debe tener derecho a idéntica protección, ya que sólo de este modo se puede conseguir el objetivo perseguido por la Directiva (efecto útil) y evitar el posible efecto desaliento de aquellos trabajadores que, precisamente, se encuentran en la mejor posición para apoyar a la persona y conocer los casos de discriminación cometidos por el empresario.

La STS que ahora se comenta avanza un paso más allá de lo indicado en el ámbito de la UE en tanto parece extrapolar la construcción no sólo a vinculaciones ajenas a

todo parentesco (asumidas ya por el propio TJUE como se ha dicho), sino a ámbitos diversos del estricto principio de igualdad y no discriminación. Los vínculos son los de una trabajadora respecto a un colectivo laboral afectado en su totalidad y el ámbito afectado es la tutela judicial efectiva en su manifestación de garantía de indemnidad (prohibición de represalias) alejado y desconectado en el caso del principio de no discriminación. Varias cuestiones surgen de la lectura de la sentencia.

a) La primera de ellas es la relativa a la utilización de la construcción de la vulneración de un derecho por “asociación” o vulneración “refleja” de un derecho fundamental para determinar la existencia, o no, de contradicción. Salvo error u omisión, se trata de una novedad absoluta digna de reseña. La afirmación de que la construcción es extensible a “otros derechos fundamentales” permite a los abogados alegar la similitud de los casos sometidos a contradicción tanto si la persona represaliada pertenece directamente al colectivo protegido por el derecho fundamental, como si se trata de otro sujeto del grupo afectado cuando la situación denunciada sea la misma. En la sentencia comentada ese “otro” derecho fundamental es el de tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad. Pero la afirmación podría hacerse extensiva a otros derechos fundamentales, cualquiera que sea, lo que parece que relaja en cierta medida el estrecho corsé de la contradicción en tales supuestos. Aparente relajación, no obstante, que se somete a que los casos comparados reúnan suficiente homogeneidad en las demás circunstancias concurrentes como lo demuestra que la propia sentencia manifieste que en ambos casos se trataba de una demanda sobre la naturaleza del vínculo existente sin que a la fecha del juicio por despido se hubiera dictado sentencia respecto de ninguna de ellas y en ambos casos también se interpusiera una posterior demanda sobre complementos retributivos.

b) La segunda cuestión se refiere ya al fondo del asunto, en tanto suscita alguna duda la construcción acogida por la sentencia para resolver el litigio planteado. Me explico. Si se mantiene que hay una vulneración “refleja” de la garantía de indemnidad, en puridad debiera partirse de que la persona que reclama por haber sido perjudicada no ha interpuesto ninguna reclamación con carácter previo al concreto “acto de represalia” del empleador. Es decir, si no se renuevan los contratos de un colectivo sometido a contratación temporal fraudulenta porque alguien ha interpuesto reclamaciones judiciales cuestionando la temporalidad y ello ha dado lugar a un informe interno confirmando las irregularidades que provoca la no renovación de todo el colectivo afectado, la protección por “asociación” o refleja se tendría que dar sobre la persona trabajadora que, aun habiéndose visto beneficiada por el informe consecuencia de reclamaciones de sus compañeros/as, sólo recurre el acto empresarial de no renovación que es el que entiende que constituye el “acto de reacción” impugnabile por vulneración refleja de la garantía de indemnidad. Pero si quien reclama alegando que dicha falta de renovación es consecuencia de haber interpuesto, ella misma (como aquí se alegaba) demandas concretas de fijeza y de salarios, en puridad no hace falta irse a construcciones de este tipo “reflejo” bastando acudir a la “simple” vulneración de la garantía de indemnidad.

Y, en este punto, no queda claro qué es exactamente lo que acoge el TS porque, de un lado, al examinar la contradicción considera que “la similitud de los casos no debería descartarse por el hecho de que la decisión (que aparentemente implica una reacción adversa frente al ejercicio de acciones judiciales) derivara de la reclamación de una de las personas (el trabajador del asunto comparado) y no de la otra (la trabajadora recurrente) cuando, además, la situación denunciada es la misma” y ello se afirma inmediatamente a continuación de declarar aplicable la doctrina de la discriminación por asociación. Con ello, parece que da por bueno que no son las reclamaciones judiciales de la demandante las que ocasionan el perjuicio denunciado y que la represalia es refleja y derivada, lo que resulta coherente con la doctrina de la protección “refleja” de los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, cuando examina el fondo del asunto y la concurrencia de un panorama indiciario de vulneración de la garantía de indemnidad alegada, expone que “en el presente supuesto, la propia sentencia que enjuicia el despido y que rechaza la vulneración de

aquella garantía, confirmada por la sentencia de suplicación ahora recurrida, declara expresamente probado que la trabajadora ha sido contratada fraudulentamente de manera temporal, que su relación laboral debe subsumirse en la categoría de PINF, que poco antes de comunicarla la terminación de su último contrato aparentemente temporal presentó dos demandas de reclamación de salarios y que los tres juicios están pendientes de celebración al momento de producirse el cese”, circunstancias, todas ellas, que para la Sala “configuran un panorama que sí puede considerarse un sólido indicio de posible vulneración de la garantía de indemnidad” y que sirve para descartar el reproche alegado por el Ministerio Fiscal relativo a la lejanía temporal entre la reclamación de la trabajadora y su cese como dato de entidad suficiente como para neutralizar los indicios de discriminación. Es decir, el TS considera que, en efecto, hay indicios de que las reclamaciones *propias* de la trabajadora demandante han sido el detonante del informe interno y de la no renovación de todo el colectivo al que pertenece como consecuencia de éste. Ello es claro cuando afirma que: “es verosímil que sin esas reclamaciones (propias y ajenas) y sin esos Informes (propiciados por las anteriores) la secuencia podría haber continuado” y “los indicios avalan la idea de que el cese y las previas demandas de regularización poseen una conexión relevante. No solo nos referimos a la *proximidad temporal de las demandas de salarios presentada por la trabajadora* días antes de que finalizar su novena contratación anual, sino *también a la previa (no resuelta)* de que se le reconociera como PINF y a la del trabajador del caso referencial, puesto que ya dejamos constancia de que la discriminación por solidaridad o refleja también opera en el ámbito de otros derechos fundamentales”.

c) Pese a lo atractivo de la sentencia que insiste en que traslada esta doctrina de protección refleja, no sé si bastaba con aplicar la doctrina del despido pluricausal para considerar efectivamente vulnerada la garantía de indemnidad alegada por la trabajadora, esto es, con un acto empresarial (normalmente despido) en el que frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario sostiene que dicha medida obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador o a otras causas permitidas por el ordenamiento que justifican la decisión extintiva. En tales casos, el Tribunal Constitucional viene declarando que una vez ofrecido el panorama indiciario, el empresario debe acreditar que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado” (STC 7/1993). Se exige al empresario, en definitiva, que la medida adoptada “tiene causas reales *absolutamente extrañas* a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios” demostrando que las causas alegadas “han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales” (SSTC 38/1981, 21/1992, 136/1996).

En el supuesto de hecho de la sentencia que ahora se examina, la secuencia sería la siguiente. Se producen reclamaciones propias de la trabajadora, unas hace años que en pura conexión temporal podrían estar desconectadas de la represalia (pues su contrato fue renovado), pero que en el caso sí pueden considerarse parte de la “causalidad adecuada”, entendida como causa idónea para provocar el informe interno, y existen, sobre todo, otras posteriores de ella misma muy cercanas en el tiempo al informe y la no renovación de los contratos. Hay panorama indiciario, con independencia del resultado de las reclamaciones, tal y como permite el TC. A partir de ahí debe verificarse la existencia de una causa empresarial justificada alejada totalmente de las reclamaciones. Y es aquí donde, a pesar de tener una causa (el informe alerta de la irregularidad cometida y señala la necesaria fijeza de los contratos) la empresa no demuestra que la alegada sea “totalmente extraña” a las reclamaciones. Más bien, todo lo contrario, las causas alegadas (informe) para justificar la no renovación se muestran “absolutamente vinculadas” con dichas reclamaciones ya que sin ellas no habría informes y sin los informes no habría extinción de toda la plantilla. Por ello, el empresario no habría acreditado que el

despido obedeció a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental, habiéndose vulnerado la garantía de indemnidad denunciada por la trabajadora que reclamó.

Y ello con independencia de que se extinguieran también el resto de los contratos. No se alegaba, como bien precisa la sentencia, el principio de igualdad, sino el de indemnidad y la reacción estaba vinculada intrínsecamente a la acción (acciones) interpuestas por la trabajadora. La sentencia aborda el tema de la vulneración “refleja” porque el motivo esencial por el que se declara el despido improcedente de la trabajadora es que no sólo no se renovó su contrato, sino que tampoco se renovó el del resto de los trabajadores temporales, entendiéndose que así quedaba rota la conexión causal entre la “acción” y la “reacción” proscrita por la garantía de indemnidad. Pero creo que también en este caso, bastaba con considerar que tal “desvinculación” no era real, tal y como explica espléndidamente la sentencia al establecer los hitos previos a la no renovación y apuntar a su concomitante y consecutiva causalidad (sin las reclamaciones no habría informe y sin el mismo no habría cese). De modo que el hecho de que se extinguieran todos los contratos lo único que pondría de manifiesto es una desproporción de la represión llevada a cabo por la empresa por su reclamación (ciertamente unida a la de otros). Pero sin desbordar la garantía simple de indemnidad, esto es, el hecho de que la reclamación interpuesta por la trabajadora se produce antes de la demanda por represalia consecuencia de las acciones de tutela llevadas a cabo.

En todo caso, el hecho de que la teoría de la protección refleja se traiga a colación porque no fueron sólo las demandas previas de la trabajadora demandante, sino su conjunción con las interpuestas por otros miembros del colectivo las que llevaron al cese de toda la plantilla con contrato temporal constituye una novedad interesante que abre enormes posibilidades a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

Bibliografía citada:

Sempere Navarro, A.V. “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1 (14), 2008, pp. 11-21.

Folgosó Olmo A., *La garantía de indemnidad*, Madrid (BOE), 2021.

Referencias:

1. ^ «Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación.»

§ 10 El período de prueba debe concretarse en el contrato de trabajo.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia analizada aborda un conflicto laboral que se suscita por la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. Es objeto de debate si es válida o no una cláusula genérica del contrato en la que se dispone que la duración de dicho período será "según convenio o artículo 14 del ET". El TS concluye que no es válida porque la duración debe constar de manera concreta en el contrato. Al tratarse de una trabajadora embarazada, y en aplicación de su consolidada jurisprudencia, califica la extinción de despido nulo por no haber quedado probada la causa alegada por la empresa.*

Palabras clave: *Periodo de prueba. Contrato de trabajo. Ley. Convenio colectivo. Jerarquía normativa.*

Abstract: *The judgment under analysis deals with a labour dispute arising from the termination of the employment contract of a pregnant worker during the trial period. The subject of debate is whether or not a generic clause in the contract stipulating that the duration of this period will be "in accordance with the agreement or article 14 of the ET" is valid or not. The Supreme Court concludes that it is not valid because the duration must be specified in the contract. In the case of a pregnant worker, and in application of its consolidated case law, it classifies the termination as a null dismissal because the cause alleged by the company has not been proven.*

Keywords: *Probationary period. Employment contract. Law. Collective agreement. Hierarchy of norms.*

I. Introducción.

Es objeto de examen la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 9 de diciembre. La resolución judicial desestima, en los mismos términos que el preceptivo informe emitido por el Ministerio Fiscal, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 20 de junio de 2019 (Rec. 1278/2019). La Sala autonómica había desestimado con anterioridad el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia dictada por el JS núm. 4 de A Coruña el 15 de noviembre de 2018, que estimó la demanda interpuesta por una trabajadora, en procedimiento por despido, y declaró la nulidad de la extinción del contrato decidida por la parte empresarial, con condena a la empresa a la readmisión de aquella y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

El especial interés de la sentencia radica en la afirmación de la tesis de la necesaria concreción de la duración del período de prueba en el contrato de trabajo, obviamente si se pacta el mismo, sin que baste en absoluto una remisión genérica al art. 14 de la LET o a aquello que se disponga en el convenio colectivo de aplicación.

Dicho de forma clara y contundente, anticipando por mi parte la tesis central del alto tribunal, si se pacta un período de prueba su duración ha de ser clara y constar expresamente en el acuerdo contractual, y por consiguiente si no es así no se ha formalizado un período de prueba y la extinción decidida por la empresa basándose en no superación de un período de prueba inexistente es un despido sin causa, que en el supuesto, como así ocurre en esta ocasión, de afectar a una trabajadora embarazada, debe declararse nulo a todos los efectos.

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: 1246/2021, de 9 de diciembre.

Tipo y número de recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3340/2019.

ECLI:ES:TS: 2021:4760

Fuente: CENDOJ

Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

El litigio en sede judicial encuentra su razón de ser en la presentación de una demanda, como ya he apuntado antes en procedimiento por despido, por parte de una trabajadora tras recibir un burofax de la empresa en la que comunicaba la extinción del contrato de trabajo por la no superación del período de prueba.

De los hechos probados de la sentencia de instancia interesa destacar que el contrato fue suscrito el 2 de enero de 2018, previo proceso de selección de personal a cargo de una empresa especializada, en el que la entonces candidata informó de su estado biológico de embarazo, al igual que lo hizo a la empresa posteriormente contratante. En el contrato, de duración indefinida, se pactó un período de prueba “según el convenio o art.14.1 del ET”, siendo la categoría de la trabajadora la de “titulado de grado medio”, con prestación de servicios a jornada completa. La comunicación de la extinción se produjo el 23 de abril, y cuatro días antes la trabajadora comunicaba su baja por IT de la misma fecha expedida por el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) y con una duración estimada de 29 días.

IV. Normativa aplicable al caso.

Interesa ahora señalar, para poder seguir con el hilo conductor del caso, que el art. 14.1 de la LET dispone que “Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados”.

Por su parte, el convenio colectivo de aplicación, estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública disponía en su art. 10.1 que “podrá concertarse por escrito un período de prueba que, en ningún caso podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de tres meses para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados, en cuyo caso la duración máxima será de quince días laborables”.

V. Doctrina básica.

1. La sentencia del TSJ de Galicia.

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación al amparo del art. 193, apartados b) y c) de la LRJS, que fue impugnado por la parte actora y planteando además dos revisiones fácticas y un motivo de oposición subsidiario.

La petición de modificación del hecho probado segundo, relativa a la concreción de cuál era el convenio colectivo aplicable no se acepta por la Sala ya que en el contrato solo había una referencia genérica al convenio, si bien, como sabemos tras la lectura de las sentencias, será de aplicación el anteriormente citado y al que se hacía mención en la petición de modificación.

Respecto a las modificaciones fácticas solicitadas por la parte trabajadora demandante en instancia, se acepta la incorporación de que la empresa recibió el 20 de abril el burofax por el que aquella le comunicaba su baja. Por el contrario, se rechaza la petición (presentada como prueba documental) de incorporación del texto de diversos correos dirigidos por el director general de la empresa a la trabajadora y al director comercial, por no considerarlos documentos hábiles al efecto del recurso y que permitan desvirtuar las conclusiones alcanzadas por el juzgador de instancia. Subraya la sentencia del TSJ, con sustento en el art. 97 de la LRJS (“la sentencia... apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza.”) la importancia de la valoración conjunta de todas las pruebas que corresponde a dicho juzgador y en donde habrá analizado todas las aportadas para llegar a una conclusión, sosteniendo, con corrección jurídica a mi parecer, que “Los correos electrónicos no constituyen un documento que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida, los asertos que se sostienen, ya que este tipo de prueba que es documental electrónica carece de los requisitos necesarios para acreditar, a efectos del recurso de suplicación, un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada. Debe destacarse, además, que este tipo de documentos a los que, de ordinario, se adjuntan datos, únicamente, pueden ser objeto de completa y adecuada valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado, mediante la valoración de otras pruebas, especialmente, la testifical o los interrogatorios de las partes, pues los mismos, no dejan de reflejar comunicaciones o manifestaciones que éstas, intercambian entre sí”.

A continuación, el TSJ entra en el examen del motivo del recurso basado en la infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable, que apoya la parte recurrente en un amplio arsenal normativo, ya que además de la alegación de infracción de los preceptos legal y convencional anteriormente citados, se afirma que también se ha producido la de los arts. 49.1 y 55.5 b) de la LET, que regulan las causas de extinción del contrato y la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas salvo que exista una causa de extinción que no guarde relación con el embarazo, respectivamente. Por otra parte, se alega infracción de diversos preceptos del Cc que se refieren a la interpretación de los contratos, en concreto los arts. 1281 a 1285. También se alega vulneración de la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 5 de octubre de 2011

(Rec. 3637/2010) y de la acogida en varias sentencias de TSJ, siendo claro que estas últimas, así lo recuerda la Sala gallega y lo reiterará el TS, no crean jurisprudencia, añadiéndose además por aquella que manifiesta su discrepancia con las que aceptan la tesis contraria a la que recogerá en su sentencia.

Dado que el debate se centró en la existencia o no de una actuación empresarial que podía implicar la nulidad de su decisión de extinción del contrato por afectar a una trabajadora que se encontraba embarazada, y cuyo estado biológico ya era conocido por la empresa en el momento en que se procedió a su contratación, el TSJ procede a un amplio y cuidado repaso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TS sobre la protección de que deben gozar las trabajadoras embarazadas ante una decisión empresarial como es la que en principio se plantea en el litigio, subrayándose su especial vinculación con el principio de no discriminación por razón de sexo al que se refiere el art. 14 de la CE, y la especial protección de que goza desde el momento del embarazo, sin obligación alguna de comunicar su estado biológico a la parte empleadora, ya que el embarazo “pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener – legítimamente – preservado del conocimiento ajeno”.

Más adelante, la Sala autonómica procede a un buen análisis de los dos grados de tutela de que disfruta la trabajadora por razón de su embarazo: uno de carácter objetivo, basado en su estado biológico y que opera durante toda la vida laboral, sin que importe en absoluto que el sujeto empleador tenga conocimiento del mismo; y otro, de especial protección contra una actuación discriminatoria, que obviamente también opera durante toda la vida de la relación laboral y que en caso de poder acreditarse, mediante primeramente la aportación de indicios y la posterior traslación de la carga de la prueba al empleador, puede dar lugar a la condena a una indemnización.

En la sentencia de instancia no se apreció la existencia de discriminación, y aunque la parte actora insiste en esta tesis en el motivo jurídico alegado en la impugnación del recurso de la parte empresarial, no se acepta tal tesis por la Sala, tanto porque la baja de la trabajadora por IT no implica que la extinción pueda llegar a ser discriminatoria, ya que se requeriría, tal como añadido yo por mi parte ha declarado la jurisprudencia del TJUE y acogido el TS, que pudiera asimilarse a una discapacidad, y además porque la empresa ya conocía el embarazo cuando contrató a la trabajadora.

Creo que estas tesis de la Sala, que no dejan de confirmar las de instancia, pudieran verse alteradas si se hubiera valorado con mayor detenimiento la vinculación entre la comunicación de la baja el 19 de abril y la decisión empresarial que se produce cuatro días después, que no considera como indicio de discriminación por valorar que las dos razones antes citadas lo desvirtúan. No es objeto de este comentario el análisis de la discriminación por razón de embarazo, pero sí dejo apuntado que me parece algo más que una mera casualidad el momento en que se produce la decisión empresarial, y mucho más, como veremos a continuación, que aún no se había cumplido el período máximo de duración del período de prueba, idéntico (seis meses) en la norma legal y en la convencional.

Desestimada pues la existencia de una conducta discriminatoria por la parte empleadora, el debate jurídico se centra a partir de entonces, y será sobre el que girará después la sentencia del TS, sobre si ha sido ajustada o no derecho la decisión empresarial, el desistimiento del contrato durante el período de prueba, ya que de no ser así la consecuencia anudada a su decisión sería la de su nulidad por afectar a una trabajadora embarazada (protección objetiva y automática).

Tenemos conocimiento en primer lugar de las dificultades que tuvo el juzgador de instancia para determinar cuál era el contrato que debía tomarse en consideración, al haber (¿) varias versiones, aceptando como válida, correctamente a mi parecer, la que llevaba el sello del servicio público de empleo y en el que se incluía la mención a la cláusula anteriormente enunciada sobre el período de prueba.

Partiendo ya del conocimiento de cuál es el contenido del contrato, la duda jurídica versa sobre la existencia o no de un período de prueba, ya que la parte empresarial sostiene que la redacción de la cláusula contractual significaba que se había pactado el período de seis meses. Pues bien, será rechazada esta tesis por el TSJ, y en la misma línea se pronunciará después el TS, ya que tanto en la LET como en el convenio se fija un período máximo de duración temporal del período de prueba, siendo necesario que la duración concreta se pacte y se fije en el contrato que suscriban las partes, siendo así que aquello que se establece es la posibilidad de fijar un período de prueba cuya duración máxima sí queda establecida, pero no queda la concreta de cada contrato e incluso es posible que no se establezca, entendiendo la Sala, haciendo suya la tesis del juzgador de instancia, que “la duda u oscuridad creada por la referida remisión ha sido resuelta acertadamente... en el sentido de tener por no establecido período de prueba (art. 1288 del Código Civil)”. Recordemos que dicho precepto dispone que “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

Si no ha existido período de prueba, que es la tesis del TSJ, no existe una causa que justifique la extinción del contrato indefinido, por lo que tratándose de una trabajadora embarazada solo cabe declarar la nulidad de la decisión empresarial que bajo la apariencia de un desistimiento encubre un despido. Tras recordar el amplio margen de disponibilidad jurídica de que dispone la parte empresarial para dar por extinguido el contrato durante el período de prueba, concluye que ello no es posible en el caso enjuiciado, ya que “si como sucede en este caso, el cese no se produjo en período de prueba, sí era preciso que la empresa alegara causa concreta, así como que cumpliera formalidad para el indicado cese no siendo suficiente la alegación de no superación del período de prueba”.

2. La sentencia del TS.

Contra la sentencia de instancia se interpuso RCU por la parte empresarial, aportándose como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 7 de junio de 2006 (Rec. 1133/2006)

Con prontitud centra la Sala la cuestión a dar respuesta, cuál es de determinar “si es válido el período de prueba que se ha pactado en el contrato de trabajo haciendo constar que su duración será “según convenio o artículo 14 del ET”.

Tras repasar los hechos probados en instancia y la fundamentación jurídica de la sentencia del TSJ, se procede a examinar la existencia o no de la contradicción requerida por el art. 219.1 de la LRJS para que fuera admitido a trámite el RCU y posteriormente ser resuelto. Su existencia es clara y manifiesta, tal como se deduce de la lectura de ambas resoluciones judiciales y de sus fallos, ya que, siendo el mismo debate, la sentencia recurrida niega que se haya pactado un período de prueba concreto, mientras que la de contraste sí lo afirma por entender que es el de seis meses fijado en el convenio y aunque se trate de una duración máxima.

Para una mejor comprensión de la tesis contraria a la de la sentencia recurrida, reproduzco un fragmento del fundamento de derecho segundo de la sentencia aportada de contraste:

“hay que convenir con el recurrente en que ha habido, ante todo, una voluntad inequívoca de las partes de establecer un período de prueba, ya que no solamente aparece en el contrato, sino en la oferta de la empresa (folio 51, documento 5 de la parte actora). Siendo así, no resulta adecuado a esa voluntad firmemente expresada el negar la validez de la estipulación por no haber fijado concretamente la duración, pues en este punto opera la remisión que no es genérica ni imprecisa, sino con referencia expresa al convenio colectivo aplicable, de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos. Ciertamente el convenio establece cuál puede ser la duración máxima, pero si no se ha expresado otra cosa y consta la voluntad de fijar un período de prueba con arreglo al convenio, hay que entender que la duración es la que se ha establecido en el convenio, y que si se hubiera querido fijar otra duración inferior se habría hecho

constar así. En este sentido hay que estar al art. 1284 del Código Civil según el cual, si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca sus efectos y ello obliga en este caso a interpretar que la duración del período de prueba era de seis meses, que es el que el convenio establece, aunque sea como máximo, para titulados superiores. De no entenderse así, se estaría privando de efectos a la cláusula en contra de lo previsto por el mencionado precepto sobre la interpretación de los contratos”.

Justamente esa tesis será la que defienda la parte empresarial, como ya había hecho en suplicación, al defender que se había ajustado a lo dispuesto en la cláusula convencional aplicable, y también a lo previsto en la LET, y que carecería de sentido jurídico entender que se ha operado de manera contrario a derecho “en base a una inexistente indeterminación de la cláusula”, apoyándose en jurisprudencia del TSJ y en doctrina que a su parecer avalarían plenamente la tesis de que la remisión al periodo de prueba que se efectúa en la cláusula convencional “se ha de entender referida a la duración fijada en el convenio colectivo aplicable o Estatuto de los trabajadores, como máxima para la categoría del trabajador”.

Procede la Sala, en la misma línea que efectúan las sentencias del TJUE, a un repaso de la normativa, legal y convencional, aplicable, y se acerca a continuación a dos sentencias de la Sala en las que se aborda la problemática del periodo de prueba, si bien concluye inmediatamente que no ayudan a solventar el presente caso porque solo se refieren a la obligación de que el periodo se pacte por escrito en el contrato de trabajo. Se trata de las sentencias de 12 de enero de 1981 (número de Resolución 391/1981), y de 5 de octubre de 2001 Rec. 4438/2000).

Como ya he indicado con anterioridad, la Sala confirmará las tesis del TSJ y rechazará el RCUD. En síntesis esta es su argumentación, cuya fundamentación comparto en orden a garantizar un real y efectivo conocimiento por parte de la persona trabajadora del periodo de prueba pactado en su contrato, además de una razón, si me permiten decirlo de esta forma, de índole práctica, cual es que es muy factible que quien suscribe un contrato de trabajo lea íntegramente su contenido, mientras que el conocimiento de aquello que se disponga en una norma legal o convencional, y mucho más en el segundo caso si no se trata de un convenio de empresa, le quede mucho más lejos en su conocimiento, aunque ello no reste un ápice, es obvio, al valor jurídico de obligado respeto y cumplimiento de ambos textos.

En primer lugar, que la norma legal, art. 14 LET, abre la posibilidad, que no obligación, de fijar un período de prueba si las partes así lo acuerdan y siempre que conste por escrito.

En segundo término, que además de constar por escrito debe indicarse con precisión y exactitud cuál es su duración, dentro de los límites establecidos por la normativa convencional aplicable y en su defecto por las reglas fijadas en el art. 14 de la LET.

En tercer lugar, y consecuencia directa de las dos afirmaciones anteriores, se reconoce el derecho de la persona trabajadora a que en caso de fijarse un periodo de prueba por escrito se concrete su duración, ya que no se olvide que durante el mismo ambas partes, y no hay duda de que muy especialmente la parte empresarial, podrán desistir del contrato sin que exista derecho a indemnización. Extinción, además, que se permite de forma muy amplia y sin necesidad de una causa que la justifique, salvo que se entienda, y ello es perfectamente defendible a mi parecer, que se produce porque una de las partes, habitualmente la empleadora, concluye que tras llevar a cabo durante todo o parte de ese período “las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”, se ha considerado que no han satisfecho las expectativas generadas. Obvio es recordar que la extinción no puede producirse con alegación de no haber superado el período de prueba que en realidad encubre un motivo discriminatorio, como es lo que se planteó inicialmente en el litigio ahora analizado.

VI. Parte dispositiva.

En aplicación de todo lo anteriormente expuesto al caso concreto, y en atención a la redacción del art. 14 de la LET y el art. 10 del convenio colectivo aplicable, se concluye que no ha existido la fijación en el contrato de trabajo de un concreto y preciso período de duración de la prueba, ya que en ambos preceptos solo se estipula una duración máxima de tal periodo, que efectivamente, añadido yo ahora, podría ser el concreto de duración ... siempre y cuando se hubiera indicado expresamente en la cláusula contractual. Con precisión jurídica y social razona la Sala en el fundamento de derecho quinto que “No estableciendo ni el Convenio Colectivo aplicable, ni el artículo 14 del ET, una duración concreta del periodo de prueba, se crea una grave inseguridad para la persona trabajadora ya que desconoce en qué momento, dentro de la horquilla de seis meses que fijan dichos preceptos, ha finalizado el periodo de prueba. No hay razón alguna para entender que la duración pactada sea de seis meses, ya que se ha hecho una remisión genérica a las citadas normas, pero sin establecer que la duración a la que la remisión se refería era la duración máxima”.

VII. Comentario.

En definitiva, y con ello concluyo, estamos en presencia de un despido sin causa que, al afectar a una trabajadora embarazada y cuyo estado biológico conocía la empresa en el momento de la contratación, debe declararse nulo ex art. 55.5 b) de la LET y 108.2 b) de la LRJS.

Una sentencia que sin duda debe merecer la atención de las direcciones de recursos humanos de las empresas, y de las y los profesionales del mundo jurídico laboralista, para redactar con precisión y claridad las cláusulas contractuales.

§ 11 Sobre la estabilidad contractual del profesorado de religión católica.

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 Segunda del TJUE el 13 de enero de 2002, con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Ordinario de la ciudad italiana de Nápoles, a raíz del conflicto suscitado por varios profesores de religión con contratos anuales durante muchos años. Se trata de un litigio en el que en principio entra en juego el elemento "religioso" y también el elemento "laboral", y a ambos deberá responder el TJUE. El tribunal concluye que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye a los profesores de religión católica de los centros de enseñanza pública 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 utilización abusiva.*

Palabras clave: *Religión. Contratación temporal. Abuso de derecho. Enseñanza pública. Derecho de la UE.*

Abstract: *The judgment delivered by the Second Chamber of the Court of Justice of the European Union on 13 January 2002, on the occasion of a reference for a preliminary ruling from the Ordinary Court of the Italian city of Naples, following a dispute between several teachers of religion with annual contracts of many years' duration, is the subject of comment. This is a dispute in which, in principle, the "religious" element and also the "employment" element come into play, and the CJEU will have to respond to both. The Court concludes that Clause 5 of the Framework Agreement must be interpreted as precluding national legislation which excludes teachers of the Catholic religion in public schools from the application of the rules penalising the misuse of successive fixed-term contracts, if there is no other effective measure in the domestic legal order penalising such misuse.*

Keywords: *Religion. Temporary employment. Abuse of rights. Public education. EU Law.*

I. Introducción.

El TJUE sigue dictando sentencias de interés sobre cómo debe aplicarse la cláusula 4 (no discriminación entre personal temporal y personal fijo comparable) y la cláusula 5 (medidas para evitar el uso abusivo de la contratación temporal) del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre la contratación de duración determinada, siendo reciente, y objeto de este comentario, la dictada el 13 de enero (asunto C-282/19), que mantiene las mismas tesis que en anteriores sentencias, a mi

parecer, sobre la aplicación de la normativa comunitaria y la obligación del órgano jurisdiccional nacional remitente de velar para que el posible incumplimiento de la normativa contractual de duración determinada dé paso a la adopción de medidas que permitan sancionar de manera adecuada la actuación contraria a derecho y garantizar igualmente la adecuada protección de la persona trabajadora.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución y fecha: 13 de enero de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Asunto C-282/19.

ECLI: EU:C:2022:3.

Fuente: Curia.

Ponente: A. Kumin.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

La sentencia del TJUE se dicta por la Sala Segunda con ocasión de la cuestión prejudicial planteada, al amparo del art. 267 del TFUE, por el Tribunal Ordinario de Nápoles, a raíz del conflicto suscitado por varios profesores de religión con contratos anuales durante muchos años.

Se trata, pues, conviene destacarlo de un litigio en el que en principio entra en juego el elemento “religioso” y también el elemento “laboral”, y a ambos deberá responder el TJUE, versando la petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de las dos citadas cláusulas y de los arts. 1 y 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El abogado general. Eugeni Tanchev, presentó sus conclusiones el 18 de marzo de 2021. Interesa destacar que el abogado general centra con prontitud el debate, poniendo de manifiesto que la petición del tribunal italiano “es una más dentro de una serie de asuntos relativos a la utilización de los contratos de trabajo de duración determinada en el sector público en Italia y a las disposiciones nacionales que prohíben su conversión en contratos por tiempo indefinido. Se encuadra dentro de un subconjunto de dichas resoluciones de remisión: las referidas a la contratación de profesores en escuelas públicas, y al mismo tiempo trata de aclarar la incidencia que tiene en el resultado del procedimiento el artículo 17 TFUE, apartado 1, con arreglo al cual la Unión respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. Se plantea esta cuestión porque los demandantes en el procedimiento principal son profesores de religión católica en escuelas públicas italianas”.

Es importante destacar que en las citadas conclusiones, sustancialmente idénticas al fallo de la sentencia, solo hay una diferencia, pero no precisamente de poca importancia. Así, mientras que el abogado general afirma que, en caso de declararse vulnerada la normativa comunitaria, “procederá dejar inaplicada toda norma del Derecho nacional, incluso de rango constitucional, que no pueda interpretarse de conformidad con el principio de no discriminación por razón de religión o convicciones, consagrado por el artículo 21 de la Carta, y con la tutela judicial contra tal infracción que garantiza el artículo 47, párrafo primero, de la Carta”, en el fallo de la sentencia del TJUE se omite toda mención al respecto.

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de demandas por diversos profesores y profesoras de religión que son contratados anualmente por el Ministerio de Educación, Enseñanza Superior e Investigación, para impartir docencia en centros públicos, debiendo tener para ello, como requisito previo obligatorio la declaración de idoneidad, siendo asignadas las funciones por el director general de cada centro “de acuerdo con el ordinario diocesano con competencia territorial”. Las demandas se presentan por entender que tras muchos años de contratos anuales su situación contractual debía ser recalificada como contratación de duración indefinida, o bien ser reparado el daño causado por encontrarse en tal situación temporal durante muchos años y no haberse podido acoger al procedimiento de regulación/estabilización al que sí había podido acogerse el profesorado de otras materias.

Intervino en el litigio ante el TJUE el sindicato GILDA-UNAMS, como parte firmante del convenio colectivo cuya conformidad a derecho también está en juego, quien sostuvo que el profesorado de religión católica se encontraba discriminado respecto de sus compañeros y compañeras, ya que, a diferencia de la situación de estos, no podían convertir su relación temporal en indefinida, “siendo así que disponen de la misma declaración de idoneidad para enseñar que el resto de los profesores”.

IV. Posiciones de las partes.

El órgano jurisdiccional remitente pasa revista a la normativa propia del profesorado de religión, así como también a la normativa general del personal en la función pública, interpretada por el TC transalpino en el sentido de la imposibilidad de transformar una relación laboral de duración determinada en una relación por tiempo indefinido, considerando aquel que esta tesis es contraria a la jurisprudencia sentada por el TJUE en sentencia de 25 de octubre de 2018 (asunto C-331/17).

Dado que el Tribunal de Nápoles concluyó que en un caso como el del litigio planteado no existía medida alguna en el marco normativo italiano para evitar el uso abusivo de la contratación de duración determinada para los profesores de religión católica, que además se encontraban en situación de precariedad por cuanto podían ver extinguida su relación si no disponían de la declaración de idoneidad por parte del ordinario diocesano, formuló estas cuatro cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Constituye una discriminación por razón de religión, en el sentido del artículo 21 de la [Carta] y de la Directiva [2000/78], el diferente trato de que son objeto exclusivamente los profesores de religión católica, como es el caso de los demandantes [en el litigio principal], o bien el hecho de que la declaración de idoneidad concedida a tales trabajadores pueda ser revocada constituye una justificación adecuada para que únicamente los profesores de religión católica, como los demandantes [en el litigio principal], reciban un trato diferente al de los demás docentes, de modo que no se beneficien de ninguna de las medidas impeditivas contempladas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco [...]?»

2) En el supuesto de que se considere que existe una discriminación directa, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva [2000/78], por motivos de religión (artículo 1), y de la [Carta], ¿qué instrumentos puede utilizar el tribunal remitente para eliminar las consecuencias de tal discriminación, habida cuenta de que, excepto los profesores de religión católica, todos los docentes han podido acogerse al plan extraordinario de contratación previsto en la Ley 107/2015 e incorporarse a la plantilla fija en virtud del consiguiente contrato de trabajo por tiempo indefinido y, en atención a tal circunstancia, debe estimar dicho tribunal que se ha constituido una relación laboral de carácter indefinido con la Administración demandada [en el litigio principal]?»

3) ¿Debe interpretarse la cláusula 5 del Acuerdo Marco [...] en el sentido de que esta se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece que las normas de Derecho común que regulan las relaciones laborales,

destinadas a sancionar el recurso abusivo a una sucesión de contratos de duración determinada a través de la conversión automática del contrato de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido cuando la relación laboral perdure más allá de determinada fecha, no son aplicables al sector de la enseñanza no universitaria, específicamente a los profesores de religión católica, permitiendo así la celebración de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada por un periodo de tiempo indefinido y, en particular, puede constituir una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, la necesidad de llegar a un acuerdo con el ordinario diocesano o, por el contrario, debe calificarse de discriminación prohibida de conformidad con el artículo 21 de la [Carta]?

4) En el supuesto de que se dé una respuesta afirmativa a la tercera cuestión prejudicial, ¿permiten el artículo 21 de la [Carta], la cláusula 4 del Acuerdo Marco [...] o el artículo 1 de la Directiva 2000/78 la inaplicación [de las] normas que impiden la conversión automática de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida cuando la relación laboral perdure más allá de determinada fecha?»

V. Normativa aplicable.

El TJUE pasa primeramente revista a la normativa europea y estatal aplicable. De la primera, son referenciados el considerando 14 de la Directiva 1999/70/CE, el párrafo segundo del preámbulo del acuerdo marco, los puntos 6 a 8 y 10 de sus consideraciones generales, la cláusula 1 (objeto), 2 (ámbito de aplicación), 4 (principio de no discriminación), 5 (medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal), y 8 (disposiciones para la puesta en práctica). De la Directiva 2000/78 son enunciados el considerando 24, y los arts. 1 (objeto) y 2 (concepto de principio de igualdad de trato y de discriminación directa e indirecta).

Del Derecho italiano, hay una amplia batería de normas referenciadas. El art. 3, apartados 4, 7, 8 y 9, de la Ley n.º 186 por la que se establece el régimen jurídico de los profesores de religión católica de los centros de enseñanza de todos los tipos y niveles), de 18 de julio de 2003, que dispone en el apartado 4 que “Todos los candidatos de los concursos deben estar en posesión de la declaración de idoneidad [...] expedida por el ordinario diocesano con competencia territorial y solo pueden concursar para puestos disponibles en el territorio de la diócesis”. El art. 36, apartados 1, 2 y 5, del Decreto Legislativo n.º 165 por el que se establecen normas generales sobre el régimen laboral en las administraciones públicas, de 30 de marzo de 2001, cuyo apartado 5 disponía que “En cualquier caso, la infracción por parte de las administraciones públicas de las disposiciones imperativas relativas a la selección o a la contratación de empleados públicos no podrá dar lugar a la existencia de relaciones de servicio por tiempo indefinido con dichas administraciones públicas, sin perjuicio de cualquier responsabilidad o sanción aplicables. El trabajador afectado tendrá derecho al resarcimiento del perjuicio sufrido como consecuencia de la infracción de las normas imperativas aplicables a la relación de servicio”.

El art. 5, apartados 2 y 4, bis, del Decreto Legislativo n.º 368 de transposición de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada), de 6 de septiembre de 2001. El Decreto Legislativo n.º 81 Regulación del régimen de los contratos de trabajo y revisión de la normativa sobre las funciones profesionales, de conformidad con el art. 1, apartado 7, de la Ley n.º 183, de 10 de diciembre de 2014), de 15 de junio de 2015. El art. 309 del Decreto Legislativo n.º 297 por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de enseñanza, relativas a los centros de enseñanza de todos los tipos y niveles), de 16 de abril de 1994. El art. 1, apartado 95, de la Ley n.º 107/2015 que reforma el sistema nacional de formación y delega las restantes disposiciones legislativas vigentes, de 13 de julio de 2015, dispone que, para el curso escolar 2015/2016, se autoriza al MIUR a aplicar un plan extraordinario de contratación por tiempo indefinido de personal docente para los centros escolares

públicos de todo tipo y nivel con objeto de proveer todos los puestos comunes y de apoyo al personal titular que sigan estando vacantes tras los procesos de titularización llevados a cabo para este mismo curso escolar con arreglo al art. 399 del Decreto Legislativo n.º 297/1994, a término de los cuales se suprimirán las listas de aptitud de los concursos-oposición publicadas antes de 2012. En fin, el art. 40, apartados 1 y 5, del convenio colectivo nacional del sector de la enseñanza, de 29 de noviembre de 2007, completado por el convenio colectivo nacional de trabajo, de 19 de abril de 2018 que dispone “5. Los profesores de religión católica se contratarán con arreglo al régimen previsto en el artículo 309 del Decreto Legislativo n.º 297/1994 mediante un contrato de funciones anual que se entenderá renovado cuando se mantengan los requisitos y las condiciones previstos en las disposiciones legales vigentes”.

VI. Doctrina básica.

1. Cuestiones procesales previas.

Al entrar en la resolución jurídica del litigio, el TJUE desestima primeramente la alegación formulada por el gobierno italiano sobre su incompetencia para conocer del mismo, al tratarse de una cuestión relativa a las relaciones entre la República italiana y el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica, que debe regirse por el art. 17.1 del TFUE por el Derecho interno. No aceptará esta tesis el TJUE ya que, con apoyo en su anterior sentencia de 22 de enero de 2019 (asunto C-193/17), concluirá que no se trata de un conflicto que verse sobre la organización de las relaciones entre un Estado miembro, en este caso el italiano, y las Iglesias, en este caso la católica, sino que las disposiciones normativas controvertidas “se refieren a las condiciones de trabajo de los profesores de religión en los centros públicos”.

Particular interés tiene la sentencia en la respuesta dada a la cuarta pregunta formulada, es decir cómo debe resolverse concretamente este caso si se declara que la norma legal estatal vulnera el Derecho de la Unión.

Llegados a este punto, el TJUE recuerda su consolidada doctrina, una vez constatado previamente que la Directiva 2000/78/CE se opone a la diferencia de trato, por motivo de religión, existente en el caso enjuiciado, de la imposibilidad de una norma de derecho derivado como es una Directiva, por sí sola, “(de) crear obligaciones a cargo de un particular, y, por consiguiente, no puede ser invocada como tal en su contra”, no pudiéndose pues invocar una Directiva en un litigio entre particulares, como ocurre en el caso debatido, “para excluir la aplicación de la normativa de un Estado miembro contraria a esa Directiva”; ello, sin perjuicio de la obligación de llevar a cabo una “interpretación conforme” al Derecho de la Unión por el órgano jurisdiccional nacional, con el único límite de la imposibilidad de llevar a cabo por su parte una interpretación contra legem de la disposición nacional cuestionada”.

En definitiva, el TJUE se declara competente y entrar a conocer del fondo del asunto, procediendo primeramente a un muy amplio repaso y recordatorio de su jurisprudencia sobre la Directiva 2000/78, y muy en especial sobre la protección de que goza el principio general de no discriminación, consagrado en el art. 21 de la CDFUE, así como recordando también la jurisprudencia del TEDH sobre el concepto de “religión”.

2. Cuestiones sustantivas o de fondo.

La primera conclusión del TJUE (ver apartado 63) es que estamos en presencia de un conflicto laboral y no religioso, ya que la diferencia de trato entre el profesorado de religión católica y el profesorado de otras materias, “no se basa en la religión, sino que se refiere únicamente al régimen aplicable a la relación laboral”, tanto más, subraya, cuanto la declaración de idoneidad por parte del diocesano ordinario, necesaria para

poder impartir docencia afecta también al profesorado contratado por tiempo indefinido.

En definitiva, la cuestión principal a debate es la de saber si hay o no en el ordenamiento jurídico italiano una protección adecuada contra el uso abusivo de la contratación laboral temporal de dicho profesorado de religión católica, y de ahí que la reformulación de las cuestiones prejudiciales se efectuó por el TJUE en el apartado 68, quedando en estos términos: “dicho órgano jurisdiccional pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye a los profesores de religión católica de la aplicación de las normas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y si la necesidad de una declaración de idoneidad expedida por una autoridad eclesiástica constituye una «razón objetiva» en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco. En el supuesto de que la normativa nacional no establezca ninguna medida que pueda prevenir, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, o sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si la cláusula 4 del Acuerdo Marco permite dejar inaplicadas las normas que impiden la transformación automática de un contrato de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido, cuando la relación laboral sobrepasa una determinada duración”.

Reformulada la petición de decisión prejudicial, es cuando el TJUE pasa amplia revista al ámbito de aplicación del acuerdo marco, que incluye tanto a trabajadores del sector público como del sector privado y no excluye a ningún sector particular, por lo que, citando su sentencia de 26 de noviembre de 2014, asunto C-22/13, “es aplicable también al personal contratado en el sector de la enseñanza impartida en centros públicos”.

Segunda afirmación relevante: la cláusula 4 del acuerdo marco permite comparar la situación de trabajadores temporales y fijos comparables, quedando fuera de su ámbito de aplicación la comparación entre trabajadores con contratos de duración determinada, por lo que no puede compararse cómo haya afectado la normativa sobre regulación de su situación contractual al profesorado temporal de otras materias y su diferencia con el profesorado de religión católica, afirmando con claridad el TJUE que en una situación como la descrita “el órgano jurisdiccional remitente no puede dejar inaplicadas las normas nacionales que impiden, en el caso de los profesores de religión católica de los centros de enseñanza pública, la transformación automática de un contrato de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido cuando la relación laboral se prolonga más allá de una determinada fecha sobre la base de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, puesto que esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha cláusula”.

Pasa a continuación la sentencia a examinar la cláusula 5 del acuerdo marco, donde no faltan por supuesto las referencias a la importante sentencia de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19) que motivó el cambio de jurisprudencia de nuestro TS y el acogimiento de la consideración de trabajador indefinido no fijo a quien estuviera en situación de temporalidad interina, no justificada, durante un periodo superior a tres años, se convocara o no la OEP. Dicho con las palabras del TJUE, la cláusula establece “cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados”, dejando a los Estados miembros “un margen de apreciación” para recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en aquella o bien a medidas legales equivalentes, y dado que tal cláusula no enuncia sanciones específicas en caso de que, no obstante, se compruebe la existencia de abusos, “corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco”, recordando una vez más, y desde luego el TS (C-A) lo tiene muy en cuenta en todas sus, cada vez más numerosas, sentencias, en las que deniega la adquisición de fijeza al personal funcionario interino, que tal cláusula “no impone a los Estados

miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco deja en principio a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo Marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido”.

VII. Pasajes decisivos.

Una vez sentada la regla general sobre cómo debe interpretarse dicha cláusula, el TJUE recuerda en primer lugar la obligación por parte del Estado miembro de disponer de medidas efectivas para evitar el uso abusivo de “sucesivos contratos de duración determinada”, ya que en caso de que no existan, y ese es justamente el debate que se suscita en el litigio ahora examinado, “tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del acuerdo marco”, dejando una vez al órgano jurisdiccional remitente, con recordatorio de la sentencia “española” del TJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19 que aprecie si existen medidas en el ordenamiento jurídico interno que eviten el uso abusivo de la contratación temporal.

Y como hace habitualmente el TJUE, proporcionará orientaciones al tribunal nacional, siempre partiendo, y he subrayado la importancia de ello en bastantes ocasiones, del contenido de la resolución remitida por dicho tribunal y con inclusión de los datos fácticos existentes (si bien, no conviene olvidar ciertamente las observaciones que pueden formular la Comisión y otros Estados).

Al final, el debate se centra nuevamente en si existen diferencias objetivas que puedan justificar que la utilización de contratos de duración determinada sea una forma de evitar abusos respecto a su utilización, y que tales razones objetivas, con recordatorio nuevamente de la sentencia de 24 de junio de 2021 “se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran esos contratos y en las características inherentes a estas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”.

Para dar respuesta a la petición de decisión prejudicial el TJUE deberá examinar las alegaciones del gobierno italiano tendentes a demostrar la existencia de razones objetivas, que concreta básicamente en la relación entre la República Italiana y la Santa Sede, y en la flexibilidad organizativa requerida para la enseñanza de la religión católica. Ambas serán rechazadas, la primera porque no es válido el argumento basado en la relación de confianza especial que debe existir entre el profesor de religión católica y el obispo diocesano, ya que, afirma el TJUE, “basta señalar que dicho vínculo se refiere tanto a los profesores que han celebrado un contrato por tiempo indefinido como a aquellos que disponen de un contrato de duración determinada, de modo que este argumento no puede invocarse para justificar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada”.

En cuanto al segundo, si bien puede aceptarse que el objetivo de la preservación de la cultura religiosa y del patrimonio histórico italiano puede considerarse digno de protección constitucional, “el Gobierno italiano no explica la razón por la cual la consecución de dicho objetivo justifica que el 30 % de los profesores de religión católica trabajen con contratos de duración determinada”.

No se cuestiona, obsérvese la importancia de esta afirmación, que sea necesaria una cierta flexibilidad para adecuar el número de profesores contratados al de alumnos que solicitan recibir esa enseñanza, pero no se acepta en modo alguno que se renueven anualmente contratos para desempeñar tareas propias de la actividad

normal del sector de la enseñanza, y por ello hay que analizar las circunstancias del caso concreto, ya que será contraria a la normativa comunitaria una contratación temporal sucesiva que no responde a dicha necesidad de duración determinada. Es aquí cuando el TJUE reitera su conocida jurisprudencia sobre el hecho de que no basta la remisión a una norma general, ni tampoco a las decisiones de política presupuestaria, para evitar y dejar de cumplir la cláusula 5, y en este caso concreto tampoco es "causa objetiva" la necesaria consecución de la declaración de idoneidad, ya que ha quedado probado que se confiere tanto a los contratados temporales como a aquellos que lo son por tiempo indefinido.

La suma de todos estos argumentos lleva al TJUE a concluir que incumbe al órgano jurisdiccional que conoce del asunto "interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes de Derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, de manera que se sancione debidamente este abuso y se eliminen las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión", dándole una clara pista cuando afirma en el apartado 119 que "en el presente asunto, dado que la normativa nacional de que se trata en el litigio principal contiene normas de régimen general aplicables a los contratos de trabajo que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, previendo su recalificación automática en contratos de duración indefinida cuando la relación laboral sobrepase una determinada duración, la aplicación de tales normas en el asunto principal podría constituir una medida preventiva de tal abuso, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco".

VIII. Fallo.

Por todo lo anteriormente expuesto, el TJUE concluye que la cláusula 5 del Acuerdo Marco "debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que se opone a una normativa nacional que excluye a los profesores de religión católica de los centros de enseñanza pública 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 utilización abusiva, y, por otra parte, de que la necesidad de una declaración de idoneidad expedida por una autoridad eclesiástica para permitir a estos profesores enseñar la religión católica no constituye una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, puesto que esa declaración se expide una sola vez y no antes de cada año escolar que da lugar a la celebración de un contrato de trabajo de duración determinada".

§ 12 **Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute.**

Juan Martínez Moya

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

Resumen: *No puede afectar a la cuantía de la retribución de las vacaciones una disposición normativa convencional o una práctica empresarial que tenga un efecto potencialmente disuasorio y que constituya una desventaja económica en el disfrute de las vacaciones anuales del trabajador. Esa desventaja y efecto disuasorio pueden ser resultado de la regulación y aplicación de un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas. En estos casos el concepto de hora trabajada es más amplio que el de hora efectivamente trabajada.*

Palabras clave: *Vacaciones. Retribución: Horas extraordinarias. Efecto disuasorio. Desventaja económica. Cálculo de tiempo de trabajo mensual.*

Abstract: *Une disposition conventionnelle et toute pratique ou omission d'un employeur ayant un effet potentiellement dissuasif sur la prise du congé annuel par un travailleur est incompatible avec la finalité du droit au congé annuel payé. Cet effet désavantageux et dissuasif peut résulter de l'application d'un mécanisme de compatibilisation des heures travaillées en vertu duquel la prise d'un congé est susceptible d'entraîner une réduction de la rémunération du travailleur, celle-ci étant amputée de la majoration prévue pour les heures supplémentaires effectivement accomplies, est de nature à dissuader le travailleur d'exercer son droit à congé annuel payé durant le mois au cours duquel il a accompli des heures supplémentaires.. Dans ces cas, la notion d'heures travaillées est plus large que celle d'heures effectivement travaillées.*

Keywords: *Congé anuel payé. Heures supplémentaires. Effet dissuasif. Désavantage financière. Calcul du temps de travail sur une base mensuelle.*

I. Introducción.

Si hay una jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) relevante y consolidada, tanto en cifras y como en diversidad temática, es la que se refiere al derecho a vacaciones anuales retribuidas. Un punto de apoyo singular para esta sostener afirmación lo encontramos en la especial atención y seguimiento dedicado a esta materia en la crónica del RJL (BOE). Recientemente el director de la RJL comentaba la STJUE de 9 de diciembre de 2021 sobre la (no) incidencia de la IT en la retribución vacacional^[1]. Pero de manera general esta afirmación tiene su base en la insistencia del TJUE al destacar en sus pronunciamientos la especial importancia que tiene el

derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo como principio del Derecho social de la Unión, sino también por estar expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Ahora, en la sentencia TJUE de 13 de enero de 2022, seleccionada para este comentario, la temática sigue centrada también en el aspecto retributivo de las vacaciones, si bien referida al devengo de un complemento por horas extraordinarias – por importe de 72,3 euros- que el trabajador reclama a su empresa en el litigio principal. Los tribunales alemanes, en instancia y apelación, desestimaron su pretensión. El fundamento del rechazo: la aplicación de la literalidad del sistema de cómputo de horas trabajadas previsto en el convenio colectivo para determinar el devengo del complemento por horas extraordinarias. Queda constatado que el trabajador no había superado el umbral mínimo mensual de “horas realmente trabajadas” debido a la circunstancia de que disfrutó sus vacaciones durante el mes en que realizó las horas extraordinarias pero que de no haber disfrutado las vacaciones durante ese mes podría haber superado el umbral mínimo mensual previsto en el convenio.

El Tribunal Supremo Laboral alemán trata de despejar la duda sobre si resulta o no compatible con la normativa europea que disposiciones de un convenio colectivo relativas al sistema de contabilización de las horas trabajadas puedan afectar, en el caso, a la procedencia o no del devengo de un complemento por horas extraordinarias como componente de la retribución vacacional, hasta el punto de que disuadan a los trabajadores para hacer valer el disfrute vacacional.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

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

Fecha y número de resolución: 13 de enero de 2022, núm. 62020CJ0514

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial. C-514/20

ECLI:EU:C:2022:19.

Fuente: Curia.

Ponente: Sra. I. Ziemele

Abogado General: Sr. J. Richard de la Tour.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

1. El litigio principal.

-Partes y objeto de la reclamación:

En Alemania, un trabajador, empleado a jornada completa por la empresa Koch en condición de trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, presentó una demanda ante los órganos jurisdiccionales alemanes solicitando que se condenara a dicha empresa a pagarle 72,32 euros en concepto de complemento por horas extraordinarias por superar el umbral de 184 horas trabajadas.

Justificaba esta petición alegando en su demanda que el mes agosto de 2017, que tuvo 23 días laborables, había trabajado 121,75 horas durante los primeros 13 días y posteriormente disfrutó, los 10 días restantes, unas vacaciones anuales retribuidas correspondientes a 84,7 horas de trabajo. Consideraba que debían tenerse en cuenta los días de vacaciones anuales retribuidas para determinar el número de horas trabajadas, lo que comportaría superar el volumen de horas trabajadas que excedía del mencionado umbral de 184 horas para devengar el complemento.

- *Itinerario procesal:*

+La demanda fue desestimada en instancia; y asimismo tampoco se acogió el recurso de apelación.

+ Recurso de casación

El trabajador interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania.

2. El procedimiento prejudicial.

- *Órgano remitente de la cuestión:* Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania.

- *La duda prejudicial:* La duda que tiene el Tribunal Supremo Alemán se refiere a la compatibilidad del sistema establecido en el Convenio colectivo aplicable (solo pueden computarse las horas trabajadas para determinar si el trabajador ha superado el umbral del contingente horario de la jornada laboral mensual ordinaria) por cuanto de ser así, eliminaría el derecho al complemento por horas extraordinarias en el caso, y se opondría a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual no se puede disuadir a los trabajadores de hacer valer su derecho al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas.

-*Los términos de la cuestión prejudicial:* «¿Se oponen el artículo 31, apartado 2, de la [Carta] y el artículo 7 de la Directiva [2003/88] a una disposición de un convenio colectivo con arreglo a la cual, para determinar si a un trabajador le corresponde un complemento por horas extraordinarias y, en su caso, por cuántas horas, solo se consideran las horas efectivamente trabajadas y no las horas disfrutadas por el trabajador en concepto de vacaciones anuales retribuidas?»

IV. Posición de las partes.

1. *Reclamación del trabajador:* reclama como retribución de sus vacaciones el devengo del complemento por horas extraordinarias al considerar que superó el umbral el umbral de 184 horas trabajadas. Considera que en el caso los días de vacaciones anuales retribuidas “suman” para determinar el número de horas trabajadas.

2. *Posición de la empresa:* se opone a la pretensión del trabajador.

3. *Posiciones de los Tribunales nacionales alemanes:*

-*Tribunales de primera instancia y de apelación:* desestiman la reclamación del trabajador

-*Tribunal Supremo Laboral:* plantea la cuestión prejudicial. Y lo hace tras constatar que las disposiciones el Convenio Colectivo marco sobre el trabajo para las empresas de trabajo temporal podrían incitar a los trabajadores a no disfrutar del período mínimo de vacaciones anuales retribuidas, puesto que en el caso de autos, si el trabajador hubiera trabajado durante las horas correspondientes a las vacaciones anuales retribuidas que disfrutó, habría superado en 22,45 horas el contingente horario de trabajo ordinario y habría tenido derecho a un complemento del 25 % por dichas horas. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del sistema establecido por el mencionado Convenio Colectivo, en tanto provoca en definitiva una eliminación del derecho al complemento por horas extraordinarias, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual no se puede disuadir a los trabajadores de hacer valer su derecho al período mínimo de vacaciones anuales retribuidas.

4. *Posición del Abogado General:* fue oído en el procedimiento. El asunto se juzgó sin conclusiones. [2]

V. Normativa aplicable al caso.

Derecho de la Unión

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículo 31.2.

Directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo:

-Considerandos: «(4) La mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico. (5) Todos los trabajadores deben tener períodos de descanso adecuados. [...]»

-Artículo 7 «Vacaciones anuales»: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

Derecho alemán

-Convenio colectivo marco sobre el trabajo para empresas de trabajo temporal: punto 3.1, relativo a la «Jornada laboral»:

«3.1.1. La jornada laboral individual ordinaria mensual de los trabajadores a tiempo completo es de 151,67 horas. [...] 3.1.2. La jornada laboral individual ordinaria de cada mes dependerá del número de días laborables. La jornada laboral mensual será: [...] - de 161 horas en los meses con 23 días laborables [...]»

El punto 4.1.2: «Se pagarán complementos por horas extraordinarias por las horas trabajadas que excedan de: [...] - 184 horas en los meses con 23 días laborables.

El complemento por horas extraordinarias es del 25 %. [...]»

VI. Doctrina básica.

*Es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas conforme a lo previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 31.2. y art. 7 de la Directiva 2003/88, toda práctica u omisión de un empresario y normativa convencional que tenga un efecto potencialmente disuasorio y que constituya una desventaja económica en el disfrute de las vacaciones anuales por un trabajador.

* Un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, que toma como referencia en la unidad mensual, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente en el litigio principal.

* A diferencia de la doctrina contenida en el caso *Hein*, *sentencia de 13 de diciembre de 2018*,^[3] (apartado 47), en el que el TJUE abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas y asimismo examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo; en el presente caso, la cuestión versa sobre el umbral de activación del pago de un complemento por las

horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado.

*En consecuencia, en el presente caso si la aplicación de ese mecanismo provoca efectos disuasorios y desventajas económicas en el derecho a las vacaciones del trabajador, el concepto de hora trabajada no se asimila al de hora efectivamente trabajada, sino que se pueden computar las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute.

VII. Parte dispositiva.

**Principal*: El artículo 7, apartado 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, a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un convenio colectivo en virtud de la cual, para determinar si se alcanza el umbral de horas trabajadas que da derecho a un complemento por horas extraordinarias, no se computan como horas de trabajo realizadas las horas correspondientes al período de vacaciones anuales retribuidas disfrutado por el trabajador.

**Accesorio* (costas): los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

VIII. Pasajes decisivos.

40 Por tanto, un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, como el controvertido en el litigio principal, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente en el litigio principal.

41 Pues bien, como se ha recordado en el apartado 32 de la presente sentencia, toda práctica u omisión de un empresario que tenga un efecto potencialmente disuasorio sobre el disfrute de las vacaciones anuales por un trabajador es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas.

42 Esta afirmación no queda desvirtuada por la circunstancia, señalada por el órgano jurisdiccional remitente, de que la adquisición del derecho al complemento por horas extraordinarias esté vinculada, en virtud del punto 4.1.2. del MTV, a las horas efectivamente «trabajadas». En efecto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al respecto a dicho órgano jurisdiccional, pese a que consta que el demandante en el litigio principal realizó horas extraordinarias a las que debía aplicarse un complemento del 25 %, el derecho al complemento por horas extraordinarias quedó neutralizado por la circunstancia de que la unidad de referencia para fijar el umbral del volumen horario tenido en cuenta para tal complemento se define mensualmente y de que el demandante ejerció su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que realizó las horas extraordinarias.

43 Por otra parte, en el asunto que dio lugar a la *sentencia de 13 de diciembre de 2018, Hein (C-385/17, EU:C:2018:1018)*, apartado 47, como apunta el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas previstas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y, consecuentemente, examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo.

44 Ahora bien, esta cuestión debe distinguirse de la relativa al umbral de activación del pago de un complemento por las horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado, como la controvertida en el presente asunto, de modo que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en el apartado 47 de la citada sentencia en relación con la retribución ordinaria en concepto de vacaciones anuales retribuidas no son pertinentes en el caso de autos.

45 Por consiguiente, un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas como el controvertido en el litigio principal no es compatible con el derecho a vacaciones anuales retribuidas previsto en el *artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88*.

IX. Comentario.

1.- El esfuerzo analítico del Tribunal Supremo de lo Laboral alemán: el elemento finalista del derecho a las vacaciones anuales retribuidas desplaza a la literalidad del mecanismo de devengo del complemento retributivo por horas extraordinarias previsto en la norma convencional.

La claridad del art.7 de la Dir. 2003/88, de 4 de noviembre, y su configuración como precepto no sujeto a excepciones, sin embargo, no ha dejado de generar dudas de ajuste a dichas reglas mínimas por parte de las legislaciones y prácticas nacionales. Estamos ante un precepto que suscita el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales nacionales, lo que ha permitido abrir un espacio donde muchos conflictos se deciden en sede jurisdiccional dando lugar a una jurisprudencia cuantitativa y cualitativamente relevante^[4].

El aspecto de la retribución de las vacaciones es un tema además de recurrente, muy casuístico en su descripción, principalmente porque en la normativa aplicable incide acusadamente las disposiciones convencionales.

Como se puede advertir en la sentencia objeto de este comentario los perfiles fácticos del caso aparentemente dibujan una situación muy singular o específica: trabajador que disfruta sus vacaciones durante el mes de agosto, habiendo trabajado un número de horas ese mes que de no haber empezado a disfrutar sus vacaciones dicho mes le hubieran permitido “trabajar efectivamente” un número de horas suficientes para devengar el complemento por horas extraordinarias previsto en el convenio colectivo.

Una aplicación mecánica de la disposición convencional sin tener en cuenta parámetros finalistas del derecho a las vacaciones a una solución desestimatoria, sin más. Se trataría de una interpretación gramatical y literal de los términos del convenio colectivo despojada de todo canon interpretativo de garantías del derecho que conduciría, sin mayores razonamientos, sino por el puro criterio de subsunción a entender que solo pueden computarse las horas trabajadas para determinar si el trabajador ha superado el umbral del contingente horario de la jornada laboral mensual ordinaria, puesto que - como se indica en la sentencia- los términos «horas trabajadas» remiten al concepto de horas realmente trabajadas, excluyendo los períodos de vacaciones. Así se decidió el litigio principal, en instancia y en apelación.

El enfoque de la cuestión cambia cuando el asunto llega a casación. La lucidez del Tribunal Supremo Laboral alemán está en ver más allá de esa aplicación mecánica de los parámetros del devengo de un complemento retributivo.

2. Los argumentos en contra y a favor que maneja el Tribunal Supremo Laboral alemán para plantear la cuestión prejudicial.

Para ello, el Tribunal Supremo laboral alemán confronta dos bloques argumentales:

(a) Los que abonarían la aplicación del mecanismo previsto en el Convenio Colectivo desde un punto de vista finalista; y

(b) Los que llevarían a una solución contraria y que se reflejan en la doctrina jurisprudencial del propio TJUE – cita como precedentes dos sentencias [22 de mayo de 2014, *Lock*^[5] y 13 de diciembre de 2018, *Hein*]^[6]- enderezada a evitar que una norma tenga el efecto disuasorio en el trabajador para hacer valer su derecho al periodo mínimo de vacaciones anuales retribuidas.

*Los argumentos que descartarían la duda prejudicial por comportar el ajuste al ordenamiento jurídico de las previsiones del convenio, se refieren al objetivo del complemento por horas extraordinarias. Éste compensa una carga de trabajo especial que no se produce durante el disfrute de vacaciones anuales retribuidas, de modo que el complemento tiene por objeto recompensar al trabajador cuyo trabajo rebasa sus obligaciones contractuales. De ser así – extrae una primera conclusión- “el citado complemento es un derecho que se adquiere por el trabajo, sin que puedan tomarse en consideración los períodos de vacaciones”. El Tribunal Supremo alemán no se detiene aquí: precisa que los complementos por horas extraordinarias podrían también incitar a los empresarios a no interferir en el tiempo de ocio de los trabajadores, ya que tal injerencia provoca un sobrecoste del 25 % del salario por hora contractualmente definido.

*Los argumentos que fundamentan la duda prejudicial:

(1) El *efecto disuasorio*.- Nos estamos refiriendo al potencial *efecto disuasorio* para que los trabajadores hagan valer su derecho a las vacaciones retribuidas. El órgano judicial requirente advierte que, si el trabajador hubiera trabajado durante las horas correspondientes a las vacaciones anuales retribuidas que disfrutó, habría superado en 22,45 horas el contingente horario de trabajo ordinario y habría tenido derecho a un complemento del 25 % por dichas horas.

(2) La *desventaja económica*.- La similitud del caso planteado con la *sentencia de 22 de mayo de 2014, Lock (C-539/12)*, pues en ambos casos “la desventaja económica” no afecta a la remuneración de las vacaciones retribuidas propiamente dicha, sino que se produce durante un período anterior o posterior a las vacaciones.

(3) La *excepcionalidad y la imprevisibilidad* de la realización de las horas extraordinarias.- No obstante considera que si se aplica la doctrina de contenida de en la *sentencia de 13 de diciembre de 2018, Hein (C-385/17)* sería lógico que los días de vacaciones no se computasen al determinar el volumen horario que da derecho a percibir un complemento por horas extraordinarias, puesto que con aquella doctrina cuando las obligaciones derivadas del contrato de trabajo exijan que el trabajador realice horas extraordinarias que tengan en gran medida carácter previsible y habitual y cuya retribución constituya un importante elemento de la retribución total, la retribución percibida por estas horas extraordinarias debería incluirse en la retribución adeudada durante el período de vacaciones; y, en el presente caso las horas extraordinarias parecen tener un carácter excepcional e imprevisible.

3.- *Los criterios interpretativos utilizados por el TJUE: finalista; interdicción de toda desventaja económica y disuasoria; análisis dinámico del mecanismo de cómputo.*

Según la jurisprudencia del TJUE: (a) El derecho a vacaciones anuales, reconocido en el *artículo 7 de la Directiva 2003/88*, tiene una doble finalidad, que consiste en permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y que disponga de un período de ocio y esparcimiento, por otra^[7]. (b) La expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, párrafo 1, de la Directiva 2003/88 significa que, durante las vacaciones anuales en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución. En otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria para dicho período de descanso^[8]. De este modo, deben mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales, etc. (c) Los incentivos para renunciar al tiempo de descanso o para lograr que los trabajadores renuncien a él son incompatibles con los objetivos del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que están vinculados, en

particular, a la necesidad de garantizar al trabajador el derecho a un descanso efectivo, en aras de la protección eficaz de su salud y seguridad. Así, toda práctica u omisión de un empresario que tenga un efecto potencialmente disuasorio sobre el disfrute efectivo de las vacaciones anuales por un trabajador es igualmente incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas^{9]}.

Y esto es, según razona la STJUE, lo que sucede en el caso.

El TJUE desciende al detalle de la situación cuando señala que “el demandante en el litigio principal trabajó 121,75 horas durante los primeros 13 días laborables del mes de agosto de 2017 y, posteriormente, disfrutó de vacaciones anuales durante los 10 días laborables restantes de ese mes. Pues bien, si hubiera trabajado durante estos últimos 10 días, habría realizado 84,7 horas de trabajo, además de las 121,75 horas, de modo que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, el volumen de horas trabajadas durante dicho mes habría sido de 206,45 y habría superado en 22,45 horas el umbral del número de horas trabajadas que da derecho a un complemento por horas extraordinarias”.

No obstante, el TJUE también tiene en cuenta que la “unidad de referencia para fijar el umbral del volumen horario” tomada en consideración para un complemento por horas extraordinarias se define mensualmente, por lo que, de ser así, no que no se alcanzaría el umbral mínimo para su devengo.

Y es aquí cuando el TJUE pone el foco de atención y análisis en el mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, para concluir “que un mecanismo de contabilización de las horas trabajadas, como el controvertido en el litigio principal, en virtud del cual el disfrute de unas vacaciones puede suponer una reducción de la retribución del trabajador, al eliminarse de esta el complemento previsto para las horas extraordinarias efectivamente realizadas, puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que haya realizado horas extraordinarias (...)”

4.- *Precisiones y matizaciones con relación a la sentencia de 13 de diciembre, Hein^{10]}: su doctrina no es pertinente en el presente caso*

Para apuntalar esta doctrina y matizarla con otros precedentes puntualiza varias cosas:

(a) Las circunstancias concretas en que se produjo el disfrute de vacaciones, a saber: el trabajador ejerció su derecho a vacaciones anuales retribuidas durante el mes en el que realizó las horas extraordinarias, y el complemento reclamado quedó neutralizado porque la unidad de referencia para fijar el umbral se definía mensualmente, y el trabajador inició sus vacaciones a principio de ese mes.

(b) Lo que se resolvió en el caso *Hein* no es del todo coincidente con el supuesto analizado, de ahí que, con rotundidad, el TJUE dice que su doctrina no es pertinente al presente, con lo cual despeja la duda del Tribunal Supremo Laboral alemán que veía en dicha doctrina un motivo para la no inclusión del cómputo de las horas (no) efectivamente trabajadas en el cómputo de devengo del complemento por horas extraordinarias. En la sentencia *Hein* abordó la cuestión de la necesidad de tener en cuenta las horas extraordinarias realizadas por un trabajador para calcular la retribución ordinaria debida en concepto de las vacaciones anuales retribuidas previstas en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y, consecuentemente, examinó los requisitos para el cómputo de esas horas extraordinarias a efectos de determinar la retribución ordinaria, con el fin de que el trabajador disfrute, durante dichas vacaciones, de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo. En cambio, esta cuestión debe distinguirse de la relativa al umbral de activación del pago de un complemento por las horas extraordinarias efectivamente trabajadas por el trabajador en un período mensual determinado, como la controvertida en el presente asunto.

X. Apunte final.

Tres reflexiones para cerrar el comentario.

La *primera*, con referencia al *impacto de esta doctrina del TJUE en los criterios interpretativos de los tribunales laborales nacionales*, y, en particular en nuestra jurisprudencia nacional. EL TJUE modula – por no utilizar la expresión, limita- el margen de la autonomía colectiva en esta materia. Lo hemos podido constatar en el planteamiento de la cuestión por el Tribunal Supremo laboral alemán, cuando aludía a resultados interpretativos favorables, de no injerencia empresarial, y otros disuasorios, en la compatibilidad con la normativa UE y doctrina del TJUE de la disposición convencional aplicable. En este sentido, a los criterios de reiteración y previsibilidad, y cálculos promediados para la inclusión de horas extraordinarias en la retribución de vacaciones (entre otras, SSTs – Social- núm.. 379/2018 de 9 abril^[11], núm. 741/2020 de 8 septiembre^[12] y núm. 170/2020 de 25 febrero^[13]) cabrá introducir otros parámetros de valoración como el de la unidad de referencia de cálculo (en el caso, mensual), si de dan en la norma y con las circunstancias que se definan. Deberán estar presentes en el razonamiento de los tribunales nacionales nuevos mecanismo de alerta interpretativa o de cánones reforzados en la argumentación a saber: el criterio de la desventaja económica en el ejercicio del derecho a las vacaciones anuales retributivas junto con el de interdicción de toda disposición que aun cuando se formule de manera neutra conlleve un efecto potencialmente disuasorio para el ejercicio de dicho derecho.

La *segunda*, la atenta lectura de esta sentencia, aparentemente poco novedosa jurídicamente, sin embargo sugiere alguna observación *sobre aspectos metodológicos y referidos al alcance de la interpretación de la norma por los Tribunales*. El criterio finalista o de resultado de una norma, en el juicio de compatibilidad con la normativa de la UE, ensancha su campo de acción desde un punto de vista metodológico. Se da entrada a una metodología interpretativa por parte de los Tribunales más amplia, menos sujeta a patrones clásicos que, en el caso examinado, probablemente no se habría producido si no hubiera sido por el análisis tan preciso realizado por el Tribunal Supremo Laboral alemán. Podía no haberse planteado esa cuestión prejudicial y haber resuelto – es una hipótesis - aplicando la norma convencional por tratarse de un criterio aparentemente neutro como es el del mecanismo de la unidad de referencia mensual como umbral de activación del pago del complemento por horas extraordinarias. Pero el esfuerzo argumentativo y analítico en el planteamiento de la cuestión prejudicial – y de manera más culminada en la sentencia dictada-, en realidad, pone de manifiesto el valor del resultado y finalidad a la que responde el derecho a que un mecanismo de contabilización de horas trabajadas no puede disuadir ni perjudicar la retribución en vacaciones del trabajador.

La *tercera* reflexión tiene que ver con la cada vez mayor presencia y afirmación del valor normativo de la *Carta de Derechos Fundamentales* como texto en el ordenamiento jurídico de la UE codificador de derechos fundamentales. Ello a veces plantea no pocos problemas en los criterios sobre el control judicial de la ley (compatibilidad, conformidad, proporcionalidad, y también análisis de prioridades si el derecho fundamental no está recogido en el texto constitucional nacional) en los Estados miembros de la UE, y en particular en la interpretación del juez nacional. En el caso, la Carta se aplica como fuente inspiradora u orientadora de la Directiva, “interpretación de la Directiva a la luz del art. 31.2 de la Carta” (27); expresión que cobra todo su sentido en la doctrina del TJUE puesto que actúa de palanca para activar una metodología interpretativa para los jueces que ha conducido, en el presente litigio, a un resultado interpretativo armónico con la conformación del régimen jurídico del derecho a las vacaciones no solo como principio del Derecho social de la Unión, sino también como derecho fundamental por estar expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Referencias:

1. ^ SEMPERE NAVARRO, A.V, “La IT previa no debe afectar a la retribución vacacional”, STJUE de 9 de diciembre de 2021, EU:C:2021:987, RJL 1/2022 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/
2. ^ Cuando se estime que el asunto no suscita ninguna cuestión jurídica nueva, el Tribunal de Justicia puede decidir, tras oír al Abogado General, que se juzgue sin conclusiones.
3. ^ C-385/17, EU:C:2018:1018
4. ^ MARTÍNEZ MOYA, Juan. Las Vacaciones, Capítulo 34, en la obra colectiva *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de justicia*. 2ª edición revisada y puesta al día, 22 de marzo 2019. Francis Lefebvre. Dir. Casas Baamonde, M.E y Gil Albuquerque, R. Coordinadores: García-Perrote Escartín, Ig.; Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. V.
5. ^ C-539/12, EU:C:2014:351
6. ^ C-385/17, EU:C:2018:1018
7. ^ Sentencia de 25 de junio de 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca SpA, C-762/18 y C-37/19, EU:C:2020:504, apartado 57 y jurisprudencia citada
8. ^ TJUE 20-1-09, Schultz-Hoff y otros C-350-06 y C-520/06, apartado 58, cit..
9. ^ Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Kreuziger, C-619/16, EU:C:2018:872, apartado 49 y jurisprudencia citada
10. ^ C-385/17, EU:C:2018:1018
11. ^ ECLI:ES:TS:2018:1587
12. ^ ECLI:ES:TS:2020:2981
13. ^ ECLI:ES:TS:2020:911

§ 13 Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación.

Carlos Hugo Preciado Domènech

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

Resumen: *Despido discriminatorio. El concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales de su puesto, sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.*

Palabras clave: *Despido. Discapacidad y ajustes razonables.*

Abstract: *The concept of "reasonable accommodation for persons with disabilities" implies that a worker who, due to his disability, has been declared unfit to perform the essential functions of his position, is assigned to another position for which he has the skills and availability required, provided that this measure does not place an excessive burden on the employer.*

Keywords: *Dismissal. Disability an reasonable accommodation.*

I. Introducción.

El caso trata sobre un trabajador, que realiza un período de prácticas de formación tras su contratación por el empresario como operario de mantenimiento en vías férreas. Es diagnosticado de una patología cardíaca con implantación de un marcapasos, incompatible con las exposiciones a campos electromagnéticos, como a las que se halla expuesto en su puesto de trabajo. Por dicha razón, es declarado no apto para realizar las tareas para las que fue contratado. La cuestión objeto de controversia es si tiene o no derecho a ser recolocado en otro puesto de trabajo compatible con su situación, siempre que ello no constituya una carga excesiva para el empleador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Sala Tercera TJUE

Número de resolución judicial y fecha: C-485/20, 10 de febrero de 2022

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial

ECLI:EU:C:2022:85

Fuente: InfoCuria Jurisprudencia.

Ponente: M. Safjan

Votos Particulares: carece de ellos.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

El recurrente en el litigio principal fue contratado como trabajador de mantenimiento especializado en vías férreas por HR Rail, empleador exclusivo del personal de Chemins de fer belges. El 21 de noviembre de 2016, comenzó un período de prácticas en Infrabel, organismo jurídico que actúa como «administrador de infraestructuras» para Chemins de fer belges. En diciembre de 2017, se diagnosticó al recurrente en el litigio principal una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos, en particular, por las vías férreas. Dado que este dispositivo médico es incompatible con las exposiciones repetidas a campos electromagnéticos que sufre un trabajador de mantenimiento en las vías férreas, el recurrente en el litigio principal ya no estaba en condiciones de realizar las tareas para las que había sido contratado inicialmente.

El 12 de junio de 2018, el Service public fédéral «Sécurité sociale» (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) reconoció su discapacidad.

Mediante decisión de 28 de junio de 2018, el centre régional de la médecine de l'administration (Centro Regional de Medicina de la Administración, Bélgica), encargado de evaluar la aptitud médica de los agentes estatutarios de Chemins de fer belges, declaró que el recurrente en el litigio principal no era apto para ejercer las funciones para las que había sido contratado (en lo sucesivo, «decisión controvertida»). No obstante, el Centro Regional de Medicina de la Administración precisó que podía ser empleado en un puesto que cumpliera las exigencias siguientes: «actividad moderada, ausencia de exposición a campos electromagnéticos, prohibición de trabajos en altitud y ausencia de exposición a vibraciones».

Se destinó entonces al recurrente en el litigio principal a un puesto de operario de almacén en la misma empresa.

El 1 de julio de 2018, interpuso recurso contra la decisión controvertida ante la commission d'appel de la médecine de l'administration (Comisión de Apelación de Medicina de la Administración, Bélgica).

El 19 de julio de 2018, HR Rail informó al recurrente en el litigio principal de su derecho a un «acompañamiento personalizado para la búsqueda de un nuevo empleo» y de que se le convocaría próximamente para realizar una entrevista a tal fin.

El 3 de septiembre de 2018, la Comisión de Apelación de Medicina de la Administración confirmó la decisión controvertida.

El 26 de septiembre de 2018, el consejero jefe — jefe de servicio comunicó al recurrente su despido con efectos a partir del 30 de septiembre de 2018, que llevaba aparejada una prohibición de contratación por un período de cinco años para el mismo grado para el que había sido contratado.

El 26 de octubre de 2018, el director general de HR Rail comunicó al recurrente en el litigio principal que, en virtud del Estatuto y del Reglamento aplicables al personal de Chemins de fer belges, se ponía fin a su período de prácticas debido a su imposibilidad total y definitiva para realizar las funciones para las que había sido contratado. En efecto, a diferencia de los agentes nombrados con carácter definitivo, los trabajadores en prácticas a los que se les reconoce una discapacidad y que, por tanto, ya no son capaces de desempeñar su función no tienen derecho a un cambio de puesto en la empresa. El director general le informó asimismo de que el escrito que ofrecía un «acompañamiento personalizado» había quedado sin objeto.

IV. Posición de las partes.

El órgano jurisdiccional remitente señala que el estado de salud del recurrente en el litigio principal permite considerarlo «persona con discapacidad» en el sentido de la legislación que transpone al Derecho belga la Directiva 2000/78. Sin embargo, constata que la cuestión de si por «ajuste razonable», en el sentido del artículo 5 de dicha Directiva, debe considerarse también la posibilidad de asignar otra función a la persona que, debido a su discapacidad, ya no puede ejercer la función que ocupaba antes de que esta se produjera no se aprecia de manera uniforme en la jurisprudencia nacional.

En esas circunstancias, el Conseil d'État (Consejo de Estado) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva 2000/78 en el sentido de que un empresario está obligado, respecto de una persona que, debido a su discapacidad, ya no es capaz de desempeñar las funciones esenciales del puesto de trabajo al que estaba adscrita, a destinarla a otro puesto para el que dispone de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, cuando tal medida no suponga una carga excesiva para el empresario?»

V. Normativa aplicable al caso.

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

- Directiva 2000/78 , titulado «Ajustes razonables para las personas con discapacidad»:

«A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades

- La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (Ley de 10 de mayo de 2007 relativa a la Lucha contra Determinadas Formas de Discriminación), que transpone al Derecho belga la Directiva 2000/78, prohíbe las discriminaciones directas e indirectas basadas en alguno de los criterios protegidos, enunciados en su artículo 4, punto 4, en particular, el estado de salud presente y futuro, así como la discapacidad.

VI. Doctrina básica.

La Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la Convención de la ONU (sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada). Pues bien, según el artículo 2, párrafo tercero, de la Convención de la ONU, la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Del artículo 5 de la Directiva 2000/78 resulta que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se deben realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les

ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Por lo que se refiere específicamente al considerando 20 de dicha Directiva, que menciona, entre las medidas adecuadas, «medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre», el Tribunal de Justicia ya ha declarado que este realiza una enumeración no exhaustiva de las medidas adecuadas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo, dado que el artículo 5 de la misma Directiva en relación con el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable» (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartados 49 y 53).

VII. Parte dispositiva.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: 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, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad» a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a 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 el empresario.

VIII. Pasajes decisivos.

El concepto de trabajador, a efectos de la directiva 2000/78 incluye a los trabajadores en prácticas (F.31) "(...)el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el concepto de «trabajador», en el sentido del artículo 45 TFUE, que es el mismo que el contemplado en la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, apartado 19), comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o periodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales periodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de este (sentencia de 9 de julio de 2015, Balkaya, C-229/14, EU:C:2015:455, apartado 50 y jurisprudencia citada)."

El concepto de discapacidad: (f.34-36) F. 34" (...) el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38, y de 11 de septiembre de 2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18, EU:C:2019:703, apartado 41).

35 En el presente asunto, el recurrente en el litigio principal padece, en efecto, un problema de salud que requirió la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos, en particular, por las vías férreas, lo que no le permite desempeñar las funciones esenciales del puesto al que estaba adscrito.

36 Por tanto, una situación como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78."

El deber empresarial de adoptar ajustes razonables y su alcance: (f.39-40)"

39 Del artículo 5 de la Directiva 2000/78 resulta que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se deben realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

40 Por lo que se refiere específicamente al considerando 20 de dicha Directiva, que menciona, entre las medidas adecuadas, «medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre», el Tribunal de Justicia ya ha declarado que este realiza una enumeración no exhaustiva de las medidas adecuadas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo, dado que el artículo 5 de la misma Directiva en relación con el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable» (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartados 49 y 53).

La recolocación como forma de ajuste razonable:

"43 Por consiguiente, procede considerar, como hace el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como «ajuste razonable» a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78."

La excepción de carga desproporcionada frente al deber de ajuste razonable:

"45. Dicho esto, procede señalar que 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."

IX. Comentario.

La sentencia que comentamos constituye un importante hito en la doctrina del TJUE, donde se concreta el alcance del deber de ajuste razonable del empresario respecto de las personas con discapacidad. El caso tiene un doble valor hermenéutico:

En primer lugar, incluir a los trabajadores en prácticas en el colectivo a quien protege y tutela la prohibición de discriminación por razón de discapacidad de la Directiva 2000/78. Algo que ya había hecho el TJUE en STJUE 9 de julio de 2015, Balkaya, C-229/14. Ello supone que no puede despedirse a una persona con discapacidad por no superar el período de prueba debido a sus limitaciones funcionales, siempre que sea posible una adaptación razonable, incluida la recolocación en otro puesto de trabajo.

En segundo lugar, se define con amplitud el deber empresarial de adoptar ajustes razonables de las condiciones laborales de las personas con discapacidad. En el ámbito de dicho deber se incluye la recolocación o cambio de puesto de trabajo.

Partiendo de ello, la no superación por un trabajador con discapacidad del período de prueba por razón de las limitaciones funcionales que sufre, puede conllevar un despido nulo, si el empresario no acredita que ha adoptado las adaptaciones razonables y tras ellas, no se ha superado el período de prueba o bien, que dichas adaptaciones suponían una carga excesiva para el empleador. (vid.art.14 ET, art.17 ET, art. 55.5 ET, en relación con el art. 23.2 d) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de

29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

Esta problemática ya ha tenido su reflejo en la doctrina de los tribunales españoles, en supuestos de extinción del contrato de trabajo, como la ineptitud del trabajador o la falta de adaptación del trabajador a modificaciones tecnológicas, cuando dicha ineptitud y dicha falta de adaptación derivan de la discapacidad. Así, por ejemplo, la STSJ Galicia nº 1601/2020 13 mayo 2020 que declara el cese de una trabajadora nulo por discriminación, al tratarse de una trabajadora «discapacitada» y constatarse el incumplimiento de la empresa de su obligación de ofrecer un ajuste laboral razonable, tanto respecto de un puesto de trabajo alternativo como de la retribución correspondiente, existiendo distintas posibilidades para ello dentro de las diversas áreas del supermercado. En el mismo sentido la STSJ Galicia nº 1433/2020 de 14 de mayo.

Es importante el deber de recolocación como parte integrante del deber de ajustes razonables por parte del empresario. En efecto, acreditada la discapacidad, su conocimiento por el empresario y la extinción del vínculo por ineptitud o falta de adaptación, corresponderá a la empresa acreditar que adoptó las adaptaciones razonables. Dicho concepto jurídico indeterminado resulta concretable caso a caso, a través de los parámetros que nos brinda el TJUE:

- *los costes financieros que impliquen los ajustes razonables,*
- *el tamaño de la empresa*
- *los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa*
- *la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.*

X. Apunte final.

Se trata, como ya hemos apuntado, de una sentencia de innegable interés, que revela una creciente sensibilización de la justicia en la lucha contra la discriminación de las personas con diversidades funcionales.

Afortunadamente el TJUE no es la excepción, y así, recientemente, podemos citar sentencias del TC, como las STC 191 y 192/2021, de 17 de diciembre en que se estiman recursos de amparo promovidos frente a sentencias de la Sala de lo social del Tribunal Supremo que desestimaron su demanda de reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común. En estos casos se aprecia la Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de discapacidad: STC 172/2021 (diferencia de trato no prevista normativa y carente de justificación objetiva y razonable derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a la situación de jubilación anticipada a causa de la situación de discapacidad).

También recientemente, el TEDH ha dictado la STEDH 25/01/2022. Caso Negovanovic y otros c. Serbia, en la que se reconoce la discriminación por discapacidad en un supuesto de denegación a ajedrecistas ciegos de premios económicos otorgados a ajedrecistas videntes como reconocimiento deportivo nacional por ganar galardones internacionales similares. Se concreta en este punto que el margen de apreciación de los Estados, en este punto es considerablemente reducido al establecer trato legal diferente para personas con discapacidad. Se concluye que el “Prestigio” de un juego o un deporte no debe depender simplemente de si lo practican personas con o sin discapacidad.

§ 14 La TGSS no puede revisar de oficio un alta aduciendo la inexistencia de la relación laboral.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) considera que en el caso ha habido simulación de la relación laboral de empleo doméstico, trabada con nacional pakistání. La sentencia comentada resuelve que la Tesorería no puede anular un alta previamente aceptada. De ese acto de encuadramiento derivan diversos derechos para la persona afectada y solo es posible dejarlo sin efecto presentando una demanda ante el Juzgado de lo Social. No cabe equiparar la eventual simulación de la relación laboral a la existencia de “omisiones o inexactitudes”.

Palabras clave: Autotutela de Entidades Gestoras. Revocación de actos declarativos de derechos. Artículo 146 LRJS. Alta indebida en Seguridad Social. Simulación de la relación laboral. Empleo doméstico.

Abstract: The TGSS considers that in the case there has been simulation of the labor relationship of domestic employment, established with a Pakistani national. The commented judgment considers that the TGSS cannot cancel a previously accepted registration. From this act of framing derive various rights for the affected person and it is only possible to leave it without effect by filing a lawsuit before the Social Court. The eventual simulation of the employment relationship cannot be equated with the existence of “omissions or inaccuracies”.

Keywords: Self-management of Managing Entities. Revocation of declaratory acts of rights. Article 146 LRJS. Undue registration in Social Security. Simulation of the employment relationship. Domestic employment.

I. Introducción.

Nuevamente se discute ante el orden contencioso en qué supuestos la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) puede revocar de oficio actos administrativos firmes declarativos de derechos, en perjuicio del beneficiario sin necesidad de instar ante el Juzgado de lo Social competente la oportuna demanda de revisión^[1].

El estudio de esta STS-CONT aborda una cuestión interesante y polémica puesto que están en aparente contradicción diversos bloques normativos:

- Las normas sobre empleo doméstico obligan a quien sea empleador a dar de alta en Seguridad Social a la persona que le preste tal tipo de servicios remunerados.

- Las prescripciones sobre procedimiento administrativo permiten a la Administración rectificar los actos que se hayan dictado mediando errores u omisiones.
- Las previsiones de la norma procesal del orden social (LRJS) indican que las Entidades u organismos que gestionan la Seguridad Social deben presentar demanda ante el Juzgado de lo Social cuando deseen revocar actos propios que comporten declaración de derechos.
- Así como la competencia sobre actos de encuadramiento corresponde al orden contencioso, la tutela judicial en orden a esa eventual anulación de actos previos se atribuye a la jurisdicción social.

En concreto, el problema abordado consiste en determinar los supuestos en que las omisiones e inexactitudes constatadas en las declaraciones de los empleadores o trabajadores permiten la revisión de oficio por parte de la TGSS, en particular cuando la Administración considera que es inexistente la relación laboral que actúa como presupuesto para el alta presentada tiempo atrás. Se trata de responder a la pregunta de si cabe esa actuación administrativa de orden revisor cuando se considere que ha mediado una simulación del propio contrato de trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de sentencia y fecha: sentencia núm. 226/2022, de 22 de febrero.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 2359/2020.

ECLI:ES:TS:2022:771

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

1. Hechos y antecedentes relevantes.

La cuestión suscitada surge a raíz de unos hechos sencillos, que pueden sintetizarse del siguiente modo.

(Enero de 2015) Una persona física da de alta en Seguridad Social a ciudadano pakistaní, afirmando que le presta servicios domésticos remunerados.

(Diciembre de 2016 y abril de 2017) La TGSS dicta sendas resoluciones (gestión ordinaria, desestimación del recurso de alzada) anulando el alta como trabajador en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS).

2. Tribunal Superior de Justicia.

Mediante sentencia de 4 de febrero de 2020 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima el recurso del trabajador; declara que la Resolución recurrida es contraria a Derecho, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

La razón de ese fallo no es otra que haberse omitido el procedimiento de demanda ante la Jurisdicción Social, que resulta preceptivo para la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos o favorables para los interesados. Los pilares de esa

conclusión son tres: 1º) La doctrina jurisprudencial. 2º) El artículo 55.2 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (RGAAB). 3º) El artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Argumenta que en la expresión legal "*omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios*" no cabe considerar incluido el supuesto de "simulación" de la propia relación laboral. Lo que ha hecho la TGSS es reconsiderar una decisión previa que produce efectos favorables para el interesado y ello solo es posible siguiendo el cauce del art. 146 LRJS. La Tesorería debió interesar la revisión de oficio ante la jurisdicción social, porque es la que detenta la competencia genuina para determinar si existía o no relación laboral, no pudiéndose acudir a la revisión de oficio porque no concurría la excepción prevista en el artículo 146.2.a) LRJS, al no tratarse aquí de un caso de omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario.

IV. Posición de las partes.

1. La TGSS (recurrente).

Al igual que sostuvo en la instancia (y en la previa fase administrativa), la TGSS despliega un amplio argumentario para defender la validez de su actuación: 1º) Que el art. 56.4 LGSS le concede esa facultad. 2º) Que los documentos instando el alta contienen omisiones e inexactitudes puesto que afirman la existencia de un contrato de trabajo imaginario. 3º) Que concurre la excepción contemplada en el art. 146.2.a) LRJS para permitir la corrección de la anomalía por parte de la propia TGSS. 4º) Que su conducta viene también avalada por el art. 55.2 RGAAB.

La Tesorería conoce la preexistente jurisprudencia, muy restrictiva con sus posibilidades de autotutela. Sin embargo, considera que deben delimitarse los supuestos en que las omisiones e inexactitudes permiten la revisión de oficio. Particularmente considera que la simulación de relaciones laborales puede subsumirse en el concepto de omisión e inexactitud.

2. El trabajador.

El trabajador recurrido, tras exponer sus razones en contra de los argumentos aducidos por la parte recurrente, y citando la jurisprudencia que considera de aplicación, termina solicitando que se dicte sentencia en la que se acuerde la desestimación del recurso de casación.

V. Normativa aplicable al caso.

1. Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

El artículo 16 de la LGSS ("*Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos*") dispone en su apartado 4 que "*Tanto la afiliación como los trámites determinados por las altas, bajas y variaciones a que se refiere el artículo anterior podrán ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social cuando, a raíz de los datos de que dispongan, de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de dichas obligaciones*".

El artículo 17.1 ("*Obligaciones de la Administración de la Seguridad Social y derecho a la información*") prescribe que los organismos de la Administración de la Seguridad Social competentes en la materia mantendrán al día los datos relativos a las personas afiliadas, así como los de las personas y entidades a las que corresponde el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta sección.

2. Reglamento de encuadramiento (RAAB).

El artículo 54 del RAAB ("*Facultades de control*") dispone en su apartado 2 que la TGSS podrá comprobar en todo momento la exactitud de los datos obrantes en sus sistemas de documentación respecto de las materias a que se refiere este Reglamento, añadiendo lo siguiente.

Además de los datos y documentos que acrediten la concurrencia de las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la inscripción, formalización de la protección de las contingencias profesionales, afiliación, altas, bajas y variaciones en los términos regulados en los títulos precedentes, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá, en todo momento, requerir aquellos otros datos o documentos o realizar las comprobaciones que, con carácter general o particular, considere necesarios para acreditar el posterior mantenimiento de los requisitos y circunstancias determinantes de la eficacia de dichos actos.

1.º Cuando para el desempeño de las funciones de control resulten necesarias o convenientes visitas a los centros de trabajo o al domicilio de los empresarios o de los trabajadores autónomos u otras actuaciones, la Tesorería General de la Seguridad Social instará su realización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que deberá dar cuenta de sus resultados a dicha Tesorería General a los efectos que procedan.

2.º Antes de hacer uso de las facultades a que se refieren los apartados anteriores, la Tesorería General de la Seguridad Social deberá utilizar los datos obrantes en sus sistemas de documentación, de forma que la petición de nuevos datos, documentos o informes sobre los interesados sean únicamente los necesarios a los fines de comprobación pretendidos.

El artículo 55 del RAAB ("*Artículo 55. Facultades de revisión: límites. Rectificación de errores*") es norma muy estrechamente conectada con el problema examinado. Recordemos su tenor:

1. Cuando la inscripción, protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tarificación, cobertura de la prestación por incapacidad temporal, afiliación, altas, bajas y variaciones obrantes en los sistemas de documentación de la Tesorería General de la Seguridad Social no sean conformes con lo establecido en las leyes, en este Reglamento y demás disposiciones complementarias, si así resultare del ejercicio de sus facultades de control o por cualquier otra circunstancia, dicha Tesorería General podrá adoptar las medidas y realizar los actos necesarios para su adecuación a las normas establecidas, incluida la revisión de oficio de sus propios actos en la forma y con el alcance previstos en este artículo y los siguientes.

2. Las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para revisar, de oficio o a instancia de parte, sus propios actos de inscripción, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, tarificación, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos no podrán afectar a los actos declarativos de derechos, en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, salvo que se trate de revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario.

3. La Tesorería General de la Seguridad Social podrá rectificar, en cualquier momento, los errores materiales o de hecho y los aritméticos de los actos regulados en este Reglamento.

El artículo 59 de esta norma disciplina los efectos de las afiliaciones indebidas, incluyendo el derecho a la devolución de las cotizaciones (de los cuatro años anteriores) "salvo que hubieran sido ingresadas maliciosamente".

3. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

El artículo 3º de la LRJS especifica las "*Materias excluidas*" del conocimiento por parte de los órganos de tal orden y en su apartado f) menciona "*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 [...]*".

El artículo 146 LRJS ("*Revisión de los actos declarativos de derechos*") es la norma clave en nuestro caso, por lo que resulta menester examinar con detalle el contenido pertinente:

1. Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

a) La rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo.

El precepto positiva una vieja doctrina sobre la posibilidad de que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (o entes asimilados) activen un proceso judicial para revisar un acto propio, anterior y declarativo de derechos. De esa posibilidad (sometida a un plazo prescriptivo de cuatro años) deriva el principio que impera: la imposibilidad de que el ente gestor revise por sí mismo lo que ha reconocido con anterioridad ("*auto tutela*"). Queda así proscrita la revisión de actos declarativos que se lleva a cabo "*en perjuicio de sus beneficiarios*" y silenciada (por tanto, permitida de manera implícita) la revisión que sea favorable para el titular de los derechos. La regla recién expuesta es la que consagra el artículo 146.1 LRJS. Presuponiéndola, el número 2 del mismo artículo establece las excepciones: 1º) Rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos. 2º) Constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. 3º) Actos en materia de protección por desempleo, y por cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año.

4. Ley de Procedimiento administrativo.

La (derogada) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dedicó su Disposición Adicional Sexta a advertir lo siguiente:

1. La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo, en los términos previstos en el artículo 2. del texto articulado de la Ley de Procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, así como su revisión de oficio, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley.

2. Los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social se regirán por lo dispuesto en su normativa específica.

En el mismo sentido, la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas prescribe que "*se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley [...] las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo*".

VI. Doctrina básica.

En buena medida, cuanto ahora sostiene la Sala Tercera viene a concordar con doctrina previamente acuñada en las SSTS 2213/2016, de 11 de octubre (rec. 673/2015); 74/2019, de 29 de enero (rec. 2972/2016); 1133/2021, de 15 de septiembre (rec. 4068/2019); 1172/2021, de 27 de septiembre (rec. 3043/2020) y 52/2022, de 24 de enero (rec. 3236/2020), entre otras. Conforme a ellas, en casos como el presente (anulación del alta de un trabajador por no existir un verdadero contrato de trabajo) la TGSS debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 146 LRJS. No cabe la revisión de oficio de tales actos de encuadramiento.

1. El elemento subjetivo y la facultad de autotutela.

En este caso el "beneficiario" del alta sería el empleado de hogar; y sucede que no es éste quien suscribe el formulario de alta en la Seguridad Social ya que es el empleador quien está obligado a ello. Por tanto, no puede sostenerse que la revisión de oficio, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Social, se justifica por las inexactitudes u omisiones contenidas en la declaración del beneficiario.

2. La especialidad de las normas de Seguridad Social.

La revisión de oficio de los actos de gestión de la Seguridad Social no se rige por el artículo 103 de la Ley 30/1992, de acuerdo con lo previsto por la disposición adicional sexta de la misma, sino por su legislación específica^[2]. Y lo mismo cabe predicar respecto de la posterior Ley 39/2015.

Adicionalmente, el expuesto artículo 16.4 LGSS no autoriza a inaplicar el régimen jurídico de revisión de los actos administrativos declarativos de derechos emanados de las Entidades gestoras de la Seguridad Social previsto en la LRJS, por lo que en su caso corresponderá al legislador completar las excepciones establecidas en el apartado 2 de la citada Ley 36/2011 para coherencia la normativa reguladora de la Seguridad Social con el principio de seguridad jurídica.

3. La revisión genérica de los propios actos tampoco es libre.

Los preceptos expuestos muestran que la revisión de actos declarativos de derechos de la Seguridad Social no puede llevarse a cabo por vía administrativa, sino que habrá de ser instada en vía jurisdiccional presentando la oportuna demanda (frente al beneficiario del acto) ante el Juzgado de lo Social competente.

Ello no es algo radicalmente diferente de lo que, como regla general para la revisión de los actos administrativos anulables, establece el art. 103 LRJ-PAC, donde se exige que sea la Administración quien –previa declaración de lesividad del acto– interponga demanda contra el particular.

Nuestro Derecho se funda, así, en la idea de que la Administración no puede por su sola autoridad dejar sin efecto sus actos declarativos de derechos: precisamente porque se trata de privar a un particular de derechos que previamente le ha reconocido la Administración, se impone a ésta la carga de acudir ante el correspondiente órgano jurisdiccional y demostrar la ilegalidad del acto.

4. Los límites de la autotutela son aplicables a la TGSS.

Basta examinar el tenor del artículo 146 LRJS, que habla de "*Entidades, órganos u Organismos gestores*" para descartar que su contenido sea ajeno a la TGSS, pese a que este organismo no posea la condición formal de Entidad Gestora^[3].

5. Supuestos en que cabe la autotutela.

La regla general que impide la autotutela posee excepciones: 1ª) Que se trate de una mera rectificación de errores de hecho, materiales y aritméticos. 2ª) Que la revisión venga ocasionada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

Esta última excepción tiene pleno sentido en aquellos procedimientos en que, tal como ocurre con la inclusión de un trabajador en un determinado régimen de la Seguridad Social, el acto se apoya en gran medida –cuando no totalmente- en datos declarados por los particulares. Si es el propio beneficiario del acto declarativo de derechos quien, con sus omisiones o inexactitudes, ha ocasionado que dicho acto esté legalmente viciado, deja de darse la *ratio* por la que la Administración debe acudir a la jurisdicción para remediar tal ilegalidad.

La autotutela cabe cuando, tal como ocurre con la inclusión de un trabajador en un determinado régimen de la Seguridad Social, el acto se apoya en gran medida -si no totalmente- en datos declarados por los particulares: si es el propio beneficiario del acto declarativo de derechos quien, con sus omisiones o inexactitudes, ha ocasionado que dicho acto esté legalmente viciado, deja de darse la *ratio* por la que la Administración debe acudir a la jurisdicción para remediar tal ilegalidad.

6. Trascendencia de los actos de encuadramiento.

Se descarta que las rectificaciones de las altas y bajas sean meros actos de encuadramiento no declarativos de derechos para los interesados o favorables para los mismos. Cuando se produce la revisión de estos actos de afiliación y alta, se está afectando a un acto, ciertamente previo a una eventual prestación, pero que por sí constituye un título jurídico para alcanzar otros derechos, y desde luego, ya de por sí otorga unos efectos favorables para la persona afectada^[4].

7. Respeto a la distribución competencial.

No existe infracción del art. 3.f) de la LRJS y del art. 1 de la LJCA, ni se altera la distribución de materias entre la Jurisdicción Social y Contencioso Administrativa, pues la previsión general de dicho precepto sobre las materias de las que no conocerá la Jurisdicción social, y que corresponden a la Jurisdicción contencioso-administrativa, debe interpretarse de manera integrada con el resto del ordenamiento jurídico, y en particular con el art. 146 LRJS.

Precisamente, una premisa de la doctrina acuñada enlaza con el deseo de respetar la competencia del orden social a la hora de calificar el tipo de nexo existente^[5]. Para la validez jurídica del alta en la Seguridad Social es presupuesto necesario la propia existencia y realidad de la relación laboral; siendo ésta una cuestión sobre la que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo tienen un alcance meramente prejudicial (artículo 10.1 LOPJ y artículo 4.1 LJCA), por ser la Jurisdicción Social la que tiene la competencia genuina para conocer de la existencia o no de una relación laboral por cuenta ajena (artículo 9.5 LOPJ; artículos 1 y 2 LRJS).

VII. Parte dispositiva.

Por las razones expuestas, la sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la TGSS contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 4 de febrero de 2020, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 1224/2017, que de ese modo adquiere firmeza.

VIII. Pasajes decisivos.

Recordemos que el problema afrontado consiste en delimitar los supuestos en que las omisiones e inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario permiten la revisión de oficio por parte de la TGSS, y, en particular, cuando ésta considera que ha mediado una simulación de relación laboral. La doctrina básica se halla en el Fundamento Tercero, que condensa las reflexiones realizadas:

«El supuesto de excepción a la aplicabilidad del régimen general de revisión de los actos declarativos de derechos contemplado en el primer inciso del artículo 146.2 LRJS debe interpretarse en el sentido de que solo exime a las Entidades, órganos u

Organismos gestores de la Seguridad Social de instar el correspondiente proceso judicial ante el Juzgado de lo Social competente, cuando la revisión tenga por objeto la rectificación de errores materiales o de hecho ostensibles, manifiestos o indiscutibles y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, sin necesidad de acreditar que concorra ánimo defraudatorio en el mismo».

Ya en el tramo final del Fundamento Cuarto se particulariza esa doctrina al caso, afirmando que *“como regla general, cuando la Tesorería General de la Seguridad Social considere que una relación laboral es simulada la vía para anular el alta del trabajador no es la revisión de oficio sino la formulación de la correspondiente demanda ante el órgano competente de la Jurisdicción Social”*.

IX. Comentario.

1. Muestrario de criterios asumidos por la Sala Cuarta.

REINTEGRO DE PRESTACIONES.- Criterio abandonado: Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social están facultadas para exigir directamente, sin necesidad de acudir a los Juzgados y Tribunales laborales, el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas como consecuencia de la revisión o regularización de pensiones efectuada de oficio por el INSS^[6]. La reclamación de lo indebidamente percibido no se limita al ejercicio presupuestario al que se refiere la revalorización^[7].

Criterio actual: La Entidad Gestora no puede reclamar de oficio el exceso indebidamente percibido como consecuencia de haberse disfrutado pensiones por encima de los topes permitidos, sino que debe acudir al órgano judicial correspondiente^[8]. Pero este procedimiento no es aplicable al reintegro exigido por el INSS a Mutua que debió asumir inicialmente las prestaciones satisfechas al beneficiario^[9].

CALIFICACIÓN DE LA CONTINGENCIA.- El INSS no puede, de oficio, dejar sin efecto la calificación administrativa sobre el carácter profesional de la contingencia, declarando que es contingencia común^[10].

GRADO DE INVALIDEZ.- Las Entidades Gestoras pueden revisar por sí mismas los actos calificadores de la invalidez, sin que sea necesario el previo acudimiento a la jurisdicción social^[11].

SUSPENSIÓN DE PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.- La suspensión o extinción del subsidio de desempleo por haber variado las circunstancias que determinaron la concesión del mismo puede ser decidida de oficio por la entidad gestora, sin tener que acudir a la jurisdicción social^[12].

Quando se resuelve la solicitud de reanudación de la prestación suspendida se está ante acto distinto del de concesión inicial; la nueva resolución no comporta revisión de la primigenia^[13].

ALTAS Y BAJAS.- La TGSS puede revisar de oficio las afiliaciones, altas y bajas cuando por la actuación de los Servicios de Inspección se compruebe el error de encuadramiento^[14].

La apreciación de si concurren causas que provoquen la baja del sujeto incluido (en el Régimen Especial Agrario) puede ser llevada a cabo directamente por la Entidad Gestora, sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional^[15].

INSCRIPCIÓN DE EMPRESA.- La TGSS puede anular de oficio la inscripción en el Régimen General de una empresa, por carecer de autorización administrativa para realizar su actividad, sin necesidad de acudir al procedimiento judicial^[16].

PRESCRIPCIÓN.- La Entidad gestora se somete al plazo de prescripción vigente (cinco años; cuatro años) para poder demandar la nulidad de la resolución en que ha reconocido indebidamente un derecho a un administrado^[17].

2. Doctrina específica de la Sala Cuarta.

A) Las SSTs de 19 de marzo (rec. 3095/2000), 22 de mayo (rec. 4093/2000) y 10 de octubre de 2001 (rec. 577/2001) declaran que la entidad gestora podía realizar el cambio de encuadramiento de oficio sin necesidad de recabar la intervención de los órganos judiciales. Para sostenerlo invocan el artículo 145 LPL (actual art. 146 LRJS), así como el artículo 55 del RGAAB (desarrollo reglamentario de la LGSS) y argumenta que los actos declarativos de derecho, a los que se contrae la excepción, no pueden referirse a las consecuencias legales inherentes a tales variaciones, que no son actos sino consecuencia inmediata del acto administrativo. De otra manera quedaría sin efectividad la afirmación que realiza el precepto de poder practicarse de oficio tales cambios. Rige por tanto, la regla, sin que haya lugar a aplicar la excepción.

En los mismos términos se ha pronunciado, para un supuesto ontológicamente próximo (anulación por indebida de la inscripción de una empresa en Seguridad Social), la sentencia de la propia Sala Cuarta de 22 mayo 2001, seguida por otra de 29 de octubre.

B) También debe recordarse la STS 13 mayo 2002 (rcud 2568/2001). En el caso se cuestiona una resolución de la TGSS que había denegado la inscripción de una empresa y el alta de unos trabajadores en el RGSS, solicitadas por una Organización Impulsora de Discapacitados (OID), siendo el motivo de la expresada denegación que, habiéndose instado la solicitud para dedicarse la empresa a la actividad de "venta de bolígrafos, insignias, mecheros, llaveros, etc.", la ITSS informó que la empresa no se dedicaba a tal actividad, sino que seguía ejerciendo la de venta de cupones de apuestas y loterías. Son tres los argumentos para ello:

- No se está dejando sin efecto '*actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios*' ni con relación a la propia empresa, pues si bien la inscripción convierte a la empresa en centro de imputación formal de determinadas relaciones jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social no le otorga concretos derechos como beneficiaria de la Seguridad Social, ni siquiera con relación a los concretos trabajadores afectados.
- La TGSS debe legalmente controlar '*de oficio*' el cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y demás variaciones.
- Aunque se entendiera que del acto anulado derivan beneficios estaríamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho por la falta de un requisito esencial.

X. Apunte final.

La doctrina acuñada por la sentencia de referencia no es novedosa, puesto que se apoya en previos pronunciamientos, quizá de manera demasiado mimética^[18]. Sin embargo, tiene la virtud de que sale al paso de algunos argumentos esgrimidos por la TGSS para interesar la reconsideración de los previos criterios jurisprudenciales^[19]. Asimismo, merece una valoración muy favorable el modo en que se concuerda la regla general del artículo 146 LRJS con las previsiones de otros preceptos (incluso de la LGSS) y, sobre todo, la pervivencia de una dualidad competencial desde la perspectiva jurisdiccional.

Sin embargo, hay varios aspectos de la doctrina acogida que vale la pena apuntar de cara a un debate sosegado sobre la cuestión, sin descartar la conveniencia de una reforma legislativa:

1º) Que un acto de la TGSS deba ser conocido por el orden contencioso no implica que sus facultades de autotutela sean más estrictas (o amplias) que las previstas en la legislación procesal laboral. De este modo, lo que quizá puede pensarse es que la norma en cuestión no debiera estar albergada en la LRJS sino en la propia LGSS.

2º) Llama la atención que esa doctrina no aparezca contrastada con la sentada por la Sala Cuarta y que viene a sentar una interpretación menos rigurosa de la posibilidad que asiste a la TGSS para regularizar las situaciones anómalas. También, claro que el mismo tipo de litigio acabe desembocando en cualquiera de los dos órdenes jurisdiccionales.

3º) Parece demasiado expeditivo el modo en que se despacha el argumento de que no hay mayor inexactitud que pretender inducir a error a la Administración aparentando una relación laboral inexistente; cabe pensar que la propia inexistencia de la relación laboral presupone ontológicamente esa inexactitud.

4º) Siendo evidente el acierto de residenciar en el orden social de la jurisdicción la decisión sobre si existe una verdadera relación laboral, lo cierto es que a efectos prejudiciales nada impide al correspondiente tribunal contencioso valorar la realidad^[20]. El argumento acogido por la STS comentada no es concluyente desde la perspectiva de determinar el radio de actuación de la autotutela. De hecho, los órganos de la jurisdicción social, a su vez, también vienen obligados a precisar los límites de la autotutela, incluyendo la determinación de cuándo se está ante inexactitudes.

5º) El propio concepto de beneficiario no tiene que equivaler necesariamente a persona que disfruta o pretende lucrar prestaciones de Seguridad Social. La LRJS, en este punto, opera sobre el caso prototípico. Pero si los actos de encuadramiento generan derechos (no solo obligaciones) para quien los promueve, parece extraño que la autotutela se extienda a los casos en que ha habido una conducta maliciosa de la persona beneficiaria de la prestación y no a aquellos en que es el empleador quien actúa de ese modo. A efectos dialécticos, cabe argumentar que también al empleador se le concede el *beneficio* de estar cumpliendo sus obligaciones.

Referencias:

1. ^ *En la RJL nº 9/2021 puede verse la doctrina sentada a propósito de persona extranjera que no manifiesta la ausencia de autorización para residir en España la TGSS*
2. ^ *La STS-CONT 8 julio 2014 (rec. 3416/2012) aclara que la revisión de los actos de la Seguridad Social no se rige por el art. 103 LRJ-PAC, sino por su legislación específica, tal como ordena la disposición adicional 6ª de la propia LRJ-PAC. Y es igualmente exacto que dicha legislación específica viene dada por el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral -que estaba en vigor cuando se dictaron las resoluciones administrativas recurridas y, por consiguiente, es *ratione temporis* aplicable al presente caso- y por los arts. 54 y siguientes del Real Decreto 84/1996.*
3. ^ *El artículo 66 LGSS no la enumera entre dichas Entidades, mientras que el artículo 74.1 LGSS dispone que la TGSS es “un 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”.*
4. ^ *En esos términos ya se pronunció la STS 11 octubre 2016 (rec. 673/2015): desde luego, ya de por sí otorga unos efectos favorables para la persona afectada, máxime en este caso donde no se trata de un simple acto de cambio de encuadramiento, sino que se produce la revisión de un acto de afiliación y alta.*

5. ^ Seguramente quiere aludirse a la regla del art. 148.d) LRJS, conforme al cual el procedimiento de oficio puede iniciarse como consecuencia de las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. En puridad, la regla está pensada para el supuesto inverso al que aquí concurre, es to es, para cuando los sujetos afectados por la actuación administrativa niegan que exista relación laboral.
6. ^ SSTS 7 mayo (Ponente, Sr. Riego Fernández) y 11 junio 1992 (RJ 1992, 3520 y 4569); 12 julio 1993 (RJ 1993, 5668); 11 noviembre 1993 (RJ 1993, 8682); 10 mayo 1995 (RJ 1995, 3765); 7 julio 1995 (RJ 1995, 6586); 11 octubre 1995 (RJ 1995, 7744); 23 noviembre 1995 (RJ 1995, 8684); 9 febrero 1996 (RJ 1996, 1010); 31 enero 1997 (RJ 1997, 652).
7. ^ STS 31 enero 1997 (RJ 1997, 652)(Ponente, Sr. Martín Valverde).
8. ^ SSTS 10 febrero 1997 (RJ 1997, 2155) (Ponente, Sr. Gil Suárez, dictada en Sala General); 10, 11, 12 y 20 febrero 1997 (RJ 1997, 2156, 2829, 2830 y 2160); 10, 14 y 19 marzo 1997 (RJ 1997, 2302, 2468 y 2581); 19 mayo 1997 (RJ 1997, 4103); 6 y 21 octubre 1997 (RJ 1997, 7346 y 7478); 24 diciembre 1997 (RJ 1997, rec. 75/1997) .
9. ^ SSTS (2) de 26 enero 1998, dictadas en Sala General (RJ 1998, rec. 548/97 y rec. 1730/97) (Ponentes, Sres. Sampedro Corral y Martín Valverde, respectivamente), ambas con votos particulares de los Sres. Desdentado Bonete, Campos Alonso y Marín Correa. Su doctrina se repite en las SSTS 27 enero 1998 (RJ 1998, rec. 1351/97) y 28 enero 1998 (RJ 1998, rec. 1582/97).
10. ^ STS de 9 diciembre 2009 (RJ)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).
11. ^ En este sentido SSTS 29 octubre 1993 (RJ 1993, 8087) (Ponente, Sr. De las Cuevas González); 9 junio 1994 (RJ 1994, 5414); 24 septiembre 1994 (RJ 1994, 7302); 12 y 14 diciembre 1994 (RJ 1994, 10090 y 10340); 18 abril 1995 (RJ 1995, 3262); 30 septiembre 1998 (RJ 1998, rec. 4600/1997).
12. ^ SSTS 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2177)(Ponente, Sr. De las Cuevas González); 28 junio 1995 (RJ 1995, 5371); 6 y 30 noviembre 1995 (RJ 1995, 8672 y 8773); 11 diciembre 1995 (RJ 1995, 9084); 12 junio 1996 (RJ 1996, rec. 161/1995).
13. ^ Cfr. sentencias citadas en la nota anterior.
14. ^ SSTS 19 marzo 2001 (RJ 2001, 5109); 22 mayo 2001 (RJ 2001, 5473); 10 octubre 2001 (RJ 2001, 8734); 23 mayo 2005 (RJ 2005, PROV. 179792); 22 noviembre 2006 (RJ 2006, 1470).
15. ^ STS 16 octubre 1996 (RJ 1996, rec. 760/1996) (Ponente, Sr. Marín Correa). Sobre temas análogos SSTS 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2167); 28 junio 1995 (RJ 1995, 5371); 28 julio y 6 octubre 1995; 6 y 30 noviembre 1995 (RJ 1995, 8672 y 8773); 11 diciembre 1995 (RJ 1995, 9084).
16. ^ STS 22 mayo 2001 (RJ 2001, rec. 4093/2000)(Ponente, Sr. Salinas Molina); 29 octubre 2001 (RJ 2001, rec. 146/2001); 13 mayo 2002 (RJ 2002, rec. 268/2001).
17. ^ SSTS 15 noviembre 1999 (RJ 1999, rec. 868/98)(Ponente, Sr. Marín Correa); 21 abril 2000 (RJ 2000, 9786; Sala General) (Ponente, Sr. Fuentes López; con Voto Particular de los Magistrados Sres. González Peña y Botana López); 17 julio 2000 (RJ 2000, rec. 2439/1998); 26

- septiembre 2000 (RJ 2000, rec. 4537/99); 26 noviembre 2004 (RJ 2004, 7958).
18. ^ Así sucede cuando reitera la línea argumental conforme a la cual “ni en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativo se ha tratado de justificar las resoluciones administrativas recurridas sobre la base de que tuvieran por objeto la simple rectificación de errores materiales o que hubiesen sido ocasionadas por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario; es decir, no se ha alegado -ni menos aún demostrado- que el presente caso sea subsumible en alguna de las dos excepciones a la regla general que exige acudir a la jurisdicción para la revisión de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social”. Por el contrario, precisamente, la base argumental de la TGSS apunta a que nos encontramos ante un supuesto de inexactitudes achacables a quien formula la solicitud de alta.
 19. ^ Atendidos esos argumentos, la sentencia recién citada concluye que “no apreciamos razones que nos lleven a corregir, matizar ni aclarar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el apartado anterior”.
 20. ^ Conforme al art. 10.1 LOPJ “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”.

§ 15 La incapacidad temporal generada en situaciones de aislamiento o contagio por COVID-19 no da derecho a la obtención de la mejora convencional prevista en caso de IT derivada de accidente de trabajo.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *La prestación excepcional por incapacidad temporal que el legislador ha reconocido en situaciones de contagio o aislamiento por COVID-19 se asimila a accidente de trabajo solamente a los efectos del reconocimiento de esta prestación en el sistema de seguridad social, pero no sirve para obtener la mejora convencional prevista en el convenio colectivo si la IT trae por causa el accidente de trabajo.*

Palabras clave: *Incapacidad temporal: Accidente de trabajo. Mejora voluntaria. Complemento de prestación. COVID-19.*

Abstract: *The exceptional benefit for temporary disability that the legislator has recognized in situations of contagion or isolation by COVID-19 is assimilated to a work accident only for the purposes of recognizing this benefit in the social security system, but it does not serve to obtain the improvement conventional provided for in the collective agreement if the IT is caused by the work accident.*

Keywords: *Temporary disability. Work accident. Voluntary improvement. Benefit supplement. COVID-19.*

I. Introducción.

En tiempos de COVID-19 el RDL 6/2020, de 10 de marzo, introdujo en su art. 5º el derecho al reconocimiento de un subsidio excepcional de incapacidad temporal para las personas trabajadoras que se hayan contagiado o que hayan tenido que aislarse, para evitar los contagios. Este subsidio excepcional considera como situación asimilada al accidente de trabajo los casos de contagio o aislamiento del trabajador por razones de salud pública y se resuelve en este recurso de casación si, a la vista de esta regulación, queda afectado el régimen convencional que regula las mejoras voluntarias y, por tanto, si debe la empresa abonar la mejora del complemento de incapacidad temporal que se reconoce a los trabajadores cuando tiene lugar la contingencia COVID ya que ésta se asimila, en esta norma, al accidente de trabajo.

El Tribunal niega el derecho a tal complemento al entender que no cabe extender la mejora hacia los casos de incapacidad temporal extraordinarios derivados de contagios o de aislamiento por COVID-19 ya que las mejoras convencionales tienen un régimen jurídico propio, debiendo atenderse a éste, sin que deba, por tanto, asimilarse la contingencia COVID al accidente de trabajo y se tenga, en consecuencia, derecho a la obtención de tal complemento, a no ser que individualmente se

demuestre que la contingencia que sobreviene es un accidente de trabajo, en cuyo caso sí debe abonarse la mejora convencional.

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: 57/2022, de 20 de enero de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación. Nº de procedimiento: 269/2021.

ECLI:ES:TS:2022:186.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm.a Sra. D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: No constan.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

La Federación estatal de enseñanza del sindicato Comisiones Obreras presenta demanda de Conflicto colectivo contra la empresa Fundación Diagrama Intervención psicosocial sobre la que conoce la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En dicha demanda se solicita que se reconozca el derecho de los trabajadores de la empresa que estén o hayan estado en situación de IT asimilada a accidente de trabajo por razón de períodos de aislamiento, por contagio o por restricción en las salidas del municipio donde tengan su domicilio, por COVID-19, a percibir el complemento de hasta el 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja.

Tal complemento figura en el art. 96º del Convenio colectivo que a estos trabajadores les resulta de aplicación -el Convenio colectivo regulador de las relaciones laborales de la Fundación Diagrama Intervención psicosocial- pero la empresa niega la aplicación de dicho precepto cuando las bajas han sido por razón de períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio derivadas de COVID-19.

Una vez desestimada la demanda por la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2021 la Federación estatal de enseñanza del sindicato Comisiones Obreras interpone el presente recurso de casación.

IV. Posición de las partes.

La Federación estatal de enseñanza del sindicato Comisiones obreras denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 96º del Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención psicosocial; del art. 5º del RDL 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; del art. 82.3º del Estatuto de los trabajadores y de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la naturaleza y el régimen regulador de los complementos de incapacidad temporal convencionalmente estipulados. Se adhiere al recurso la Federación de empleados de servicios públicos de la Unión General de Trabajadores.

Se aduce en el recurso que la regulación de la asimilación legal de las contingencias derivadas de COVID no tiene por objeto, tal como se alega en la Sentencia recurrida, establecer un alivio para las empresas; además, en segundo lugar, sostiene el sindicato accionante que, a falta de una regulación convencional detallada, es de aplicación al complemento el régimen normativo que regula la prestación de seguridad social y, en este caso, por tanto, la plena asimilación de las contingencias COVID al accidente de trabajo produce los efectos del abono del complemento de convenio.

V. Normativa aplicable al caso.

- *El art. 96º del Convenio colectivo de la Fundación Diagrama Intervención psicosocial.*

"Incapacidad temporal. Los trabajadores tendrán derecho, por enfermedad común o accidente no laboral, a cobrar desde el cuarto al vigésimo primer día de la baja el 75% de la base reguladora del mes anterior a su baja. En caso de enfermedad profesional, accidente laboral o ingreso hospitalario, los trabajadores tendrán derecho a cobrar, a partir del día siguiente a la baja y durante el tiempo que dure la misma, el 100% de su base reguladora correspondiente al mes anterior a su baja"

- *El artículo 5º del RD Ley 6/2020, de 10 de marzo.*

"Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.

1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo".

VI. Doctrina básica.

1. El papel del tribunal en la interpretación del convenio colectivo efectuada por un órgano de instancia.

Acerca de la interpretación de los convenios colectivos sostiene el Tribunal que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas (arts. 3.1º y 1281 CC)-. No obstante, dicha interpretación ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico junto con el principal de atender a la intención de los contratantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2021 (recurso 19/2020) efectúa el siguiente razonamiento: atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual) su interpretación debe hacerse usando los siguientes criterios: la interpretación literal, salvo que sea contraria a la intención evidente de las partes -arts. 3.1º y 1281 CC-; la interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas -arts. 3.1º y 1285 CC-; la interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras -arts. 3.1º y 1282 CC-; y la interpretación finalista, de acuerdo con la intención de las partes negociadoras -arts. 3.1º, 128º y 1283 CC-. Por el contrario, no cabe la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable y el convenio colectivo debe ser interpretado en su conjunto, no admitiéndose el espigüeo.

En los recursos en los que se discute la interpretación del convenio colectivo efectuada por el órgano de instancia en un primer momento se mantuvo que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los tribunales de instancia, motivo por el cual su criterio debe prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o cuando ésta ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual. Al combinarse las reglas de interpretación de las normas junto a las reglas de interpretación de los contratos, debe atribuirse aquí un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos comitentes.

No obstante, en los últimos tiempos este criterio se ha ido corrigiendo y lo que debe hacer la Sala cuando se discute por el recurrente la interpretación de normas convencionales no es dar por buena en todo caso la interpretación de la sentencia de instancia sino verificar que la exégesis del precepto convencional se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los arts. 3 y 1281 y ss del CC. Por todo ello, en un recurso con condicionamientos como el de casación no cabe efectuar interpretaciones distintas y alternativas del convenio colectivo en los casos en los que la interpretación de instancia no haya sido arbitraria ni irrazonable y cuando ésta haya atendido a las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil.

2. El derecho al complemento del convenio no opera si la baja es por covid porque la it es asimilada a at sólo a los efectos de la prestación de ss.

Atendiendo al sentido literal del art. 96º del convenio colectivo que regula el complemento del 100% de la BR de la IT del mes anterior a la baja en caso de accidente laboral en los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocadas por el COVID-19, y a la vista también del art. 5º del RDL ley 6/2020, de 20 de marzo que señala que dichas situaciones se consideran con carácter excepcional situación asimilada al accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de seguridad social, sostiene la Sala que el derecho al complemento no opera porque no es IT derivada de accidente de trabajo sino "asimilada", y no a todos los efectos, sino sólo para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de seguridad social.

3. Las mejoras voluntarias de seguridad social complementan las prestaciones pero tienen régimen jurídico propio.

Y el régimen propio de las mejoras viene regulado en los propios pactos o reglas que las hayan creado.

Así, en la STS de 22 de noviembre de 2011, recurso 4277/2010, donde se enjuicia cuál es la duración de la mejora de la IT derivada de AT establecida en el convenio colectivo, sin que en éste apareciera precisión adicional alguna, el Tribunal explica que el subsidio no concluye con la extinción del contrato de trabajo, sino que se extiende hasta la finalización de la IT por lo siguiente:

a) Lo primero, porque la fuente reguladora de las mejoras convencionales se encuentra en los propios pactos o reglas que las hayan creado, lo que comporta que éstas han de interpretarse de acuerdo con el tenor de las cláusulas que las establezcan, como se infiere del art. 192 LGSS;

b) Lo segundo, porque la mentada remisión implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente por las partes pero tampoco cabe efectuar interpretaciones restrictivas del derecho que colectivamente se pacta; por el contrario, debe llevarse a cabo la interpretación de la mejora convencional con criterios propios del sistema de la seguridad social y, entre ellos -únicamente en supuestos de textos de dudoso significado no atendibles por los habituales criterios exegéticos- el principio pro beneficiario;

c) Lo tercero, conforme al art. 1281 CC hay que estar como primer canon de interpretación, a los términos del título constitutivo, de forma que, si los mismos son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, no es de aplicar otra regla hermenéutica que aquella que atiende al sentido gramatical.

Asimismo, la STS de 7 de julio de 2009, recurso 2175/2008 respecto a la naturaleza de las mejoras voluntarias de seguridad social y su diferencia respecto de las prestaciones de la Seguridad Social, señala que la mejora de IT es un complemento voluntario a cargo exclusivo de la empresa y amparado en convenio colectivo, por lo que, por más que incida en una prestación de seguridad social no puede merecer la catalogación de tal y, si, en cambio, la de una contraprestación empresarial que mejora la prestación prevista legalmente.

Por lo tanto, al tratarse de una mejora voluntaria no cabe hacer una interpretación extensiva del precepto que alcance a supuestos no contemplados específicamente por las partes por lo que no estando contempladas las situaciones de IT en períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19 no procede ampliar la mejora voluntaria a dichos supuestos.

4. La asimilación de la it a at por covid-19 es exclusivamente para la prestación de it del sistema de ss.

Por eso, como el complemento regulado en el art. 96º del convenio no es una prestación económica de la Seguridad Social sino una mejora voluntaria de dicha prestación no estamos ante una situación asimilada a accidente de trabajo, siendo esto lo que se deduce del art. 5º del RD ley 6/2020. No obstante, algo diferente ocurriría si se prueba que el contagio de la enfermedad se ha producido por causa exclusiva de la realización del trabajo en los términos del art. 156 LGSS ya que en este otro caso sí entraría en juego la previsión contenida en el art. 5.1º del RD ley 6/2020 que dispone que, entonces, la situación se califica como accidente de trabajo.

5. La finalidad del art. 5º del rdl 6/2020 es garantizar la protección social sin extenderse a otras prestaciones que no sean la it del sistema de ss.

Ello es lo que se deduce del Preámbulo de la norma donde se señala que: “se hace necesario adoptar una serie de medidas que no pueden demorarse para garantizar la protección social de los trabajadores que causen baja por aislamiento y enfermedad, así como para garantizar el abastecimiento del material necesario en nuestro sistema nacional de salud. En particular, por un lado, con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena, se incluye que los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19 tienen la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de seguridad social”.

Siendo cierta esa finalidad, la protección social se ha limitado a la consideración de situación de asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de seguridad social, sin que dicha asimilación se extienda a otras prestaciones no económicas o que no se refieran a la prestación de IT del sistema de seguridad social.

6. La intención de las partes es clara porque el contenido del art. 96º permanece incólume en el nuevo convenio colectivo aprobado tras el rdl 6/2020

Si bien es cierto que a la firma del convenio cuya interpretación se lleva a cabo - instrumento que fue publicado en el BOE de 4 de julio de 2013- las partes no pudieron prever la situación generada por el COVID-19 ni, por supuesto, la regulación contenida en el art. 5º del RD ley 6/2020, de 10 de marzo, sí lo pudieron hacer una vez firmado un nuevo convenio colectivo, convenio que ha sido publicado en el BOE el 9 de febrero de 2021, estando ya vigente el RD Ley 6/2020, de 10 de marzo. No obstante, en el clausulado de este nuevo convenio colectivo se incluye el art. 50º, precepto cuya redacción es idéntica a la del previo art. 96º del convenio colectivo previo.

VII. Parte dispositiva.

Procede la desestimación del recurso de casación formulado por la federación estatal de enseñanza del sindicato CCOO al que se ha adherido la federación de empleados de servicios públicos de la Unión General de Trabajadores frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 13 de mayo de 2021, en el procedimiento nº 406/2020, confirmándose la sentencia recurrida.

VIII. Comentario.

El RDL 6/2020, de 10 de marzo es una de las tantas normas excepcionales promulgadas en tiempos COVID-19 cuya aplicación ha generado no pocos problemas

interpretativos^[1]. El art. 5º es un precepto que se aprueba con la finalidad de solventar y amortiguar uno de los efectos nocivos que provoca la inaudita necesidad de aislar a las personas trabajadoras contagiadas o con riesgo de contagiar a otras, por razones de salud pública. La obligación impuesta a los trabajadores -no contagiados por el COVID-19- de permanecer aislados ha exigido ofrecer una compensación económica que palíe la pérdida de su salario, compensación que se ofrece en forma de subsidio. Por tanto, la solución que ha servido para dar respuesta a las situaciones en las que las personas trabajadoras han debido permanecer aisladas -incluso sin contagio- ha sido el reconocer a tales personas trabajadoras como beneficiarias del subsidio por IT.

Por tanto, desde el 12 de marzo de 2020 -fecha de entrada en vigor del RDL 6/2020- las personas contagiadas por COVID-19 y quienes deban permanecer aisladas por esta causa -también cuando las personas trabajadoras hayan de quedar confinadas en su domicilio por razones de salud pública- son beneficiarias del subsidio de IT. Pero, además de ello, el legislador regula que las situaciones de contagio o aislamiento por COVID-19 tienen un régimen diferente y se las considera como “asimiladas a accidentes de trabajo” a efectos de la incapacidad temporal del sistema de la seguridad social. Ello significa, ex. art. 5º del RDL 6/2020, que el legislador entiende -ficticiamente- que el origen de la contingencia ha sido el accidente de trabajo cuando aparezca un contagio por COVID-19 o cuando se obliga a aislar a la persona trabajadora, también por COVID-19.

Con ello, lo que el legislador crea en el RDL 6/2020 es una prestación insólita y peculiar, lo que los Tribunales han calificado como una prestación *pseudo segregada*^[2] porque las situaciones de necesidad de contagio o aislamiento por COVID-19 sólo generarían la aparición de una contingencia de origen profesional si estas situaciones tuvieran que ver con el desempeño del trabajo, lo que aquí no se demuestra que ocurra. Aún así, el legislador asigna a estas situaciones un origen profesional ficticio, concibiéndose como una incapacidad temporal “asimilada a accidente de trabajo”. En la práctica, la contingencia es común, pero, excepcionalmente, de acuerdo con las previsiones de este precepto, ésta es tratada como una contingencia profesional, es decir, como si el riesgo actualizado hubiese sido un accidente de trabajo, lo que tiene incidencia en aspectos como los requisitos para el acceso a la prestación de la persona beneficiaria, en la determinación de la cuantía del subsidio o en su dinámica.

El objetivo que tiene el legislador cuando crea esta anómala y peculiar prestación extraordinaria del sistema de SS es claro: no sólo se persigue paliar la carencia de rentas de los afectados sino ir más allá, protegiendo mejor a los beneficiarios y derivando los costes de la prestación únicamente hacia las entidades gestoras. Así, el legislador trata al contagio y al aislamiento por COVID como situaciones “asimiladas a accidente de trabajo”. Y con ello, aunque se es consciente de que el riesgo que se actualiza no tiene causa profesional, se elige ofrecer los efectos que el sistema de seguridad contempla cuando la contingencia es accidente de trabajo. El motivo de ello es que, siendo el origen de la contingencia el AT, son muchas más las ventajas que tienen tanto el trabajador como la empresa empleadora. De este modo, si la IT tiene origen en AT el trabajador accede en más ocasiones al cobro de la IT, cobra un subsidio con mejor contenido y mayor cuantía y la empresa tampoco debe abonar -a su cargo- la prestación. Y ello porque al declararse una IT “asimilada a accidente de trabajo” no se le exige al trabajador período de carencia, el inicio de la percepción de la prestación es desde el día siguiente al surgimiento del hecho causante -y éste no queda desprotegido los primeros 3 días-, y, por último, se genera una prestación de mayor cuantía (el 75% de la base reguladora, incluyéndose en la base el promedio de lo percibido en concepto de horas extras en los últimos 12 meses). Además, se evita también que las empresas abonen -directamente y a su cargo- la prestación de IT desde los días 4º al 15º, pues en caso de accidente de trabajo la prestación la paga -durante todo el período- la propia entidad gestora

Llegados a este punto nos encontramos con el origen del conflicto que aquí se debate y que no es otro que el de saber si los efectos de considerar contingencias asimiladas al accidente de trabajo a las situaciones de contagio o de aislamiento por

COVID que se reconocen en el art. 5º del RDL 6/2020 afecta también a la concesión del complemento de incapacidad temporal que muchos convenios colectivos contemplan y que se activa en caso de que el trabajador acceda a una incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

La Sala se centra, en primer lugar, en verificar si el tribunal de instancia -en el presente caso la Audiencia Nacional- ha interpretado correctamente el art. 96º del convenio colectivo, y en segundo lugar, y conectado con lo anterior, si la mejora convencional queda afectada, o no, por lo dispuesto en el RDL 6/2020, lo que tiene que ver con cuál debe ser la naturaleza jurídica que se le asigna al complemento de IT que se reconoce por la vía del instrumento convencional.

Respecto a esta última cuestión, las posibles soluciones a si la norma convencional queda afectada, o no, por la promulgación del RDL 6/2020 serían dos:

La primera, el que, a falta de una regulación convencional detallada, sea de aplicación al complemento el régimen normativo que regula la prestación de seguridad social y, en este caso, por tanto, opere la plena asimilación de las contingencias COVID al accidente de trabajo y se produzcan los efectos del abono del complemento de convenio -ésta es la solución por la que aboga el sindicato accionante-; o la solución contraria, el que deba atenderse al régimen propio de la propia mejora convencional, que es el régimen que se encuentra en los pactos o las reglas que la han creado, y sólo cuando tales normas no resulten claras se debiera acudir a otros criterios interpretativos -ésta es la solución que asume la Sala-.

Lo anterior tiene que ver, obviamente también de forma directa o indirecta, con cuál sea la naturaleza de la mejora convencional y, por consiguiente, si se produce un contagio del régimen jurídico propio del sistema de la seguridad social sobre la regulación de las mejoras de las prestaciones de seguridad social operado por la vía del convenio colectivo, y directamente imbricado con ello, por tanto, si -al no producirse tal contagio- y teniendo en cuenta los criterios de interpretación de las normas, cabe abogar por una u otra solución, lo que implica acudir -al fin y a la postre- el régimen propio de la mejora contenido en la norma convencional.

Así, resuelve la Sala que las mejoras convencionales tienen un régimen jurídico propio que no es otro que el de los pactos o las reglas que los han creado^[3], y que hay que estar a los términos del título constitutivo, de manera que si estos pactos son claros no habría que aplicar ninguna otra norma hermenéutica. Por tanto, por más que el complemento por incapacidad temporal incida en una prestación de seguridad social, no por ello este complemento convencional merece la catalogación de prestación de seguridad social y no cabe tampoco hacer una interpretación extensiva del precepto convencional y aplicar a supuestos no contemplados por las partes negociadoras la asimilación de la IT como AT del RDL 6/2020, en caso de contagio o aislamiento por COVID-19. Asimismo, atendiendo a la literalidad del art. 5º del RDL 6/2020, la protección social sólo debe extenderse a la prestación del sistema de seguridad social, dado que, como expresa este mismo precepto, la mentada asimilación se produce sólo a los efectos de la prestación de IT del sistema de Seguridad Social^[4].

Concluye la Sala, pues, que las partes negociadoras no contemplaron ni pactaron que la mejora alcanzara a las situaciones contempladas en el art. 5º del RDL 6/2020; y es que verdaderamente tal pacto nunca pudo existir porque el convenio colectivo cuya infracción se denuncia se publicó en BOE del año 2013, momento en el que era imposible de prever ni la pandemia ni la existencia de estas excepcionales medidas paliativas en forma de subsidio por IT. Pero, aún así, se refuerza el sentido del fallo porque el convenio actual, adoptado en 2021, tampoco cambia su redacción para extender el complemento a las situaciones de IT "asimiladas a AT" que tengan causa en períodos de contagio o aislamiento en el COVID-19.

IX. Apunte final.

Es frecuente que los convenios colectivos contemplen cláusulas que mejoren el subsidio económico por incapacidad temporal -posibilidad que se permite en virtud de lo señalado en los arts. 239 y 240 LGSS- de forma que, en virtud de éstas, los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma convencional acceden a una prestación con una cobertura más intensa que sobrepasa las prestaciones ofrecidas por el Sistema de la Seguridad Social y que corre a cargo de la empresa. Un ejemplo de estas mejoras aparece en el art. 96º del Convenio colectivo de la Fundación Diagrama de Intervención psicosocial al señalarse en tal precepto que los trabajadores tienen derecho, en caso de accidente de trabajo, a cobrar, a partir del primer día de la baja y durante el tiempo que dure la misma, el 100% de su base reguladora, correspondiente al mes anterior a la baja.

El presente recurso de casación resuelve que los trabajadores de la empresa Fundación Diagrama Intervención psicosocial no acceden, no obstante, a tal mejora en los casos en los que se produzcan las situaciones contempladas en el art. 5º del RDL 6/2020, de 10 de marzo, es decir, en los períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras por COVID-19. En estas situaciones, el RDL 6/2020 contempla que los trabajadores afectados por el aislamiento o el contagio por COVID-19 son beneficiarios de un subsidio por IT mejorado, utilizándose la ficción de que estas situaciones tienen origen en un accidente de trabajo, pero la asimilación de la IT al accidente de trabajo que hace el RDL no puede extenderse a las mejoras convencionales.

El debate suscitado está relacionado con la naturaleza de las mejoras convencionales y con la relación de complementariedad o suplementariedad que éstas tienen respecto al régimen normativo de la Seguridad Social, es decir, si resulta de aplicación a la mejora de seguridad social el régimen jurídico de la prestación de incapacidad temporal del sistema de la Seguridad social^[5]. Al respecto, se resuelve que sólo cabe acudir al régimen jurídico de la Seguridad Social si aparecen lagunas o problemas de interpretación de la norma convencional, lo que implica que se obligue a resolver y dar una solución adecuada atendiendo a cada caso pues, obviamente, la mejora voluntaria podría ofrecerse en la norma paccionada. Por eso, la Sala entiende -en este caso- que la regulación de esta prestación de incapacidad temporal excepcional contenida en el RDL 6/2020 no obliga a efectuar una interpretación extensiva del art. 96º del convenio colectivo. Pero otra cosa sucede, en cambio, si se prueba que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 de la LGSS, en cuyo caso la contingencia sí tiene su origen en un accidente de trabajo y sí se tendría derecho al complemento^[6].

Matizado lo anterior, el presente pronunciamiento tiene gran transcendencia porque son muchas las empresas que cuentan con una previsión convencional que contempla el reconocimiento de un complemento por incapacidad temporal como éste, haciéndolo depender del origen de la contingencia profesional y es elevadísimo, también, el número de los trabajadores que han sido beneficiarios de la IT por contagio o aislamiento derivada de COVID-19. Por otra parte, el negar el derecho al cobro de este complemento convencional cuadra perfectamente con la intención del legislador de derivar el coste del pago de este subsidio -excepcional por propia naturaleza- sólo hacia las Entidades Gestoras.

Referencias:

1. ^ *En torno a la naturaleza común o profesional de las contingencias provocadas por la COVID, Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., La naturaleza, común o profesional, de las contingencias provocadas por la COVID, Trabajo y Derecho, nº 79, autor que se muestra partidario de la exclusión*

de las mejoras voluntarias establecidas en el convenio colectivo por mor de la asimilación operada por el art. 5º del RDL 6/2020.

2. ^ Así se califica a esta prestación en el FJ 3º la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 13 de mayo de 2021, nº sentencia 106/2021, Sentencia que es la confirmada el presente recurso de casación. No obstante, propiamente esta prestación no está segregada sino que se le aplican efectos más beneficiosos que no le corresponderían en aplicación de las normas ordinarias del sistema de seguridad social.
3. ^ La mejora voluntaria tiene una naturaleza jurídica ambivalente y a ésta no le resulta de aplicación la totalidad de la normativa relativa a las prestaciones de seguridad social, derivando su régimen jurídico de los pactos, convenios o reglas acordadas por las partes. Vid. la Sentencia del TSJ (Sala de lo Social) de la Comunidad Valenciana, de 29 de septiembre de 2020, nº rec. 17/2020, nº de sentencia 3324/2020.
4. ^ Aunque la doctrina ha interpretado que esta previsión solamente impediría la aplicación de la asimilación con respecto a las restantes prestaciones del sistema público de pensiones, e incluso respecto a la protección de incapacidad temporal reconocida en un sistema de previsión social de naturaleza privada. Vid. BARRIOS BAUDOR, G., Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3, 2021, p. 6.
5. ^ La doctrina científica no ha tenido, a este respecto, un criterio unánime acerca de si la mejora voluntaria, cuyo contenido y alcance se establece en el convenio colectivo, podría quedar afectada por la normativa de Seguridad Social dado que sí se ha sostenido que una vez establecida la mejora voluntaria ésta pasaría a formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social y se convierte en una prestación más de la Seguridad Social, vinculada al subsidio económico por incapacidad temporal. Vid, sobre este particular, BARRIOS BAUDOR, G., Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3, 2021.
6. ^ En la Sentencia del TSJ (Sala de lo Social) de la Comunidad Valenciana de 29 de septiembre de 2020, nº recurso 17/2020, nº de sentencia 3324/2020, se resuelve, también, que no procede el pago de la mejora convencional contenida en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa Gestió sociosanitaria al mediterrani, empresa que se dedica a la actividad de gestión de residencias de la tercera edad ya que habría de acreditarse, en cada caso concreto, si en cada proceso y para cada persona afectada, la causa del contagio ha sido el haber estado en contacto con el virus en el lugar de trabajo.

§ 16 Subrogación empresarial y mantenimiento de la unidad esencial del vínculo en supuestos de desistimiento voluntario de la persona trabajadora.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *En los supuestos de subrogación empresarial, no se quiebra la unidad del vínculo por el hecho de que haya habido una baja voluntaria de la persona trabajadora en un nexu pretérito, seguida a los pocos días de una nueva contratación laboral (por distinta empresa) para el mismo puesto de trabajo.*

Palabras clave: *Subrogación empresarial. Antigüedad. Indemnización por despido. Unidad esencial del vínculo. Dimisión.*

Abstract: *In situations of subrogation company, the unity of the relationship is not broken by the fact that the worker has voluntarily left a previous contract, followed a few days later by a new recruitment (by a different company) for the same job.*

Keywords: *Subrogation of company. Long service. Compensation for termination of contract. Essential unity of the relationship. Voluntary dismissal.*

I. Introducción

La tipicidad de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar^[1]. Bajo tal premisa, “el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones”^[2].

Teniendo en cuenta que estas fórmulas, al evitar el reclutamiento directo de efectivos, conllevan un acusado ahorro de costes, tan importante para reducir el endeudamiento de las arcas públicas y aligerar la presión presupuestaria, garantizando, al tiempo, la dispensa de quehaceres públicos, no puede extrañar que su utilización se haya incrementado exponencialmente en los últimos años, máxime cuando las posibilidades de externalización se muestran generosas y con perfiles borrosos, pues únicamente quedan vetados a la “gestión indirecta, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”, términos que se han interpretado en el sentido de no dictar actos administrativos ni ejercitar facultades de autotutela^[3].

La propia limitación temporal de los contratos administrativos ha comportado, antes de la reforma de 2021, que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario fueran reclutados través de tipologías contractuales de duración determinada, normalmente a través de actualmente derogado contrato por obra o servicio, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se ha asistido a una suerte de “sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por un empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público”^[4].

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), incorpora algunas previsiones legales que tratan de proteger el régimen laboral de los trabajadores afectados ante la frecuente novación del contratista o concesionario. En concreto, el art. 130 LCSP prevé la obligación de subrogación del nuevo adjudicatario frente a los trabajadores de la anterior cuando esta derive, bien “de una norma legal” (esto es, porque concurren los requisitos del art. 44 ET que requiere que lo transmitido sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado, esto es, con los mismos elementos patrimoniales, infraestructuras, recursos o equipamientos disponibles por la empresa anterior), o bien de “un convenio colectivo”.

Siendo claros estos extremos, en los supuestos en que procede la subrogación, tampoco cabe ocultar que el empresario adquirente puede utilizar las vías de los arts. 51 y 52 c) ET si se dieran las causas para ello, asegurando únicamente a la persona trabajadora una indemnización en cuantía de 20 días de salario por año de servicio. Ante esta realidad, surge la duda de si a la hora de calcular la indemnización por despido objetivo o colectivo debe contarse toda la antigüedad del trabajador con independencia de las interrupciones en sus vínculos contractuales o, si por el contrario, los paréntesis debidos a decisiones voluntarias del trabajador rompen la secuencia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: 71/2022 26/01/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para la unificación de la doctrina 4359/2019

ECLI:ES:TS:2022:289

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: no existen votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina precedido por los siguientes hitos:

El juzgado de lo Social número 7 de Madrid, en sentencia de 28 de noviembre de 2018, declara improcedente el despido de un empleado, contratado por la empresa Imesapi bajo la modalidad de obra o servicio vinculado a la duración de una contrata de gestión integral de servicios complementarios de los centros culturales del Ayuntamiento de Madrid adscritos a un determinado distrito geográfico. Dicha persona trabajadora y otros ocho compañeros prestaban servicios como auxiliares de información, atención al público y control de entradas.

Con fecha 28 de abril de 2018, Integra Centro Especial de Empleo comenzó a presar dicho servicio, subrogándose en el contrato de trabajo de los tres trabajadores

adscritos al servicio que se regían por el Convenio Colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad por contener disposiciones subrogatorias, pero rechazó el de los seis (incluida la parte actora) que se regían por el Convenio de oficinas y despachos por no contener ninguna disposición al efecto.

Con fecha 26 de abril de 2018, Imesapi extinguió la relación laboral del demandante, con efectos desde esa data, por haber finalizado la contrata abonando una indemnización de 253,99 euros, equivalente a la cantidad de 12 días de salario por año trabajado.

Con anterioridad, el actor realizó las mismas funciones por cuenta de otra empresa contratista (Climatización Díaz Blasco Solo Aire SL), causando baja voluntaria en dicha mercantil el 16 de mayo de 2017, incorporándose a Imesapi el día 5 de junio de 2017, realizando las mismas funciones y con igual categoría mediante un contrato para obra o servicio vinculado a la nueva contrata. En dicho contrato se indicaba que el convenio colectivo aplicable era el de oficinas y despachos de Madrid.

La sentencia del juzgado de lo Social condena a Integra a que, a su elección, opte por la readmisión de la persona trabajadora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar o le indemnice con la suma de 879,45 euros, absolviendo a Imesapi y a Climatización Díaz, de manera que la parte actora una vez que Integra haya cumplido el fallo debe devolver a Imesapi la suma de 253,99 euros.

En consecuencia, el órgano judicial de instancia entiende que procede la subrogación de Integra por entender que dicha obligación se desprende de varias circunstancias: del pliego de prescripciones técnicas, de la aplicación de la doctrina de la “sucesión de plantillas”, dada la transmisión de seis de los nueve contratos existentes, así como de la efectiva transmisión de una unidad productiva autónoma exigida por el art. 44 ET, como es el equipo de atención e información al público.

Este pronunciamiento fue objeto de recurso de suplicación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2019, que ratifica la sentencia de instancia en todos sus términos, añadiendo las dos aclaraciones fácticas siguientes: una, según el art. 130 LCSP, el pliego de prescripciones técnicas debe informar de las condiciones de trabajo de los empleados adscritos a una contrata pero no puede imponer la subrogación; otra, como estamos ante una actividad donde lo relevante es la mano de obra, si se asume una parte esencial (en términos de número y de competencias) del personal se produce la subrogación, circunstancia que ha concurrido en el presente caso, pues en tres de las seis personas adscritas a la contrata se ha producido la subrogación^[5].

Frente a esta última resolución se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se discute únicamente si la indemnización por despido improcedente debe tomar en cuenta el período de servicios prestados para un contratista pretérito cuando el contrato laboral con dicha empresa finalizó en su día por dimisión voluntaria del trabajador.

IV. Posición de las partes

Por un lado, la parte trabajadora interesa que se mantenga la existencia de subrogación y la consideración del despido como improcedente, pero condenando al abono de una indemnización por importe de 2213,14 euros por aplicar la doctrina de la unidad esencial del vínculo, es decir, computando la antigüedad desde el primer contrato con independencia de las interrupciones entre los sucesivos nexos contractuales.

Aporta como sentencia referencial la STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2019 (rec 288/2019), donde se enjuicia también un despido de una trabajadora de Imesapi, con antigüedad desde 5 de junio de 2017 y categoría de botones, con contrato temporal de obra o servicio, que prestaba servicios en los mismos centros culturales del

Ayuntamiento de Madrid y que también fue despedida el 26 de abril de 2018, al hacerse cargo del servicio la codemandada Integra. La sentencia de instancia declara la improcedencia del despido, condenando a Integra. Y ello porque considera que ha existido sucesión empresarial por transmisión de una unidad productiva autónoma, sin que la inexistencia de obligación subrogatoria derivada del pliego de condiciones de la contratación o del convenio colectivo obste a ello, dado que la obligación subrogatoria deriva del art. 44 ET, ya que la nueva contratación administrativa ha ido acompañada de la cesión de los medios materiales, propiedad del Ayuntamiento, necesarios para la prestación del servicio. Bajo tal razonamiento, reconoce además la antigüedad de la actora extendida a todo el tiempo de prestación de servicios, incluyendo los realizados para la codemandada Climatización Díaz Blasco al existir unidad del vínculo contractual.

Por otro, la empresa Integra argumenta la ruptura de la unidad esencial del vínculo cuando media dimisión voluntaria del trabajador.

En fin, la empresa Imesapi se opone al recurso, alegando su absolución desde el inicio de las actuaciones, entendiéndose que ni siquiera el éxito del recurso podría acarrear su condena.

Como fácilmente puede comprobarse, el debate no se centra en la existencia de una transmisión de empresa que se da por supuesta, sino en el alcance de la unidad sustancial del vínculo.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas barajadas en el presente supuesto son las siguientes:

El art. 44.2 ET, en virtud del cual “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 accesorio”.

El art. 130.1 LCSP, conforme al cual “cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”.

El art. 44.1 ET, que prevé que “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”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo no se detiene en valorar si efectivamente ha existido o no subrogación empresarial, pues ello no ha sido objeto de controversia, sino en interpretar el concepto “interrupción significativa” a los efectos de enjuiciar las posibles quiebras de la unidad esencial del vínculo, entendido este último concepto como carrera profesional de quien presta sus servicios de manera intermitente, máxime cuando la experiencia profesional y habilidades propias del desempleo del puesto de trabajo son aprovechadas cada vez que se reinicia la prestación de servicios aunque formalmente se materialice a través de una nueva contratación.

Acudiendo a la doctrina vertida por el Alto Tribunal en pronunciamientos anteriores en los que nunca ha atendido a la causa por la que finaliza un contrato o las razones por las que se concluye otro posteriormente, llega a la conclusión de que lo relevante es la sensación de continuidad de la prestación de servicios, aunque existan períodos intermedios.

Por lo tanto, la renuncia voluntaria manifestada en un contrato pretérito se explica por la inmediatez con la que la persona trabajadora va a ser recontratada por la nueva empresa, no en vano dimite libremente el 16 de mayo y se incorpora el 5 de junio. Ello sin olvidar que dicha dimisión surge justo cuando va a finalizar el período de contrata adjudicado a una mercantil y a comenzar su desempeño por una tercera empresa, lo cual es indicio de que la persona trabajadora no buscaba desligarse de su ocupación sino de facilitar su recontractación, de manera que debe reconocerse todo el caudal profesional acumulado en la prestación de los servicios. La subrogación empresarial es, pues, el elemento nuclear para considerar que no ha quebrado la unidad esencial del vínculo.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo entiende que no quiebra la unidad del vínculo por el hecho de que haya habido una baja voluntaria, seguida a los pocos días de una nueva contratación laboral (por distinta empresa subrogada), para el mismo puesto de trabajo. La existencia de una transmisión de empresa, con la consiguiente subrogación está en la base de tal conclusión.

Estima, por tanto, el recurso de la persona trabajadora, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social y declarando que la indemnización por despido, alternativa a la readmisión, ha de establecerse en la indiscutida cifra de 2213,14 euros, al tomar en cuenta como período de prestación de servicios todo el desarrollado en el ámbito de las sucesivas contrataciones y no sólo el iniciado a partir del 5 de junio de 2017.

VIII. Pasajes decisivos

El acertado razonamiento del Tribunal Supremo puede resumirse en los siguientes extremos:

En primer lugar, entiende que concurre la contradicción necesaria entre la Sentencia recurrida y la Sentencia referencial presentada porque aun existiendo identidad sustancial los pronunciamientos son parcialmente discrepantes.

Ambas enjuician y resuelven idénticas pretensiones de despido, formuladas frente a las mismas empresas por trabajadoras con las mismas categorías y circunstancias contractuales. En los dos casos se trata de botones que prestan servicios para Imesapi vinculados a la contrata suscrita con el Ayuntamiento de Madrid para llevar a cabo servicios de información, atención al público y control de entradas en los mismos centros culturales del Ayuntamiento. Se trata, por tanto, de las mismas empleadoras respecto de personas trabajadoras con las mismas categorías y circunstancias contractuales. Es más, aunque basadas en un fundamento distinto, ambas resoluciones entienden que opera el mecanismo de subrogación con los efectos propios del art. 44 ET. La sentencia recurrida se basa en el criterio de asunción de una parte relevante de la plantilla. La referencial entiende que lo decisivo es la transmisión de la infraestructura productiva. Ahora bien, la discrepancia radica en cuanto al cómputo de la antigüedad desde el primer contrato suscrito, que fue extinguido por voluntad del trabajador, pues la sentencia recurrida considera que dicha dimisión impide apreciar la unidad del vínculo, mientras la de contraste mantiene la decisión contraria.

En segundo término, con apoyo en la Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 (rec. 310/2015), de 21 de septiembre de 2017 (rec. 2764/2015) y de 6 de octubre de 2021 (rec. 984/2021), se entiende que “en los supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad..., lo que comporta que se haya quitado valor con

carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero también a interrupciones superiores a treinta días, cuando tales interrupciones no son significativas dadas las circunstancias del caso a efectos de romper la continuidad de la relación laboral existente”.

En tercer lugar, en el caso de que haya habido fraude, observando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 4 de julio de 2006 (asunto Adeneler), seguida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2016 (rec. 310/2015), de 7 de junio de 2017 (rec. 113/2015 y 1400/2016) y de 21 de septiembre de 2017 (rec. 2764/2015), el Alto Tribunal entiende que deviene necesario aplicar “un criterio más relajado –con mayor amplitud temporal—en la valoración del plazo que debe entenderse significativo como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora”.

En conclusión, ninguna de las referencias anteriores atienden a la causa por la que finaliza un contrato o a las razones por las que se concluye otro posteriormente, sino que lo relevante es la sensación de continuidad de la prestación de servicios aunque existan períodos intermedios.

En el presente caso, el paréntesis voluntario en el contrato pretérito no sólo es de escasa relevancia (del 16 de mayo al 5 de junio) sino que la actuación de la persona trabajadora pretendió facilitar su recontractación en un proceso de subrogación empresarial, de suerte que debe computarse todo el caudal profesional acumulado en la prestación de sus servicios. Es, pues, la subrogación empresarial el factor desencadenante del mantenimiento de la unidad esencial del vínculo, traducido en el cómputo de la antigüedad desde el inicio de la primera relación laboral a los efectos de calcular una indemnización por despido en un supuesto de sucesión de contratados.

IX. Comentario

Cierto es que, en una primera aproximación, la terminación de una contrata o subcontrata abre la vía para proceder a las oportunas extinciones contractuales a través de los cauces de los despidos objetivos o colectivos [art. 52.1 c) o art. 51 ET] o de fuerza mayor [art. 51.7 ET]. Ahora bien, estas opciones extintivas quedan, sin embargo, vetadas cuando procediera la subrogación de un nuevo empresario en la posición del anterior, esto es, cuando fuera obligatoria la asunción por la empresa entrante de las obligaciones laborales preexistentes a la luz del principio de estabilidad en el empleo por el que apuesta el art. 44 ET, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Aun cuando en el presente caso no se discute la existencia de subrogación que se da por supuesta, procede aclarar los términos en los que esta se tendría que producir.

1. Obligaciones de subrogación a la luz de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

La garantía de la permanencia de los vínculos laborales ante la novación de quien asume la posición de empresario es un principio basilar del *ius Laborum*. Estas mismas premisas inspiran la regulación incorporada a la LCSP, cuyo art. 130.1 prevé la obligación de subrogación cuando esta derive “de una norma legal” o de “un convenio colectivo de eficacia general”. Dos son, pues, los canales de los que deriva tal obligación de subrogación, a saber:

1.- En primer lugar, la referencia a “una norma legal” va unida, como no podía ser de otra manera, al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 44 ET, que requiere que lo transmitido sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado, esto es, con los mismos elementos patrimoniales, infraestructuras, recursos o equipamientos disponibles por la empresa

anterior. Esto es, si el nuevo empresario recibe los activos materiales e inmateriales^[6] utilizados por el precedente opera el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET y ello con independencia del negocio jurídico determinante del cambio de titularidad empresarial^[7].

A *sensu contrario*, como regla general, cuando el cambio de entidad no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones de este precepto estatutario y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos^[8]. Ahora bien, aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad empresarial no vaya acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva^[9], lo cierto es que esta tesis restrictiva fue matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo, a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión. En efecto, “en determinados sectores económicos intensivos en mano de obra estos elementos (activos materiales e inmateriales) se reducen a menudo a su mínima expresión. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción”^[10], sin que nada impida, por ende, que la plantilla sea asumida por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción son esencialmente los recursos humanos^[11]. Por tanto, en las actividades despatrimonializadas puede entenderse producida la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores –en términos cuantitativos o cualitativos– que el antiguo empleador venía ocupando. Como ha reconocido el Tribunal Supremo^[12], en aquellos supuestos en los que “el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo empleador, el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales no puede desvirtuar la calificación de lo sucedido como sucesión empresarial en el marco de aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes sino que descansan fundamentalmente en la mano de obra”^[13].

Dicho en otros términos, la explotación de “actividades materializadas”, intensivas en bienes de capital, una vez sean calificadas como tales, requiere cesión de tales activos en cantidad suficiente para mantener la identidad económica y aplicar la garantía de transmisión de empresa, mientras que las actividades basadas en la explotación intensiva del factor trabajo, por lo tanto desmaterializadas, podrían limitarse a la cesión de una parte significativa de la plantilla en términos cuantitativos y cualitativos –sucesión de plantilla– para aplicar la garantía de transmisión^[14]. Recientemente, en Sentencia de 18 de enero de 2022^[15], el Tribunal Supremo ha entendido que en un proceso surgido al hilo de los mismos avatares que el presente no ha tenido lugar una verdadera transmisión de empresa porque no ha habido transmisión patrimonial y la asunción de 3 trabajadores de 9 no se considera suficientemente significativa.

Es más, a la espera de nuevos pronunciamientos, cabe apuntar el matiz introducido recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 27 de febrero de 2020^[16], que parece admitir, cambiando la doctrina precedente, la sucesión de plantillas sin cesión de infraestructuras en un procedimiento de contratación pública de transporte de personas en una zona rural alemana, donde una entidad económica reanuda una actividad cuyo ejercicio requiere medios de explotación importantes, imponiendo los pliegos requisitos jurídicos, medioambientales y técnicos, sin que el nuevo adjudicatario adquiera dichos medios, propiedad de la entidad económica anterior. Entiende el Tribunal en este caso que la reanudación de la actividad puede calificarse de transmisión, siempre que otras circunstancias (distintas de las infraestructuras) permitan caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trate, como puede ser la

continuidad de la mayor parte de la plantilla siguiendo la citada actividad sin interrupción. Entiende, por ende, que en una actividad materializada, la sola sucesión de plantilla sirve también para identificar el presupuesto aplicativo de la Directiva 2001/23 y, por tanto, del art. 44 ET si es el parámetro clave para mantener la actividad empresarial, lo que deberá apreciar el órgano judicial nacional.

2.- Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, la subrogación también puede derivar, como mejora del tenor legal, del convenio colectivo de eficacia general (no de un acuerdo de empresa), con las únicas exigencias de que la norma convencional no conculque ningún precepto de derecho necesario^[17] y de que el empresario implicado se encuentre comprendido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente, pues, de lo contrario, la previsión convencional no resultará vinculante^[18].

2. El mero valor informativo de los pliegos de condiciones.

El art. 130.1 LCSP omite toda referencia a los pliegos de condiciones como fuente generadora de la obligación de subrogación, los cuales fueron admitidos por decisiones judiciales del orden social como instrumentos de los que podía derivar la subrogación, pero que la jurisdicción contencioso-administrativa ya había negado^[19]. El actual art. 130.1.2 LCSP establece únicamente una obligación de transparencia sobre la realidad laboral existente de cara a los eventuales licitadores en aras a asegurar una subrogación viable cuando menos por lo que respecta a los costes laborales, de manera que los pliegos habrán de incluir “información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”. Es más, el contratista entrante dispondrá de una acción directa de reclamación para el caso de que los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada y, en todo caso, estará exento de responsabilidad sobre los salarios y cotizaciones impagados respecto de los trabajadores afectados por el desajuste.

3. Condiciones laborales después de la subrogación: cómputo de la antigüedad desde el inicio.

En aquellos casos en los que, por la circunstancia que fuere, el nuevo ente se subroga en la posición empresarial del anterior, tendrá que asumir a los trabajadores afectados por el trasvase bajo la modalidad contractual previa, bien fuera temporal, bien indefinida, conservando, en todo caso, su estatus jurídico. Es más, la subrogación tiene un carácter bidireccional, de manera que no sólo es obligatoria para el empleador sucesivo sino para los propios trabajadores, adscritos a las unidades productivas objeto de transmisión. Ahora bien, el contenido de la obligación de subrogación no se ampara en el “principio de inmutabilidad”, sino solamente en el de “indemnidad transitoria” respecto de aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial^[20], debiendo

entender que el cómputo de la antigüedad debe remitirse al inicio de la contratación laboral asociada a esa contrata sin que una posible dimisión voluntaria del trabajador en uno de los nexos laborales pretéritos para facilitar su inmediata recolocación en la empresa adquirente rompa la unidad del vínculo.

X. Apunte final

La reforma de 2012 impulsó una permisiva regulación de las contratas y subcontratas (art. 42 ET), que posibilitaba el recurso a la contratación temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa. La reforma de 2021 impide recurrir al contrato de obra y servicio determinado con carácter general y específicamente para los supuestos de contratas y subcontratas, siguiendo la interpretación judicial sostenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020, en virtud de la cual cuando la actividad de la contratista consiste “precisamente, en desarrollar servicios para terceros”, no concurre el requisito de que esa obra o servicio presente la “autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa”, que se exigía con anterioridad a la reforma de 2021 para poder justificar la temporalidad del contrato de trabajo.

El Real Decreto Ley 32/2021 da entrada para cubrir las necesidades de personal asociadas a contratas y concesiones administrativas al contrato fijo-discontinuo siempre y cuando las relaciones interempresariales mercantiles o interviniendo adjudicatarios públicos, “siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. A la luz de esta nueva regulación quedarán solucionados problemas de temporalidad como el planteado en el supuesto aquí enjuiciado donde, aplicando un principio pro operario tendente a evitar abusos derivados de la sucesiva contratación temporal, el Tribunal Supremo, con acierto, llega a la conclusión de que la unidad esencial del vínculo no quiebra en supuestos de subrogación empresarial inherente a una sucesión de contratas aunque un nexo laboral pretérito se hubiera extinguido por libre decisión de la persona trabajadora.

Referencias:

1. ^ Garate Castro, J. (2018): “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid: Cinca, p. 32.
2. ^ Rodríguez Escanciano, S. (2010): *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona: Federación de Municipios de Cataluña, p. 13.
3. ^ Parejo Alfonso, L. (1989): “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, 218-219, p. 23.
4. ^ Sanguinetti Raymond, W. (2007): “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, 39, p. 23.
5. ^ *Acogiendo doctrina vertida en la STS, Social, 27 septiembre 2018 (núm. 873/2018)*.
6. ^ *STS, Social, 30 mayo 2011 (rec. 2192/2010), en relación con un servicio municipal de retirada de vehículos, ó 26 enero 2012 (rec. 917/2011), referida a un servicio público asistencial*.
7. ^ *STS, Social, 24 noviembre 1986 (núm. 12490/1986)*.
8. ^ *Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo*.

9. ^ *Entre muchas*, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (rec. 1886/1996) y 21 octubre 1998 (rec. 3556/1997).
10. ^ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Hernández Vidal y otros; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Abler y otros y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-Gorres y Demir.
11. ^ SSTS, Social, 21, 26 y octubre 2004 (rec. 5075/2003. 4423/2003 y 899/2002), 28 diciembre 2004 (rec. 5329/2003) y 31 enero y 7 febrero 2005 (rec. 6025/2003 y 650/2004)
12. ^ SSTS, Social, 7 diciembre 2011 (rec. 4665/2010) y 27 abril 2015 (RJ 2015/1714).
13. ^ *Significativamente*, STS, Social, 23 octubre 2009 (rec. 2684/2009).
14. ^ SSTS, Social, 27 septiembre 2018 (rec. 2747/2016), 12 noviembre 2019 (rec. 357/2019) y 8 septiembre 2021 (rec. 1866/2020)
15. ^ Rec 3876/2019.
16. ^ C-298/18.
17. ^ STS, Social, 27 septiembre 2018 (rec. 2747/2016).
18. ^ SSTS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996) y 10 diciembre 2008 (rec. 2731/2007).
19. ^ STS, Cont-Admtivo, 18 junio 2019 (rec. 702/2016).
20. ^ STSJ, Social, Castilla y León/Burgos 6 febrero 2014 (rec. 60/2014).

§ 17 **Convenio colectivo aplicable a empresa subrogada y exigencia de fundamentación jurídica de la infracción legal ex artículo 224.2 LRJS.**

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: Esta sentencia del Tribunal Supremo versa sobre una doble problemática sustantiva y adjetiva o procesal: la relativa al convenio colectivo aplicable a la empresa subrogada y la cuestión procesal concerniente a la exigencia de fundamentación jurídica de la infracción legal ex artículo 224.2 LRJS. Consiguientemente: 1º. La cuestión de fondo se resuelve en la verificación de la existencia o no de una subrogación convencional en supuestos de descentralización productiva o funcional atendiendo a la determinación del convenio colectivo aplicable a la nueva empresa contratista que sucede en la actividad organizada a otra, es decir, en un supuesto de cambio de contratista o adjudicatario. No se acredita la existencia de subrogación convencional por aplicación de convenio colectivo y se declara que la empresa cesante en la contratación (CLARO SOL LOGISTIC S.A.U.) ha llevado a cabo un despido improcedente, absorbiendo a la empresa principal (INICIATIVAS SEDOX S.L) y a la nueva contratista (ADECCO OUTSOURCING S.A.U.). La empresa Claro Sol Logistic S.A.U. ha de pasar por las consecuencias legalmente previstas del despido calificado como ilegítimo por improcedente (artículo 56 del ET y normas concordantes). 2º. La cuestión procesal –que en el supuesto de autos adquiere una especial centralidad-, se centra en la exigencia de fundamentación del recurso de casación para la unificación de doctrina. Éste es un recurso excepcional y que, sin incurrir en formalismos excesivos o enervantes, es preceptivo que el recurso, no solo cite los preceptos legales infringidos por la sentencia recurrida, sino que fundamente y razone la infracción cometida. El escrito de interposición del presente recurso de casación para la unificación de doctrina no cumple con los requisitos que exigen el apartado 1 b) y el apartado 2 del artículo 224 LRJS, y la jurisprudencia que los interpreta. Estos preceptos obligan a fundamentar la infracción legal cometida por "la sentencia impugnada", y a razonar "el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas". En tal sentido el recurso interpuesto no razona ni desarrolla el por qué debe aplicarse el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, y en concreto la subrogación prevista en su artículo 31, y por qué no deben aplicarse los otros convenios colectivos que han formado parte del debate y que no establecen obligación alguna de subrogación. De acuerdo con lo razonado se falla desestimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Claro Sol Logistics, S.A.; declarando la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2019 (rec. 1334/2018) y, por último,

se condena en costas a la entidad recurrente en la cuantía de 1.500 euros por cada impugnante.

Palabras clave: Subrogación o sucesión convencional. Convenio colectivo aplicable a la empresa subrogada. Requisitos de orden público procesal del recurso de casación para la unificación de doctrina. Despido improcedente.

Abstract: *This judgment of the Supreme Court deals with a double substantive and adjective or procedural problem: the one related to the collective bargaining agreement applicable to the subrogated company and the procedural issue concerning the requirement of legal grounds for the legal infringement ex article 224.2 LRJS. Consequently: 1º. The substantive issue is resolved in the verification of the existence or not of a conventional subrogation in cases of productive or functional decentralization in accordance with the determination of the collective bargaining agreement applicable to the new contractor company that takes over the organized activity from another, that is, in a case of a change of contractor or awardee. The existence of conventional subrogation by application of the collective bargaining agreement is not accredited and it is declared that the terminating company (CLARO SOL LOGISTC S.A.U.) has carried out an unfair dismissal, absorbing the main company (INICIATIVAS SEDOX S.L.) and the new contractor (ADECCO OUTSOURCING S.A.U.). The company Claro Sol Logistc S.A.U. has to go through the legally foreseen consequences of the dismissal qualified as illegitimate by unfair dismissal (article 56 of the ET and concordant norms). 2º. The procedural issue -which in the present case acquires a special centrality-, is centered on the requirement of substantiation of the appeal for the unification of doctrine. This is an exceptional appeal and, without incurring in excessive or enervating formalisms, it is mandatory that the appeal not only cites the legal precepts infringed by the appealed judgment, but that the infringement committed is grounded and reasoned. The appeal for the unification of doctrine does not comply with the requirements of section 1 b) and section 2 of article 224 LRJS, and the case law that interprets them. These precepts require that the legal infringement committed by "the contested judgment" be grounded, and that "the specific content of the infringement or violation committed be reasoned, with precise mention of the substantive or procedural rules infringed". In this sense, the appeal does not explain or develop why the national collective agreement for companies engaged in field services for replacement activities, and specifically the subrogation provided for in Article 31, should be applied, and why the other collective agreements that have been part of the debate and that do not establish any obligation of subrogation should not be applied. In accordance with the reasoning, the appeal for the unification of doctrine filed by the company Claro Sol Logistics, S.A. is dismissed; declaring the finality of the judgment of the Social Chamber of the High Court of Justice of Madrid of June 14, 2019 (rec. 1334/2018) and, finally, the appellant entity is ordered to pay the costs in the amount of 1,500 euros for each appellant.*

Keywords: *Subrogation or conventional succession. Collective bargaining agreement applicable to the subrogated company. Procedural public order requirements of the appeal for the unification of doctrine. Unfair dismissal.*

I. Introducción.

Por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, se dictó sentencia el 26-6-2018, en autos 178/2018, seguidos a instancia de otro trabajador, contra las mismas empresas demandadas, en reclamación por despido, declarándose en dicha resolución, la improcedencia del despido llevado a efecto por la empresa, Claro Sol Logistics S.A.U., el 7-1-2018, con los demás pronunciamientos que constan en el fallo de la misma, con

expresa absolución de las codemandadas Iniciativas Sedox S.L. y Adecco Outsourcing S.A.U., sin que conste que dicha sentencia hubiere devenido firme (folios 388-396, del Tomo II de los autos).

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 14 de junio de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por ADECCO OUTSOURCINGSAU contra sentencia N° 376/2018 del Juzgado de lo Social n° 11 de los de Madrid de 10 de octubre de 2018, en sus autos n° 169/2018, en virtud de demanda interpuesta por D. Cirilo contra CLARO SOL LOGISTICS S.A.U., INICIATIVAS SEDOX S.L. y ADECCO OUTSOURCING S.A.U., en reclamación por despido y, con revocación de la resolución judicial de instancia, condenamos a CLARO SOL LOGISTICS S.A.U a pasar por las consecuencias.

Con apoyo y reproducción de la sentencia firme de la misma Sala de 30 de enero de 2019 (rec. 1121/2018), la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 14 de junio de 2019 (rec. 1334/2018) estimó el recurso de suplicación de Adecco Outsourcing, revocó la sentencia del juzgado de lo social, condenó por despido improcedente a Claro Sol y absolvió a Iniciativas Sedox y a Adecco Outsourcing. La sentencia del TSJ entiende que no es aplicable el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de CLAROSOL LOGISTICS, S.A., el recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de mayo de 2019, rec. 53/2019. Recurso casacional excepcional que se admite a trámite.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, porque el recurso no razona ni desarrolla el por qué debe aplicarse el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, y en concreto la subrogación imperativa *ex convenio* colectivo prevista en su artículo 31, y por qué no deben aplicarse los otros convenios colectivos que han formado parte del debate y que no establecen obligación alguna de subrogación. De este modo, es manifiesto que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina no hace "mención precisa" alguna de "las normas sustantivas o procesales infringidas" (artículo 224.2 LRJS) por la sentencia recurrida (artículo 224.1 b) LRJS). Motivo por el cual se desestima el recurso y se declara la firmeza de la sentencia recurrida.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Fecha de la sentencia: 27 de enero de 2022

Recurso de Casación: 3093/2019

ECLI:ES:TS:2022:290

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo Srº. Ignacio García-Perrote Escartin

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes-

1.- Se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa CLARO SOL LOGISTICS, S.A, contra la sentencia dictada en suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la

dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 9 de mayo de 2019, rec. 53/2019.

2.- Aunque, como se verá después, no se podrá entrar en el fondo, la cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si es aplicable el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios decampo para actividades de reposición (BOE 8 de febrero de 2018) y, en concreto, la subrogación prevista en su artículo 31.

Queda probado que el trabajador don Cirilo, parte recurrida en el actual recurso, prestaba servicios para la empresa Claro Sol Logistics SAU, como peón reponedor y con antigüedad de 2 de marzo de 2015, desarrollando sus funciones en las instalaciones de la empresa Iniciativas Sedox, S.L. La empresa Claro Soles la empresa ahora recurrente en casación para la unificación de doctrina. El 26 de marzo de 2007 las empresas Iniciativas Sedox y Claro Sol habían suscrito el denominado "Contrato de prestación de servicios logísticos" por el que Claro Sol se obligaba a "la prestación de los servicios de logística consistentes en la recepción de productos, preparación de pedidos, clasificación por rutas y colocación de productos para la entrega", llevándose a efecto la actividad dentro del recinto de la empresa Iniciativas Sedox.

El 8 de enero de 2017, las empresas Iniciativas Sedox y Adecco Outsourcing SAU suscribieron el denominado "Contrato marco de arrendamiento de servicio" para la realización de la actividad de "picking, reposición, registro de movimientos en sistema para Gama Servicio, refrigerado y botellería", desarrollándose la actividad en las instalaciones de la empresa Iniciativas Sedox. El 7 de diciembre de 2017, Iniciativas Sedox comunicó a Claro Sol la decisión de cancelar los servicios delogística contratados, comunicándole el 4 de enero de 2018 que se había procedido a contratar el servicio con Adecco Outsourcing.

Claro Sol comunicó a Adecco Outsourcing la obligación de subrogación ex convenio colectivo, contestando Adecco Outsourcing que no existía obligación legal o convencional alguna de subrogación. Claro Sol comunicó al trabajador que a partir del 8 de enero de 2018 la empresa dejaba de prestar servicios de logística en las instalaciones de Iniciativas Sedox, por lo que se procedería a cursar su baja en la Seguridad Social, siendo la nueva empresa la que debía subrogarse en la relación laboral por aplicación del artículo 32 del Convenio colectivo.

El trabajador demandó por despido a Adecco Outsourcing, Iniciativas Sedox y Claro Sol. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de 10 de octubre de 2018 (autos 169/2018), estimó la demanda, declaró la improcedencia del despido y condenó a Adecco Outsourcing a optar entre la readmisión o el abono de la correspondiente indemnización, absolviendo a Claro Sol y a Iniciativas Sedox. La sentencia del juzgado de lo social consideró aplicable el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición y, en concreto, la obligación de subrogación en él prevista, sin que fuera aplicable el Convenio colectivo de industrias del frío industrial, que no tiene cláusula de subrogación.

En desacuerdo con dicho pronunciamiento, la empresa Adecco Outsourcing interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, denunciando, en lo que ahora interesa mencionar, la indebida aplicación de los artículos 1 y 31 del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición y el error por no aplicación del Convenio Colectivo de pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas Atlas Servicios Empresariales SAU y Adecco Outsourcing, SAU, alegando, en esencia que la actividad contratada no es la de reposición, sino la de preparación de pedidos.

Con apoyo y reproducción de la sentencia firme de la misma Sala de 30 de enero de 2019 (rec. 1121/2018), la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 14 de junio de 2019 (rec. 1334/2018) estimó el recurso de suplicación de Adecco

Outsourcing, revocó la sentencia del juzgado de lo social, condenó por despido improcedente a Claro Sol y absolvió a Iniciativas Sedox y a Adecco Outsourcing. En el fallo de la referida sentencia del TSJ se declara que no es aplicable el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición.

IV. Posiciones de las partes.

1º. Posición de las Empresas implicadas en la descentralización a través de la técnica de la subcontratación:

-Las empresas Sedox SL (empresa principal) y la empresa Adecco Outsourcing (nueva contratista) consideran que no existe subrogación convencional, porque no hay es aplicable el convenio colectivo que la impone.

-La empresa Claro Sol Logistics S.A.U. (contratista anterior) entiende que la empresa Adecco Outsourcing tenía la obligación de subrogarse en la relación laboral por imperativo del convenio colectivo que considera aplicable (artículo 32 del Convenio Colectivo). En relación a ello, con fecha 3-1-2018, la demandada Claro Sol Logistics S.A.U., comunicó al actor, mediante carta cuyo contenido se da aquí por reproducido, que a partir del 8-1-2018, dicha empresa dejaba de prestar servicios de logística en las instalaciones de Iniciativas Sedox S.L., por lo que procederían con efectos de 7-1-2018, a cursar su baja en Seguridad Social, siendo la nueva empresa contratista del servicio, la que debería subrogarse en la relación laboral, por aplicación de lo establecido en el art. 32 del Convenio Colectivo.

Tras la STSJ de Madrid (que estima que no es aplicable el convenio nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición), será empresa Claro Sol Logistics S.A.U. la que interponga también el recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sentencia del Tribunal Supremo declara en su parte dispositiva la desestimación del recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Claro Sol Logistics, S.A. Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2019 (rec. 1334/2018); y condena en costas a la entidad recurrente en la cuantía de 1.500 euros por cada impugnante.

2º. Posición de la parte social. El trabajador reclama por despido ante el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid: Por el Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, se ha dictado sentencia el 26-6-2018, en autos 178/2018, seguidos a instancia de otro trabajador, contra las mismas empresas demandadas, en reclamación por despido, declarándose en dicha resolución, la improcedencia del despido llevado a efecto por la empresa, Claro Sol Logistics S.A.U., el 7-1-2018, con los demás pronunciamientos que constan en el fallo de la misma, con expresa absolución de las codemandadas Iniciativas Sedox S.L. y Adecco Outsourcing S.A.U., sin que conste que dicha sentencia hubiere devenido firme.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 14 de junio de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por ADECCO OUTSOURCINGSAU contra sentencia N° 376/2018 del Juzgado de lo Social nº 11 de los de Madrid de 10 de octubre de 2018, en sus autos nº 169/2018, en virtud de demanda interpuesta por D. Cirilo contra CLARO SOL LOGISTICS S.A.U., INICIATIVAS SEDOX S.L. y ADECCO OUTSOURCING S.A.U., en reclamación por despido y, con revocación de la resolución judicial de instancia, condenamos a CLARO SOL LOGISTICS S.A.U a pasar por las consecuencias del despido improcedente producido, para lo cual dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia deberá optar entre: 1) la readmisión del demandante en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia; 2) el abono de una indemnización en cuantía de 3.305,23 euros, con extinción del contrato de

trabajo, con efectos de 8-1-2018. Se absuelve a las empresas INICIATIVAS SEDOX S.L. y ADECCO OUTSOURCING S.A.U.

V. Normativa aplicable al caso.

En lo principal entran en juego el artículo 24.1 CE; el artículo 224 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), en relación con los artículos 207, 219, 221 y 228 del mismo cuerpo legal (LRJS). Asimismo, la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; y los artículos 44 y 56 del ET y normas concordantes.

VI. Doctrina básica (Fundamentación jurídica).

1º.- Se examina en primer lugar, lógicamente por ser de orden público preferente, la cuestión relativa a la alegada infracción legal del artículo 224 LRJS. Por tanto procede examinar, con carácter previo, si el recurso cumple con los requisitos formales legalmente establecidos y, en particular, con la exigencia de que el escrito de interposición del recurso contenga "la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia" (artículo 224.1b) de la LRJS), en los términos que desarrolla el artículo 224.2 LRJS.

El examen debemos hacerlo en todo caso, pero adicionalmente, en el presente supuesto, las dos impugnaciones del recurso y el Ministerio Fiscal alegan que el recurso no fundamenta la infracción legal. Conforme al artículo 224.2 LRJS, el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe razonar "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 que se invoque la unificación de la interpretación del derecho, haciendo referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada"

Se concluye, en congruencia, que debe desestimarse, el recurso y declarar la firmeza de la sentencia recurrida. Se condena en costas a la entidad recurrente en la cuantía de 1500 euros por cada impugnante (artículo 235.1 LRJS).

VII. Parte dispositiva.

De conformidad con el razonamiento efectuado y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal se concluye la argumentación jurídica desplegada decidiendo el Tribunal Supremo: 1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Claro Sol Logistics, S.A. 2. Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2019 (rec. 1334/2018). Y, por último, 3. Condenar en costas a la entidad recurrente en la cuantía de 1.500 euros por cada impugnante.

VIII. Pasajes decisivos.

La controversia jurídica planteada hace referencia a varias cuestiones, según queda expuesto aquí (y con mayor detenimiento, lógicamente en los fundamentos jurídicos de esta importante Sentencia del Tribunal Supremo). De entre ellos se puede destacar los siguientes (con carácter muy selectivo dado los límites de espacio asignados a este estudio jurisprudencial):

Es claro que el escrito de interposición del presente recurso de casación para la unificación de doctrina no cumple con los requisitos que exigen el apartado 1 b) y el apartado 2 del artículo 224 LRJS, y la reiterada jurisprudencia que los interpreta.

Como se ha recordado, estos preceptos obligan a fundamentar la infracción legal cometida por "la sentencia impugnada", y a razonar "el contenido concreto de la

infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas".

Pues bien, como puede comprobarse, el escrito de interposición del presente recurso por la empresa Claro Sol Logistics, S.A. se limita a afirmar que la sentencia recurrida infringe el artículo 32 (debe entenderse por error que se refiere al artículo 31, que es el que regula la materia) del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición. Pero no fundamenta en momento alguno esa denunciada infracción, sin atenerse así a lo que prescribe el artículo 224.1 b) LRJS), ni expresa el contenido concreto de la alegada infracción, en contra de lo que establece el artículo 224.2 LRJS.

En conclusión, el recurso no razona ni desarrolla el por qué debe aplicarse el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, y en concreto la subrogación prevista en su artículo 31, y por qué no deben aplicarse los otros convenios colectivos que han formado parte del debate y que no establecen obligación alguna de subrogación convencional.

Es patente, así, que el escrito de interposición del recurso de casación realizado por la empresa para la unificación de doctrina no hace "mención precisa" alguna de "las normas sustantivas o procesales infringidas" (artículo 224.2 LRJS) por la sentencia recurrida (artículo 224.1 b) LRJS).

El recurso interpuesto incumple de forma manifiesta, en consecuencia, los apartados 1 y 2 del artículo 224 LRJS. Y se trata de un defecto procesal insubsanable, *insubsanabilidad* que el Tribunal Constitucional ha considerado plenamente ajustada al artículo 24 CE e "impeccable desde el punto de vista constitucional y legal" (fjº. 3º).

IX. Comentario jurídico-crítico.

I.-. En primer lugar, nos encontramos ante una *cuestión procesal* relativa a la aplicación e interpretación del artículo 224.2 LRJS.

Según el artículo 224.2 LRJS, el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe razonar "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 que se invoque la unificación de la interpretación del derecho, haciendo referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada."

La jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo viene insistiendo en que el recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso *excepcional* y que, sin incurrir en formalismos excesivos o enervantes, es preceptivo que el recurso, no solo indique los preceptos legales infringidos por la sentencia recurrida, sino ha de fundamentar y razonar la infracción cometida. Y ello, entre otras cosas, porque, en el recurso de casación unificadora la Sala Cuarta del Tribunal Supremo podrá optar por una de las dos interpretaciones en liza (la de la sentencia recurrida o la de la sentencia referencial), pero también podrá sentar una doctrina distinta, pues no está obligada, desde luego, a optar por la de aquellas sentencias, conforme a reiterada jurisprudencia. El Tribunal Supremo no pierde su capacidad para establecer una nueva doctrina motivada y razonada conforme a derecho. Como hacía notar el insigne Felipe Clemente de Diego –que fue Presidente del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Civil-, "notorio es, en efecto, que todo el progreso jurídico consiste, en buena parte, en la invención y perfeccionamiento de la técnica productiva y aplazadora del Derecho"^[1].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido, asimismo, que no basta con que el recurso se remita o reproduzca la fundamentación de la sentencia de contraste.

Y hemos explicado con reiteración que todo lo anterior se debe a que la Sala no puede perder 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 las otras partes y lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)^[2].

Resulta obvio que el escrito de interposición del presente recurso de casación para la unificación de doctrina no cumple con los requisitos que exigen el apartado 1 b) y el apartado 2 del artículo 224 LRJS, y la jurisprudencia que los interpreta. Dichos preceptos obligan a fundamentar la infracción legal cometida por "la sentencia impugnada", y a razonar "el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas".

Pues bien, como puede comprobarse, el escrito de interposición del presente recurso se limita a afirmar que la sentencia recurrida infringe el artículo 32 (debe entenderse que se refiere al artículo 31) del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición. Pero no fundamenta en momento alguno esa denunciada infracción, sin atenerse así a lo que prescribe el artículo 224.1 b) LRJS), ni expresa el contenido concreto de la alegada infracción, en contra de lo que establece el artículo 224.2 LRJS.

El artículo 224 LRJS ("Contenido del escrito de interposición del recurso") establece en su apartado 1 que el escrito de interposición del recurso deberá contener: "b) La fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebrantamiento producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia". Por su parte, en su apartado segundo se dispone que: "Para dar cumplimiento a las exigencias del apartado b) del número anterior, en el escrito se expresará separadamente, *con la necesaria precisión y claridad*, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción a que se refiere el apartado a) precedente, por el orden señalado en el artículo 207, excepto el apartado d), que no será de aplicación, *razonando la pertinencia y fundamentación* de cada motivo 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 que se invoque la unificación de la interpretación del derecho, haciendo referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada".

Dejando a salvo que el recurso tiene que cumplir ciertos requisitos de orden público, como argumentar por qué procede el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia o auto recurrido, los requisitos instrumentales, resulta imprescindible establecer, por un lado, la exigencia de contradicción que constituye el presupuesto procesal, y por otro, la infracción cometida por la sentencia recurrida.

1º). El *presupuesto procesal* es la existencia de la contradicción, la cual viene determinada legalmente por la concurrencia de dos elementos, la identidad y los pronunciamientos distintos:

-La identidad está referida a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación "*en mérito de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales*" (artículo 219.1 LRJS). Aunque aparentemente la Ley exige una identidad subjetiva, sin embargo, en realidad no establece tal exigencia ya que los litigantes bien pueden ser otros diferentes en idéntica situación. En cambio, sí impone una identidad procesal objetiva (igualdad sustancial de las pretensiones), una identidad material (relativa a los hechos y a la causa de pedir) y en las súplicas o peticiones; en cambio no se exige identidad en los fundamentos de derecho. Conviene precisar que, en todo caso, no se requiere necesariamente una identidad absoluta, bastando con una "igualdad sustancial", es decir, una semejanza importante para que pueda apreciarse una diversidad de soluciones ante controversias sustancialmente iguales.

En los hechos se exige una identidad en lo sustancial y no en lo meramente accidental. Los hechos que se someten a consideración no tienen por qué ser solo los

ubicados en el apartado específico de hechos probados, sino que, incorrectamente también pueden aparecer en los fundamentos de Derecho.

Igualmente puede tratarse de hechos que la Sala de lo Social del TSJ rechazó por considerarlos intrascendentes. Y no se considera que exista identidad por el mero hecho de que el mismo recurrente ha ocupado diferentes posiciones en diversos procedimientos. En estos términos, es casi inviable que se pueda aportar sentencia contradictoria en determinadas materias, como despidos, al menos en cuanto a la procedencia o improcedencia, por la dificultad que entraña la valoración de las conductas culpables y graves individuales y lo mismo sucede en otras como invalidez o recargo por omisión de medidas de seguridad (STS de 23 de junio de 2005, RJ 8334).

En lo relativo a los fundamentos de pedir y las pretensiones, la identidad se refiere, en el primer caso, a las normas que han sido aplicadas por las sentencias que se comparan, sin que baste una contradicción aparente, ya que lo que se está exigiendo verdaderamente es que ambas sentencias se apoyen en preceptos concretos coincidentes.

Es así que la identidad debe alcanzar a la petición ejercitada ante la jurisdicción y ello tanto en lo que se refiere a lo pedido (*petitum*) como a la causa de pedir (*causa petendi*).

Téngase en cuenta que, en todo caso, la identidad hace referencia a los elementos que identifican el litigio cuyas sentencias se comparan, mientras que la contradicción se refiere a los fallos de las sentencias. Sin embargo, son dos elementos inseparables, ya que no bastaría con que las sentencias contengan pronunciamientos distintos, sino que éstos han de haber recaído en litigios sustancialmente iguales.

-El segundo de los elementos es el de la contradicción. El que existan pronunciamientos distintos, se entiende referido a los fallos de las sentencias en contraste, porque son los que sientan jurisprudencia. Por tanto, no se puede invocar fallos contradictorios respecto de los que lo sean *obiter dicta*, es decir, pronunciamientos incidentales o a mayor abundamiento, ni tampoco los que invoquen una comparación en abstracto, al margen de la identidad de las controversias, sino que ha de tratarse de pronunciamientos concretos y distintos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2º). Acreditado el presupuesto procesal de la contradicción propiamente dicha, hay que cumplir con otros requisito íntimamente vinculado al anterior, a saber: en los criterios jurisprudenciales de la sentencia recurrida y la de contraste debe existir una *infracción legal cometida por la sentencia recurrida* (artículo 224 LRJS) y puede alegarse la infracción tanto de normas sustantivas como procesales de cualquier rango u origen (constitucional, legal, reglamentario o convenio colectivo), incluyendo la invocación de la jurisprudencia por ser fuente del ordenamiento jurídico, pero no la de circulares o instrucciones administrativas. Se está, pues, ante el requisito de denuncia de una infracción legal (STS de 31 de enero de 2011, rec. 1532/2010). En cuanto a los convenios colectivos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo los admite como infracción normativa de forma restrictiva, ya que sólo lo admite en caso de vulneración de convenio colectivo estatutario (incluso ha denegado la procedencia del recurso cuando se ha invocado infracción de un acuerdo marco por considerar que no es una norma jurídica invocable en casación por carecer de publicación oficial y no proceder de un poder normativo, STS de 26 de octubre de 2004, RJ 6651, siguiendo criterio de otras anteriores). Jurisprudencia ésta, aun discutible, coherente por la posición adoptada por la doctrina constitucional y por la propia jurisprudencia del TS que sostiene la naturaleza contractual, no normativa propiamente, de los denominados convenios colectivos extraestatutarios, sin embargo, no tan clara en lo que se refiere a los acuerdos marco. En definitiva, la identidad se refiere a los elementos que identifican los litigios en comparación y la contradicción a los pronunciamientos de las propias sentencias, porque, además de la contradicción entre los pronunciamientos, es necesario que éstos recaigan sobre controversias sustancialmente idénticas, ya que

no se pretende una comparación abstracta sino concreta. El acreditar esta identidad y contradicción es una carga que corresponde al recurrente, que no podrá además revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni intentar cuestiones a valoración de la prueba. El apreciar esta identidad y contradicción es una labor de apreciación compleja que compete al TS en la fase de admisión del recurso y ello sin perjuicio de que la acreditación de la contradicción es, como hemos dicho, carga del recurrente, sin que pueda para ello "revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba" y sin que pueda aportar documentos nuevos.

En definitiva, haciendo referencia específica al caso de autos, si se atiende a esta configuración técnico-jurídica el recurso no razona ni desarrolla el por qué debe aplicarse el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición, y en concreto la subrogación prevista en su artículo 31, y por qué no deben aplicarse los otros convenios colectivos que han formado parte del debate y que no establecen obligación alguna de subrogación. Es patente, así, que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina no hace "mención precisa" alguna de "las normas sustantivas o procesales infringidas" (artículo 224.2 LRJS) por la sentencia recurrida (artículo 224.1 b) LRJS). No hay la precisión ni claridad exigible respecto de concurrencia de los motivos de casación, en conexión con los elementos de contradicción. No es suficiente con señalar los preceptos que se entienden aplicables, sino que se requiere adicionalmente razonar sobre la fundamentación del recurso con infracción con son objeto de alegación, pues alegar o denunciar no equivale ni dispensa de argumentar (SSTS de 15 de julio de 2015, rec. 2429/2014; de 24 de abril de 2018, rec. 1331/2016; y 16 de enero de 2018, rec. 3358/2013).

El recurso incumple de forma manifiesta, en consecuencia, los apartados 1 y 2 del artículo 224 LRJS. Y se trata de un defecto procesal insubsanable, insubsanabilidad que el Tribunal Constitucional ha considerado plenamente ajustada al artículo 24 CE e "impeccable desde el punto de vista constitucional y legal"^[3].

IIº.- En segundo lugar, respecto a la *cuestión de fondo* interesa hacer algunas observaciones, pues en los fundamentos jurídicos se aprecian algunos argumentos que podrían ser decisivos de haberse podido decidir sobre las cuestiones jurídico-materiales que determinan la controversia jurídica.

El propio Tribunal Supremo (fjº1) indica, con cautela, que de poderse entrar en el fondo, la cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si es aplicable el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición (BOE 8 de febrero de 2018^[4]) y, en concreto, la subrogación prevista en su artículo 31.

El artículo 31 ("Subrogación"). se inserta en el Capítulo VI ("Adscripción del personal") del referido convenio colectivo, y dispone que "En el momento de la extinción de un contrato de arrendamiento de servicios, el personal de atención al cliente incluido en los Grupos Profesionales I y II de la empresa saliente, adscrito al servicio en cuestión, pasarán a estar adscritos a la nueva empresa adjudicataria del mismo, siempre que se de alguno de los siguientes supuestos: a) Trabajadores en activo que presten sus servicios en el centro de trabajo objeto de la subrogación, con una antigüedad mínima de los seis últimos meses, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo. b) Trabajadores que en el momento de cambio de titularidad del servicio contratado se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia o situación análoga, siempre y cuando hayan prestado sus servicios en el centro objeto de subrogación con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo y que reúnan la antigüedad mínima establecida en el apartado a). c) Trabajadores que con contrato de interinidad, sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior. En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria. La empresa

entrante respetará las condiciones salariales extra Convenio, siempre que hayan sido pactadas colectivamente con la saliente y que estuvieran acordadas con una antelación mínima de 6 meses a la fecha de la nueva adscripción. Como consecuencia del *carácter convencional de la subrogación* prevista en el presente artículo, la misma se llevará a cabo en los propios términos de la presente regulación, sin que resulte en consecuencia aplicable a esta institución jurídica, ningún otro texto normativo, ni siquiera con carácter supletorio. No existirá subrogación alguna respecto del empresario individual o los socios accionistas con control efectivo de la empresa, administradores o gerentes de la misma, cónyuges de los citados anteriormente y trabajadores contratados como fijos o fijos discontinuos y que tengan relación de parentesco hasta 2.º grado de consanguinidad o afinidad con los anteriores, salvo pacto en contrario. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador, operando la subrogación tanto en los supuestos de jornada completa, como en los de jornada inferior. En el caso de que un cliente rescindiera el contrato de arrendamiento de servicios con una empresa, con la idea de realizar tales servicios con su propio personal, y posteriormente contratase con otra de nuevo el servicio, antes de transcurridos seis meses, la nueva concesionaria deberá incorporar a su plantilla al personal afectado de la anterior empresa, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el presente artículo. Todos los supuestos de subrogación contemplados en los apartados a), b) y c) del presente artículo se deberán acreditar documentalmente, por la empresa saliente a la entrante en el plazo de cinco días hábiles, a contar desde el momento en que la empresa entrante comunique a la saliente de manera fehaciente, ser la nueva adjudicataria del servicio, mediante los siguientes documentos: – Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la Seguridad Social. – Fotocopia de las cuatro últimas nóminas mensuales de los trabajadores afectados. – Fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los seis últimos meses. – Relación de personal en el que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada, horario, modalidad de su contratación, especificación del periodo de mandato si el trabajador es representante sindical y fecha del disfrute de sus vacaciones. – Fotocopia de los contratos de trabajo de personal afectado por la subrogación. – Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Este documento deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha del inicio del servicio como nueva titular. De cumplir este requisito la empresa saliente, de manera automática y sin más formalidades, la empresa entrante se subrogará en todo el personal que presta sus servicios en el centro de trabajo^[5].

Ya se sabe los límites de la subrogación convencional en cuanto a la limitada posibilidad de excluir la aplicación del artículo 44 del ET y la Directiva 2001/23/CE, de la cual es el eje normativo de la transposición en nuestro Derecho interno. Con bastantes oscilaciones, la doctrina dominante del Tribunal Supremo desde la asunción de la doctrina de la «sucesión de plantilla» del TJUE se inclinó por considerar que se debería realizar una interpretación confluyente e integradora entre la «sucesión legal» ex art. 44 del ET y la llamada «subrogación convencional» ex convenio colectivo. En línea con la doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo consideró inicialmente que en tales casos de «sucesión de plantilla» (con independencia de que se haya producido o no una asunción voluntaria por parte del nuevo titular de la actividad) hay sucesión de empresa en el sentido de la Directiva y de la norma de transposición en el Derecho interno, con la consiguiente aplicación de todo el sistema de garantías individuales y colectivas previstas, sin posibilidad de exclusión de alguna de ellas.

No obstante, varias Sentencias del Tribunal Supremo (con Votos Particulares discrepantes) operaron un giro hermenéutico relevante de carácter restrictivo de las garantías laborales en la interpretación de las interrelaciones entre la «subrogación convencional» (a través de convenio colectivo) y la Normativa Legal (sucesión o subrogación legal por aplicación del art. 44 del ET y de la Directiva social comunitaria

de 2001). Se trató sobre todo de las SSTs de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014, 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014, 10 de mayo de 2016, rec. 2957/2014 y 1 de junio de 2016, rec. 2468/2014. En ellas se plantean supuestos de sucesión de contratas y la subrogación convencional –con la consiguiente asunción de plantilla por la nueva titular– en sectores de servicios (empresas de seguridad y limpieza) que se produce por mandato del convenio colectivo. Se produce, pues, la sucesión normativa laboral ex convenio colectivo del nuevo titular, pero con liberación de la responsabilidad legal solidaria prevista en el art. 44 del ET respecto del nuevo titular, en virtud de lo establecido en el convenio colectivo. Para el Tribunal Supremo esa exoneración de la empresa entrante es legítima por no ser un supuesto de sucesión al amparo del art. 44 del ET, sino que la subrogación impuesta por el convenio colectivo (norma paccionada) se traduce en una «sucesión de plantilla».

Ahora bien, si hay «sucesión de plantilla», hay «transmisión de empresa» en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, pues la consecuencia lógica de que la mayoría de trabajadores esté ex convenio colectivo al servicio del nuevo empleador es determinante de una «sucesión de plantilla» y, atendiendo a la doctrina consolidada del TJUE, ello implica una «sucesión de empresa». Cuestión distinta es que la propia normativa legal interna hubiese previsto un régimen con peculiaridades o de carácter especial con reenvíos regulativos a la autonomía colectiva para los supuestos de cambio de titularidad en contratas o concesiones administrativas, lo cual no se ha producido en el ordenamiento jurídico-laboral de nuestro país.

Aunque la sucesión de plantilla deriva consecuentemente del mandato introducido por una norma convencional o convenio colectivo, las consecuencias no son solo las previstas ex convenio colectivo, sino las establecidas ex art. 44 del ET, y las previsiones pactadas colectivamente que no vayan en contradicción con la normativa estatal reguladora de los efectos laborales del cambio de titularidad del centro de actividad (es decir, la sucesión legal del empleador y del sistema de responsabilidad empresarial ex art. 44 del ET). Cuando existe sucesión de plantilla se produce una sucesión de empresa o actividad laboral organizada, atendiendo a la interpretación del TJUE de la noción comunitaria de «entidad económica» como objeto de la transmisión y que literalmente recoge el art. 44.2 del ET⁶: «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». La organización productiva es una organización funcional de medios y de personas para la realización de una actividad económica en sentido amplio (productiva o servicial). Cuando lo transmitido sea esa «entidad económica» (acotada a través de una definición funcional estipulativa) existirá sucesión de empresa en el Derecho interno y comunitario.

Extrayendo las consecuencias pertinentes de su concepto de «entidad económica» (concepto jurídico de textura abierta más allá de su tenor literal y de carácter funcional al servicio de la normativa sucesoria laboral), el TJUE sostiene que «en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica» y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando «el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». En relación a una empresa de limpieza, el TJUE ha dicho que «un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción» [SSTJUE de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries), entre otras]. Ello determina que, salvo las denominadas asunciones no pacíficas de plantilla, los supuestos en que en una actividad en la que es predominante la mano de obra se produce una sucesión en la actividad de la contratada seguida de la incorporación a la contratista entrante de la asunción de una

parte significativa del personal que venía realizando las tareas de la anterior contrata, debe entenderse que hay que aplicar las garantías del art. 44 del ET, al menos en la parte coincidente con las que contempla la Directiva 2001/23/CE. Por lo demás, el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación o sucesión legal.

Todo esto es confirmado con la sentencia del TJUE "Somoza Herzo" de fecha 11 de julio de 2018, C-60/17, y reiterado, más recientemente, en la STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, EV y Obras y Servicios Públicos, S. A., Acciona Agua, S. A. Se reitera en ellas que una actividad (como la de vigilancia de un museo en el primer caso) que no exige el uso de materiales específicos puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. Y la consecuencia establecida por el TJUE es que la Directiva 2001/23/CE es plenamente aplicable a estos casos. En consecuencia, la cláusula de exoneración de responsabilidad a la adjudicataria en el servicio para los casos de sucesión de plantilla que establece el Convenio colectivo no puede ejercer su eficacia pues estaría actuando en contra de la norma imperativa ex art. 44.3 del ET, precepto que no puede ser disponible convencionalmente. Por tanto, en supuestos en los que exista sucesión de plantilla debe respetarse, al menos, el contenido mínimo necesario de la Directiva 2001/23/CE. Y existe sucesión de plantilla pues la nueva empresa se hace cargo de una parte esencial del personal de esa entidad o unidad organizativa, y aunque se haga cargo de los trabajadores ex convenio colectivo, esta circunstancia no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica que mantiene su identidad, que es lo determinante para que exista transmisión de empresa (sentencia de 27 de febrero de 2020, Grafe y Pohle, C-298/18 y jurisprudencia citada).

Después de la sentencia del TJUE "Somoza Herzo", se ha producido un cambio de doctrina del Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018 viene a «alinearse» con la sentencia del tribunal europeo extrayendo la regla sustancial de que el convenio colectivo no puede convertirse en un instrumento para justificar una elusión o derogación singular de la normativa legal imperativa^[7].

La STS de 27 de septiembre de 2018 recapitula la doctrina existente, recogiendo la doctrina sentada por el TJUE, señalando que la exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 del ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional. Precisa que el convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, pero no preterirla o empeorarla, ya que las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

El TS modifica una de las premisas de su doctrina, señalando que, en contra de lo que hasta ahora ha venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica. De este modo, el concepto de «entidad económica» se convierte en el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos laborales subrogatorios o sucesorios. De forma que «siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca».

La sucesión de plantilla comporta sucesión o transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 2001/23/CE y de la normativa interna de transposición cuyo eje viene constituido por el art. 44 del ET. Por tanto, ello impone límites a la regulación del convenio colectivo el cual imponiendo la subrogación convencional de personal solo puede mejorar *in melius* las garantías ex art. 44 del ET, pero no establecer una regulación *in peius*, porque la normativa legal sucesoria es de orden público laboral (derecho necesario o imperativo). Impuesta la sucesión de plantilla hay contravención del sistema legal vigente si la regulación del convenio reduce el sistema de garantías

previsto en el mismo (sea la sucesión en las relaciones laborales en curso, sea en lo relativo a la responsabilidad legal solidaria por obligaciones devengadas y no satisfechas o deudas). Una norma de Derecho necesario (y, por tanto, de carácter no dispositivo, perteneciendo al orden público laboral) no puede ser eludida por fuentes del Derecho de inferior rango (cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos) o por fuentes de las obligaciones contractuales (pliego de condiciones administrativas; ni tampoco, es obvio, el propio contrato de trabajo ex artículos 3.1.c) y 3.5 del ET).

La solución que ha aportado la negociación colectiva ante el déficit o insuficiencia legal en los supuestos de cambio de titularidad en contratos o concesiones administrativas viene siendo muy valiosa en sí misma ante las insuficiencias del marco legal vigente, pero a condición de que no quede desvirtuado o desnaturalizado el sentido del garantismo jurídico-laboral que proporciona la normativa legal sucesoria prevista para los cambios de titularidad de la empresa.

En el caso de autos el trabajador don Cirilo, parte recurrida en el actual recurso casacional, prestaba servicios para la empresa Claro Sol Logistics SAU (en adelante "Claro Sol"), como peón reponedor y con antigüedad de 2 de marzo de 2015, desarrollando sus funciones en las instalaciones de la empresa Iniciativas Sedox, S.L. La empresa Claro Soles la empresa ahora recurrente en casación para la unificación de doctrina. El 26 de marzo de 2007 las empresas Iniciativas Sedox y Claro Sol habían suscrito el denominado "Contrato de prestación de servicios logísticos" por el que Claro Sol se obligaba a "la prestación de los servicios de logística consistentes en la recepción de productos, preparación de pedidos, clasificación por rutas y colocación de productos para la entrega", llevándose a efecto la actividad dentro del recinto de la empresa Iniciativas Sedox.

El 8 de enero de 2017, las empresas Iniciativas Sedox y Adecco Outsourcing SAU suscribieron el denominado "Contrato marco de arrendamiento de servicio" para la realización de la actividad de "picking , reposición, registro de movimientos en sistema para Gama Servicio, refrigerado y botellería", desarrollándose la actividad en las instalaciones de la empresa Iniciativas Sedox.

El 7 de diciembre de 2017, Iniciativas Sedox comunicó a Claro Sol la decisión de cancelar los servicios de logística contratados, comunicándole el 4 de enero de 2018 que se había procedido a contratar el servicio con Adecco Outsourcing.

Claro Sol comunicó a Adecco Outsourcing la obligación de subrogación, contestando Adecco Outsourcing que no existía obligación legal o convencional alguna de subrogación. Claro Sol comunicó al trabajador que a partir del 8 de enero de 2018 la empresa dejaba de prestar servicios de logística en las instalaciones de Iniciativas Sedox, por lo que se procedería a cursar su baja en la Seguridad Social, siendo la nueva empresa la que debía subrogarse en la relación laboral por aplicación del artículo 32 del Convenio colectivo.

El trabajador demandó por despido a Adecco Outsourcing, Iniciativas Sedox y Claro Sol.

La sentencia comentada no entra en el fondo (aunque lo toma en consideración indecisorio en los fundamentos jurídicos), precisamente porque no se cumplen el requisito de fundamentación precisa y razonada de los términos de contraste entre las sentencias y ante todo respecto a la pertinencia de aplicar el convenio colectivo que ordena la subrogación o sucesión laboral convencional. El criterio del Tribunal Supremo es acertado dada la preferencia legal del pronunciamiento sobre la cuestión de estricto orden público procesal ex artículo 224, apartado 1 y 2, de la LRJS, apreciando en la formulación del recurso un defecto de argumentación jurídica insubsanable.

X. Apunte final.

La doctrina establecida de máxima importancia y trascendente, pues no se limita a reiterar una doctrina ciertamente consolidada, sino que también procede a clarificarla

con matices. Así, la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo insiste en que el recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso excepcional y que, sin incurrir en formalismos excesivos o enervantes, es preceptivo que el recurso, no solo indique los preceptos legales infringidos por la sentencia recurrida, sino que es necesario que fundamente y razone la infracción cometida por la sentencia recurrida. Y ello, entre otras cosas, porque, en el recurso de casación unificadora esta Sala Cuarta podrá optar por una de las dos interpretaciones en liza (la de la sentencia recurrida o la de la sentencia referencial), pero también podrá sentar una doctrina distinta, pues no está obligada, desde luego, a optar por la de aquellas sentencias, conforme a reiterada jurisprudencia. La jurisprudencia de la Sala ha establecido, asimismo, que no basta con que el recurso se remita o reproduzca la fundamentación de la sentencia de contraste.

Por otra parte, aunque este pronunciamiento sobre los requisitos del contenido del recurso de casación para unificación de doctrina sea preferente, por razones de orden público procesal, no cabe desconocer tampoco la relevancia de la cuestión de fondo, que se describe, pero en la cual no se adentra ni decide por la desestimación del recurso por falta de razonabilidad en la motivación. La cuestión de fondo plantea siempre el arduo problema de delimitar y acotar los espacios de la llamada subrogación convencional por convenio colectivo en los supuestos de cambio de titularidad en contratas o concesiones. Dicha subrogación convencional está condicionada a la determinación del convenio colectivo aplicable, puesto que en unos convenios se establece la subrogación o sucesión laboral y mientras que en otros no se impone (por inexistencia de cláusula de subrogación en el convenio colectivo). Este problema práctico, que da lugar a la controversia jurídica de fondo, que se resolvió en la instancia aplicando un convenio colectivo que no contenía una cláusula subrogatoria, permite reflexionar, de nuevo, sobre la conveniencia de que el propio artículo 44 del ET contenga una *previsión específica* sobre las subrogaciones convencionales en los supuestos de cambio de titularidad en contratas o concesiones. No se trataría de establecer una regulación exhaustiva, pero sí de prever unas reglas de regulación legal de mínimos que generalizase un conjunto de garantías sobre la base de las cuales pudiera operar la negociación colectiva con acotado margen de flexibilidad (podría acoger el criterio jurisprudencial consolidado de la “sucesión de plantilla”, pero también podría ir más allá del mismo mejorando el estándar de protección de los trabajadores en los supuestos de cambio de titularidad de contratas o concesiones^[8]).

Referencias:

1. ^ CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio”* (pp.IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. *Crítica del Derecho*), 2016, pág. L., y relaciónese con las páginas 68 a 93.
2. ^ *En este sentido, 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 (rcud1863/2018), 1068/2021, 28 de octubre de 2021 (rcud 3949/2018) y a las por ellas citadas.*
3. ^ [3] ATC 260/1993, de 2 de julio, y STC 111/2000, de 5 de mayo, como recuerdan las ya mencionadas SSTS 559/2017,27 de junio de 2017 (rcud 1735/2015), 724/2020, 23 de julio de 2020 (rcud 2389/2018), 97/2021, 27 de enero de 2021 (rcud 1863/2018), 1068/2021, 28 de octubre de 2021 (rcud 3949/2018), y las sentencias por ellas citadas
4. ^ Resolución de 25 de enero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional para las

empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición. BOE Jueves 8 de febrero de 2018, Núm. 35.

5. ^ Por su parte el artículo 32 (“Derechos de Información y Consulta”), establece que “Tanto la empresa cedente, como la empresa cesionaria, deberán de informar, a los representantes legales de los trabajadores afectados por el traspaso, con anterioridad a la sucesión o sustitución empresarial, de las siguientes cuestiones: • La fecha cierta o prevista del traspaso. • Los motivos del mismo. • Las consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores. • Las medidas previstas respecto de los trabajadores. • Relación de trabajadores afectados, incluyendo aquellos con el contrato de trabajo suspendido. • Relación de trabajadores excluidos. En los casos en los que no existan representantes legales de los trabajadores, los afectados por el traspaso serán informados, individualmente y con carácter previo a la sucesión o sustitución empresarial del contenido en los puntos anteriores, además de la situación personal del trabajador afectado respecto a su contrato individual”.
6. ^ Vid. sobre el concepto de “entidad económica organizada”, Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, *Ibidem Ediciones*, 1999. *La defensa originaria de la aplicación matizada –atendiendo a sus peculiaridades- de la normativa sucesoria laboral en los supuestos de “subrogación convencional”, con base en una noción funcional de unidad u organización productiva, fue realizada en Monereo Pérez, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y concesiones administrativas”, en Relaciones Laborales, núm. 7, 1986, págs. 9-43.*
7. ^ Monereo Pérez, J. L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017; Monereo Pérez, J. L.: “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, págs.121-191; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional -«ex convenio colectivo sectorial»-. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, en *La Ley Unión Europea*, número 65, 2018; Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N., y López Insua, B. del M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas (GAPP)*, núm. 22, noviembre-abril de 2019. <https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630>; Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: “La subrogación contractual a través de la negociación colectiva”, en *VV.AA.: La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Cruz Villalón, J., González Posada Martínez, E., y Molero Marañón, M.L. (Dirs.), Lahera Forteza, J. y Murcia Clavería, A. (Coords.), Albacete, Bomarzo, 2021, págs. 491 y sigs. El criterio fue mantenido originariamente por Monereo Pérez, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1986, págs. 9-43. Vid. sobre el concepto de

“entidad económica organizada”, Monereo Pérez, J.L.: La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad, Madrid, Ibdem Ediciones, 1999. La defensa originaria de la aplicación matizada – atendiendo a sus peculiaridades- de la normativa sucesoria laboral en los supuestos de “subrogación convencional”, con base en una noción funcional de unidad u organización productiva, fue realizada en Monereo Pérez, J.L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y concesiones administrativas”, en Relaciones Laborales, núm. 7, 1986, págs. 9-43.

8. [^] *Recuérdese que, conforme al artículo 8 de la Directiva 2001/23/CE, “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores”.*

§ 18 Denegación del depósito de los estatutos del sindicato de Abogados adscritos al turno de oficio RDA (Red de Abogados).

Ángel Arias Domínguez

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

Resumen: *La relación de servicios profesionales que vincula a los abogados adscritos al turno de oficio con la Administración de Justicia no es de las que consiente la constitución de un sindicato, porque los promotores ni son trabajadores asalariados ni están vinculados con una Administración Pública mediante una relación de servicios de carácter administrativo o estatutario.*

Palabras clave: *Libertad sindical. Abogado. Ley Orgánica de Libertad Sindical. Colegiación obligatoria.*

Abstract: *The relationship of professional services that links the lawyers assigned to the ex officio shift with the Administration of Justice is not one that allows the constitution of a union, because the promoters are neither salaried workers nor are they linked to a Public Administration through a relationship of services of an administrative or statutory nature.*

Keywords: *Syndical freedom. Lawyer. Organic Law on Trade Union Freedom. Compulsory college.*

I. Introducción.

Los proponentes del sindicato “Red de Abogados” recurren la decisión administrativa denegatoria del depósito de sus estatutos. Entienden, básicamente, que la inclusión en el turno de oficio sitúa a estos profesionales de la abogacía en una relación con la Administración Pública (Ministerio de Justicia) de naturaleza análoga a la laboral, tanto por las funciones que desarrollan como por el papel de garante del servicio de dicha Administración, que es, además, quien abona las retribuciones. Entienden, por tanto, que son sujetos amparables por la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y que, por tanto, su pretensión de constituir un sindicato que tutele y proteja colectivamente sus intereses profesionales debe ser viable y posible.

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: 83/2022, de 27 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación ordinario 92/2022.

ECLI:ES:TS:2022:293.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. D^a Concepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

La pretensión de los promotores del sindicato de abogados denominado “*Red de Abogados*”, de constitución y depósito de sus estatutos se deniega por resolución administrativa de 21 de diciembre de 2018 de la Dirección General de Trabajo.

Dicha resolución es impugnada por los promotores ante la Audiencia Nacional. En su resolución de la Sala Social 26/2019, de 22 de febrero desestima dicha pretensión. Se entiende, básicamente, que este tipo de profesionales colegiados ni prestan servicios en situación de dependencia, ni son sujetos de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de una administración pública con las características de dependencia y ajenidad que le permitiría incluirse en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. De manera singular se aprecia que el hecho de encontrarse adscritos al turno de oficio no sitúa a estos letrados dentro del concepto de empleado público que maneja el EBEP, pues ni tienen un nombramiento como funcionarios, ni detentan un contrato de trabajo al servicio de alguna administración pública.

Aunque dicha organización pretende “*la representación, defensa y promoción de los intereses laborales económicos, sociales culturales y profesionales de los trabajadores y profesionales del ámbito de la abogacía*”, especialmente de los abogados y procuradores en su relación con la administración en el marco de las obligaciones que les impone la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, su asociacionismo sindical se entiende proscrito, porque su actividad se concreta en una prestación de servicios profesionales, la asistencia jurídica gratuita por parte de estos letrados de turno de oficio de naturaleza pública que, aunque consiente, ciertamente, que los colegios profesionales regulen y organicen a través de sus Juntas de Gobierno los servicios gratuitos de asistencia, defensa y representación, y que se retribuyan mediante el baremo con fondos públicos, ello no supone que estos profesionales mantengan una relación de las que permiten las características asociativas que se organizan, tutelan y defienden mediante la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Todo ello, naturalmente, sin que les esté vedada cualquier otra forma asociativa de defensa de sus intereses corporativos y profesionales, singularmente aquellas que se destilan del art. 22 CE.

1. Los hechos probados.

Presentada por los promotores unos estatutos del sindicato la Administración aprecia de oficio “*que todos los promotores constan de baja como trabajadores por cuenta ajena, por lo que de conformidad con la citada LO no podrán constituir el sindicato*”. Es decir, no se acredita, en seguimiento de las previsiones del art. 1.2 LOLS, que el ámbito subjetivo del pretendido sindicato se constituye por “*trabajadores sujetos a una relación laboral o de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas*”.

Los promotores presentan un escrito de alegaciones en el que hacen constar que “*cuatro de los promotores de dicho sindicato prestan servicios en el turno de oficio del Ministerio de Justicia alegando que trabajan en él y reciben retribuciones (según baremo) que paga el propio Ministerio. En cuanto al quinto de los promotores se alegaba que no se encuentra adscrito al turno de oficio, pero ejercer la abogacía, y está inscrito con el correspondiente número de colegiado del Ilustre Colegio de Cartagena*”. Pretenden acreditar con esta alegación que los “*cuatro de los letrados*

'trabajaban' (sic) en el Turno de Oficio conforme regula la ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita y demás normas que la desarrollan'.

Por resolución de 21 de diciembre de 2018 de la Dirección General de Trabajo se deniega el trámite de depósito de constitución del sindicato. El texto completo de la resolución se reproduce en el relato de hechos probados. De él conviene destacar que se alerta a los promotores que, en uso de las atribuciones que confiere a la Administración el art. 4.4 RD 416/2015, han procedido de oficio a comprobar "si se cumplía" con el requisito requerido en el art. 1.2 LOLS de que los promotores sean trabajadores o tengan una relación de carácter administrativo o estatutario con una Administración Pública y que no habiéndose acreditado en sus alegaciones dicha circunstancia procede rechazar el depósito de los estatutos del sindicato, porque los "los demandantes no tienen la condición de funcionarios de carrera, ni son personal estatutario ni tienen relación laboral con el colegio de abogados", abriéndose paso a la vía jurisdiccional.

2. Los argumentos de la SAN.

La SAN 26/2019, de 22 de febrero ahora recurrida ya fue analizada en esta revista en el comentario § 50 de 2019 por María Emilia Casas Baamonde. El lector puede acudir a su lectura directamente en el siguiente enlace:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000450, por lo que se prescinde de la reproducción de sus argumentos.

Simplemente cabe recordar sucintamente que los demandantes entienden que la asistencia jurídica gratuita que prestan es un servicio público y cuyo responsable y garante último es el Estado, que es, además, quien remunera dichos servicios con fondos públicos. Las características de esta prestación, su obligatoriedad y el régimen subordinado de su ejercicio, la equiparan a aquellas que pueden protegerse colectivamente mediante el ejercicio de la Libertad Sindical institucional u organizada, es decir, mediante la constitución de un sindicato.

La controversia jurídica radica en apreciar si la relación que existe entre los abogados de oficio que prestan el servicio de asistencia jurídica gratuita y su colegio (o la administración central o autonómica competente en la materia) es de las consideradas laborales, o estatutarias o administrativas con una Administración Públicas a efectos de permitir la defensa de sus intereses colectivos mediante el ejercicio de la Libertad Sindical en su vertiente de constitución de un sindicato. No se tiene reparo alguno, constitucional o legal, en asumir que los abogados que son laboralmente considerados trabajadores, bien sujetos a una relación laboral común bien a una relación laboral especial, pueden ejercitar, con toda su amplitud, el derecho a sindicarse libremente o a fundar los sindicatos que estimen oportuno.

Con respecto a la situación concreta debatida en el pleito, aunque la resolución reconoce la naturaleza pública del servicio de asistencia jurídica gratuita, aprecia que los profesionales que en este caso la ejercen no son trabajadores por cuenta ajena ni tampoco son sujetos de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de una Administración Pública con las características dosis de dependencia y ajenidad que entrañaría situarlos dentro del concepto de empleado público que define el art. 8 EBEP, pues carecen de un nombramiento de funcionario ni son sujetos de un contrato laboral.

3. El recurso ante al TS.

El centro del recurso consiste en apreciar si los promotores tienen la condición de funcionario o de personal estatutario, o si portan un contrato de trabajo laboral, que son los títulos habilitantes subjetivamente para quedar incluido dentro del ámbito personal de la LOLS.

IV. Posición de las partes.

Los recurrentes (promotores del sindicato) entiende, como ya habían mantenido en el recurso desestimado por la resolución de la AN que los profesionales que prestan el servicio obligatorio de justicia gratuita (abogados o procuradores 'de oficio') son sujetos de una *"relación de carácter administrativo al servicio de la administración pública"*, tanto desde el punto de vista subjetivo, como objetivo, como material y como causal, y, *"por ello, debe reconocérseles su derecho a la sindicación"*. Porque entienden que la imposición por el Estado de la obligatoriedad de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita otorga dicho carácter a la relación. No es dudoso, en este sentido, que la LAJG implementa un *"complejo haz de relaciones entre diversas administraciones del estado y con los profesionales que prestan el servicio obligatorio de justicia gratuita"*, entre otras, las siguientes: *"- Obligatoriedad del servicio de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas (art. 1 LAJG); - Obligación de los Consejos y Colegios de abogados y procuradores de regular y organizar, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios obligatorios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia (art. 22 LAJG); - Obligación de los profesionales que prestan el servicio de asistencia jurídica gratuita de cumplir las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita (art. 23 LAJG); - Obligación de las administraciones públicas competentes de subvencionar el servicio que prestan los colegios de abogados (art. 37 LAJG), y - Derecho de los profesionales que prestan el servicio de asistencia jurídica gratuita a una compensación económica fijada por baremo (art. 40 LAJG)"*.

De todo este cúmulo de obligaciones deducen la presencia de las notas de dependencia y ajenidad características de cualquier relación de servicios laborales o estatutarias o administrativos para una Administración Pública, acentuada por la sumisión al poder organizativo y disciplinario de los consejos y colegios de abogados.

El Ministerio Fiscal entiende que la relación jurídica de los promotores del sindicato *"no es con la Administración ni con la Organización Colegial"* no pudiéndose realizar *"una interpretación ni restrictiva ni expansiva"* del art. 1.2 LOLS, pues es claro que *"no existe relación administrativa o estatutaria, ni laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que sería lo que posibilitaría el depósito de los estatutos, ahora negado, acertadamente, por la Administración competente"*.

La Abogacía del Estado impugna el recurso por entender que *"los abogados que ejercen libremente su profesión y atienden a sus clientes en régimen de asistencia jurídica gratuita, no son equiparables en modo alguno ni a trabajadores ni a empleados públicos o funcionarios de ninguna Administración Pública, ni siquiera de la Administración Corporativa de los Colegios de Abogados"*. Realiza, además una consideración muy interesante sobre el fraude de ley del recurso que deriva de *"la petición relativa a que se reconozca directamente la condición de empleados públicos, titulares de una relación de servicios administrativos al servicio de la Administración Pública, que unas veces mencionan como el Estado.../..., y otras como los Colegios Profesionales o los Consejos Generales.../..., llegando también a hablar, más ambiguamente, de las 'Administraciones involucradas'"*.

V. Normativa aplicable al caso.

* Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Art. 1.2 *"A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas"*.

Art. 3.1 *"No obstante lo dispuesto en el artículo 1.º, 2, los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo*

expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica”.

Art. 4.1 *“Los sindicatos constituidos al amparo de esta Ley, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, deberán depositar, por medio de sus promotores o dirigentes sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto”.*

Art. 4.3 *“La oficina pública dispondrá en el plazo de diez días, la publicidad del depósito, o el requerimiento a sus promotores, por una sola vez, para que en el plazo máximo de otros diez días subsanen los defectos observados. Transcurrido este plazo, la oficina pública dispondrá la publicidad o rechazará el depósito mediante resolución exclusivamente fundada en la carencia de alguno de los requisitos mínimos a que se refiere el número anterior”.*

* Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.

Art. 4.4 *“Con la presentación de la solicitud los sujetos previstos en el apartado 2 de este artículo podrán prestar su consentimiento autorizando a la oficina pública competente para que obtenga de forma directa a través de certificados electrónicos la acreditación de la identidad de los promotores o de los representantes de los órganos de gobierno de las organizaciones sindicales o empresariales, así como, en el supuesto de constitución de sindicatos, del cumplimiento de la condición de trabajadores en los términos previstos en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, o en el caso de constitución de asociaciones empresariales, de la condición de empresarios con trabajadores a su cargo que mantengan con ellos una relación de prestación de servicios remunerados.*

Cuando alguno o algunos de los promotores o representantes de los órganos de dirección de las organizaciones sindicales y empresariales no preste su consentimiento a la comprobación de los datos por la oficina pública competente, deberá aportar dicha documentación”.

VI. Doctrina básica.

Con respecto a la alegación de fraude de ley intimada por la abogacía del Estado, la resolución entiende que no concurren los elementos materiales que tradicionalmente son asociados para deducir dicha apreciación.

Interesante es el argumento que expone con relación a que el reconocimiento de la condición de funcionarios de los promotores correspondería al orden contencioso administrativo de la jurisdicción, y no al social.

Y en relación con el asunto mollar, quizá de manera demasiado escueta y limitándose a invocar el hecho probado correspondiente, precisa que los demandantes no tienen la condición de funcionarios de carrera ni de personal estatutario, ni detentan una relación laboral ni con el colegio de abogados ni con la Administración de Justicia, de lo que se infieren su imposibilidad de constituir sindicatos (art. 1.2 LOLS).

VII. Parte dispositiva.

Se desestima el recurso de casación ordinario 92/2022 interpuesto contra la SAN-SOC 26/2019, de 22 de febrero, confirmándola y declarando su firmeza.

VIII. Pasajes decisivos.

“...los demandantes no tienen la condición de funcionarios de carrera, ni son personal estatutario ni tienen relación laboral con el Colegio de Abogados.../...la Oficina Pública había comprobado de oficio si se cumplía con aquel requisito, con el resultado de que todos los promotores constan de baja como trabajadores por cuenta ajena”.

“Ninguna acreditación soporta las alegaciones de la parte recurrente; nada consta sobre el reconocimiento, nombramiento o certificación acreditativas de la relación administrativa invocada por los promotores. Ni siquiera la solicitud pertinente de la Administración Pública de la que pretendían dicho vínculo. La premisa de la que parte el recurso casacional –‘Sostenemos que los profesionales que prestan el servicio obligatorio de justicia gratuita (popularmente conocidos como abogados o procuradores ‘de oficio’) son sujetos de una relación de carácter administrativo al servicio de la administración pública y, por ello, debe reconocérseles su derecho a la sindicación’-, no goza del pertinente sustento fáctico, y tampoco el recurso ha formulado ningún motivo con cobertura en el apartado d) del art. 207 LRJS en orden a petitionar la revisión del capítulo fáctico a tal fin. La carencia probatoria del presupuesto exigido por el legislador en el art. 1.2 LOLS y el actual contenido de la crónica de hechos que se revela divergente a lo sostenido por la parte actora, conllevan irremediablemente que se entienda incumplida aquella exigencia y que proceda confirmar el fallo de la sentencia de instancia que deniega el postulado de demanda”.

IX. Comentario.

El carácter instrumental del derecho a la sindicación en relación con la Libertad Sindical, en los términos plasmados en el artículo 2.2.d) LOLS, no permite, sin embargo, una interpretación extensiva o abierta que permita la formación de organizaciones sindicales no compuestas por trabajadores asalariados en sentido estricto o personal, estatutario o administrativo, al servicio de una Administración Pública. Esta respuesta puede darse, aunque parezca obvio, porque la defensa de los intereses de estos colectivos, así como de cualesquiera otros, no se encauza de manera excluyente mediante la actividad sindical, sino que se consiente su defensa mediante otros medios, otros instrumentos, singularmente el ejercicio del derecho de asociación ex art. 22 CE.

Obviamente, de lo que aquí se trata, es de analizar si es razonable restringir o cercenar el acudimiento por parte de estos abogados a este mecanismo tan directo - como lo es la acción sindical- de tutela de los derechos fundamentales. Más que nada porque la interpretación favorecedora del ejercicio de los derechos fundamentales exige una interpretación amplia o abierta de los requisitos legales mediante los que se encauza el derecho fundamental, y aquí estamos en presencia, claramente, además, de una interpretación restrictiva de ellos. Porque el ejercicio por “*todos*” (art. 28 CE) a la libertad sindical no debe encontrar más obstáculos que aquellos que deriven de la propia Constitución, debiendo proscribirse (y entender inconstitucionales, por tanto) aquellos de orden legal que no tengan fundamentó el propio texto constitucional. El “*todos*” del art. 28 CE pugna, en definitiva, con la configuración legal de los sindicatos que predica el art. 2.1 LOLS, que encuentra acomodo constitucional precisamente porque no es el único medio de defensa de los intereses corporativos de “*todos*”.

Por otro lado, se debe ser consciente que la dogmática de este derecho fundamental a la libertad sindical debe interpretarse como un patrimonio reservado a un grupo muy singular de ciudadanos que se encuentran en condiciones estructuralmente deficitarias en relación con el capital que les contrata laboralmente, por lo que la reserva para ellos de un cauce específico para canalizar sus pretensiones también es un valor digno de protección constitucional. Lo que está en juego, en definitiva, es el alcance de ese “*todos*” del art. 28 CE, especialmente en tiempo como los actuales en los que proliferan nuevas formas de trabajar en la economía digital muy cercanas a las características típicas del trabajo autónomo (Casas Baamonde) que reclamarán, seguramente, una adecuación de los modos y formas de ejercicio de la acción sindical.

La resolución del TS, así como la de la AN, dan por supuesto, aunque no la afirman expresamente, que estos abogados (razonamiento extensible a otro tipo de profesionales liberales) sí podrían, aun siendo trabajadores por cuenta propia, afiliarse al sindicato de su elección siempre y cuando cumplieren las condiciones requeridas

por el art. 3.1 LOLS, básicamente que “*no tengan trabajadores a su servicio*”. No hay ningún óbice legal o constitucional en este proceder.

La resolución de la AN, aunque no la del TS, trae a colación el ATC 368/1992, de 1 de diciembre, que inadmitía a trámite un recurso de amparo impetrado frente a una resolución jurisdiccional que denegaba la constitución de un sindicato de abogados. En él se desecha la posibilidad de que la operatividad del art. 3.1 LOLS pudiese considerarse inconstitucional por no permitir la creación de sindicatos. Entiende, de manera muy clara, que no siendo los demandantes de amparo, que son los promotores de aquel sindicato de abogados, titulares del derecho a la creación de sindicatos, no puede haber resultado vulnerado el derecho fundamental del art 28 CE, pareciendo, como bien afirma la profesora Casas Baamonde en el comentario referenciado, que la voluntad de la resolución de la AN, y ahora la del TS implícitamente al no pronunciarse sobre este punto, fuese reconducir hacia la opción del art 22 CE, o en su caso hacia ésta del art. 3.1 LOLS, los problemas de defensa colectiva de los intereses de estos profesionales, dado el carácter instrumental de la creación de sindicatos en relación con el ejercicio de la libertad y la acción sindical.

No parece una solución mal trazada, dada la problemática tan “*elástica*”^[1] de los trabajadores autónomos, en la medida en que, de un lado, da satisfacción constitucional (art. 22 CE) y legal (art. 3.1 LOLS) a la protección de los derechos socioprofesionales de este colectivo, y salvaguarda la vía privilegiada de creación de sindicatos para los titulares plenos del derecho a la libertad sindical (art. 1.2 LOLS).

No se trata, obviamente, de pretender extender el derecho a la libertad sindical hacia las organizaciones patronales, asimilación imposable STC 52/1992, de 8 de abril mediante, sino de consentir un cauce de organización colectiva de los intereses corporativos de trabajadores autónomos (artesanos, comerciantes, agricultores, transportistas, etc.) o profesionales liberales que no tiene trabajadores a su servicio. La posibilidad, en definitiva, de organizar la defensa colectiva de los intereses de quienes carecen de “*interés colectivo antagónico sindicalizable*”^[2]. Porque los tiempos en los que la clara y nítida separación de los intereses socioprofesionales de los actores de la trama laboral (trabajadores y empresarios) se apreciaba con claridad (lo que favorecía, qué duda cabe, la límpida segregación de sus respectivos instrumentos de reclamación y defensa de sus intereses) podía patrocinar fórmulas excluyentes de acercamiento a los sindicatos por parte de los trabajadores autónomos (sin trabajadores) o pequeños profesionales liberales, han pasado a mejor vida^[3], debiéndose abogar actualmente por fórmulas más elásticas que consientan la representación sindical de intereses no siempre contrapuestos con la clase trabajadora. Un ejemplo de la realidad cotidiana: en este mes de marzo se está produciendo un paro de transportistas que no se sabe muy bien si es una huelga o un cierre patronal, porque defienden intereses transversales tanto de trabajadores como de empresarios y está convocado y seguidos por organizaciones sindicales y patronales.

En definitiva, y en conclusión, parece razonable el criterio mantenido por la resolución comentada, y aunque no aborda, pues no era objeto del recurso, cuáles deben ser los mecanismos de defensa de los intereses colectivos de estos colectivos, si puede razonablemente concluirse que estos pueden defenderse mediante dos vías. En primer lugar, mediante la que patrocina el art. 22 CE ejercitando las posibilidades de desarrollo que patrocina el derecho de asociación. Y, en segundo lugar, mediante la afiliación de los pequeños trabajadores autónomos (siempre que no tengan trabajadores a su servicio) a los sindicatos ya constituidos, no considerándose que la limitación a crear sindicatos por este último colectivo sea inconstitucional.

X. Apunte final

Dos apuntes adicionales pueden realizarse sobre esta resolución.

En primer lugar, el amplio margen de apreciación que se reserva la administración, vía art. 4.4 Real Decreto 416/2015, para apreciar cuestiones intrínsecamente

relacionadas con la constitución del sindicato, cuál es que se les permita comprobar si son trabajadores los promotores del sindicato, permitiéndose que la Administración se asegure “del cumplimiento de la condición de trabajadores en los términos previstos en el artículo 1.2 LOLS”.

Parece que esta potestad de autocontrol que se reserva la Administración está en contradicción con el diseño que hace la LOLS de la adquisición de la personalidad jurídica del sindicato. Porque para que un sindicato adquiera plena personalidad jurídica y capacidad de obrar es imprescindible que los promotores depositen los estatutos del sindicato en la oficina pública correspondiente. Éstos, los estatutos, deberán contener, al menos, las menciones especificadas en el art. 4.2 LOLS. Y no es necesario que contengan más menciones que estas. Como fácilmente se colige no existe un control gubernamental de los objetivos sociales del sindicato, simplemente se implementa un control sobre los aspectos formales. Y, entre ellos, y esto es lo que queremos resaltar, no se exige que se acredite que los promotores sean trabajadores. La potestad de control, en definitiva, que la administración ejerce sobre uno de los elementos del sindicato, como lo es constitución exclusivamente por trabajadores, no se encuentra directamente habilitada en esta norma.

Recuérdese que el sindicato adquiere personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, transcurridos veinte días hábiles desde el depósito de los estatutos según el art. 4.7 LOLS, y que, el art. 4.6 LOLS permite que tanto “la Autoridad Pública”, como “quienes acrediten un interés directo, personal y legítimo”, pueden “promover ante la Autoridad Judicial la declaración de no conformidad a derecho de cualesquiera estatutos que hayan sido objeto de depósito y publicación”.

La lectura completa de los tres incisos del art. 4 LOLS (el 2, el 6 y el 7) muestran un principio claro, aunque no expresado con rotundidad: la Administración no puede ejercer un control *ex ante* sobre los aspectos sustanciales en el proceso de creación de un sindicato, debiendo acudir de oficio ante la jurisdicción social para impulsar un control *ex post* de legalidad. Apréciase, que el inciso 3 del art. 4 LOLS solo permite que la administración advierta a los promotores de las incorrecciones formales en que ha incurrido al no cumplimentar adecuadamente los requisitos del artículo 4.2 LOLS. Sin embargo, la resolución de la Dirección General a la solicitud de constitución de sindicatos sobre este punto, al juicio de manera cuestionable.

Se trata de impedir, en definitiva, que la Administración pueda ejercer un control *ex ante* en una materia tan delicada, eligiéndose método de control únicamente el control *ex post*. Seguramente la LOLS prefirió, en 1985, que esta competencia quedara residenciada en la jurisdicción social y no en la Administración, probablemente porque la experiencia previa de la dictadura y su persecución de cualquier modelo de asociacionismo obrero aconsejaba alejar estas cuestiones del ámbito burocrático del poder del Estado. Aunque seguramente hoy en día esta conclusión tan categórica debiera tener más matices, parece más razonable como principio estructural del sistema el modelo que patrocina un control único jurisdiccional *ex post*, que una intervención Administrativa *ex ante*.

En segundo lugar, y aunque no es la problemática central de la cuestión debatida, conviene realizar algunas consideraciones sobre la alegación de los recurrentes en relación con la obligatoriedad de la prestación de los servicios de justicia gratuita, desde las dos perspectivas que patrocinan la jurisprudencia del TEDH y el TC.

La cuestión se despacha con la mera cita de la jurisprudencia del TEDH que niega, desde la STEDH *Van der Musselle c. Belgica*, de 23 de noviembre de 1983 (TEDH 1983\13), la consideración de trabajo forzoso a la obligatoria adscripción a un abogado adscrito al turno de oficio de un determinado asunto profesional, básicamente porque para que ello así, según la interpretación que se deduce del art. 2.1 del Convenio OIT núm. 29 sobre el trabajo forzoso (1930), deben darse dos condiciones: que el trabajo que se imponga sea contra la voluntad del interesado, pero, sobre todo, y este es la perspectiva fundamental de la cuestión, que la obligación que se imponga debe revestir el carácter de ‘injusta’ u ‘opresiva’, o bien que su ejecución represente

‘realmente una carga’ o sea inútilmente penosa o vejatoria (§ 37). Posteriormente la STEDH *Graziani-Weiss c. Austria*, de 18 de octubre de 2011 (TEDH 2011\84), enjuiciando la adecuación al Convenio núm. 29 de la práctica colegial consistente en nombrar tutor de oficio de un menor de edad a un abogado incluido en el turno de oficio, entiende que “*representar a una persona ante los tribunales y autoridades y gestionar sus propiedades no son servicios fuera del ámbito profesional*” porque no son servicios o actividades profesionales “*fuera del ámbito de las actividades normales de un abogado en ejercicio*” (§ 41).

Por su parte la STC 103/2018, de 4 de octubre^[4], en la que se resolvía la pretensión de que el servicio de asistencia justicia gratuita se residenciara en órganos o entes públicos estatales, y no en los colegios de Abogados, aprecia, en relación con la obligatoriedad de la prestación del servicio entiende el Fundamento Jurídico 7º, que “*el hecho de que el artículo 35 CE garantice que todo ciudadano que reúna las condiciones legalmente establecidas pueda acceder libremente a una profesión u oficio no quiere decir que el legislador no pueda regular, cuando así lo requiera el interés general, el ejercicio de dicha profesión u oficio, pues «el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio*”, de lo que se infiere que no se considera inconstitucional la imposición de determinadas exigencias, como por otra parte ocurre en otras profesiones u oficios.

Referencias:

1. ^ En el apreciar de OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003, p. 171.
2. ^ SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, Tirant Lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1994, p. 83.
3. ^ Así, por ejemplo, la apreciación de MARÍN MORAL, I.: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, Murcia, 2003, p. 181.
4. ^ Véase el comentario a la misma de GARCÍA BLANCA, J. M.: “¿Es obligatorio para los abogados prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita?”, en VV.AA. (ALONSO OLEA, M.; MONTOYA MELGAR, A., y SEMPERE NAVARRO, A. V. [Dir.]): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXXVI: 2015-2018, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 1643 y ss.

§ 19 Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: Cuando una Administración pública se subroga, por reversión en la gestión de un servicio público previamente externalizado, en el personal laboral fijo de la empresa contratista, debe mantener esa condición de fijeza, siendo inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Ahora bien, la fijeza lo es con adscripción a la unidad productiva transmitida y respecto de las funciones desempeñadas en la misma.

Palabras clave: Sector público. Transmisión de empresa. Descentralización productiva. Estabilidad en el empleo. Personal indefinido no fijo.

Abstract: When a Public Administration assumes, due to reversal in the management of a previously outsourced public service, the permanent employees of the concessionaire company, that one must maintain this fixed condition. It's not appropriate in this case to apply the category of non-permanent indefinite personnel, in order to comply with the requirements arising from Directive 2001/23/EC. However, the employment stability is only operational within the framework of the productive unit transferred and regarding the functions developed in it.

Keywords: Public sector. Transfer of undertakings. Outsourcing. Employment stability. Non-permanent indefinite personnel.

I. Introducción.

La categoría del personal laboral indefinido no fijo, ambiguamente recepcionada el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 8 y 11) y, de forma implícita, en la Disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (suprimida por el RDL 32/2021), es, como se sabe, una construcción jurisprudencial, surgida *ex novo* en la segunda mitad de la década de los noventa, para conciliar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (también plasmados en la legislación ordinaria) que condicionan el acceso a un empleo estable en el sector público con las normas laborales que prevén la adquisición de fijeza en los supuestos de contratación temporal ilícita o fraudulenta (incumplimiento de las causas de temporalidad). Con posterioridad, la condición de indefinido no fijo se fue extendiendo por la jurisprudencia a otros casos de irregularidades contractuales cometidas por las Administraciones y entidades públicas –incluidas las sociedades mercantiles de titularidad pública–, tales como: superación del plazo máximo permitido en contratos temporales originariamente válidos, concertación de contratos administrativos con falsos autónomos o cesión ilegal de mano de obra a entidades públicas^[1], sin que la previa superación de un proceso selectivo para plazas de personal temporal haya sido considerado suficiente

para adquirir la anhelada fijeza una vez que dicha contratación es calificada como fraudulenta^[2].

Hasta la STS 85/2020, de 28 de enero, de la que ha sido ponente el catedrático y magistrado Antonio-V. Sempere Navarro, la Sala Cuarta del TS no había abordado frontalmente la caracterización del personal subrogado por las Administraciones públicas como consecuencia de la reversión de un servicio de su competencia previamente externalizado. El Pleno de la Sala, en un pronunciamiento desprovisto de votos particulares, ha vuelto a convulsionar el mundo del empleo público al reconocer la condición de fija, y no solo de indefinida no fija, a una trabajadora del Servicio de Atención Domiciliaria primeramente externalizado y después reasumido por el Ayuntamiento de Pamplona para su gestión directa. No obstante, el mantenimiento de la fijeza que la trabajadora ya disfrutaba antes de la subrogación se produce con importantes matices que limitan el alcance y efectos de dicho reconocimiento en el sector público.

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: 85/2022, de 28 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: rcud. núm. 3781/2020

ECLI:ES:TS:2022:270

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: Carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

Como se ha anticipado, se trata de un supuesto de subrogación empresarial del art. 44 ET, protagonizado por una Administración local. No siendo materia discutida la existencia de transmisión de empresa, el motivo del conflicto estriba en la discrepancia acerca de si la asunción del personal subrogado por una entidad pública debe hacerse manteniendo a dicho personal la condición de fijo que ostentaba en la mercantil para la que venía prestando servicios antes de la reversión de la contrata, o si dicha integración debe producirse con el carácter de indefinido no fijo. Obviamente, la situación habría sido muy distinta si la relación laboral del personal transferido hubiera sido temporal, pues en tal caso no se habría discutido su condición de fijo o indefinido no fijo, sino que la temporalidad del vínculo se habría transmitido junto con este.

El caso de refiere a una reversión del Servicio de Atención domiciliaria del Ayuntamiento de Pamplona. El referido servicio estaba siendo desempeñado por dos empresas, una pública y otra privada. Con la segunda, la trabajadora accionante mantenía una relación laboral de duración indefinida a tiempo completo, categoría profesional de trabajadora familiar especialista, hasta que el Ayuntamiento decide internalizar el servicio, dando lugar a la subrogación del art. 44 ET. No consta que la trabajadora hubiera accedido a la fijeza en su empresa previa superación de algún proceso selectivo en el que primaran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

El Ayuntamiento comunica a la demandante que pasa a ser personal laboral del Consistorio, integrándola en su plantilla orgánica, pero con la condición de indefinida no fija hasta que se provea la cobertura de la plaza de forma reglamentaria o se acuerde su amortización, lo que claramente supone modificar *in peius* la naturaleza jurídica del vínculo que mantenía con su anterior empleadora. Disconforme con esta calificación, la trabajadora interpone demanda, que es estimada por el Juzgado de lo

Social núm. 3 de Pamplona, reconociéndole la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona en virtud de sucesión empresarial.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución por el Ayuntamiento, la Sala de lo Social del TSJ de Navarra dicta sentencia de 8 de octubre de 2020 (rec. 189/2020), revocatoria de la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y absolución de la parte demanda de las pretensiones en su contra ejercitadas.

IV. Posición de las partes.

- El recurso de casación para la unificación de doctrina de la trabajadora

La trabajadora formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como contradictoria una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares de 17 de octubre de 2013 (rec. 225/2013). Denuncia la infracción del art. 44.1 ET y del art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo. Preconiza el mantenimiento de la relación laboral tras la subrogación, sin modificaciones. A su favor invoca asimismo la doctrina de la STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto Correia Moreira)^[3], alegando que, por mandato del art. 4 bis de la LOPJ, siendo jerárquicamente superior el ordenamiento eurocomunitario al nacional, no cabe aplicar el art. 103.3 CE.

La recurrente fija el núcleo de la contradicción en la determinación de qué efectos se producen en los contratos de trabajo de quienes venían prestando servicios con contrato indefinido por cuenta de una empresa privada, adjudicataria de un servicio, cuando una Administración Pública asume la gestión directa del servicio con las mismas personas que lo venían prestando por cuenta de la adjudicataria; en concreto si el contrato indefinido se modifica en indefinido no fijo, o si se mantiene la fijeza.

- La impugnación del recurso

La representación letrada del Ayuntamiento de Pamplona impugna el recurso. Cuestiona la concurrencia de la contradicción ente las sentencias opuestas, dado que la referencial aborda un supuesto de despido y además se cuestionaba la subrogación. Expone que la figura del PINF permite conciliar las previsiones de las normas en concurrencia.

Advierte que el artículo 67.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra se opone a la solución preconizada por la trabajadora. Asimismo, invoca en su favor la jurisprudencia que aplica a las sociedades del sector público las exigencias de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Aduce, por último, que la doctrina no está pensada para supuestos como el presente, y que acceder a la fijeza sin superar pruebas resulta discriminatorio si se compara con quienes han debido hacerlo.

- El informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público interesa en su informe la desestimación del recurso de la trabajadora. Considera cuestionable la contradicción entre sentencias. Y, en cuanto al fondo, se pronuncia en favor de la doctrina acogida en la sentencia recurrida, preconizando que la doctrina Correia Moreira debe cohonestarse con el respeto a las estructuras constitucionales básicas.

- La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. Pese a las diferencias existentes entre ambas sentencias, pues en la impugnada se plantea una acción declarativa y en la sentencia aportada como contradictoria la acción es de despido, en los dos casos se produjo la subrogación contractual desde el sector privado al público y se cuestiona si las personas afectadas conservan la fijeza o acceden a la condición de PINF, lo que supone analizar e interpretar el alcance del art 44.1 ET cuando señala que la sucesión se produce sin ruptura del vínculo y con respeto a los derechos de los trabajadores.

V. Normativa aplicable al caso.

Una pluralidad de disposiciones (comunitarias, estatales y autonómicas), son examinadas para responder a la cuestión suscitada en el recurso: Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; arts. 14, 23.2 y 103 CE; art. 44 ET; art. 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; DA 26ª de la Ley 3/2017, de 27 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 ("Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público", la STC de 122/2018, de 31 de octubre de 2018, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones de la DA 26ª en la parte referida al personal subrogado); DA 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 ("Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral"); art. 67.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra.

VI. Doctrina básica.

Cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo fijo, debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE y su interpretación jurisprudencial (STJUE 13 junio 2019, Correia Moreira). Esta unificación doctrinal también persigue despejar las dudas que pudieran haber suscitado algunas consideraciones albergadas en anteriores sentencias, en las que no se debatía frontalmente la presente cuestión: es el caso, por ejemplo, de la STS 619/2021 de 10 junio (rcud. 4926/2018), donde lo debatido era propiamente si existía o no subrogación.

Ahora bien, la trascendencia de este criterio, que supone una relevante excepción al juego de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que presiden el acceso a un empleo permanente en el sector público, lleva a la Sala Cuarta a matizar esta solución, poniendo condiciones al mantenimiento de la condición de fijo laboral en el caso de subrogación operante en el ámbito de las Administraciones públicas. En concreto, se afirma que la fijeza laboral no se adquiere incondicionadamente en todo el ámbito de la nueva empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión. Además, si se advierte (y constata) la fraudulenta incorporación de personal fijo a la empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración, siempre quedaría abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esta maniobra torticera.

VII. Parte dispositiva.

La STS 85/2022 incluye el siguiente fallo:

"Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Dulce, representada y defendida por el Letrado Sr. Cantero Mantas.

2º) Casar y anular la sentencia nº 226/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 8 de octubre de 2020.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole interpuesto por el Ayuntamiento de Pamplona.

4º) Declarar, en los términos expuestos por el Fundamento Octavo de esta sentencia, la firmeza de la sentencia nº 142/2020 de 24 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, en los autos nº 117/2020, seguidos a instancia

de dicha recurrente contra el Ayuntamiento de Pamplona, sobre reconocimiento de derecho.

5º) Imponer al citado Ayuntamiento las costas derivadas de su fracasado recurso de suplicación”.

VIII. Pasajes decisivos.

Tras efectuar un amplio recorrido por el origen, naturaleza jurídica y alcance de la figura del PINF (exposición que la sentencia considera necesaria para valorar si es posible su traslación a los supuestos de municipalización), remarcando las diferencias con el contrato de interinidad por vacante (este sí adscrito a plaza concreta), la Sala Cuarta, casando la STSJ de Navarra de 8 octubre 2020 (rec. 189/2020) recurrida, y confirmando el criterio de instancia, fundamenta su decisión sobre el tema debatido (conservación o no de la condición de fijo en caso de subrogación empresarial protagonizada por Administración pública) a partir de tres líneas argumentales, sintéticamente anticipadas en el FJ 4:

“El principal: que tanto el propio concepto de subrogación cuanto su regulación, inclusive al amparo de normas de la Unión Europea, exigen que el nuevo empleador se subrogue en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición”.

“El segundo, que la categoría de PINF es inadecuada para resolver los eventuales conflictos entre la anterior conclusión y las exigencias constitucionales sobre acceso al empleo público respetando determinados principios”.

“A esos dos principales puede añadirse, como complemento, alguna apoyatura adicional, reseñada en el Fundamento Séptimo”.

En relación con el primer argumento (el alcance de la subrogación respecto de la modalidad contractual previa), desarrollado en el FJ 5, tras examinar el alcance del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE, así como la doctrina de la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira), la Sala concluye que “cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes”, no resultando admisible “una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección”. Y añade: “La invocación que la STSJ recurrida realiza al respeto a las estructuras constitucionales de cada país aparece expresamente rebatida por el Tribunal de Luxemburgo. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva”.

En relación con la segunda línea argumental (disfunciones de la aplicación de la categoría de PINF a quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una transmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración Pública), desplegada en el FJ 6, el TS sostiene que ello es así especialmente porque:

-“(…) la categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras (...) el origen de esta construcción se halla en la necesidad de conciliar las consecuencias de los incumplimientos en materia de temporalidad (acceso a la fijeza) con las exigencias constitucionales sobre acceso a la función pública. La desnaturalización del tipo de contrato existente (temporal) y su acceso a otra categoría (indefinido) aparece como una consecuencia favorable para la persona afectada. La “no fijeza” matiza esa consecuencia, pero juega en favor de una mejora de la posición jurídica mantenida por quien trabaja. Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF”.

-“(…) la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de

las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público. La "interpretación conforme" de nuestro ordenamiento, para concordarlo con las exigencias derivadas de la primacía del Derecho eurocomunitario (art. 4.bis LOPJ) está ahora en juego."

- "Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente".

Además, aunque la reversión se produce con anterioridad a la LPGE 2017 y a la LPGE 2018, y la STC 22/2018 ha anulado parcialmente la DA 26ª de la primera (precisamente el inciso referido a la subrogación), ello no presenta un obstáculo (en opinión del TS) para alcanzar esta conclusión. De hecho, la literalidad del art. 130.3 LCSP (tampoco aplicable al caso) ratifica también este criterio.

En cualquier caso, la sentencia añade tres consideraciones relevantes, que matizan el alcance de su decisión (FJ 8):

- "A) En los hechos probados se afirma que la trabajadora demandante tiene una antigüedad reconocida de julio de 2016 y que el Ayuntamiento asume la gestión directa del servicio con fecha 1 de marzo siguiente. Este dato sirve para advertir que cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera.

- B) El presente litigio surge como consecuencia de que el Ayuntamiento comunicó expresamente a la actora que se incorporaba "como personal laboral indefinido no fijo hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización". La solución que hemos dado pacifica el conflicto actualmente existente. Sin embargo, conviene advertir que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar."

- "C) La impugnación al recurso invoca el tenor de la Ley Foral 2/2018. Conforme a su artículo 67.4 "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta ahora venía siendo prestado por un operador económico, estará obligada a la subrogación del personal que lo prestaba, que se mantendrá en el puesto de trabajo hasta que las plazas sean objeto de cobertura mediante la normativa de función pública que resulte de aplicación". Se trata, por descontado, de previsión que no podía aplicarse en la sentencia referencial tanto por razones cronológicas cuanto territoriales. En todo caso, digamos que a efectos de la contradicción ese dato no es relevante pues la identidad de los fundamentos (art. 219.1 LRJS) no va referida a las normas aplicadas por las sentencias sino a la base de las pretensiones. Además, como lo que está en liza es el modo en que interacciona el Derecho de la UE con el interno, a estos efectos, tanto da que concurra una norma estatal u otra autonómica (sin necesidad de adentrarnos ahora en cuestiones competenciales). Por tanto, del mismo modo que ese dato normativo no ha impedido que estimemos concurrente la contradicción entre sentencias, tampoco podría alterar el resultado de los razonamientos precedentes".

IX. Comentario.

Aunque no puede afirmarse que constituya un fenómeno generalizado, desde hace varios años estamos asistiendo a situaciones de reversión por parte de los distintos niveles de la Administración de las antiguas políticas de externalización y/o descentralización, de modo que los servicios y actividades cuya gestión se había encomendado a empresas privadas (contratistas) o a empresas y organismos dependientes de la propia Administración (entes instrumentales creados en gran medida para huir del corsé del derecho administrativo y conseguir una gestión más flexible), están siendo rescatados por las Administraciones para su gestión directa. En un escenario muy distinto se sitúan las decisiones políticas de cierre de determinados organismos y empresas públicas, sin prolongación de la actividad amortizada y consiguientes despidos masivos.

Sin duda, uno de los mayores interrogantes que aparecen en los supuestos de reversión es el relativo a si es posible la integración de las personas asalariadas de la contratista que deja de prestar el servicio en la plantilla orgánica de la Administración y en qué condiciones se producirá dicha integración. A este respecto, la LCSP establece en su art. 130.3 que "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general".

En cuanto al impacto jurídico-laboral de la reversión, existirá subrogación empresarial con arreglo al art. 44 ET y al amparo de la Directiva 2001/23/CE, cuando la Administración decida asumir una parte esencial de la plantilla de la contratista para continuar con la prestación del servicio en actividades "desmaterializadas" (limpieza, seguridad, atención al público...), aplicando la doctrina comunitaria sobre "sucesión de plantillas"; o cuando, en actividades que no descansan fundamentalmente en la mano de obra sino que requieren infraestructura, exista traslación de elementos patrimoniales, con independencia de que originariamente dichos medios pertenecieran a la propia Administración contratante y esta se limite a recuperarlos tras la extinción de la contrata.

Con este presupuesto (existencia de transmisión de empresa), lo que la Sala de lo Social del TS ha venido a declarar es que los trabajadores de la contratista que pasan a ser empleados de la Administración con motivo de la reversión, conservan la condición de fijos que tenían con su anterior empleadora, de modo que la subrogación por un ente público no será motivo para degradar su estatus laboral al de PINF ni, por consiguiente, se les podrá obligar a pasar por un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad para consolidar la plaza. La tensión entre el orden normativo interno que impone determinados requisitos para optar a un empleo estable en el sector público (art. 103.3 CE, EBEP) y el Derecho de la UE que exige que se mantengan las condiciones de origen en los supuestos de transmisión de empresas o parte de estas (Directiva 2001/23/CE), se resuelve mediante la aplicación preferente del segundo bloque normativo.

Contrariamente a la práctica seguida en casos de reversión de servicios públicos, en los que la integración del personal transferido se ha producido reconociéndoles la Administración rescatadora la condición de indefinidos no fijos (con respaldo de abundante doctrina judicial), la Sala Cuarta, en la primera ocasión que se le ha presentado de abordar el tema frontalmente, se ha alineado con la doctrina contenida en la STJUE de 13 junio 2019 (asunto Correia Moreira), conforme a la cual, en el marco de un traspaso no cabe exigir al personal cedido un procedimiento público de selección ni tampoco el sometimiento a un nuevo vínculo con el cesionario, sin que represente un obstáculo la existencia de normas constitucionales internas que otra cosa prevean.

Explica la sentencia las disfunciones que derivarían de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos. De un lado, porque esta categoría surge para explicitar las

consecuencias derivadas de previas conductas infractoras (contratación temporal fraudulenta o abusiva), pero en el caso (traspaso por reversión) no existe infracción de normas por parte de la Administración que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF, ya que la trabajadora ya prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, y la "no fijeza" vendría a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza, pues la obligaría a someterse a un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza, corriendo el riesgo de no obtenerla.

Otra de las disfunciones que aprecia la Sala es que la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Mientras que aquí lo que se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

Matiza la sala Cuarta que no estamos ante un supuesto de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En todas las transmisiones de empresas el nuevo empleador adquiere la unidad productiva y/o la plantilla, con sus derechos y obligaciones por lo que en este asunto en el que se municipaliza un servicio antes externalizado, el Ayuntamiento debe asumir que los trabajadores que eran fijos sigan siéndolo a estos efectos.

Ahora bien, aunque en la sentencia comentada la Sala Cuarta se mueve en la dirección de conservar las condiciones y los derechos preexistentes a la transmisión, invocando la primacía del Derecho eurocomunitario, tampoco desconoce que el ordenamiento interno impone determinadas exigencias para conseguir una plaza fija en el sector público. De ahí que haya introducido importantes matices al reconocimiento de la condición de fijo al personal subrogado por la Administración, vinculando dicha fijeza al estricto ámbito de la unidad productiva objeto de traspaso, con lo que no se está cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. La misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. Por tanto, se está reconociendo que el personal subrogado no es un empleado público fijo como los demás, pudiendo perder dicha condición de sobrevenir determinadas "vicisitudes" (sin explicitar cuáles) que lo desvinculen del objeto productivo traspasado y de las funciones que hasta ese momento viniera desempeñando.

Por otro lado, no son descartables comportamientos fraudulentos, como ocurriría cuando, ante la perspectiva de una reversión del servicio público externalizado, y a medida que se vaya conociendo esta doctrina del TS, se procediera a realizar contrataciones fijas de difícil justificación por la empresa que viniera desarrollando la actividad, en fechas próximas al traspaso, para que por esta vía sus empleados consigan la muy cotizada estabilidad laboral en el sector público, sin pasar por el filtro de un proceso selectivo previo. El fraude de ley es una herramienta jurídica a la que habrá que recurrir en su caso para enervar estas conductas torticeras.

X. Apunte final.

La Sala Cuarta ha aportado un elemento más en la construcción de la problemática figura del PINF, descartando su aplicación en los casos de subrogación empresarial a favor de una Administración Pública. En estos casos, el contrato de trabajo transmitido mantendrá la naturaleza fija que tuviera en origen, con los matices expuestos.

Así resulta de la primacía del ordenamiento unioneuropeo, pero no puede pasarse por alto la frustración y legítimo sentimiento de agravio que esta doctrina ha de despertar en los miles de empleados públicos interinos e indefinidos no fijos, los cuales, después de muchos años de precariedad e incertidumbre encadenando contratos temporales, se ven compelidos a superar unas pruebas selectivas objetivas,

a veces muy duras, en régimen de concurrencia, para obtener (si lo logran) un puesto fijo en el sector público, mientras que al personal subrogado se les exime de esta exigencia. Las facilidades que suelen habilitarse en los concursos para estabilización de empleo temporal de larga duración no alteran sustancialmente este panorama.

Además, resulta extraño que un empleado al que se reconoce estatuto de fijeza no pueda disfrutar, en el seno de la Administración que se ha subrogado en su contrato, de los mismos derechos (movilidad profesional, traslados...) que el resto de empleados fijos, por venir adscrito a la unidad objeto de traspaso y mientras no cambie de funciones; en tanto que al PINF, al no hallarse vinculado (como norma general) a un puesto concreto (según la jurisprudencia), sí se le reconocen esos derechos (sin que ello altere la naturaleza de su vínculo con la Administración). ¿Puede considerarse la distinta vía de acceso a la fijeza laboral en el sector público una razón suficiente que justifique esa diversidad de trato? Ítem más ¿procedería la recalificación del personal subrogado como PINF, caso de sobrevenir las “vicisitudes” a las que se refiere la sentencia? Advértase que uno de los argumentos esgrimidos por el TS para descartar la aplicación de la categoría de PINF en los casos de traspaso por reversión ha sido, precisamente, la inexistencia de irregularidad previa, y lo habitual será que las expresadas vicisitudes tengan igualmente un origen reglado y lícito^[4].

Referencias:

1. ^ *Me he ocupado del tema, con exposición de las diversas situaciones motivadoras de la calificación como indefinido no fijo*, en CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018, pp. 103-134.
2. ^ STS/Soc. de 25 noviembre 2021, rcud. 2337/2020. *En cambio, STS/Soc. de 16 noviembre 2021 (rcud. 3245/2019), reconoce la condición de fijo, y no solo de indefinido no fijo, a un trabajador temporal de AENA que había superado el proceso selectivo para una convocatoria de plazas fijas en la entidad, sin conseguir plaza.*
3. ^ *El TJUE declaró que la Directiva 2001/23/CE se opone a una normativa nacional (en el caso, portuguesa) que exige que, en caso de transmisión de trabajadores, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario, con la respectiva disminución de sus derechos.*
4. ^ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “*En caso de reversión en el sector público y aplicación del art. 44 ET el personal debe ser fijo (y ¿una nueva situación para declarar la relación indefinida no fija?) (STS 28/1/22)*”, en el blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 17 febrero 2022, <https://ignasibeltran.com/2022/02/16/en-caso-de-reversion-en-el-sector-publico-y-aplicacion-del-art-44-et-el-personal-debe-ser-fijo-y-una-nueva-situacion-para-declarar-la-relacion-indefinida-no-fija-sts-28-1-22/>

§ 20 Nulidad del despido adoptado tras anuncio de matrimonio por parte de la trabajadora.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *El despido de una trabajadora por anunciar su matrimonio lesiona el derecho a la no discriminación y el derecho a elegir libremente estado civil; el estado civil forma parte de las circunstancias frente a las que se proscriben el trato discriminatorio; la libre elección del estado civil constituye un aspecto inherente a la dignidad y libertad de las personas.*

Palabras clave: *Despido. Dignidad. Discriminación. Estado civil. Indemnización. Libertad de decisión. Matrimonio.*

Abstract: *The dismissal of a female worker for communicating her intention to marry violates the rights to non-discrimination and to freely choose the own marital status. Marital status is one of the circumstances against which discriminatory treatment is proscribed and the free choice of marital status is an inherent aspect of dignity and freedom.*

Keywords: *Dismissal. Dignity. Discrimination. Free choice. Indemnity. Marital status. Marriage.*

I. Introducción

Tres circunstancias relevantes de la vida social y jurídica pueden entrecruzarse en un determinado momento dentro de una misma situación, como precisamente ocurre en el asunto examinado y resuelto por la sentencia TS 130/2022, de 9 de febrero. Se trata del estado civil, el trabajo y el acto discriminatorio. Cuando proceden a la identificación de los factores respecto de los que la diferencia de trato se considera contraria a sus mandatos, las normas que declaran el derecho a la igualdad y no discriminación no suelen hablar del estado civil, ni del matrimonio en particular. Pero es evidente que la decisión sobre el estado civil, y la opción concreta por el matrimonio o por cualesquiera otras fórmulas de convivencia, forman parte del reducto más íntimo y respetable de una persona, por lo que los actos ajenos que puedan afectarlas entroncan con el derecho a la dignidad y han de afrontarse por el jurista con un cuidado muy especial. No es que cualquier medida o cualquier reacción frente a esas actitudes o actuaciones personales haya de estimarse lesiva o ilícita, pero sí es palmario que no puede admitirse jurídicamente una intromisión injustificada o impertinente en ese círculo personal. Esos actos inadmisibles podrán tildarse o no de discriminatorios, pero de ningún modo pueden tener amparo en el campo del Derecho. Puede que no sea la única clase de respuesta, pero también pudiera ser que la

calificación de discriminación sea el camino más directo y efectivo para hacer frente a esas conductas antijurídicas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución: sentencia

Órgano: Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Número y fecha: 385/2022, de 9 de febrero

Número recurso o procedimiento: Casación para unificación de doctrina número 1871/2020

ECLI:ES:TS:2022:385

Fuente de consulta: CENDOJ: 28079140012022100072

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: no

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes.

La cuestión afrontada por la sentencia TS 130/2022 consiste en la calificación jurídica que merece el acto de despido efectuado tras conocer el empleador el anuncio de matrimonio comunicado por una trabajadora de su empresa. Los hechos que precedieron a esa resolución de nuestro TS fueron en síntesis los siguientes:

--la trabajadora fue contratada en 2018 por la entidad demandada en virtud de un contrato de trabajo por obra o servicio determinado para prestar servicios como técnico de proyectos a tiempo completo y a resultas de ello fue adscrita a un determinado proyecto.

--en 2019 las partes concertaron la posibilidad de que la actora pudiera desarrollar su trabajo en régimen de teletrabajo "de forma puntual" y hasta un máximo de 3 días al mes, y que la retribución bruta anual pasara a ser de 25.000 euros anuales.

--mediante correo electrónico de 7 de junio de 2019, la actora comunicó a su empleador que iba a contraer matrimonio el día 24 de agosto y "que iba a pedir los 15 días de licencia matrimonial de manera que del 26 al 9 de septiembre sería el periodo de licencia matrimonial y del 5 al 23 de agosto vacaciones de verano".

--tras diversos actos preparativos con vistas a la concreción y concertación de los proyectos objeto de la actividad de la empresa, el día 21 de junio de 2019 se celebró una reunión de su dirección con todos los empleados en la que el representante empresarial les informó de que "todas las fechas del periodo vacacional de los empleados fueron aceptadas".

--ese mismo día la actora pidió al empleador "que le confirmara si le fueron concedidas las vacaciones y los 15 días establecidos por Ley, a lo que ésta le responde en sentido afirmativo".

--el día 24 de junio de 2019 desde la empresa se envía un correo electrónico a la actora en el que se hace constar "que su porcentaje mensual de asignación al Proyecto AFHES era del 100% desde el 1 de marzo de 2019 al 28 de febrero de 2022".

--el día 25 de junio de 2019 el representante de la empresa "llamó a la actora a fin de comunicar su cese por fin de contrato, rehusando la actora a firmar el documento porque estaba fechado el 9 de junio".

--con fecha de 27 de junio de 2019 "la actora recibe burofax de la demandada donde se señala que con fecha de 25 de junio de 2019 se le comunicó su despido por finalización de la obra o servicio en dicha fecha, indicando que se le remitía comunicación por medio de burofax, al negarse a recibir el escrito, adjuntando liquidación de haberes y nómina de fecha 25 de junio de 2019".

--la actora contrajo matrimonio el día 24 de agosto de 2019.

--tras la finalización de su contrato, la empresa comunicó a la red LinkedIn "que la actora ya no era trabajadora de la entidad".

--en la empresa de referencia prestan servicio empleados "cuyo estado civil es casado"

--la empresa suscribió contrato de trabajo temporal de obra o servicio determinado con "N" el día 2 de julio de 2019 "para prestar servicios como técnico proyectos innovación a tiempo completo" desde esa fecha.

--la empresa abonó a la trabajadora la cantidad de 1.024,93 euros en concepto de indemnización por fin de contrato.

--la trabajadora instó acto de conciliación ante el SMAC el día 27 de junio de 2019 mediante papeleta que fue ampliada el 9 de julio de 2019 y que fue seguida de la celebración de ese trámite con fecha de 16 de julio de 2019, concluido sin avenencia de las partes.

Presentada demanda judicial por la propia interesada, con fecha de 26 de noviembre de 2019 el Juzgado de lo Social núm.2 de Santiago de Compostela dictó sentencia en la que se dispuso lo siguiente: "Que debo estimar parcialmente la demanda presentada a instancias de Da M. contra la entidad ASOC. CLUSTER ALIMENTARIO DE GALICIA en el sentido de declarar la improcedencia del despido efectuado por la demandada con efectos de 25/06/2019, y condenar a la mercantil demandada a que opte por readmitir inmediatamente a la trabajadora demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha efectiva del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de 68,49 euros diarios, o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono al demandante de una indemnización de 2.825,34 euros. De esa cuantía debe deducirse la indemnización que por cese del contrato ha percibido la parte demandante, por importe de 1.024,93 euros. La opción por el empresario entre la readmisión del trabajador y la indemnización por despido improcedente deberá ejercitarse en el plazo de 5 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado se entenderá que procede la readmisión".

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia estimatoria con fecha 3 de junio de 2020 en la que se declaró "la nulidad del despido por causa de discriminación" y se condenó a la parte demandada "a la inmediata readmisión de la trabajadora", con abono de los salarios dejados de percibir a partir del módulo de cálculo de 68,49 euros/día, y el pago de una indemnización de 15.000 euros a la demandante, que quedaba no obstante obligada al reintegro de la cantidad percibida por cese (1.024,93 euros).

Contra la sentencia dictada en suplicación se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se consignó como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) de 11 de octubre de 2012, y en el que se alegó la infracción de los arts.14, 32 y 10 de la Constitución y del art.37.3 del Estatuto de los Trabajadores.

IV. Posiciones de las partes.

A tenor de la documentación disponible, la empresa recurrente alega la infracción de los arts.14, 32 y 10 de la Constitución y del art.37.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La parte recurrida advirtió en su escrito de impugnación del recurso que no estaba en juego el derecho a contraer matrimonio o el de disfrutar del correspondiente permiso, sino la calificación que merecía la decisión empresarial de extinguir el contrato por tal motivo. Aducía asimismo que el art.10 CE y la jurisprudencia constitucional respaldaban la doctrina de la sentencia recurrida.

Tras el pertinente traslado de actuaciones, el Ministerio Fiscal "emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso".

V. Normativa aplicable al caso.

Art.10.2 CE: "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".

Art.14 CE: "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".

Art.18.1 CE: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

Art.32 CE: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Art.11.2 de la Convención de la ONU de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "...2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños. d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella".

Art.8 del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Art.12 del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas: "A partir de la edad núbil, el hombre y la

mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Art.4 ET: “1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de... 2. En la relación de trabajo...c) 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”.

Art.17 ET: “1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. 2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate. 5. 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”.

Art.37.3 ET: “El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: a) Quince días naturales en caso de matrimonio”.

Art.55.5 ET: “5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de las personas

trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. 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 artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género 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) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. 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.

“Pese (a) que no exista un precedente del todo idéntico y que pueda pensarse que nuestra doctrina carece de toma de posición sobre la materia, lo cierto es que tanto en otros casos cuanto en la jurisprudencia constitucional hallamos basamentos más que suficientes como para resolver de manera frontal y segura la duda suscitada”.

“Despedir a una trabajadora como reacción frente al anuncio de su matrimonio, además y aunque este enfoque haya permanecido ajeno al debate procesal hasta el momento, también supone una represalia frente al ejercicio del derecho a elegir libremente el estado civil. La nulidad del despido, por así decirlo, posee doble causalidad: discrimina a la mujer y represalia a quien ejerce su derecho”.

“La solución que acogemos es también la reclamada por la abundante regulación de la Unión Europea en materia de no discriminación laboral por razón de género, abarcando tanto las directas cuanto las indirectas. Bastará ahora con recordar que el artículo 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no solo garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, sino que expresamente proclama que ‘toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad’ y, en muchas ocasiones, el matrimonio de la mujer se subsume en tal categoría”.

VII. Parte dispositiva.

“No se discute ya si el cese de la trabajadora se corresponde con la terminación de un contrato de duración determinada, siendo pacífico que la respuesta es negativa. Tampoco está en discusión la causa del despido, admitiéndose que deriva de la anunciada celebración del matrimonio que la trabajadora realiza. La discrepancia ha surgido acerca de si estamos ante un despido improcedente o nulo, girando las respectivas posiciones alrededor del alcance objetivo que posea el artículo 14 CE. Tal y como hemos venido adelantando, consideramos que debe calificarse como nulo el despido surgido como reacción al anuncio que la trabajadora realiza acerca de su futuro matrimonio”.

“Por cuanto hemos venido exponiendo, vamos a desestimar el recurso de casación unificador interpuesto por la empresa, pues consideramos que la doctrina acertada se encuentra en la sentencia recurrida, tal y como ha informado el Ministerio Fiscal”.

“El artículo 235.1 LRJS prescribe que ‘La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita’. La desestimación del recurso de casación unificadora de la Asociación Clúster Alimentario de Galicia (CLUSAGA), por cuanto ha sido impugnado y no goza del referido beneficio, ha de comportar su condena en costas. De acuerdo con el criterio aplicado por esta Sala, procede que las fijemos en cuantía de 1.500 euros para cada impugnante”.

“El artículo 228.3 LRJS prescribe que ‘La sentencia desestimatoria por considerar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada acarreará la pérdida del depósito para recurrir. El fallo dispondrá la cancelación o el mantenimiento total o parcial, en su caso, de las consignaciones o aseguramientos prestados, de acuerdo con sus pronunciamientos”.

“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 para la unificación de doctrina interpuesto por la Asociación Clúster Alimentario de Galicia (CLUSAGA), representada y defendida por la Letrada Sra. Martínez Vieito.

2º) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de junio de 2020, en el recurso de suplicación nº 397/2020, interpuesto frente a la sentencia nº 637/2019 de 26 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, en los autos nº 513/2019, seguidos a instancia de D^a Otilia, contra dicha recurrente y el Ministerio Fiscal, sobre despido.

3) Imponer a la citada entidad recurrente las costas causadas por la intervención procesal de la parte impugnante, en la cuantía de 1.500 euros.

4) Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

5) Disponer que las consignaciones o cauciones constituidas sean destinadas a la finalidad legalmente prevista”.

VIII. Pasajes decisivos.

“...la conexión entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH (que se corresponde con el derecho a la intimidad personal y familiar proclamado por el art.18.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio reconocido por el art.12 CEDH (que se corresponde con el art.32.1 CE) ha sido reconocida reiteradamente por el TEDH (entre otras, SSTEDH de 17 de octubre de 1986, asunto *Rees contra Reino Unido*; 11 de julio de 2002, asunto *I. contra Reino Unido*; y 18 de abril de 2006, asunto *Dickson contra Reino Unido*); que asimismo ha reconocido (por todas, STEDH de 18 de diciembre de 1986, asunto *Johnston contra Irlanda*) la relación existente entre los referidos derechos y la prohibición de discriminación proclamada por el art.14 CEDH (en términos similares al art.14 CE)”.

“El art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos. La segunda norma del art.14 CE, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el art.14 CE ("nacimiento", "raza", "sexo", "religión", "opinión") y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final ("cualquier otra condición o circunstancia personal o social")”.

“La cláusula final del art.14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la

prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas”.

“De cuanto antecede derivan las premisas o postulados que van a servirnos para resolver derechamente la disparidad doctrinal suscitada. Son las siguientes: A) Si bien el artículo 14 CE no alude al estado civil como una de las circunstancias frente a las cuales proscribire el trato discriminatorio, lo cierto es que su fórmula abierta no lo excluye. B) La libre elección del estado civil constituye un aspecto inherente a la dignidad y libertad de las personas (art.10.1 CE), por lo que debe proscribirse el trato diferenciado en función de tal circunstancia. C) El alcance que posee el derecho a la no discriminación resulta modulado por su contemplación internacionalista (art.10.2), de modo que la doctrina del TEDH aboca a que el estado civil de las personas sea considerado como una de las circunstancias personales por razón de la cual no cae el trato peyorativo que nuestra Ley Fundamental proscribire. D) En particular, el matrimonio de la mujer no puede comportar para ella una consecuencia tan desfavorable como es el despido; la Convención de 1979 vincula ambas magnitudes (feminidad, matrimonio) y explícita la ilicitud de ello. E) La jurisprudencia constitucional ha subrayado que el cambio de estado civil no puede tomarse como causa de un trato desfavorable ni siquiera cuando el mismo se realiza en oposición al ideario de la entidad empleadora. F) Nuestra doctrina no ha vacilado a la hora de considerar nulo el despido de una profesora de Religión basado en que había contraído matrimonio en condiciones contrarias a las admitidas por la Iglesia católica”.

“Históricamente, el matrimonio de la mujer se ha asociado al surgimiento de responsabilidades y ‘cargas’ familiares. Es decir, el papel que ha venido desempeñando la mayoría de la población femenina en su núcleo convivencial le ha reportado una sobrecarga de tareas (‘doble jornada’), al ser ella quien asumía mayoritaria y preferentemente la llevanza del hogar, la crianza de la prole y la atención a los mayores. Para el beneficio y la productividad empresarial, entendida en términos economicistas, resultaba menos interesante una empleada con estado civil de casada que soltera. De ahí que la excedencia forzosa por matrimonio se considerase no solo ilegal sino también discriminatoria. La asociación entre matrimonio y circunstancias frente las que no cabe discriminación parece inherente al concepto de libertad y dignidad de la persona. Cuando se trata del matrimonio de la mujer ya no cabe argumentar en términos dubitativos, sino que debe afirmarse con claridad. Adoptar una decisión peyorativa para una trabajadora como consecuencia de que anuncia o contrae matrimonio es, sencillamente, infligirle un trato discriminatorio y opuesto al artículo 14 CE, No es algo meramente prohibido por el legislador ordinario, sino que queda bajo el manto protector de la Ley Fundamental”.

“Hace ya tiempo que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispuso que ‘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.4º). La solución propugnada por el recurso que vamos a desestimar no solo desconoce el verdadero alcance del artículo 14 CE, de las normas internacionales que lo desarrollan o de la doctrina acuñada por cuantos Tribunales vienen afanándose en aplicar ese conjunto ordenador, sino que también nos llevaría a desconocer el mandato recién transcrito”.

IX. Comentario.

La sentencia TS 130/2022 es al mismo tiempo novedosa y continuista. Novedosa, por cuanto hasta ese momento nuestro máximo intérprete de la legalidad ordinaria no había tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso de esas características y, más concretamente, sobre la circunstancia del estado civil como posible causa directa de actos discriminatorios. Continuista, en el sentido de que, como se encarga de transmitir la propia Sala, la doctrina acumulada hasta esos momentos en materia de

no discriminación de la mujer trabajadora podía ofrecer recursos suficientes como para afrontar este nuevo contencioso.

Puesto que de asuntos de discriminación se trataba, la Sala también se apoya, acertadamente, en la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia europea. De la primera recupera la doctrina creada en su momento acerca del carácter discriminatorio de las cláusulas reglamentarias que otrora obligaban a las trabajadoras a suspender su prestación de servicios en caso de matrimonio, la doctrina que sostiene que no tiene carácter cerrado la lista de circunstancias respecto de las que el art.14 CE protege frente a eventuales situaciones discriminatorias, y la doctrina acerca del derecho al matrimonio y a fundar una familia construida a propósito de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza. De la segunda, maneja también de modo razonable la doctrina sobre la conexión de las decisiones sobre contraer o no matrimonio con el derecho al respeto a la vida privada y familiar y con la prohibición de discriminación.

A partir de aquí, la Sala acude a su reiterada doctrina acerca de tres de los puntos implicados en este caso: 1) la esencial distinción dentro del art.14 CE de la regla de igualdad y la regla de no discriminación; 2) la necesidad de restringir la referencia de ese precepto constitucional a "cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales" a los factores de diferenciación ligados históricamente "a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas", y 3) la prevalencia del derecho a elegir libremente el estado civil sobre la valoración de idoneidad personal para prestar el servicio de enseñanza de la religión.

Con ese fondo de doctrina, la sentencia TS 130/2022 sienta las cuatro premisas básicas sobre las que fundamenta su juicio: 1) la fórmula abierta utilizada por el art.14 CE para referirse a las circunstancias generadoras de discriminación no excluye el estado civil; 2) la libre elección del estado civil constituye un aspecto inherente a la dignidad y libertad de las personas proclamadas en el art.10.1 CE; 3) no cabe trato peyorativo por causa del estado civil, y 4) el matrimonio de la mujer, de modo más particular, no puede comportar para ella una consecuencia tan desfavorable como es el despido.

Todo ese recorrido preparatorio y argumental es por supuesto aceptable. Pero introduzcamos algunas consideraciones de cierto tenor crítico. Por lo pronto, la referencia específica al matrimonio de la mujer puede tener sentido histórico por la conocida presencia en las antiguas reglamentaciones de trabajo de la denominada "excedencia por matrimonio", pero en el contexto actual tal vez pueda provocar la idea equivocada de que la decisión de una persona sobre su estado civil está más protegida cuando nace de una mujer que cuando viene de varón, máxime si tal referencia se rodea de alusiones a la asociación tradicional de la mujer a las cargas y responsabilidades propias de la familia y a las normas de igualdad efectiva, no ya entre casados y no casados, sino entre mujeres y hombres.

Por otra parte, no parece que el estado civil sea una de esas circunstancias que históricamente han creado situaciones de opresión, segregación o dependencia, al menos en relación con decisiones de la que había tomado en este caso la trabajadora. Nótese que tal decisión no implicaba precisamente vivir con otra persona al margen del matrimonio (que era lo realmente mal visto en otras etapas históricas, y lo que pudo dar lugar a segregación), sino contraer un estado civil que siempre ha estado, al menos en nuestras sociedades, bien considerado y bien amparado.

En fin, el hecho de que el art.14 CE no excluya explícitamente el estado civil es un dato inobjetable pero poca sustancia aporta en un juicio técnico acerca de si tal circunstancia tiene asiento o no dentro de la regla de no discriminación. Para responder a esa incierta cuestión con suficiente empaque parecía necesario algún desarrollo argumental mayor, ya fuese a través de las listas de factores de discriminación ofrecidas por otros textos normativos (nacionales o supranacionales), ya fuese mediante una exploración más a fondo del sentido y el alcance que pueden tener las invocaciones del art.14 CE a "cualquier otra condición o circunstancia

personal o social”, en el bien entendido de que tal vez sea un tema aún pendiente en nuestra doctrina científica.

En todo caso, es muy probable que el argumento decisivo acerca de la imposibilidad jurídica de utilizar el estado civil (matrimonio o no matrimonio) como factor de perjuicio, exclusión o discriminación radique a fin de cuentas en su estrechísima conexión con la dignidad de la persona (que se sitúa entre los primeros bienes que debe salvaguardar el Derecho civilizado) y con el principio de libertad (que es otra base fundamental del sistema jurídico democrático). Desde esa perspectiva, debe lucharse a fondo contra los actos que, o bien impidan ese tipo de decisiones personales, o bien impongan consecuencias negativas por ese solo hecho. Tal vez no sean siempre actos discriminatorios, pero siempre serán vulneraciones de derechos fundamentales de la persona. Su nulidad radical, por lo tanto, es la consecuencia más pertinente desde el punto de vista jurídico.

X. Apunte final.

Es muy acertado afirmar con rotundidad, como hace la sentencia TS objeto de comentario, que el despido de una trabajadora como reacción frente al anuncio de su matrimonio supone una represalia frente al ejercicio del derecho a elegir libremente el estado civil. Desde luego, lo sería igualmente si estuviera motivado por la decisión de tener hijos o de crear una familia, pues tanto aquella decisión como estas otras forman parte del núcleo más fuerte de la dignidad de la persona. Se supone que una y otra consideración tendrían la misma validez si el afectado fuese un trabajador (esto es, un varón). Pero de nuevo –es un caso más-- nos encontramos con el problema de las consecuencias jurídicas que en buena lógica deben acarrear esos actos contrarios a Derecho.

Como bien hace la sentencia TS 130/2022, tal decisión empresarial de despido ha de declararse nula a la vista de la contundente regla del art.55.5 ET, calificación que lleva aparejada la carga para el empresario de proceder a la readmisión forzosa del trabajador y abonarle los pertinentes salarios de tramitación. De ese modo, la decisión de la empresa queda sin efecto tanto en el plano de la vigencia del contrato de trabajo (que reinicia su andadura con todo lo que le corresponde) como en el plano de los costes (lucro cesante) causados al trabajador afectado, que de ese modo ve conjurada y reparada por el sistema legal la vulneración sufrida. Al acto lesivo se responde con su extirpación. Se sufre vulneración, pero la vulneración se disuelve para reponer las cosas a su estado anterior.

Siendo así, ¿cuál es el daño que justifica una indemnización específica, que en esta ocasión fue de 15.000 euros? ¿Cómo se ha medido ese daño? ¿Es realmente una compensación del daño o una especie de sanción a la empresa con fines preventivos o ejemplarizantes? Es verdad que todo ello parece tener encaje en el art.183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y que las directivas de la Unión Europea que pueden conectar con estos temas suelen aludir a esa clase de conceptos reparadores (“indemnización a la víctima”), pero ¿no lo habremos convertido en una regla excesivamente mecánica? ¿No son más propias de la Administración y de la Inspección de Trabajo las tareas de prevención y sanción de los actos lesivos de derechos? ¿Cuál es el fin de la demanda judicial en estos casos, obtener resolución para el correspondiente contencioso jurídico o lograr una suerte de justicia material? Si, como se ha dicho tantas veces, los padecimientos que se vienen considerando como daños morales no tienen directa o secuencialmente “una traducción económica”, ¿dónde se encuentra la base para fijar una u otra cantidad? ¿No corresponde mejor otra forma de reparación?

§ 21 La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: *Dada la aplastante mayoría que representa la población femenina en el colectivo de personas al servicio del hogar familiar, es indicio de discriminación que se excluya a ese colectivo de la protección por desempleo. La STJUE comentada proclama la incompatibilidad entre las previsiones de la Ley General de la Seguridad Social y el Derecho de la Unión Europea, porque no considera justificado el diferente trato.*

Palabras clave: *Empleo doméstico. Protección por desempleo. Discriminación indirecta por razón de género. Prueba estadística.*

Abstract: *Given the overwhelming majority that the female population represents in the group of people at the service of the family home, it is an indication of discrimination that this group is excluded from unemployment protection. The commented STJUE proclaims the incompatibility between the provisions of the General Law of Social Security and the Law of the European Union, because it does not consider the different treatment justified.*

Keywords: *Domestic employment. Unemployment protection. Indirect discrimination based on gender. Statistical test.*

I. Introducción

Pese al tiempo transcurrido, sigue por completo vigente y actual el mandato constitucional de que los poderes públicos han de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la protección frente las situaciones de necesidad, “especialmente en caso de desempleo”.

Ello, no obstante, nuestro sistema de Seguridad Social viene marginando de esa protección a determinados colectivos; razones históricas, económicas o de prevención del fraude así lo vienen aconsejando. El establecimiento de un sistema específico de protección “por el cese” para las personas afiliadas a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar^[1] comportó un importante cambio de rumbo.

Esta ampliación, sin embargo, no ha llegado a quienes vienen comprendido en el Sistema Especial para Empleados de Hogar; además de ciertas peculiaridades en materia de subsidio por incapacidad temporal o de responsabilidad prestacional, “la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la

correspondiente al desempleo^[2]. En concordancia con ello, la cotización por desempleo ha venido siendo inexistente respecto de tal colectivo^[3].

La sentencia ahora noticiada irrumpe en ese escenario de manera decidida y de la mano de argumentos que no arrancan de recientes innovaciones normativas o de novedosas corrientes doctrinales. Se trata, ni más ni menos, de proyectar la construcción de la discriminación indirecta por razón de género en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social.

Hace mucho tiempo que existe una fuerte corriente favorable a la ratificación del Convenio 189 de la OIT^[4], cuyo artículo 14 tiene mucho que ver con la consecución de un trato no menos favorable que el generalmente aplicado a la población asalariada^[5]. La STJUE de 24 febrero 2022 ha venido a desatascar la situación de cierta parálisis que se apreciaba y a dinamizar el procedimiento de ratificación.

No hay inconveniente en finalizar esta introducción enumerando unos pocos interrogantes que flotan en el mundillo laboralista. ¿Es posible reconocer el derecho a las prestaciones por desempleo, aunque no se haya cotizado? ¿Cabe pensar en responsabilidad del Estado legislador, por su pasividad e incumplimiento de las exigencias del Derecho de la UE? ¿No sería conveniente aprobar una norma con rango de Ley y procedimiento de urgencia, para finalizar con la anómala situación? ¿Es posible reclamar cotizaciones con efecto retroactivo? ¿No cabe la cotización mientras se carezca de previsión específica? ¿Hasta dónde puede llegar en este terreno la “interpretación conforme” de nuestras normas? ¿Por qué esperar a la ratificación de una norma, que no parece directamente aplicable en la materia, para resolver el tema? ¿Podría pensarse en tener como cotizados los periodos de ocupación efectiva de los seis últimos años anteriores a la STJUE anotada? ¿Es posible admitir que tengan derecho-deber de cotizar quienes así lo reclamen judicialmente y no el resto de sujetos afectados?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia de 24 de febrero de 2022.

Tipo y número de recurso: Cuestión prejudicial planteada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra), mediante auto de 29 de julio de 2020, C-389/20.

ECLI: EU:C:2022:120.

Fuente: Curia.

Abogado General: Sr. Spzunar.

Integrantes de la Sala: Sra. A. Prechal (Presidenta); Sres. J. Passer y F. Biltgen; Sra. L. S. Rossi (Ponente); Sr. N. Wahl.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar el alcance de algunos preceptos sobre dos importantes Directivas en materia de igualdad por razón de género. Pese a todo, conviene recomponer los hechos y antecedentes que la propicia, a fin de ponderar su trascendencia práctica:

A) Desde enero de 2011 la trabajadora presta sus servicios como empleada de hogar por cuenta de una persona física, estando encuadrada en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

B) En noviembre de 2019 la demandante solicita a la TGSS cotizar por la contingencia de desempleo, acompañando escrito de conformidad de su empleadora.

C) La TGSS deniega la solicitud por así exigirlo el artículo 251.d) LGSS.

D) Agotada la vía administrativa, la accionante interpone recurso contencioso-administrativo, alegando que la norma aplicada por la Tesorería supone una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de seguridad social para con los empleados de hogar de sexo femenino, que constituyen la práctica totalidad de este colectivo de trabajadores.

Aunque son dos los interrogantes formulados por el tribunal remitente, en realidad la cuestión suscitada puede reconducirse a una sola: determinar si el Derecho de la UE se opone a la decisión administrativa combatida.

IV. Posición de las partes y del Tribunal de origen

Como se desprende de lo expuesto, surge el problema porque las partes de la relación laboral (especial) de empleo doméstico desean cotizar y la Administración de la Seguridad Social no lo autoriza, al estar sujeta a las previsiones legales.

1. Reclamación de la trabajadora (y su empleadora).

Aunque los empleados de hogar estén protegidos contra una situación de incapacidad temporal, cuando esta perdura, terminan por perder su empleo bien por acuerdo mutuo, bien como consecuencia del desistimiento del empleador, quedando desprotegidos contra el desempleo, a diferencia de los demás trabajadores por cuenta ajena.

Sostiene que, dado que la situación de los empleados de hogar que han perdido su empleo no está asimilada a la de los trabajadores en situación de alta en la seguridad social, la exclusión de la protección contra el desempleo implica asimismo la imposibilidad para dichos empleados de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo.

De ese modo, el artículo 251, letra d), de la LGSS coloca a dichos trabajadores en una situación de desamparo social que se traduce no solo, directamente, en la imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, sino también, indirectamente, en la de acceder a las demás ayudas sociales.

2. Criterio de la TGSS

La TGSS insiste en la razón de su negativa: es la propia Ley la que impide la cotización interesada. Además, entiende que el alcance de la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar debe dissociarse de la de la financiación.

La TGSS alega la inadmisibilidad tanto de la petición de decisión prejudicial como de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, en términos similares al Gobierno.

3. Posición del Tribunal Nacional.

El Tribunal nacional destaca que el colectivo de trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino. Al negar a las trabajadoras pertenecientes a ese colectivo la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, impidiéndoles la cotización para la cobertura de esa contingencia, la citada disposición nacional constituye una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las

prestaciones de seguridad social. A falta de motivación explícita alguna al respecto, dicha discriminación no está justificada y, por lo tanto, podría estar prohibida por las Directivas 79/7 y 2006/54.

A la vista de tales premisas se pregunta si las Directivas citadas se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS, de modo que estaríamos ante una discriminación proscrita pues las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada son mujeres.

4. Posición del Gobierno español

Advierte que, en realidad, el litigio no versa sobre cotización, sino sobre prestaciones por desempleo, lo que comporta su carácter artificioso. Además, se trata de materia propia del orden social de la jurisdicción.

5. Posición del Abogado General.

Entiende que la situación es comparable con la de otras personas que trabajan por cuenta ajena, en especial con las demás que están integradas en el RGSS. Concluye que los elementos aportados por el Gobierno español y la TGSS no ponen de manifiesto que los medios elegidos sean adecuados para alcanzar los objetivos legítimos de política social perseguidos.

V. Normativa aplicable al caso

1. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

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 se aplica a los regímenes legales que aseguren una protección contra el riesgo de desempleo (art. 3.1.a).

Conforme a su 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 al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos”*.

2. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

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, se aplica a *“los regímenes profesionales de seguridad social”* (art. 1.c)^[6].

Su artículo 5º veda cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones.

3. Ley General de La Seguridad Social

El art. 251 LGSS prescribe que *“Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este Régimen General de la Seguridad Social”* con las *“peculiaridades”* que enumera, advirtiendo el apartado d) que *“La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo”*.

Por su lado, el art. 264 LGSS dispone que estarán comprendidos en la protección por desempleo, *“siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia”*, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

4. Real Decreto 625/1985 de 2 de abril.

El artículo 19 del RD 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo reglamentario en materia de desempleo dispone que “*estarán obligados a cotizar por desempleo todas las Empresas y trabajadores incluidos en el Régimen General y los Regímenes especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia*”.

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica, que afecta a un número potencialmente importante de personas, y que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Administración, es tan básica como sólida en su argumentación. Ello es así porque en su mayor parte recuerda lo que constituye ya una doctrina muy consolidada y porque considera que la solución ahora acuñada es mero precipitado de ella.

1. Admisibilidad de la cuestión

Saliendo al paso de las observaciones de Gobierno español y TGSS se recuerda la presunción de pertinencia de la cuestión prejudicial y el derivado deber de examinarla cuando se refiera a la interpretación del derecho de la UE^[7].

A la vista de la pretensión (cotizar por la contingencia de desempleo), de la causa denegatoria (tenor del artículo 251 LGSS) y del problema suscitado (discriminación indirecta por razón de género) se sostiene:

- No estamos ante discusión hipotética
- La interpretación solicitada del Derecho de la Unión guarda relación con el objeto del litigio principal.
- Resulta necesaria para que el órgano jurisdiccional remitente.
- La eventual incompetencia del Juzgado de lo Contencioso no trasciende al plano de la cuestión prejudicial^[8].
- La eventual inaplicabilidad de la Directiva 79/7 afecta al fondo del asunto y no puede admitirse como causa de inadmisión.
- Que debe estudiarse si la LGSS se opone al derecho de la UE cuando excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar.

2. Las prestaciones por desempleo en el régimen legal de Seguridad Social

A efectos de selección del Derecho UE aplicable posee gran interés el aclarar que las prestaciones por desempleo contempladas en la LGSS forman parte de un “régimen legal de protección” contra uno de los riesgos enumerados la Directiva 79/7. Consecuencia de ello es que la Directiva 2006/54 no sea aplicable en el caso.

De este modo, las cuestiones prejudiciales planteadas abocan a examinar si una disposición nacional como el artículo 251.d) LGSS puede suponer una discriminación por razón de sexo en lo que respecta al ámbito de aplicación personal del régimen legal de seguridad social español que asegura una protección contra el desempleo. También es relevante resaltar que las personas incluidas en el Régimen General (RGSS) están, en principio, cubiertas por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia.

3. Tipo de eventual discriminación existente.

Las normas de la LGSS que descartan la cotización por desempleo (lo que impide lucrar las prestaciones, aunque surja la necesidad propia de tal circunstancia) prescinden por completo del género de las personas afiliadas al Sistema Especial para Empleados de Hogar. Por eso no cabe pensar en la existencia de una discriminación

directamente basada en el sexo, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras.

La clave, claro está, radica en la eventual discriminación indirecta. Es decir, cuando existe una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

4. Valoración de la prueba estadística

Aunque dejando a salvo la competencia del Juzgado para valorarla, lo cierto es que la STJUE se apoya en los datos estadísticos presentados por la propia TGSS en el trámite de conclusiones orales:

- Personas integradas en el RGSS: 15.872.720; 7.770.798 mujeres (el 48,96 %) y 8.101.899 hombres (el 51,04 %).
- Personas incluidas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar: 384.175; 366.991 mujeres (el 95,53 %) y 17.171 hombres (el 4,47%).

De tales datos (siempre que se consideren fiables, representativos y significativos) luce que la proporción de las trabajadoras por cuenta ajena sujetas al RGSS afectadas por la diferencia de trato resultante de la disposición controvertida es significativamente mayor que la de los trabajadores por cuenta ajena.

De manera expeditiva la sentencia descarta la imposibilidad de comparar la situación de los empleados de hogar con la de los demás trabajadores por cuenta ajena afiliados al RGSS (“carece de pertinencia a este respecto”). El debate, por tanto desemboca en la valoración de los argumentos que sustentan la exclusión de cotizaciones y prestaciones por desempleo^[9].

5. Razones explicativas del diferente trato

El TJUE ha contrarrestado las argumentaciones vertidas por el Gobierno y la TGSS para defender la existencia de factores objetivos que pudieran servir como justificación del diferente trato^[10].

A) Los fines generales de Política Social.

El mantenimiento de la tasa de empleo, el fomento de la contratación, la lucha contra el empleo ilegal y el fraude a la Seguridad Social en aras de la protección social de los trabajadores constituyen objetivos generales de la Unión (artículo 3.3 TUE, artículo 9 TFUE). Por lo tanto, no vale invocarlos para justificar la existencia de una eventual discriminación indirecta si no se examina el caso concreto^[11].

B) El aumento de costes

Argumenta que la propia protección de Seguridad Social conlleva un aumento de los costes asociados que, en función de las circunstancias que caractericen el mercado de trabajo, podrá afectar al nivel de empleo en cualquier sector de ese mercado y, por otra parte, que la propia existencia de tales regímenes conlleva el riesgo de que, independientemente del sector de que se trate, la protección que ofrecen se invoque de manera fraudulenta.

C) Singularidad sectorial.

La STJUE descarta que el colectivo afectado por la norma esté tan diferenciado del protegido como para justificar el trato distinto. A ese efecto toma muy en cuenta que otras personas que trabajan a domicilio (jardineros y conductores particulares) o en sectores con problemática análoga (tareas agrícolas o de limpieza) están protegidas frente a la contingencia de desempleo, y ello a pesar de que sus cotizaciones son en algunos casos inferiores a las aplicables a los empleados de hogar.

D) Riesgo de fraude.

En la medida en que esas otras prestaciones presentan aparentemente los mismos riesgos de fraude a la seguridad social que las de desempleo, tal circunstancia parece también poner en tela de juicio la coherencia interna de la LGSS con respecto a esas otras prestaciones.

E) Perjuicios indirectos.

También toma en cuenta la sentencia que la exclusión de la protección contra el desempleo implica la imposibilidad de que los empleados de hogar accedan a otras prestaciones de seguridad social a las que podrían tener derecho y cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, como las prestaciones por incapacidad permanente o las ayudas sociales para desempleados.

VII. Parte dispositiva

Tras haber refundido las dos dudas suscitadas en una única cuestión, el Tribunal de Luxemburgo responde de manera frontal: el Derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 79/7/CEE) se opone a una disposición nacional (la LGSS) “que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

VIII. Pasajes decisivos

El apartado 64 de la sentencia, ya en su recta final, compendia la valoración que asume el TJUE tras tener a la vista los argumentos justificativos del Gobierno y de la TGSS:

La opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español no parece aplicarse de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar mencionadas en el apartado 53 de la presente sentencia y, por tanto, riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal.

IX. Comentario

1. Reconducción del debate: de la financiación a la protección

En varios pasajes, la sentencia abandona el problema de la cotización para centrarse en el de la protección. No se habla de las aportaciones financieras, sino de la acción protectora en materia de desempleo. De ese modo se contempla la cuestión desde el prisma más específico de la no discriminación. Ello, pese a que el litigio surge, precisamente, para cotizar de cara a la obtención de futuras prestaciones, que no para reclamar las mismas.

El referido enfoque^[12] en absoluto es metodológico o formal, puesto que del mismo deriva la importante consecuencia sobre selección del derecho aplicable. La sentencia llega a decir que “*las prestaciones por desempleo objeto del litigio principal están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 y, por tanto, que esta es aplicable a dicho litigio*”.

2. Deslizamiento del enfoque: del derecho a cotizar al derecho a prestaciones

Un segundo tema en el que aparece reconducido el debate tiene que ver con la finalidad de las cotizaciones. Sin que estén claras las consecuencias de ello, lo cierto es que a lo largo de su exposición, al sentencia habla constantemente de que se trata de cotizar para obtener las prestaciones, como si existiera automatismo en el surgimiento de la segundas tras producirse las primeras.

Huelga recordar que la financiación del sistema de Seguridad Social español no está basada en la capitalización sino en el reparto, de modo que no son las propias cotizaciones el modo de financiar las eventuales prestaciones. De igual modo, el devengo de la protección contributiva por desempleo presupone no solo la previa cotización sino también el surgimiento de una situación legal de desempleo y el cumplimiento de determinados requisitos coetáneos y posteriores.

3. Relevancia general de la prueba estadística.

Como se ha expuesto (cf. VI.4), en el caso alcanza valor decisivo el recurso a la prueba estadística. Conviene retener tres notas o caracteres de este conocido expediente hermenéutico:

Identificación.- La discriminación indirecta puede estimarse, entre otras formas, probando que una norma afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo^[13].

Funcionalidad.- Si el órgano judicial dispone de datos estadísticos debe tomar en consideración al conjunto de personas sujetas a la norma que origina la diferencia de trato y comparar las proporciones de personas afectadas^[14].

Depuración de datos.- Corresponde al órgano jurisdiccional apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y si se pueden tomar en consideración, es decir, entre otras cosas, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si son suficientemente significativos^[15].

4. Detección de discriminaciones indirectas.

Aunque se habla de “prueba estadística”, en realidad tales datos vienen a jugar el papel de indicios. Unos datos estadísticos tendencialmente acreditativos de la discriminación indirecta por razón de sexo activan la posibilidad de probar que obedecen a factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede si dicha disposición responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello, entendiéndose que solo puede considerarse adecuada para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática^[16].

5. Argumentaciones genéricas.

Sorprende que la STJUE considere “*que los objetivos perseguidos por el artículo 251, letra d), de la LGSS son, en principio, objetivos legítimos de política social que pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo que supone esta disposición nacional*” (apartado 60) y acto seguido pase a examinar otras eventuales justificaciones, sin más.

La sorpresa deriva de que, con independencia de que se té de acuerdo con la situación resultante, la norma cuestionada había sido defendida argumentando:

- Las elevadas tasas de empleo, escaso nivel de cualificación, precariedad retributiva y economía sumergida.
- El empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena.

- La relación se desarrolla en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones, debido a la inviolabilidad del domicilio.
- El incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría frenar la contratación e incentivar el empleo irregular.

6. La comparación como regla de oro.

Realmente, la clave de la sentencia está en que considera existente un trato injustificado si se compara a quienes prestan servicios en el hogar familiar con una relación de empleo doméstico y a quienes lo hacen al amparo de otro tipo de vinculaciones, o en sectores afines. Como las personas afectadas quedan encuadradas en el mismo esquema protector (RGSS), como en el colectivo de empleo del hogar familiar la presencia femenina es abumadoramente mayoritaria, y como no aparece una justificación convincente, el resultado de todo ello es que la discriminación indirecta (acreditada estadísticamente la referida realidad) queda sin soporte y colisiona con las múltiples normas que la vedan.

7. La soberanía del Juzgado

De manera un tanto contradictoria con el tenor de sus valoraciones sobre los argumentos esgrimidos por Gobierno y TGSS para defender la validez de la LGSS, la STJUE aparenta trasladar al Juzgado la decisión final sobre su suficiencia. Pero no deja de advertirle que si concluyese que la LGSS responde a objetivos legítimos de política social y que es adecuada para alcanzarlos, debería comprobar además si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos.

X. Apunte final

Tras ver respondidas sus cuestiones, el Juzgado de lo Contencioso ha acabado estimando “esencialmente” la demanda^[17]: 1º) Anula y revoca la resolución de la TGSS; 2º) Declara el derecho de la demandante a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo “en los términos legales que se establezcan”. 3º) Declara que ello “supone remover sin demora los obstáculos que impidan o dificulten ese derecho, en los términos establecidos en el artículo 9.2 CE”.

La sentencia del Juzgado, ella misma, merece una detallada contemplación que ahora no es posible. Por más que reposa en una detallada argumentación jurisprudencial y normativa, al final surge la duda sobre el modo en que podrá llevarse a cabo la “ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario”, dado que al tiempo reclama una previa intervención legislativa. ¿Está abriendo las puertas a la responsabilidad del Estado legislador, por su pasividad? ¿Hasta dónde llega la obligación de la TGSS tras la sentencia? ¿Respecto de quiénes? Tanto interrogante asegura que pronto habrá una intervención normativa, aunque eso no disipa las dudas sobre efectos temporales de la colisión normativa.

Referencias:

1. ^ El actual art. 327.1 LGSS precisa que comprende “las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo”.
2. ^ Así lo dispone el art. 251.d) LGSS.

3. *^ En este sentido, por ejemplo, artículo 15 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.*
4. *^ El Consejo de Ministros de 5 abril 2022 acordó remitir a las Cortes Generales la solicitud para proceder a su ratificación.*
5. *^ Conforme a su apartado 1 "Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad". A su vez, el apartado 2 prescribe que "Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan".*
6. *^ Su artículo 2.f) los define como "los regímenes no regulados por la Directiva [79/7], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa".*
7. *^ El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado.*
8. *^ El TJUE debe atenerse a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, mientras no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional.*
9. *^ Los Estados disponen de un amplio margen de apreciación al elegir las medidas que permitan alcanzar los objetivos de su política social y de empleo (sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 73 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 33).*
10. *^ Corresponde obstante al Estado (como autor de la norma presuntamente discriminatoria) demostrar que esa norma reúne los requisitos que la justifican (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 74, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 55).*
11. *^ Dichas finalidades pueden justificar una diferencia de trato que afecte claramente a más mujeres que hombres en el acceso a un régimen legal de seguro de desempleo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel, C-444/93, EU:C:1995:442, apartados 27, 28 y 32).*
12. *^ Parágrafo 35, entre otros: "Así pues, dado que, como se ha señalado en el apartado 26 de la presente sentencia, el litigio principal trata sobre el reconocimiento a los empleados de hogar de la protección contra el*

desempleo de la que están excluidos en virtud del artículo 251, letra d), de la LGSS, este litigio versa, en esencia, sobre el alcance del ámbito de aplicación personal de las prestaciones por desempleo concedidas por el régimen legal de seguridad social español". Sin embargo, el apartado 26 de la sentencia afirma que "el litigio principal versa sobre la denegación pro parte de la TGSS, de una solicitud de cotización por la contingencia de desempleo con objeto de adquirir el derecho a las correspondientes prestaciones de desempleo".

13. ^ *Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así sucede en el litigio principal (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, C-161/18, EU:C:2019:382, apartado 38, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 25).*
14. ^ *Véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C-223/19, EU:C:2020:753, apartado 52 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 26.*
15. ^ *Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C-223/19, EU:C:2020:753, apartado 51 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 27.*
16. ^ *SSTJUE de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartados 70 y 71 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartados 31 y 32.*
17. ^ *Sentencia 68/2022 de 17 marzo. ECLI:ES:JCA:2022:16*

§ 22 **Vulneración del derecho constitucional de huelga por fijación de servicios mínimos desproporcionados.**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *Es objeto de estudio la sentencia núm. 2/2022 de 24 de enero del TC, que declara la vulneración del derecho de huelga por haber fijado la Administración unos servicios mínimos desproporcionados y sin aportar una justificación objetiva. El TC concluye que no se ha respetado ni el marco legal ni su jurisprudencia sobre la adecuación de tales servicios mínimos a las circunstancias concretas del conflicto, como por ejemplo su duración y la existencia de medidas sustitutorias que pudieran paliar los perjuicios que pudieran sufrir los ciudadanos usuario del servicio aéreo afectados por la huelga, y no se ha tomado en consideración tampoco su real impacto.*

Palabras clave: *Constitución. Huelga. Derecho. Servicio esencial. Servicio mínimo. Proporcionalidad. Usuarios.*

Abstract: *This is the subject of TC ruling no. 2/2022 of 24 January, which declares that the right to strike was violated because the administration had established disproportionate minimum services without providing an objective justification. The TC concludes that neither the legal framework nor its jurisprudence on the adequacy of such minimum services to the specific circumstances of the conflict, such as their duration and the existence of alternative measures that could alleviate the damages that could be suffered by the citizens using the air service affected by the strike, have been respected, and their real impact has not been taken into consideration.*

Keywords: *Constitution. Strike. Right. Essential service. Minimum service. Proportionality. Users.*

I. Introducción.

El martes 1 de febrero, la oficina de prensa del gabinete de la presidencia del TC difundía la sentencia dictada por la Sala segunda el 24 de enero, junto con una nota de prensa de síntesis titulada “El TC ampara a un sindicato al considerar que la Administración vulneró su derecho a la huelga al establecer unos servicios mínimos abusivos por desproporcionados”.

El titular de la citada nota invitaba a pensar en una sentencia en la que la vulneración del derecho constitucional de huelga se había producido por la actuación de la Administración competente al fijar, en un conflicto que afectaba a servicios esenciales para la comunidad, unos servicios mínimos que iban más allá de garantizar el “mantenimiento” de aquellos. Recuérdese, no está de más hacerlo desde el inicio de mi exposición, que el art. 28.2 de la CE dispone que la ley que regule el ejercicio del

derecho de huelga (inexistente hasta este momento, aunque como he dicho y explicado en reiteradísimas ocasiones no faltan normas que lo regulen) “establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”, habiendo establecido la jurisprudencia del TC una nítida distinción entre el “mantenimiento” y el “funcionamiento” de tales servicios, al coincidir dos derechos constitucionales, o más, en juego y ser necesaria la limitación de todos ellos, pero sin que esa limitación, con respecto al derecho de huelga, vaya más allá de lo estrictamente necesario para garantizar, insisto, el mantenimiento del o de los restantes afectados.

La sorpresa llegó después, al menos en mi caso, al leer dicha nota, por la que tenemos conocimiento del inicio del conflicto en sede judicial contencioso-administrativa mediante un recurso presentado por un sindicato, en concreto la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la UGT, contra la Resolución dictada por la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento el 30 de noviembre, por la que se fijaban servicios mínimos con ocasión de la huelga convocada por el comité de empresa de Áreas SA, “que gestiona establecimientos de hostelería del Aeropuerto Internacional Adolfo Suárez Madrid-Barajas, entre ellos el 100% de los puntos de venta al público situados en el lado de aire (la que empieza superados los controles de seguridad) de las Terminales T1, T2, T3 y T4 Satélite, y la práctica totalidad de los puntos de restauración de la Terminal T4”. La huelga estaba convocada para seis días del mes de diciembre, y la Administración fijó unos servicios mínimos del 100 %.

Cabía pensar, si hemos de seguir la jurisprudencia del TC y también la de la Sala C-A del TS, que el recurso prosperaría, y más cuando ya se habían dictado con anterioridad sentencias en conflictos semejantes que habían considerado abusivos los servicios mínimos fijados, por desproporcionados en relación con la duración e impacto del conflicto. Craso error en esta ocasión, ya que la sección octava de la Sala C-A de la AN desestimó el recurso, en sentencia dictada el 29 de junio de 2018 (Rec. 10/2017), al considerar que los servicios mínimos fijados eran justificados y proporcionados a la extensión del conflicto.

Contra dicha sentencia se interpone el recurso de amparo que es objeto de mi análisis en este artículo, cuyo fallo ya conocemos por el titular de la nota de prensa, en el que si bien se reconoce el derecho a la huelga del sindicato demandante y la anulación de la Resolución de 30 de noviembre, no se entra en otra petición de indudable importancia planteada por el sindicato, cual es la del reconocimiento del derecho a indemnización por los daños causados por la actuación contraria a derecho de la Administración, ya que ordena retrotraer las actuaciones “al momento de pronunciarse la primera de las resoluciones judiciales anuladas para que, una vez declarada la nulidad de la resolución administrativa impugnada, se resuelva sobre el resto de pretensiones deducidas el recurso contencioso-administrativo y, singularmente, sobre la pretensión indemnizatoria”.

II. Identificación de la resolución jurisdiccional comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: 2/2022, de 24 de enero de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de amparo 3967/2019.

ECLI:ES:TC:2022:2

Fuente: BOE.

Ponente: Juan Antonio Xiol.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

En la sentencia de la AN tenemos conocimiento, en los fundamentos jurídicos primero y segundo del contenido de la Resolución impugnada y los servicios mínimos fijados, que eran del 100 % de los trabajadores que prestaban servicios en los puntos de restauración afectados por el conflicto (una forma de acercarse al caso), y que eran también el 24,5 % de los servicios gestionados por la empresa y suponían el 17,75 % del conjunto de la plantilla (una manera bien distinta de acercarse al conflicto a efectos jurídicos).

Reproduzco unos fragmentos del FJ segundo: “La Resolución señala que el trabajo efectuado por un número relativamente reducido de personas lleva un efecto multiplicador en el transporte aéreo de tal magnitud, que técnicamente obliga a la determinación de unos servicios mínimos superiores en porcentaje a los que pueden aplicarse a otra actividad, pues las huelgas en el transporte aéreo provocan la interrupción de procesos cuyo alcance sobrepasa el ámbito sectorial, produciendo unos efectos que generan una interrupción multiplicada y ampliada que, entre otras consecuencias, coarta severamente la libertad de movimiento de los ciudadanos a la vez que impacta negativamente sobre la actividad turística. A estos efectos invoca sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de esta Sala.

Considera la importancia del transporte aéreo y del turismo en España, que se vería seriamente afectado, el lucro cesante que para la industria española supondría la interrupción de los flujos de turistas en las fechas señaladas para la huelga y el negativo impacto en la imagen turística de nuestro país y en el Aeropuerto, en la medida que constituye un gran centro de conexión y distribución de vuelos con un gran número de pasajeros, además de afectar a medidas de seguridad, a la imposibilidad de que los pasajeros puedan acceder al consumo de bebidas y alimentos una vez hayan accedido a la zona restringida y la situación de riesgo para determinados pasajeros que puedan precisar atención especial, como menores, personas enfermas y mayores, así como los pasajeros retenidos en las dependencias policiales”.

IV. Posición de las partes.

Para el sindicato recurrente, la Resolución no respetaba la jurisprudencia del TC respecto a la necesidad de valorar de forma particularizada las circunstancias concurrente en el conflicto, no siendo proporcional la decisión adoptada para conciliar los derechos en juego, siendo así que aquella vaciaría de contenido el ejercicio del derecho de huelga, algo que vulneraría la normativa constitucional sobre ejercicio y protección del tal derecho tal como reiteradamente ha establecido el TC y los órganos jurisdiccionales c-a competentes. En apoyo de su tesis, la parte recurrente alegaba que los datos expuestos en la Resolución, además de tener unas notas de generalidad que casaban mal con la obligación de motivar concreta y adecuadamente la limitación del derecho al fijar los servicios mínimos, no tomaba en consideración que se establecía también el refuerzo de las máquinas de vending, es decir expendedores de comidas y bebidas, algo que para un paro de dos horas de duración añadía si cabe más apoyo a su tesis del carácter desproporcionado, por abusivo, de la fijación de servicios mínimos del 100 %.

Lógicamente, la tesis mantenida por la abogacía del Estado para oponerse al recurso se basó tanto en el carácter justificado y razonado de la resolución, poniendo énfasis en la protección del derecho a la salud de los pasajeros por (siempre citando por el texto de la sentencia) “... los efectos inmediatos que la huelga tendría, entre ellos el desabastecimiento de los viajeros/personas que se encontrase en el aeropuerto, que dependen prácticamente en exclusiva de la empresa para obtener alimentos y bebidas, y la imposibilidad de atender correctamente a las personas con necesidades especiales”, y tratarse de un conflicto importante por ser “relevante el ámbito y afectación al servicio de interés general”.

No será del mismo parecer el Ministerio Fiscal, ya que pone de manifiesto que aquello que importa es a quién afecta la limitación del derecho, y no el porcentaje de

trabajadores, y de los establecimientos gestionados por la empresa, siendo así que todo el personal que presta servicios en la zona aire se ve imposibilitado de ejercerlo, y se utiliza en la Resolución un elemento que se considera no correcto por la Fiscalía, ya que “Se dice que es difícil evaluar las consecuencias de la privación de bebidas o alimentos durante un plazo que puede circunstancialmente alargarse por retrasos imprevisibles, con ello, aunque en otros puntos se reconoce que el período de huelga de cada día es de , de 13 a 15, se transmite la impresión de que un pasajero puede permanecer mucho tiempo en la zona Aire, privado de comida y bebida, por retrasos imprevisibles en los vuelos, pero lo cierto es que aún en el caso de que llegara en el primer momento de la huelga, el tiempo máximo sin alimentación y bebida, serían dos horas”.

V. El conflicto en sede judicial laboral. Fundamentación jurídica.

Al entrar en la resolución del conflicto, la Sala reproduce en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto gran parte de la jurisprudencia del TC sobre los límites que debe respetar la Administración competente cuando fije servicios mínimos (especie) para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales (género) de la comunidad, y también sobre la necesaria motivación de la resolución por la que se fijen los mismos. En este punto, la Sala no hace sino reiterar las mismas tesis expuestas en anteriores sentencias en que se estimaron los recursos.

Será en el fundamento jurídico sexto cuando se aparte, a mi parecer, de las sentencias anteriores, siendo relevante a los efectos de mi explicación y de la argumentación posterior de la parte recurrente en amparo, conocer en primer lugar que la sentencia traslada la carga de la prueba de la “desproporción” de las medidas fijadas a la parte recurrente, aduciendo que “si bien la demanda alega falta de motivación, de la misma tampoco resulta información alguna que permitiera a esta Sala concluir que tales cifras son excesivas, injustificadas e innecesarias. La parte actora no motiva su alegación de desproporción”, y en segundo término que la fijación del 100 % de servicios mínimos “se trata de una solución que tiene una base razonable y que dadas las características de esta concreta huelga, facilita la propia huelga y facilita que se asegure el suministro de comida y bebida en el aeropuerto en las circunstancias descritas por la resolución administrativa”, para ir concluyendo que “La resolución recuerda igualmente que si bien, en principio las máquinas vending serán reforzadas mediante preaviso, y no parece que su mantenimiento se vea afectado por la huelga, si resulta que no se puede asegurar que el mismo sea suficiente ante el incremento de la demanda originada por la huelga, al estar el servicio dimensionado para coexistir y complementar el de restauración, no para sustituirlo, sin olvidar la relevancia de las horas en las que va a tener lugar la huelga, que es la hora de la comida. En suma, la extensión de los servicios mínimos resulta justificada y puede considerarse, por tanto, proporcionada. El acto impugnado justifica, consideramos que suficientemente, la esencialidad del servicio que se presta y justifica adecuadamente el concreto porcentaje que fija para la extensión de los servicios mínimos que resulta plenamente justificada”.

No recuerdo haber leído, en las muchas sentencias a las que a lo largo de mi vida profesional académica he prestado atención, que la fijación de servicios mínimos al 100 % “facilite la huelga”, y, sinceramente, no creo que se adecúe precisamente al texto constitucional.

En definitiva, se desestimó el recurso, que incluía la petición de indemnización de 25.001 euros al sindicato recurrente por los daños que le había causado la actuación de la Administración.

La sentencia de instancia fue recurrida en casación ante el TS, siendo inadmitida por providencia de 9 de mayo de 2019. Tenemos conocimiento en el último párrafo del apartado 2 de los antecedentes, ya en la sentencia del TC, de la tesis del TS de no haber mencionado la parte recurrente ninguno de los supuestos de interés casacional, y aun cuando pudiera hacerse una lectura flexible del recurso en este punto, tampoco se justificaban a su parecer los mismos respecto a la crítica de la falta de motivación y

proporcionalidad, por una parte, y sobre el derecho a la fijación de una indemnización. El recurso de amparo se interpone, pues, contra la citada providencia.

VI. La sentencia del TC. Los argumentos de las partes.

El TC reproduce muy ampliamente los datos fácticos del conflicto a los que ya me he referido con anterioridad, incluyendo una amplia síntesis de la Resolución recurrida. Menciona a continuación el recurso de la FESMC-UGT y la sentencia desestimatoria de la AN, así como la inadmisión del recurso de casación por la antes citada providencia del TS. En dicho recurso, el sindicato demandante insistió "... en la invocación de los derechos de huelga y a la libertad sindical tanto por insuficiente motivación de la determinación de los servicios mínimos, poniendo de manifiesto la existencia de sentencias judiciales del mismo órgano judicial que anularon resoluciones administrativas prácticamente idénticas; como respecto de la argumentación utilizada para haber denegado la pretensión indemnizatoria en caso de que se hubiera estimado el recurso interpuesto".

Lógicamente el recurso de amparo se basa en los mismos argumentos planteados en sede judicial c-a, alegándose además de la vulneración de los derechos constitucionales de libertad sindical y de huelga el de la tutela judicial efectiva, siendo la síntesis de su argumentación que existió falta de motivación y desproporción en la limitación del derecho de huelga por parte de la Administración y que no repararon las resoluciones judiciales, y también, a los efectos del art. 24.1 CE, la falta de respeto del deber de motivación reforzado, según consolidada jurisprudencia del TC, "exigible cuando quedan afectados derechos sustantivos", y enfatizando la importancia de haberse dictado sentencias anteriores por el mismo órgano jurisdiccional "que anularon resoluciones prácticamente idénticas".

Es sabido que para la admisión del recurso de amparo debe acreditarse la existencia de una especial trascendencia constitucional, que el sindicato recurrente concreta en que "resulta conveniente aclarar, completar o matizar la doctrina constitucional sobre la limitación del derecho de huelga, por la fijación de servicios mínimos por la autoridad pública competente, señaladamente cuando se produce respecto de un paro parcial o de corta duración", destacando que es necesario remontarse a la STC 8/1992, de 13 de febrero, "para encontrar el último precedente que se ha detenido concretamente sobre las resoluciones administrativas de fijación de servicios mínimos y su motivación (...)", por lo que, transcurridos más de veintisiete años, la jurisprudencia constitucional no ha tenido oportunidad de actualizar su doctrina en esta materia "y señaladamente en relación a la necesidad específica de motivación de la limitación del ejercicio del derecho fundamental cuando este se ejerce mediante paros parciales de corta duración, que es situación diferente al paro durante toda la jornada o de manera prolongada a lo largo de esta". Igualmente, se destaca la especial trascendencia constitucional que implica la necesidad de que la jurisprudencia del Tribunal resuelva sobre la reiterada negativa judicial a la posibilidad de que los sindicatos sostengan una pretensión indemnizatoria por vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE), ante la fijación antijurídica de servicios mínimos por parte de la Administración pública".

Una vez admitido a trámite el recurso, formularon alegaciones el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado

El primero interesó la estimación del recurso por vulneración del derecho de huelga en relación con el derecho de libertad sindical, tras exponer que se trataba de un recurso mixto por imputar la vulneración tanto a la actuación administrativa como a la del órgano judicial, siendo por ello necesario analizar en primer lugar el contenido de aquella que no era conforme a derecho a su parecer, basándose en la propia jurisprudencia del TC, ya que las razones en que se pretendían justificar los servicios mínimos "no se corresponden con las concretas circunstancias de la huelga convocada y el alcance que la misma puede tener en los servicios esenciales", sin motivación que permita conocer la razón de la fijación de servicios mínimos del 100 %,

ni exposición alguna “sobre los datos concretos y cuantitativos referidos a la posible demanda real que tenga el servicio de restauración afectado por la huelga”.

Criticaba igualmente a la sentencia de la AN por apartarse de los criterios mantenidos en sentencias anteriores “sin expresar razón alguna”. También defendía que debería examinarse la cuestión relativa a la petición de indemnización una vez que se estimara vulnerado el derecho de huelga, algo que lógicamente no se hizo por la sentencia de la AN al haber desestimado que hubiera tal vulneración, sosteniendo una tesis de particular importancia para el fortalecimiento del derecho de huelga desde la vertiente colectiva, cual es que “la restricción reiterada del derecho de huelga por la autoridad administrativa, en el marco de las huelgas convocadas en el ámbito de una determinada empresa, comporta un perjuicio para el prestigio que la organización convocante tenga en la plantilla de trabajadores de dicha empresa, como defensora de sus intereses”.

Las tesis de la abogacía del Estado reiteraron las ya expuestas en sede judicial c-a, con el añadido previo de defender la inexistencia de trascendencia constitucional para admitir el recurso. Harto sorprendentes desde la perspectiva constitucional, a mi parecer, son los argumentos relativos a los límites al control de la actuación administrativa y a la inexistencia del derecho a indemnización a la parte sindical cuando se produzca una lesión a sus intereses por aquella, que demuestran a mi entender una visión cicatera y restrictiva de un derecho constitucional fundamental cuya protección ha sido enfatizada por el TC en numerosas sentencias, eso sí dictadas la mayor parte de ellas hace ya muchos años pero cuya jurisprudencia sigue siendo de plena vigencia y aplicación a mi parecer para el respeto del ejercicio efectivo de tal de derecho. No de otra forma puede entenderse, y de ahí mi crítica, que la abogacía del Estado sostenga que este derecho “es un derecho de configuración legal en el aspecto relativo al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, por lo que la determinación de su alcance o extensión por parte de la autoridad competente excede del núcleo esencial del derecho garantizado por la Constitución, lo que hace difícilmente aceptable que se lleve a cabo un análisis jurídico-constitucional más allá de las cuestiones formales y de competencia”, y que “las organizaciones sindicales ejercen el derecho de huelga por representación, pero a no título propio, por lo que ante unos hipotéticos servicios mínimos abusivos, solo podrían pretender una indemnización los titulares del derecho lesionado, es decir, los trabajadores”.

VII. La fundamentación jurídica de la sentencia del TC.

Llega ya el momento de examinar los argumentos del TC para estimar el recurso de amparo, del que entrará a conocer tras apreciar la existencia de “especial trascendencia constitucional”, aquella ya apuntada en la providencia de admisión a trámite, cuál era la de no haber doctrina “dada (i) la singularidad de que lo impugnado es la motivación utilizada por la autoridad pública competente para fijación de servicios mínimos respecto de una actividad conexas con un sector estratégico como es el aéreo ejercida mediante paros parciales de corta duración, diferente al paro durante toda la jornada o de manera prolongada a lo largo de esta; y (ii) la necesidad de establecer jurisprudencia por parte del Tribunal respecto de la posibilidad de que los sindicatos sostengan una pretensión indemnizatoria por vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE), ante la fijación de servicios mínimos por parte de la Administración pública lesivas de esos derechos. Asimismo, cabe apreciar que el asunto plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”.

Pues bien, antes de entrar en el contenido sustantivo o de fondo del recurso, la Sala procede a un amplio y detallado recordatorio de la jurisprudencia constitucional “sobre la motivación y proporcionalidad de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE)”, siempre partiendo de la base de la “limitación limitada” que puede fijarse al ejercicio de un derecho constitucional fundamental, y de la que ahora solo deseo recordar, remitiendo a todas las personas interesadas a la lectura del FJ tercero, que el TC ha declarado reiteradamente que la consideración de un servicio como esencial “no significa, sin embargo, la supresión del derecho de

huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual”.

Repasa a continuación el TC los hechos enjuiciados y finalmente formula su valoración, manifestando ya de entrada, con pleno acierto a mi parecer, que se ha vulnerado el derecho de huelga del sindicato demandante de amparo “por falta de motivación suficiente que justifique establecer una prestación de servicios en la zona restringida de los terminales del nivel de lo acordado”, que recuérdese que era del 100 % de los servicios prestados ordinariamente, ya que, en doctrina general que es de plena aplicación al caso concreto, la consideración de un servicio como esencial “no puede implicar la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio”.

A diferencia de las tesis del Ministerio Fiscal y del sindicato recurrente, la Sala considera, y así lo argumenta, que “desde la perspectiva de la identificación de los intereses preservados con la limitación del derecho de huelga, concretados en el derecho a la salud, la resolución impugnada ha cumplido con las exigencias constitucionales de motivación”, y también que “desde la perspectiva de la identificación de la necesidad de la preservación del interés comunitario mediante la medida limitativa del derecho de huelga, la resolución impugnada ha cumplido con las exigencias constitucionales de motivación”.

Tesis radicalmente contraria, y por ello concederá el amparo, es la relativa a la justificación en la resolución impugnada del mantenimiento del 100 % de los servicios durante la huelga, ya que al ser una supresión de ese derecho para, al menos, una parte de la plantilla, la que no fuera incluida en su caso en servicios mínimos si estos hubieran sido de menor dimensión, hubiera sido necesaria una motivación reforzada de tal decisión, que en modo alguno se recoge en aquella, siendo además no proporcionada en relación al ámbito del conflicto, que no es el de todos los centros de la empresa sitos en el aeropuerto, y de toda su plantilla, sino solo los incluidos en la zona aire y los trabajadores que prestan servicios en ellos, subrayando con acierto el TC que el juicio de proporcionalidad, “debe recaer, exclusivamente, sobre la incidencia de la huelga en relación con los trabajadores y establecimientos de la empresa situados en la zona de aire cuya actividad, dotada de especial singularidad, se consideraba esencial”, siendo así que “los servicios mínimos se establecieron en esta zona en un 100 %, esto es, comprendían sin restricciones a todos los trabajadores de la totalidad de los 12 establecimientos ubicados en las zonas de aire de las terminales del aeropuerto de dicha empresa, lo que suponía, a su vez, el 100 % de los puntos de venta presencial al público de restauración situados en el lado de aire de las Terminales T1, T2, T3 y T4-Satélite, y la práctica totalidad de los puntos de restauración de la Terminal T4, gestionados por cualquier empresa”.

Repárese en primer lugar, y así lo hace el TC, en que los servicios prestados por el personal de la empresa iban a verse complementados por un refuerzo de las máquinas expendedoras de bebidas y comidas, por lo que se hacía si cabe más necesaria la justificación del por qué los servicios mínimos “debían equipararse sin más a los habituales”.

Además, se trata de un paro de dos horas de duración, algo que debe tenerse especialmente en consideración, y más cuando se refuerzan las medidas complementarias reseñadas, razonando nuevamente el TC, con apoyo en la documentación del caso, que “... si hay un reconocimiento expreso de la autoridad gubernativa, respaldado por un informe de la empresa pública AENA, de que los servicios alternativos permitían mayor efectividad en garantizar la preservación del interés tutelado por la limitación horaria de la convocatoria, no puede aceptarse sin más la identificación que realiza la resolución impugnada entre los servicios mínimos necesarios con los servicios habituales”.

“Limitación limitada” del ejercicio de un derecho constitucional, las circunstancias concretas del paro, y la existencia de medidas complementarias de refuerzo para garantizar derechos, en especial el de salud, del personal viajero afectado por el conflicto, llevan al TC a concluir, pues, que no había razón jurídica alguna para suprimir el derecho de huelga de una parte de la plantilla de la empresa. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “Se admite, de conformidad con estos antecedentes, que el servicio prestado por los establecimientos de restauración se mantiene en la franja horaria de la huelga en el 100 % del habitual y, simultáneamente, se refuerza el servicio prestado por las máquinas expendedoras para esa franja horaria, el Tribunal debe deducir que nada permite desmentir que en la franja horaria en la que se convocó la huelga la prestación del servicio esencial para la comunidad se desarrolló con un nivel de prestación superior al habitual. Basta esta apreciación para concluir su incompatibilidad con la lógica propia de un juicio de proporcionalidad y, con ello, con el respeto al derecho fundamental de huelga en relación con la limitación que posibilita el art. 28.2 CE”.

VIII. Fallo.

La estimación del amparo por la vulneración del derecho de huelga por la autoridad administrativa, lleva, sin entrar en las otras vulneraciones alegadas, a anular las resoluciones judiciales impugnadas y a retrotraer las actuaciones al momento previo al pronunciamiento de la sentencia judicial de instancia “para que, una vez declarada por este Tribunal la nulidad de la resolución administrativa impugnada, se resuelva con plena jurisdicción sobre el resto de pretensiones de las partes y, singularmente, sobre la posibilidad de indemnización al sindicato recurrente por la declarada lesión del derecho de huelga y, en su caso, en qué cuantía”. Respecto a esta última, e importante cuestión, y apuntando a mi parecer que puede ser ajustada a derecho la tesis sindical, el TC no entra en estricta aplicación de la subsidiariedad del recurso de amparo aun cuando manifiesta que ello pueda implicar que los órganos jurisdiccionales mantuvieran “aquella jurisprudencia que niega la inviabilidad indemnizatoria al sindicato demandante de amparo”.

§ 23 **Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente.**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *El tratamiento jurídico de la discapacidad ha conocido una progresiva humanización que ha culminado en la implantación de un modelo de derechos. Aplicando ese modelo, la STC 5/2022 corrige la discriminación de las personas con discapacidad en orden a la imposibilidad de acceso a prestaciones de incapacidad permanente desde la jubilación anticipada por discapacidad, que sí se permite en otras jubilaciones anticipadas.*

Palabras clave: *Discriminación por razón de discapacidad. Modelo de derechos aplicable a la discapacidad.*

Abstract: *The legal treatment of disability has known a progressive humanization that has culminated in the implementation of a model of rights. Applying this model, STC 5/2022 corrects the discrimination of people with disabilities in terms of the impossibility of accessing permanent disability benefits from early retirement due to disability, which is allowed in other early retirements.*

Keywords: *Discrimination on the grounds of disability. Model of rights applicable to disability.*

I. Introducción

La resolución objeto de comentario es la Sentencia 5/2022 del Tribunal Constitucional, de 24 de enero de 2022. Considera el TC que la interpretación realizada por los órganos judiciales conforme a la cual las personas en jubilación anticipada por discapacidad quedan excluidas del acceso a la prestación por incapacidad permanente, mientras que sí pueden acceder a esta prestación las personas en jubilación anticipada por otras causas, genera diferencia de trato no prevista en la norma y carente de justificación objetiva y razonable. En consecuencia, esa diferencia de trato constituye una discriminación por discapacidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: 5/2022, de 24 de enero de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de amparo 4120/2020.

ECLI:ES:TC:2022:5.

Fuente: BOE.

Ponente: María Luisa Balaguer Callejón.

Votos Particulares: Sí (Ricardo Enríquez Sancho).

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

La actora, nacida el 5 de febrero de 1954 y de profesión vendedora de la ONCE, pasó el 30 de junio de 2015 a la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre. El 26 de julio de 2016 presentó solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en grado de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión del 150 por 100 de su base reguladora. Pretensión desestimada en la vía administrativa, por no suponer las lesiones que padece la actora una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a la profesión valorada, puesto que en el momento de iniciar su actividad laboral como vendedora de la ONCE ya eran de entidad suficiente como para ser catalogadas como constitutivas de una gran invalidez. La reclamación previa fue desestimada argumentando que había prescrito el derecho al reconocimiento de la prestación por haber transcurrido más de cinco años sin que hubiese empeorado su situación funcional, de conformidad con lo establecido en el art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social.

La actora presentó demanda contra dicha decisión, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz. El Juzgado de lo social revocó la resolución administrativa impugnada y declaró que la actora es beneficiaria de una prestación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, argumentando, en cuanto a la posibilidad de declarar la gran invalidez en situación de jubilación, que aplica la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015, por referencia a otras anteriores, que concluye con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada puedan ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

Contra la anterior resolución interpusieron recurso de suplicación el INSS y la TGSS, que fue estimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda rectora del proceso. Advierte la Sala que la actora accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 LGSS, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, sin que el caso sea equiparable a los resueltos por el Tribunal Supremo, que se refieren a jubilación anticipada por pérdida de empleo del trabajador en edad cercana a la fecha ordinaria de jubilación, mientras que en este caso se estaría ante el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad con coeficientes reductores.

Frente a dicho pronunciamiento interpuso la actora recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso fue desestimado por sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020. En los fundamentos de derecho se afirma que la recurrente accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del artículo 206.2 LGSS, y que no es este el caso resuelto en las sentencias citadas por el magistrado de instancia (de 21 de enero de 2015 y anteriores), siendo lo razonable que, habiéndose accedido por esta vía excepcional, se fije como tope para acceder a la incapacidad permanente la edad ordinaria de jubilación reducida en los percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación por discapacidad. La sentencia cuenta con un voto particular.

2. Antecedentes procesales

En su demanda de amparo ante el TC, se queja la actora de la vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de circunstancia personal, como es la discapacidad, cuyo trato discriminatorio está prohibido por el art. 14 CE. Se estaría otorgando diferente trato a los que se jubilan anticipadamente por discapacidad, respecto de quienes lo hacen por otros motivos, mediante la realización de una interpretación de la normativa aplicable que no se ajusta a los criterios hermenéuticos de nuestro ordenamiento, ni a las exigencias constitucionales, ni a las del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). También invoca, en conexión con el art. 10.2 CE, la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, y, en particular, su art. 2, que proscribiera toda discriminación, intencionada o no, por razón de discapacidad.

Por providencia de 10 de mayo de 2021, el TC admitió a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque el recurso plantea un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal, y además el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica.

IV. Posición de las partes

La demandante en amparo solicitó la estimación del recurso de amparo.

La letrada de la administración de la Seguridad Social, en representación del INSS, presentó escrito de alegaciones solicitando la desestimación del recurso de amparo.

El fiscal ante el Tribunal Constitucional solicitó la estimación del recurso de amparo.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución española, arts. 9.2, 10.1, 14, 49 y 50.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en general y, en particular, su art. 2.

Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, art. 14.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, arts. 21 y 26.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en general.

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, arts. 195.1.II, 205.1.a), 206.2 y 207.

VI. Doctrina básica

Constituye discriminación por razón de discapacidad una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad, cuando a las personas con discapacidad en esa situación de jubilación anticipada se les niega el derecho a acceder a las prestaciones

de incapacidad permanente cumpliendo la exigencia de edad establecida para adquirir ese derecho, a diferencia de lo que ocurre con todas las personas que se encuentren en situación de jubilación anticipada que, cumpliendo la referida exigencia de edad, podrían acceder desde dicha situación de jubilación anticipada a las prestaciones por incapacidad permanente.

VII. Parte dispositiva

Estimar el recurso de amparo presentado por la demandante y, en consecuencia:

1º. Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad (art. 14 CE).

2º. Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 401/2018, de 22 de febrero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de suplicación núm. 196-2018, y de la sentencia núm. 563/2020, de 1 de julio, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1935-2018, dejando firme la sentencia núm. 278/2017, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz dictada en los autos núm. 372-2017.

VIII. Pasajes decisivos

“El marco normativo internacional (la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el art. 14 CEDH y los arts. 21 y 26 CDFUE) e interno (los arts. 49 y 50, en relación con los arts. 9.2 y 10.1, todos de la CE, a los que se une, en el plano de la legalidad ordinaria, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social) ... (tiene como fundamento) por un lado, garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en todos los órdenes de la vida, de forma compatible con su situación; y por otro, la lucha contra cualquier forma de discriminación. El objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos ha de conllevar, en determinados supuestos, la adopción de medidas de acción positiva, noción esta última a la que responde la regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS. Sin embargo, la interpretación realizada por los órganos judiciales produce la paradoja de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación, por lo cual, dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida”.

“No existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad”.

“La interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese

criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad”.

IX. Comentario

Los modelos de tratamiento de la discapacidad han evolucionado profundamente a lo largo de la Historia^[1]. Hasta la Edad contemporánea se podría hablar de un modelo de exclusión que, en sus manifestaciones más duras conducía a la eugenesia, y si no a la marginación. A lo largo del Siglo XIX en la literatura científica se implantó un modelo más humanizador que condujo, en el Siglo XX y en particular tras las Guerras Mundiales, a la intervención de los poderes públicos enfocada hacia el apoyo asistencial del individuo: un ejemplo: proporcionar una silla de ruedas a una persona parálitica. Se trataba de una concepción médico asistencial individual que suponía un gran avance con respecto al modelo anterior de exclusión: las personas con discapacidad, de ser tratadas como animales, pasaban a ser tratadas como enfermas. Tal concepción se desarrolló en dos Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la 2856, de 20 de diciembre de 1971, sobre derechos del retrasado mental, y la 3447, de 9 de diciembre de 1975, sobre derechos de los impedidos. La discapacidad se consideraba una deficiencia física, psíquica o sensorial de cada individuo y las mismas denominaciones, algunas de las cuales serían percibidas actualmente como ofensivas para las personas, denotan esa consideración.

A partir de la década de los setenta, la concepción médico asistencial individual ha cedido terreno a favor de otras donde se profundiza más en la humanización de la discapacidad, según las cuales, antes que un enfermo, la persona con discapacidad es, ante todo y sobre todo, una persona con todos los derechos inherentes a la personalidad, y si se somete a marginación es a causa de prejuicios sociales acerca de la discapacidad (prejuicios capacitistas), con lo cual es necesario luchar contra ellos y consolidar sociedades inclusivas: en el ejemplo antes puesto, la integración del parálitico no se solventa solo con una silla de ruedas, se deben de eliminar las barreras arquitectónicas y, en general, los prejuicios sociales que lo mantienen fuera del disfrute de los derechos.

El nuevo modelo se suele denominar social, aunque el acento en el aspecto social no puede desconocer el individual para comprender en su completud la situación de las personas con discapacidad (en especial, si esta es severa). La discapacidad es un fenómeno multidimensional donde convergen aspectos individuales que interactúan con los aspectos sociales. De ahí la necesidad de incidir sobre ambos aspectos para potenciar la vida independiente de las personas con discapacidad a través del reconocimiento de sus derechos como personas, de su participación en las políticas que les afectan, y de la valoración de la discapacidad como rasgo de diversidad humana y factor de enriquecimiento social. Por ello, el modelo social ha evolucionado a un modelo que, sin dejar de ser social, se completa con el enfoque de derechos aplicado a la discapacidad.

Gracias al movimiento asociativo y a las contribuciones académicas, el modelo médico asistencial individual empieza a ceder terreno en la normativa internacional a favor del modelo social y más precisamente a favor del modelo de derechos. Una evolución que ha culminado con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Igualmente responde a tal modelo 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, como lo acredita la consideración de la discapacidad como una causa de discriminación prohibida y la

conexión establecida en el Preámbulo de la Directiva con el corpus normativo internacional y europeo sobre derechos humanos.

En España, la obligación de los poderes públicos de realizar una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, prestándoles atención especializada y amparándolos en sus derechos de ciudadanía, establecida en el artículo 49 de la Constitución, unida a la prohibición general de discriminación de su artículo 14, han determinado el desarrollo de una normativa bastante relevante en orden a las personas con discapacidad ya desde la década de los ochenta y que, tras la ratificación de la Convención de 2006 (el 21 de abril de 2008), ha cristalizado en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (LGDPD).

Sin embargo, y a pesar de todo este aparato normativo, las discriminaciones por discapacidad siguen escondidas en muchos lugares de nuestro ordenamiento jurídico, o en la letra pequeña y no tan pequeña de nuestra jurisprudencia. Un repaso a la actividad legislativa en España desde la ratificación de la Convención de 2006 nos permite comprobar que se han sucedido hasta media docena de reformas legales, algunas de gran calado, con la exclusiva finalidad de adecuar nuestra legislación al enfoque de derechos humanos^[2].

La STC 5/2022 (que ratifica la doctrina de una anterior STC 172/2021, de 7 de octubre) es un ejemplo de cómo se mantienen situaciones de discriminación por discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico o, como es el caso, en su aplicación, y de cómo el TC ha hecho frente a tales situaciones a través de la invocación de la Convención de 2006 y de la normativa internacional, europea e interna aplicada con el enfoque de derechos humanos.

De esta manera, el TC profundiza en una línea interpretativa que se desvela con mayor claridad si, saliéndonos del ámbito de la materia laboral o de seguridad social, examinamos otras resoluciones donde el TC ha invocado la Convención de 2006, a saber:

— STC 208/2013, de 16 de diciembre: Un programa de televisión emitió una entrevista en directo con una persona aquejada de un evidente déficit cognitivo e intelectual en la que se la ridiculizaba y ello motivó el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los derechos de la personalidad. Se otorga el amparo. Para el TC el titular de los derechos de la personalidad puede con su consentimiento excluir la ilicitud de la intromisión en aquellos, pero dicho consentimiento debe ser expreso y en el supuesto de una persona aquejada de un evidente déficit cognitivo e intelectual, debe exigirse con especial rigor el consentimiento expreso del entrevistado. No es suficiente, por el contrario, la presunción de voluntad inferida de la realización de la entrevista, siendo irrelevante a estos efectos que la persona no estuviera judicialmente incapacitada.

— STC 3/2018, de 22 de enero: El recurrente en amparo, una persona con discapacidad psíquica severa, solicitó a la Comunidad de Madrid su inclusión en un programa de atención individualizada en un centro de asistencia para personas con discapacidad, siendo su pretensión denegada en aplicación de una exclusión por razón de edad prevista en una norma reglamentaria autonómica, al ser mayor de 60 años. Se otorga el amparo. Para el TC, la aplicación de esa norma de exclusión, a pesar de disponer de instrumentos jurídicos suficientes para que tal aplicación no tuviera lugar, propició que se materializara una situación de discriminación múltiple por razón de discapacidad, ya que conllevó la pérdida del derecho a la asistencia médica que necesita el recurrente, ignorando la exigencia de ajustes razonables, y por razón de edad, en cuanto no pudo acceder a tal atención únicamente por el hecho de tener más de 60 años.

— STC 51/2021, de 15 de marzo: Al recurrente en amparo, letrado de la administración de justicia y diagnosticado con síndrome de Asperger, se le impuso una

sanción disciplinaria por negligencia en el ejercicio de sus funciones y retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones. Se otorga el amparo. Para el TC, se vulneraron los siguientes derechos: a la igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad porque se ha impuesto una sanción disciplinaria a consecuencia de las irregularidades en el desempeño de las funciones que podrían haber sido solventadas mediante ajustes razonables; y a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia y la legalidad penal en relación con el principio de culpabilidad al no valorar todos los elementos necesarios para calificar la conducta de no diligente.

— STC 113/2021, de 21 de mayo: La recurrente en amparo fue condenada al desalojo de la vivienda que ocupaba junto a sus hijos menores de edad, uno de los cuales presentaba una discapacidad física diagnosticada del 65 por 100. La oposición presentada frente el auto de ejecución formulada por la demandante fue desestimada por falta de cobertura legal. Se otorga el amparo. Para el TC, las circunstancias del caso imponían realizar un juicio de proporcionalidad en atención al elemento de vulnerabilidad (protección de una persona con discapacidad recién nacida) y, consecuentemente, no limitarse a dar una respuesta formalista de la legalidad vigente. Las limitaciones de los motivos legales de oposición a la ejecución, contenidas en determinadas normas procesales no pueden imponerse con un formalismo rigorista.

X. Apunte final

Aunque en otros ámbitos del ordenamiento jurídico la aplicación del enfoque de derechos humanos a la discapacidad ha conocido importantes avances legislativos y jurisprudenciales, el ámbito laboral y de seguridad social parece estar en un impasse en el cual se aprecian así defectos estructurales, como temas concretos que se han enquistado.

Entre los defectos estructurales, la doctrina científica ha denunciado la defectuosa conceptualización legal de la discapacidad o la ausencia de fomento para planes de igualdad en materia de discapacidad dirigida a facilitar el empleo ordinario con los apoyos precisos^[3], el olvido de la intersección entre el enfoque de discapacidad y la perspectiva de género^[4], o el anclaje de nuestra legislación en medidas de empleo protegido o cuotas de acceso al empleo en detrimento de reconocer el acceso empleo ordinario con los apoyos necesarios^[5].

Entre los temas concretos que se han enquistado sin dárseles una solución acorde al enfoque de derechos humanos ni legal ni jurisprudencialmente: la genérica regulación de las adaptaciones razonables^[6]; la problemática del despido objetivo por falta de adaptación^[7]; o la aplicación del concepto de persona con discapacidad en situaciones de incapacidad temporal a efectos de nulidad del despido^[8]. También en el elenco de temas enquistados se encuentra la resistencia jurisprudencial a considerar personas con discapacidad a quienes tengan reconocida incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez^[9].

Abogamos, pues, por un mayor compromiso del Poder Legislativo que elimine las dudas en las que se sume a un Poder Judicial obligado a concordar normas surgidas en el modelo médico asistencial y que no han sido reformadas, o no lo han sido con la suficiente profundidad, con el modelo social y de derechos humanos de la Convención de 2006.

Referencias:

1. ^ Sobre los distintos modelos de tratamiento de la discapacidad, véase Blázquez Peinado, M. D. (coordinadora) / Biel Portero. I. (coordinador), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2012); en

particular, dentro esta obra colectiva, véase Seoane Rodríguez, J. A. “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”. Igualmente, el muy detallado análisis de Gutiérrez Colominas, D., *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2019).

2. ^ A saber: la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; la Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, garantizó el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en iguales condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, garantizó la participación de las personas con discapacidad; 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, garantizó el derecho de sufragio de las personas con discapacidad; y, finalmente hasta el momento, 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, sin duda la reforma de mayor calado en orden a adecuar nuestra legislación civil a las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas.
3. ^ Véase Esteban Legarreta, R., “Algunos aspectos estructurales ante el empleo de las personas con discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
4. ^ Véase Blázquez Agudo, E. M., “Empleo y discapacidad: un análisis en perspectiva de género”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
5. ^ Véase Gutiérrez Colominas, D., “La regulación española de la cuota de empleo de personas con discapacidad y medidas alternativas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito de su compatibilidad con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
6. ^ Véase Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
7. ^ Véase Moreno Solana, A., “La extinción causal del contrato de trabajo vinculada a la discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
8. ^ Véase Iturri Gárate, J. C., “La extinción «no causalizada» del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
9. ^ Me permito remitir a Lousada Arochena, J. F., “Enfoque de discapacidad, y en especial su aplicación en la jurisdicción social”, *Revista de Jurisprudencia – Lefebvre, El Derecho*, número 36, marzo 2022.

§ 24 **Videovigilancia sin información ni carteles: sobre cómo el incumplimiento de los requisitos formales de un recurso extraordinario impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la calificación del despido disciplinario basado en prueba ilícita.**

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Videovigilancia de trabajador sin información ni cartel específico indicativo para esa concreta cámara. Nulidad de la prueba así obtenida declarada por el Tribunal Superior de Justicia que queda firme al desestimarse el recurso de casación de doctrina interpuesto por la empresa debido al grosero incumplimiento de sus requisitos legales relativos a la necesaria indicación de las infracciones cometidas por la sentencia recurrida.*

Palabras clave: *Recurso de casación para la unificación de doctrina. Incumplimiento de requisitos procesales. Desestimación. Videovigilancia no informada y permanente. Prueba ilícita.*

Abstract: *Video surveillance of a worker without information or a specific sign indicating the specific camera. Nullity of the evidence obtained declared by the High Court of Justice, which became final upon dismissal of the appeal for doctrine cassation filed by the company due to the gross breach of its legal requirements regarding the necessary indication of the infringements committed by the appealed judgment.*

Keywords: *Appeal for the unification of doctrine. Non-compliance with procedural requirements. Dismissal. Uninformed and permanent video surveillance. Unlawful evidence.*

I. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo debía haber examinado un tema crucial, muy discutido judicial y académicamente, como es el de los efectos que en la calificación del despido debe tener la prueba ilícitamente obtenida por obtenerse vulnerando derechos fundamentales. A pesar del indudable interés del tema de fondo, lo cierto es que se trata de una sentencia de desestimación del recurso interpuesto por la empresa, al no cumplir con varios requisitos procesales legalmente exigidos para interponer este recurso extraordinario. Un incumplimiento que podría haber llevado a su directa inadmisión pero que, probablemente, por el interés del fondo del asunto, llevó a examinar con mayor detalle una posible contradicción que permitiera entrar en el mismo. No pudo ser. Con ello, sigue candente el debate provocado por la STC 61/2021 que se limitaba a considerar que la prueba obtenida con vulneración de

derechos fundamentales no necesariamente debe abocar a la calificación del despido como nulo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS (Sala 4ª) núm-91/2022, de 1 de febrero de 2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3482/2019.

ECLI:ES:TS:2022:534

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante trabajaba con contrato indefinido y a tiempo completo para EULEN (tras una subrogación), era afiliado a CCOO y prestaba servicios en el Corte Inglés. En una de sus dependencias esta última empresa procesa todos los envases de cartón. Los reponedores que bajan todos los envases a veces se dejan algún producto que se coloca en una estantería de dicha estancia. Consta como hecho probado que, en su jornada laboral, el demandante entró en dicha sala cuando no había nadie y se dirigió al mueble donde había dos latas que parecían refrescos, se levantó la camisa del uniforme y las introdujo en los bolsillos del pantalón, abandonando después la dependencia. Otro día en el estante había una botella de whisky y dos de agua, llevándose las dos de agua de la misma dependencia cuando no había nadie. Por estos hechos, la empresa le despide. Los hechos fueron captados por una cámara tipo bola, claramente visible, que el Corte inglés tenía instalada con carácter previo sobre la puerta de entrada de dicha dependencia y que captaba las imágenes del interior de la sala. En el centro hay muchas otras cámaras y hay rótulos que advierten de su existencia. Pero no así en la dependencia donde ocurrieron los hechos.

El trabajador interpuso demanda de despido contra EULEN, que fue desestimada totalmente en instancia. El Juzgado de lo social rechaza la nulidad por vulneración de derechos fundamentales con base en prueba ilícita y califica el despido como procedente porque, aunque el trabajador no fuera informado de la existencia de las cámaras y de su finalidad, existían en el centro de trabajo rótulos sobre su existencia y su finalidad, siendo además la cámara de la sala claramente visible. Interpuesto recurso de duplicación por parte del trabajador, dicho recurso fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña quien declaró la nulidad del despido. La empresa EULEN interpone recurso de casación para la unificación de doctrina que es el que ahora se desestima.

IV. Posición de las partes

1. De la trabajadora demandante

Solicita la nulidad del despido por tratarse de una prueba de videovigilancia nula al haberse obtenido con vulneración de su derecho a la protección de datos que exige previa información ex art. 5 LOPD 15/1999 (vigente en ese momento). Además de la

inexistencia de carteles, las imágenes serían ilícitas al tratarse de una cámara de vigilancia permanente e indiscriminada respecto de toda persona que entrara en la sala y cuya finalidad era la seguridad patrimonial pero no la disciplinaria. Impugna el recurso de la empresa por no existir la contradicción exigida al tratarse de videovigilancia permanente y no ser titular de la cámara la empleadora del trabajador, lo que considera relevante a los efectos de deberes de información. A este respecto señala que la recogida de datos se hace por la empresa cliente, con la que no existe relación laboral. Además, considera que en tal caso debe exigirse como fundamento del tratamiento el consentimiento expreso del trabajador, lo que difícilmente puede obtenerse cuando ni siquiera ha sido informado. Finalmente, denuncia que la nulidad de la prueba no debe quedarse en un acto procesal de mera anulación de la prueba así obtenida, sino que influye en la calificación del despido, por lo que solicita la reparación de la lesión (STC 196/2004) eliminando absolutamente los efectos de la vulneración del derecho violentado.

2. De la parte empresarial

Considera que el despido es procedente y formula ante el TS dos puntos de contradicción. El primero, relativo a la nulidad de la prueba videográfica aportada al juicio, ofreciendo como sentencia de contraste la STS de 7 de julio de 2016, rcud 3233/2014. El segundo, de carácter subsidiario, sobre la calificación del despido en el caso de que la prueba se haya declarado nula, citando de contraste la STSJ Catilla La Mancha de 12 de enero de 2018, rec. 1416/2017.

3. Del Ministerio Fiscal

Considera que el recurso debe ser desestimado porque en relación con la nulidad de la prueba no existe contradicción y por ser correcta la calificación del despido.

V. Normativa aplicable al caso

- Arts. 18 y 24 CE
- Arts. 108.2, 221, 224, 235 LRJS
- Arts. 55.5 TRET
- Art. 5 LOPD 15/1999 (vigente en ese momento)

VI. Doctrina básica

1. Sobre la existencia de contradicción

- Las insuficiencias en la denuncia y fundamentación legal de las infracciones en el marco del RCUO no pueden superarse con el fácil expediente de remitirse a la exposición de la argumentación contenida en la sentencia de contraste ya que las normas procesales exigen como motivos independientes la fundamentación de la infracción de la norma o jurisprudencia, de un lado, y de la contradicción, de otro.

- La no formulación de un específico y separado motivo de infracción de norma o jurisprudencia y la ausencia de identificación en el escrito de recurso de precepto legal alguno infringido por la sentencia recurrida, impide al TS entrar en el recurso so pena de quebrar el principio de imparcialidad inherente a la función judicial.

VII. Parte dispositiva

Desestima el recurso interpuesto por la empresa EULEN, confirma y declara la firmeza de la sentencia del TSJ Cataluña (declarando la nulidad del despido por ser

nula la prueba de los incumplimientos laborales) y condena en costas a la empresa recurrente.

VIII. Pasajes decisivos

- "...el requisito de identificar las normas infringidas y de fundar la infracción legal denunciada no puede suplirse ni tan siquiera "con el fácil expediente de remitirse a la exposición de la contradicción y a los argumentos de la sentencia de contraste" y ello es así porque el legislador ha impuesto como exigencia formal de este recurso la fundamentación de la infracción normativa como un requisito distinto de la exposición de la contradicción, de forma que la parte recurrida pueda conocer el alcance de la infracción que se denuncia y los argumentos que la sustentan para oponerse a ella y esta Sala examinar en los exactos términos los argumentos que ofrecen la parte recurrente para que la sentencia recurrida pueda ser casada, nada de lo cual cumple el presente escrito de interposición del recurso".

- "En definitiva, no es función de esta Sala, reconfigurar el escrito de interposición del recurso ni debería hacerlo en perjuicio del derecho de la parte recurrida que no habría podido conocer ni dar debida respuesta a lo que debe constituir el fundamento de la propuesta de casación de la sentencia que es objeto del recurso".

IX. Comentario

Poco se puede opinar respecto a lo resuelto expresamente por el Tribunal Supremo en esta resolución. La falta de formalidad en un recurso extraordinario regulado de modo preciso en la ley e interpretado en todos sus aspectos numerosas veces por la Sala Cuarta, no puede más que llevar a concluir que el Tribunal Supremo tiene toda la razón al desestimar (cuando no en un momento precedente, inadmitir) el recurso interpuesto cuando se constata que la parte recurrente no ha formulado un específico y separado motivo de infracción de norma o de jurisprudencia, ni ha identificado norma alguna vulnerada por la sentencia recurrida.

Pero lo interesante del asunto era el dilema sustantivo que se dirimía y que ha quedado sin resolver por dicho óbice procesal. Lo que nos aleja, de nuevo, de un criterio interpretativo de la legalidad ordinaria por parte del máximo intérprete que aporte cierta seguridad jurídica en un terreno enormemente resbaladizo. El tema que se abordaba no es novedoso, pero sí crucial: decidir cuál es la calificación de un despido disciplinario cuando la prueba principal demostrativa del hecho culpable imputable al trabajador se considera ilícita y, por ello, debe tenerse por inexistente. El debate judicial y académico al respecto es intenso y continuado. Una primera posición mantiene que el despido debe ser considerado nulo como consecuencia de la prevalencia de los derechos fundamentales, de modo que la reparación de la lesión del derecho fundamental lleva consigo la eliminación absoluta de todos sus efectos, lo que comporta la propia nulidad del despido y no sólo la mera improcedencia que tan sólo sería la consecuencia de no acreditar el incumplimiento contractual. Otra postura, por el contrario, desvincula el ámbito procesal del sustantivo, manteniendo que para considerar nulo el despido hay que atender al motivo real del mismo, de modo que cuando no exista prueba del incumplimiento laboral por haberse declarado nula la única existente, el despido debiera ser calificado de improcedente, pero no nulo.

La Sentencia recurrida (STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2019, r. 1618/2019) realiza una excelente síntesis de las diferentes posiciones judiciales. Pero se inclina por considerar nulo el despido tras declarar la falta de trascendencia probatoria de las grabaciones realizadas por la cámara fija visible. Para el Tribunal de suplicación, la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos en la obtención de la prueba, "no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión, tal como se deriva de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en

consecuencia, considerar el despido nulo, en la medida en que si la prueba ilícita no hubiera existido no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación, lo contrario supondría que un trabajador cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, sin que la lesión de sus derechos fundamentales tuviera reparación alguna”.

Frente a dicha interpretación, el TC había tenido ocasión de enfrentarse a un tema similar escaso año antes de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desestimara el recurso interpuesto contra la sentencia de suplicación en la sentencia objeto de este comentario. Se solicitaba la estimación del recurso de amparo interpuesto por la persona trabajadora cuyo despido no había sido considerado nulo, sino sólo improcedente, a pesar de haber quedado acreditado que se había vulnerado su derecho a la intimidad en la obtención de las pruebas aportadas para justificar su reiterado incumplimiento de los deberes laborales. La conocida STC 61/2021, de 15 de marzo, (asunto *Amadeus*) para algunos autores y para la prensa parecía desvincular la nulidad de la prueba de la nulidad del despido, desgajando el derecho sustantivo del procesal. Pero la realidad era que el TC optó por no pronunciarse sobre el fondo del asunto al considerar que se trataba de un problema de interpretación de la legalidad ordinaria que excedía de sus competencias constitucionales. Más concretamente, aunque en el escrito de amparo la persona demandante alegaba tanto vulneración de derechos sustantivos (intimidad y secreto a las comunicaciones: 18.1 y 3 CE), como de derechos fundamentales procesales (art. 24 CE solicitando la nulidad de la sentencia por vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva), la STC 61/2021 mantiene que el debate sobre el que debe centrar su respuesta no es el de la violación de los derechos fundamentales sustantivo alegados (intimidad y secreto de las comunicaciones), reconocidos como vulnerados al obtener las pruebas tanto por la sentencia del Juzgado de lo Social, como por la del Tribunal Superior de Justicia, sino tan sólo el del examen de la alegada violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Desde este exclusivo prisma, considera que la sentencia de suplicación impugnada (que mantenía la disociación del plano material y el procesal al declarar que el despido debía ser improcedente, aunque la prueba se hubiera declarado ilegal por vulnerar derechos fundamentales) no puede tacharse ni de inmotivada, ni de arbitraria o manifiestamente irrazonable. Considera así que la interpretación realizada por el TSJ del art. 55.5 ET es “conforme” con ese concreto derecho fundamental, esto es, con el art. 24.1 CE. Para el TC la cuestión de cómo interpretar el art. 55.1 del ET constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que le corresponde interpretar al máximo órgano judicial. La sentencia declara que la interpretación realizada es tan razonable como pudiera serlo la contraria, sin que le corresponda optar por una de entre las interpretaciones posibles.

Con independencia de las incisivas críticas recibidas por la STC 61/2021 (Casas Bahamonde, Rodríguez-Piñero) por suponer una ruptura con la doctrina constitucional sobre el despido radicalmente nulo y por ni siquiera acoger la necesidad de que en estos casos los órganos judiciales se sometan a un canon reforzado de motivación, la conclusión cierta de esa sentencia es la de que con ella el TC no ha cerrado la polémica cuestión que subyacía y que tan sólo la ha derivado al Tribunal Supremo (Molina Schmid).

Salvo error u omisión, tras la STC 61/2021, el Tribunal Supremo no ha tenido ninguna ocasión para pronunciarse en supuestos donde, junto a la prueba ilícita nula, concurran otras pruebas desconectadas de ella que demuestren los incumplimientos laborales, que era el supuesto fáctico que se producía en la referida sentencia constitucional, aunque se considerara que carecían de la gravedad suficiente para considerar el despido como procedente. Pero sí se había pronunciado cuando la única o principal prueba del incumplimiento se había obtenido ilícitamente vulnerando derechos fundamentales. En concreto, en la STS de 13 de mayo 2014, r. 1685/2013, desestima el recurso interpuesto por la empresa declarando que las imágenes captadas del incumplimiento fueron una prueba ilegal obtenida con vulneración del art. 18.4 CE al no constar distintivos que anunciaran la instalación de cámaras

permanentes para un fin distinto al expresamente señalado por la empresa y sin haber informado a la trabajadora con carácter previo. Considera que, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria, al haberse producido tal vulneración y acordado la medida disciplinaria impugnada con base en una lesión del art. 18.4 CE, el despido debe calificarse necesariamente como nulo (con cita, entre otras, de las SSTC 88/1985 de 19 de julio, 134/1994 de 9 de mayo, 29/2013 de 11 de febrero). En el caso examinado, la empleadora basaba el despido exclusivamente en las imágenes ilícitamente captadas. Pero la ausencia de otra prueba no lleva al TS a declarar el despido meramente improcedente (despido con ausencia de prueba), sino que considera que la nulidad de la prueba obtenida contamina la propia decisión empresarial, por lo que el despido se declara igualmente nulo.

Con posterioridad, y siguiendo la doctrina de la STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, se ha pronunciado el TS matizando su doctrina en torno a la exigencia de información y su finalidad específica como motivo para considerar que la prueba es ilícita. En general considera que basta la existencia de distintivos avisando de la existencia de cámaras y que su finalidad sea la seguridad, pues dicho concepto debe entenderse de modo amplio, abarcando también la del patrimonio empresarial. Este cambio ha provocado que cuando el TS se ha enfrentado al dilema de la calificación del despido por impugnarse la licitud o ilicitud de las pruebas obtenidas, una vez declarada la licitud de la vigilancia, se limite a anular las sentencias impugnadas y a retrotraer actuaciones, sin entrar en la calificación del despido, en tanto competencia del tribunal de suplicación tras la declaración como procedente de la prueba. Así, por ejemplo, en la STS de 7 de julio de 2016, rcud. 3233/2014 que contempla el supuesto de una trabajadora empleada de una cadena de supermercados a la que las cámaras descubren consumiendo dos paquetes de lomo lonchado que había sustraído de otro lugar del centro, estando el lugar de trabajo provisto de cámaras de seguridad cuya instalación y existencia era conocida por el personal, además de existir carteles advirtiendo de las mismas. La sentencia considera que la presencia de las cámaras en la mayor parte del centro de trabajo sugiere una finalidad protectora del patrimonio empresarial y declara que cuando se realiza un acto ilícito a sabiendas de que las cámaras de vigilancia existen en ese y en otros lugares de establecimiento, el factor “sorpresa” se excluye y muestra claramente “la situación de riesgo asumido por la demandante y por cualquier otro responsable de conductas análogas”. Declarada la proporcionalidad de la medida en el caso concreto (pues no se ha mostrado otra medida más idónea para averiguar el origen de las pérdidas ni más moderada en la consecución de tal propósito al contrario de lo que sucedería con otras medidas tales como llevar a cabo controles aleatorios que acarrearían molestias innecesarias a trabajadores sin responsabilidad alguna en los hechos que dieron lugar a la adopción de la medida), ordena la devolución de las actuaciones a la Sala de Suplicación para que declarada la validez de la prueba videográfica, resuelva con libertad de criterio.

Las SSTS (Pleno) de 31 de enero de 2017 y de 1 de febrero de 2017, rcuds. 3331/2015 y 3262/2015, tratan casos idénticos de manipulación de los tiques de caja y consiguiente sustracción de efectivo efectuada por dos trabajadores que fueron captados por las cámaras instaladas en la empresa por razones de seguridad y cuya existencia y finalidad de seguridad conocían, aunque no se hubiera especificado su posible uso para cuestiones laborales. El Pleno declara que la finalidad de “seguridad” es una expresión amplia “que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo, pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc.”. Y en ambos casos concluye que la prueba es válida y cumple con el criterio de la proporcionalidad, por lo que anulan las sentencias recurridas para que se pronuncien los tribunales de suplicación de nuevo, pero teniendo en cuenta la prueba denegada.

Por su parte, la STS de 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018, en un supuesto en el que la videovigilancia se realiza por la empresa en la que el trabajador presta servicios efectivos (IFEMA) aunque su directa empleadora sea otra empresa (SECURITAS), considera que el empresario tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

para su defensa (art. 24.2 CE y art. 105.1 LRJS) y que la empleadora (Securitas) tenía un interés legítimo amparado en sus facultades empresariales de control y en la carga de la prueba que sobre ella recaía a la hora de probar la veracidad de los hechos reprochados al trabajador, por lo que el hecho de que el sistema de vídeo vigilancia fuera de IFEMA y no de Securitas, aunque pudiera tener relevancia desde la óptica del cumplimiento de la legislación de protección datos por parte de ambas entidades, no aboca necesariamente “a impedir que Securitas aporte en un juicio laboral unas grabaciones que pueden ser necesarias para satisfacer la carga de la prueba que sobre ella recae. Máxime si en el centro de trabajo en que el trabajador prestaba servicios (IFEMA) ya existía un sistema de vídeo vigilancia, conocido por el empleado, de manera que podría ser desproporcionado, desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, y hasta impracticable, que Securitas instalara un adicional y paralelo sistema de vídeo vigilancia”. Como en el resto de los supuestos, el TS ordena la devolución de lo actuado para que, partiendo de la validez y legalidad de la prueba de vídeo vigilancia, se resuelva con libertad de criterio el resto de las cuestiones planteadas.

Pues bien, en el presente caso, esto es, el que el TS hubiera debido examinar en el fondo si el recurso de casación para la unificación de doctrina hubiera sido correctamente interpuesto, la única prueba que existe es la derivada de esa cámara visible de la dependencia respecto de la que el trabajador no había sido informado y que carecía de distintivo específico sobre su presencia y finalidad. Así las cosas, de concurrir la contradicción exigida por el recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo habría tenido que decidir si la prueba obtenida era o no vulneradora de derechos fundamentales o si, por el contrario, la videovigilancia fue conforme a Derecho, con independencia de los efectos que ello pudiera tener en relación con la vulneración del derecho de información a efectos de la normativa de protección de datos. Aunque el hecho de que no tuviera un distintivo expreso la cámara con la que se obtuvieron las imágenes incriminatorias pudiera ser considerado como no relevante por el TS siguiendo su doctrina flexibilizadora apoyándose en la existencia general de varios carteles repartidos en el centro indicando la videovigilancia, en el hecho de ser perfectamente visible, y en la existencia de un interés legítimo del empleador basado en sus facultades de control y en la carga de la prueba que le compete con independencia de que la videovigilancia fuera de la empresa contratista (al modo de lo que ya dijo en las SSTs 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018 y la previa de 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018), lo cierto es que, de confirmar la nulidad de la prueba obtenida avalando los sensatos argumentos esgrimidos por la sentencia de suplicación, la Sala Cuarta habría tenido que calificar finalmente el despido; un despido huérfano de toda prueba lícita sobre el incumplimiento alegado. Es decir, tendría que haber resuelto el dilema de legalidad ordinaria al que se refería la STC 61/2021. Dilema que permanece sin respuesta.

A mi juicio, en estos casos habría que diferenciar entre los supuestos en que la nulidad de la prueba se debe a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo al obtenerla y el despido se basa exclusivamente en esa prueba ilícita, respecto de otros casos en los que concurrieran otras pruebas adicionales desconectadas de la ilícitamente obtenida y que por sí solas demostraran los incumplimientos laborales con el grado de gravedad suficiente como para proceder a la extinción procedente del contrato.

En el primer caso, una interpretación garantista de los derechos fundamentales y que atienda a su efecto útil, obligaría a entender que la nulidad de la prueba trasciende el ámbito estrictamente procesal y se extiende al ámbito sustantivo mediante la declaración de la nulidad radical del despido. Calificar el despido de meramente improcedente por falta de prueba, permitiría el empleador un efecto de “invasión” del poder de dirección más allá del “ejercicio regular” al que se encuentra limitado, en tanto, antes o después, podría despedir de modo indemnizado (improcedencia) a cualquier persona trabajadora sometiéndola a ilícita vigilancia intensiva y acosadora hasta que se obtuvieran las pruebas necesarias de un incumplimiento laboral mas o menos grave. La “caza” del trabajador que lleve a obtener pruebas ilícitas que luego se

anulan procesalmente, pero sin consecuencias materiales en la calificación, no repara el derecho fundamental vulnerado en su triple ámbito^[1] al poder cuestionarse la realidad de la tutela restitutoria en tales casos y sobre la base de entender aplicable el contenido de los arts. 182 LRJS a las modalidades procesales especiales (en este caso, al despido). Por el contrario, cuando el incumplimiento queda demostrado sin sombra de dudas por otras pruebas desconectadas de la ilícitamente obtenida, entiendo que podría desvincularse la protección material de la procesal. La declaración de nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales deberá declararse radicalmente nula (como señala el art. 182 LRJS extrapolable), la tutela reparadora provoca que se deshagan todos los efectos derivados de dicha vulneración (se tenga por no puesta y sin efecto alguno) y debiera cumplirse en todo caso con la tutela resarcitoria (indemnización de daños morales por vulneración de derechos fundamentales). Pero sin que la calificación deba ser la de despido nulo ya que concurrirían pruebas autónomas suficientes sobre la existencia de los incumplimientos laborales y su gravedad, con lo que la declaración sería la procedencia ex art. 108.1 LRJS al haber quedado acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido. En estos casos de concurrencia de pruebas demostrativas de los incumplimientos, lo cierto es que los empresarios debieran pensarse bien si les compensa llevar a juicio aquellas pruebas impregnadas de riesgo de nulidad por vulnerar derechos fundamentales, o se limitan a presentar las pruebas desvinculadas a fin de soslayar la condena por daños morales derivada de la vulneración de derechos fundamentales.

Cualquiera que sea la respuesta, de momento, habrá que seguir esperando a que el Tribunal Supremo resuelva esta supuesta “cuestión de legalidad ordinaria” que supone la calificación del despido cuando la prueba sobre la que se basa el despido es nula por vulnerar derechos fundamentales.

Bibliografía

CASAS BAAMONDE M.E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, BOE, Revista de Jurisprudencia Laboral, 4/2021.

MOLINA SCHMID A., “Despido con violación de derechos fundamentales”, *Revista Lares*, 77/2021.

RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M., Prueba ilícita y nulidad del despido, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 3 (2021) 13-26

Referencias:

1. ^ *De tutela inhibitoria (cese del acto lesivo positivo o realización coercitiva de un comportamiento en caso de acto lesivo negativo); tutela restitutoria o de reposición del derecho (lograr la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, borrando los efectos negativos del acto declarado nulo); y la resarcitoria de los daños producidos en tanto la indemnización por improcedencia no indemniza estos daños sino la inexistencia de causa para despedir (arts. 182 y 183 LRJS).*

§ 25 **La revisión de sentencia laboral por posterior resolución penal contradictoria: los limitadísimos y casi inexistentes efectos de la presunción de inocencia en el despido disciplinario juzgado.**

Juan Martínez Moya

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

Resumen: *El caso examinado en la sentencia es paradigmático: sentencia firme declarando el despido procedente – inicialmente por el Juzgado de lo Social, confirmada por la Sala Social del TSJ e inadmitido el recurso de casación por falta de contradicción-, y sentencia penal posterior de la Audiencia Provincial que absuelve al trabajador demandante por hechos conexos o vinculados a los que motivaron el despido. La doctrina jurisprudencial interpreta restrictivamente el motivo autónomo de revisión del artículo 86.3 de la LRJS: se desestima la demanda de revisión si en la sentencia penal posterior se declaran que los hechos existieron y que el sujeto participó, aunque haya sido absuelto por aplicación del principio de presunción de inocencia.*

Palabras clave: *Demanda de revisión. Fuerza de cosa juzgada. Principio de presunción de inocencia. Despido procedente. Sentencia absolutoria.*

Abstract: *Le cas examiné dans la sentence est paradigmatique : une condamnation définitive déclarant le licenciement qualifié de fondé – d'abord par le Tribunal du travail, confirmée par la Chambre sociale de la TSJ et le pourvoi en cassation non admis faute de contradiction –, et condamnation pénale subséquente de le Cour Criminelle qui pour sa part le travailleur a été relaxé par la juridiction pour des faits liés ou liés à ceux qui ont motivé le licenciement. La doctrine jurisprudentielle interprète restrictivement le motif autonome de révision de l'article 86.3 LRJS : la demande de révision est rejetée si dans la condamnation pénale subséquente il est déclaré que les faits ont existé et que le sujet y a participé, alors même qu'il a été acquitté par requête. du principe de la présomption d'innocence.*

Keywords: *Demande de revisión. Autorité de la chose jugée. Principe de la présomption d'innocence. Licenciement qualifié de fondé. Arrêt penal. Accusé relaxé/acquitté.*

I. Introducción

El limitadísimo alcance de la causa de revisión del artículo 86.3 de la LRJS^[1] se da cita en la sentencia de 2 de febrero de 2022, núm 114/2022. La LPL de 1990 introdujo un mecanismo puente de coordinación entre sentencia firme laboral y sentencia penal posterior contradictoria con aquella, que ha sobrevivido a todas las reformas de la legislación procesal laboral posterior, con algún pequeño ajuste de concordancia normativa en la LRJS/2011, y a la LEC de 2000^[2]. Mecanismo de naturaleza

excepcional que solo se desencadena, con éxito, si queda verificado en el proceso de revisión o la inexistencia del hecho (factor objetivo) o la no intervención del sujeto en el mismo (factor subjetivo). El caso examinado en la sentencia es el paradigmático: sentencia firme declarando el despido procedente – inicialmente por el Juzgado de lo Social, confirmada por la Sala Social del TSJ e inadmitido el recurso de casación por falta de contradicción-, y sentencia penal posterior de la Audiencia Provincial que absuelve al trabajador demandante por hechos conexos o vinculados a los que motivaron el despido.

El interés en seleccionar esta sentencia es doble: por una parte, como diagnóstico de un estado de cosas, pues se encamina a constatar una doctrina jurisprudencial inconcusa y férrea, de corte dogmático, sobre la preservación de la independencia entre órdenes jurisdiccionales social y penal; por otro lado, como juicio valorativo de este criterio restrictivo. El modo de entender y penetrar en el proceso de revisión sobre qué debe entenderse por inexistencia del hecho o no participación del sujeto en el mismo, y ello a su vez en una doble clave o dimensión: a) de puesta en valor de la categoría jurídica de la cosa juzgada y de garantía de la seguridad jurídica al que aspira todo ordenamiento jurídico, y b) de la impermeabilidad del sistema diseñado en la defensa de la cosa juzgada desplegada por la sentencia dictada en el proceso social frente a los efectos del principio de presunción de inocencia, y con independencia de la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia^[3].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Fecha y número de resolución: 2 de febrero 2022, núm. 114/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de revisión, núm. 3/2021

ECLI:ES:TS:2022:521

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Votos particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se plantea si cabe rescindir una sentencia laboral firme que declaró procedente el despido de un trabajador, si con posterioridad se ha dictado sentencia penal absolviendo al trabajador de unos hechos conexos a los enjuiciados en el proceso por despido.

El mapa procesal de los hechos presenta tres frentes:

1. En los Tribunales Laborales

- Proceso por despido disciplinario:

(i) En instancia: El Juzgado de lo Social nº 4 de Pamplona dicta sentencia el 1 de junio de 2016, desestima la demanda formulada por el trabajador frente a la Fundación Club Atlético Osasuna y Club Atlético Osasuna, y declara procedente el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual.

(ii) En suplicación: La *sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de diciembre de 2016*, desestimó el recurso de suplicación del trabajador y confirmó la resolución de instancia.

(iii) Inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina por *Auto del Tribunal Supremo (Social) de 28 de junio de 2017*, por falta de contradicción.

2. En los Tribunales Penales

- Procedimiento abreviado por delitos de apropiación indebida y delito de corrupción deportiva:

La Audiencia Provincial de Navarra *dictó sentencia el 23 de abril de 2020, procedimiento abreviado 395/2017* frente a once personas encausadas, entre las que figuraba el demandante, absolviendo a éste de los delitos por los que se le acusaba.

- *Demanda de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*

El trabajador formula demanda de revisión contra la citada sentencia dictada el 1 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Pamplona, recaída en autos 403/2015 al amparo de lo dispuesto en los arts. 236.1 y 86.3 LRJS, y se sustenta en el hecho de haber sido dictada en el orden penal sentencia absolutoria por los hechos imputados en el despido disciplinario.

IV. Posición de las partes

1. *Reclamación del trabajador*: en la demanda de revisión, al amparo de lo dispuesto en los arts. 236.1 y 86.3 LRJS, solicita que se rescinda la sentencia del Juzgado de lo Social alegando el hecho de haber sido dictada en el orden penal sentencia absolutoria por los hechos imputados en el despido disciplinario.

2. *Posición de la empresa*: emplazada y personada la parte demanda la Fundación Club Atlético Osasuna y el Club Atlético Osasuna, contestó a la demanda oponiéndose a la misma.

3. *Posición del Ministerio Fiscal*: interesó que se declarase no haber lugar a la revisión solicitada, argumentando que la sentencia penal, si bien constata la participación del demandante en los hechos enjuiciados, acaba en un fallo absolutorio por ausencia de prueba, tanto para el delito de apropiación indebida como del delito de "corrupción entre particulares", en su modalidad de "corrupción deportiva". Y concluye "que el actor ha participado en los hechos, por más que no lo hubiere hecho en grado suficiente para sostener su condena, al no acreditarse en la prueba practicada que conociera los tratos alcanzados con el Real Betis ni las cantidades que se les iban a abonar".

V. Normativa aplicable al caso

- *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*:

- Artículo 236.1 LRJS dispone que: "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, de Enjuiciamiento Civil, por los motivos de su artículo 510 y por el regulado en el apartado 3 del artículo 86, de la presente Ley".

- Artículo 86.3 LRJS, establece a su vez, que "Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

- Ley de Enjuiciamiento Civil

Artículo 510.1.1º LEC admite la posibilidad de revisión "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."

VI. Doctrina básica

Para que una sentencia penal absolutoria pueda ser causa de revisión de una sentencia laboral anterior, ya firme -en el caso, un despido declarado procedente por transgresión de la buena fe contractual-, es necesario que concurran los dos requisitos siguientes: 1.- Que la sentencia penal sea absolutoria; y 2.- Que esa absolución se produzca por la inexistencia del hecho o que tenga su base en la no participación en él del sujeto interesado. Por tanto, una sentencia penal absolutoria no es decisiva para revisar una sentencia laboral firme que declaró procedente el despido disciplinario si en aquella se declaró que los hechos existieron y que el sujeto participó aunque haya sido absuelto por aplicación del principio de presunción de inocencia.

En el caso, como la sentencia absolutoria no declara la inexistencia del hecho, ni la no participación del recurrente en el mismo, como exige motivo autónomo de revisión del artículo 86.3 LRJS, sino que se funda en la falta de prueba concluyente sobre el modo y autoría, de los hechos, insuficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, es claro que no puede fundar la revisión interesada máxime cuando en el ámbito del contrato de trabajo la calificación de un hecho como constitutivo de un incumplimiento contractual se regula por normas distintas de las que contemplan la calificación de los delitos, y se manejan diferentes conceptos de culpa.

VII. Parte dispositiva

**Principal:* Se desestima la demanda de revisión de sentencia firme promovida por el trabajador, frente a la *sentencia dictada el 1 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 4 de Pamplona, recaída en autos 403/2015*, en virtud de demanda seguida a su instancia contra la Fundación Club Atlético Osasuna y el Club Atlético Osasuna, sobre despido.

**Accesorio (costas):* sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento jurídico Segundo [...]

"2.- Son muchas las sentencias de esta Sala IV en las que nos hemos pronunciado sobre los términos en los que debe ser interpretado y aplicado dicho precepto, cuando las actuaciones penales acaban en sentencia que absuelve al trabajador despedido de las imputaciones penales derivadas de los mismos hechos en los que se sustenta el despido disciplinario, que sin embargo ha sido calificado como procedente en el orden social de la jurisdicción. Baste citar en tal sentido las *SSTS 4/7/2019*, *demanda 52/2017*; *7/3/2019, demanda 13/2018*; *30/03/2016*, *demanda 13/2014*; *13/05/2016*, *demanda 11/2014*; y *20/07/2016, demanda 38/2015*.

En todas ellas recordamos que una sentencia penal absolutoria no puede servir, siempre y en todo caso, como presupuesto para la revisión de una sentencia firme dictada en el ámbito laboral, por el solo y mero hecho de que hubiere acabado absolviendo al trabajador y con independencia de cuál haya podido ser finalmente el motivo de tal absolución.

Es necesario e imprescindible que la absolución obedezca específicamente a la inexistencia del hecho o a no haber participado el sujeto en el mismo, tal y como inexorablemente exige aquel precepto legal. [...]

3.- Como decimos en las precitadas sentencias: "la valoración que de la prueba practicada realiza el Juez Penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado cometiera el delito que se le imputa, no impide que el Juez del Orden Social de la Jurisdicción considere suficientemente acreditado - en uso y ejercicio de la potestad que le confiere el *art. 97.2 LPL* en orden a la valoración de la prueba - el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido" y que "este sentido de independencia de uno y otro orden jurisdiccional, en orden a la valoración de la prueba - con los límites antes dichos de inexistencia del hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal, en cuyas circunstancias prevalece o se impone la sentencia penal sobre la civil - ha sido proclamado en doctrina constante de este *Tribunal Supremo - entre otras, sentencias de 15-junio-1992* , y *20-junio-1994* -, y *ello, en cuanto - sentencias del Tribunal Constitucional 24/1983 de 23-febrero* , *36/1985 de 8-marzo* y *62/1984 de 2- mayo* - 'la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta'. Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia, dado que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, rectificando su inicial jurisprudencia - entre otras, *STC 18-marzo-1992* - la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, y ello porque 'de un lado, el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal y, de otro, en que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente". [...] "en orden la valoración de los hechos en una y otra jurisdicción que "Esta valoración diferente de los hechos podría encontrar explicación y justificación, alternativa o cumulativamente, en la distinta actividad probatoria desplegada en uno y otro orden jurisdiccional, o en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena en el orden penal, en el que hay que atenerse a principios, como la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, que no son de aplicación en la calificación de las conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales".

Fundamento jurídico Tercero. 1 - [...] Ya hemos dicho que el *art. 86.3 LRJS* exige que la sentencia absolutoria penal sea debida a "la inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo", lo que no sucede en el supuesto ahora planteado, en el que la absolución del demandante no vino determinada por las causas recogidas en el citado *artículo 86.3 LRJS* , sino por inexistencia de prueba suficiente para justificar su condena.

2. - En el mismo sentido se pronuncia el informe del Ministerio Fiscal, al señalar acertadamente que la sentencia penal, si bien constata la participación del demandante en los hechos enjuiciados, acaba en un fallo absolutorio por ausencia de prueba, tanto para el delito de apropiación indebida como del delito de "corrupción entre particulares", en su modalidad de "corrupción deportiva". Concluye que el actor ha participado en los hechos, por más que no lo hubiere hecho en grado suficiente para sostener su condena, al no acreditarse en la prueba practicada que conociera los tratos alcanzados con el Real Betis ni las cantidades que se les iban a abonar.

Sin embargo, sí queda constatada -en grado menor- su participación en los hechos, habiendo quedado probado que recibió el encargo de buscar una financiación inmediata para gastos urgentes del club, y por una cantidad elevada; que realizara un préstamo al club de 60.000 euros, y que recibe una nueva petición para que, una vez reunida la cantidad de 400.000 euros, la trasladara a la ciudad de Sevilla en el tren AVE.

3.- En definitiva, y de conformidad con el Ministerio Fiscal, no es dable aplicar en el presente caso el motivo específico de revisión ex. *artículo 86.3 LRJS*, puesto que la sentencia penal no excluye la existencia del hecho ni la participación del trabajador en el mismo, sino que fue la falta de prueba concluyente la que condujo a su absolución

en aplicación del derecho a la presunción de inocencia. Lo que impone la desestimación de la demanda.

IX. Comentario

1. ¿Es posible hablar de cuestiones prejudiciales penales en el proceso laboral más allá de la falsedad documental

La prejudicialidad penal en el proceso social tiene un tratamiento complejo y especial.

Para conocer su mecánica hay que partir del tronco normativo común a todo orden jurisdiccional. Al respecto, el artículo 10 de la LOPJ establece dos reglas generales: (a) para las cuestiones prejudiciales no penales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente; (b) para las cuestiones prejudiciales penales, planteada una cuestión prejudicial penal ante un órgano jurisdiccional no penal, éste debe suspender su proceso hasta que la cuestión sea resuelta por un órgano del orden penal, con lo que estas cuestiones son devolutivas y producen la suspensión del proceso no penal. Ahora bien, esa última regla tiene excepciones en el proceso laboral. Lo permite el propio apartado 2 del art. 10 de la LOPJ cuando establece que las leyes procesales podrán establecer excepciones a los efectos devolutivos y suspensivos de las cuestiones prejudiciales penales. La LRJS, de manera general en el art. 4.3, y más específicamente, en el art. 86.1 y 2, lo que hace es establecer una excepción a esa regla general, convirtiendo en no devolutivas y no suspensivas las cuestiones prejudiciales penales que puedan suscitarse en el proceso laboral declarativo, con la única salvedad de la presentación del “documento falso de influencia notoria en el pleito” (art. 86.2).

En rigor, la regla especial de neutralizar los efectos devolutivos y suspensivos en el proceso laboral no desestabiliza ni perturba la coherencia del enjuiciamiento por dos razones^[4]: 1ª) porque en realidad no existen cuestiones prejudiciales penales^[5] toda vez que la no remisión de la cuestión penal a un órgano de este orden jurisdiccional no supone que el juez laboral resuelva realmente sobre la cuestión; en el caso de la sentencia sobre la que se pide la revisión, el juez laboral aunque exista un proceso penal no tiene que suspender el proceso laboral por cuanto no tiene por qué pronunciarse sobre si existo o no delito, ni tampoco imponer pena, sino que su enjuiciamiento se encamina a pronunciarse sobre la existencia de unos hechos, calificándolos jurídicamente sólo desde el punto de vista laboral^[6]; 2ª) y la segunda razón porque es conveniente por la rapidez que conviene resolver el proceso penal^[7]; debiendo descartar que esta especialidad para el proceso social tenga fundamento técnico-jurídico “la búsqueda de la verdad material”^[8].

2. El nuevo motivo de revisión: la revisión por posterior sentencia penal contradictoria: doctrina jurisprudencial

Esa regla especial de *orígenes ciertamente remotos* (RO de 4 de octubre de 1916, confirmada por la OM de 25 de marzo de 1936 en materia de accidentes de trabajo y que comprende a todos los procesos laborales en la LPL de 1958)^[9] de negar el efecto suspensivo y devolutivo por seguir causa criminal sobre los mismos hechos, no atajaba el problema de dar una solución jurídica correcta y coherente ante los riesgos de pronunciamientos diferentes por los tribunales laborales y penales con relación a unos mismos hechos, como ocurre en el supuesto de hecho que examinamos (tribunal laboral que declara el despido procedente y sentencia penal posterior absolutoria por hechos conexos).

De ahí, que la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 introdujera en la regulación de – convengamos, aunque descartemos, en propiedad- las cuestiones prejudiciales penales, una importante novedad, cuya viabilidad jurídica había sido ya sugerida por un autorizado sector de la doctrina (Alonso Olea).^[10]

El actual artículo 236.1 LRJS prescribe que "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, de Enjuiciamiento Civil, 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".

Por su lado, el artículo 510 LEC enumera las cuatro causas que permiten fundar la revisión y el artículo 511 LEC dispone que podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada.

Sobre este marco legal, la doctrina jurisprudencial – con apoyo en doctrina constitucional-, reiterada y uniforme, viene afirmando:

(a) La *naturaleza extraordinaria y excepcional* del proceso de revisión por lo que no es posible reenjuiciar la situación fáctica que contempló la resolución atacada, ni pretender un nuevo análisis de la cuestión ya resuelta y que ha cobrado firmeza^[11].

(b) La *valoración de la prueba* por el Juez Penal no impide que el Juez del Orden Social considere suficientemente acreditado el incumplimiento contractual grave que justifica la procedencia del despido, puesto que "la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta"^[12]; esta valoración diferente de los hechos podría encontrar explicación y justificación, alternativa o cumulativamente, en la distinta actividad probatoria desplegada en uno y otro orden jurisdiccional, o en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena en el orden penal, en el que hay que atenerse a principios, como la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, que no son de aplicación en la calificación de las conductas de incumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales.

(c) Para que tal precepto pueda resultar aplicable al caso concreto no basta con que la sentencia de los Tribunales laborales presente contradicciones fácticas con una sentencia del orden jurisdiccional penal, dado que además de esa divergencia, es necesario que concurren los dos *requisitos* siguientes: 1.- Que la sentencia penal sea absoluta; y 2.- Que esa absolución se produzca por la inexistencia del hecho o que tenga su base en la no participación en él del sujeto interesado. Si estos dos requisitos no concurren, aunque las conclusiones fácticas de esas dos sentencias sean claramente divergentes no es posible aplicar este art. 86-3^[13]. Si la sentencia penal es condenatoria y el despido fue declarado improcedente, la demanda de revisión presentada por la empresa no puede ampararse en la causa de revisión del artículo 86.3 LRJS puesto que los supuestos de revisión de sentencias no puedan ser objeto de interpretación extensiva porque suponen privar de virtualidad a una sentencia firme.
[14]

(d) Desde una *perspectiva constitucional*, con relación al respeto a la invariabilidad de las resoluciones judiciales y a conciliar el proceso de revisión con la tutela judicial efectiva, la jurisprudencia social^[15] se acoge a la doctrina constitucional ha argumentado que que "si el órgano judicial modificase una resolución judicial anterior al margen del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, "quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme". Queda de esta forma protegida y garantizada por el art. 24.1 CE la eficacia de la cosa juzgada material, en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de

septiembre...) [...] No obstante, el derecho a la intangibilidad de sentencias firmes no resulta automáticamente lesionado por la mera alteración o modificación de una decisión anterior, sino que debe valorarse su relevancia constitucional real con la perspectiva del art. 24.1 CE; es decir, si se ha realizado a través de un cauce procesal adecuado y con base en unas razones jurídicas suficientemente justificadas"^[16].

(e) Con relación al *principio de presunción de inocencia se rechaza* que se conculque dicho principio argumentando con base en la doctrina del Tribunal Constitucional que ^[17] "el despido no es más que una resolución contractual, y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal", de modo que la consideración por los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual, "no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente"^[18]. En el caso, como la sentencia absolutoria no declara la inexistencia del hecho, ni la no participación del recurrente en el mismo, cual requiere el art. 86.3 de la LRJS, sino que se funda en la falta de prueba concluyente sobre el modo y autoría, de los hechos, insuficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, es claro que no puede fundar la revisión interesada máxime cuando en el ámbito del contrato de trabajo la calificación de un hecho como constitutivo de un incumplimiento contractual se regula por normas distintas de las que contemplan la calificación de los delitos, siendo de aplicar también diferentes conceptos de culpa.

(f) En cuanto a la *finalidad del proceso de revisión*, se ha señalado que su finalidad última, "se orienta a la prevalencia del principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica que acompaña a toda sentencia firme obtenida en un proceso judicial. De aquí que, en la pugna entre ambos principios, dotados en la actualidad de un reconocimiento jurídico-constitucional en los arts. 9 y 24 de CE, haya tenido que arbitrarse un sistema de protección combinada que propicie la adecuada pervivencia de uno y otro en términos de ajustada ponderación jurídica" [...] Y al constituir una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada [antes art. 1251 CC y actualmente art. 222 LEC], el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados, pudiendo únicamente ser pretendida a través de las causas previstas en la Ley, que se configuran como "numerus clausus" o "tasadas", imponiéndose -pues- "una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas, como de sus requisitos formales", a fin de evitar que se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que, al arbitrio de alguno de los litigantes y con menosprecio de la cosa juzgada, se intente volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos, con olvido de que el recurso de revisión no se halla establecido para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas"^[19].

(g) Y en cuanto a la necesidad de *haber agotado todos los recursos* en el proceso laboral, se ha suavizado, *flexibilizando la subsidiariedad* del carácter subsidiario del proceso de revisión, en casos de dificultad para el acceso al recurso de unificación de doctrina, como ocurre en pleitos sobre despidos en general y, en especial, los disciplinarios. Si bien en el supuesto objeto de examen en la sentencia comentada sí que se intentó – sin éxito, por falta de contradicción- la unificación de doctrina.

- **Valoración (positiva) de esta doctrina.**

La doctrina jurisprudencial sobre esta causa de revisión de sentencia laboral firme y posterior sentencia penal contradictoria, merece un juicio positivo en clave de seguridad jurídica. La seguridad jurídica exige que los litigios tenga un fin y que lo en ellos resuelto no pueda ser replanteado y vincule a los tribunales ante los que se incoe un proceso idéntico o conexo; sólo en casos en los que al legislador se le impone la evidencia de que las exigencias de justicia deben ser puestas por encima de la exigencia de la seguridad jurídica será posible que la sentencia con fuerza de cosa juzgada sea rescindida o anulada^[20]. De ahí que con toda insistencia la Sala Social del TS en la sentencia que analizamos, remitiéndose a otros precedentes, insista en señalar dos cosas: 1ª) una sentencia penal absolutoria no puede servir, siempre y en todo caso, como presupuesto para la revisión de una sentencia firme dictada en el ámbito laboral, por el solo y mero hecho de que hubiere acabado absolviendo al

trabajador y con independencia de cuál haya podido ser finalmente el motivo de tal absolución; 2ª) que la sentencia penal absolutoria sea debida a "inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo".

Con razón se ha sostenido que este motivo autónomo de revisión da respuesta a una supuesta cuestión prejudicial penal en el ámbito laboral, que, en realidad no lo es, porque los tribunales laborales nunca han de pronunciarse sobre si una actuación sometida a su consideración constituye delito. En palabras de la propia jurisprudencia "de primera hora"^[21] lo que "la regulación viene a reconocer en ese caso una vinculación de la sentencia social respecto de la penal y responde a la afirmación de que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 24/84, que a su vez cita la 77/1983 de 3 de octubre. Pero no toda sentencia absolutoria del órgano de lo criminal abre la vía de la revisión pues la absolución puede fundarse en falta de pruebas suficientes sobre la comisión de los hechos o en que estos no sean constitutivos de infracción penal, etcétera, y en tales casos no opera lo dispuesto en el artículo 86.3, pues la previsión legal se ciñe exclusivamente a la inexistencia del hecho en su versión objetiva (no ocurrencia del mismo) y subjetiva (no participación del sujeto). Este precepto requiere la certeza sobre cualquiera de los dos hechos negativos que previene, sin que sea suficiente para que se abra el cauce de la revisión la absolución con base en que las pruebas carecen de fuerza para vencer la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española, ni que los razonamientos jurídicos del Juez penal descarten la calificación de los hechos como infracción penal". En suma, es la perspectiva de que el enjuiciamiento del incumplimiento que hace el juez laboral versa sobre un incumplimiento contractual y el del órgano penal sobre una conducta antijurídica constitutiva de infracción punible"^[22], la que resuelve la problemática.

4. Un caso excepcional de estimación del recurso de revisión: la STS (Social) de 26 de marzo de 2004^[23] y la interpretación del concepto de la no participación en los hechos del sujeto

Es muy difícil hallar una sentencia que estime la revisión por esta causa. Entre las aisladas sentencias del TS que han dado lugar a la revisión sobre la base de este autónomo motivo del art. 86.3 LRJS, se encuentra la STS de 26 de marzo de 2004. Ejemplo de cuidadoso paso en la interpretación de lo que debe entenderse por inexistencia de participación del sujeto en los hechos. El esfuerzo argumentativo es digno de destacar. Allí se dice: "[E]n el supuesto que aquí ha de enjuiciarse, es manifiesto que los hechos a que se refiere la sentencia laboral de despido existieron realmente, como afirma la propia sentencia penal, puesto que ciertamente se produjeron las falsedades en documento oficial que en ella se reflejan y que antes se han transcrito literalmente, pero ocurre que mientras en la jurisdicción laboral se afirmó que el trabajador demandante había intervenido en esos hechos, en la sentencia penal se afirma lo contrario, pues en ésta se dice, por un lado, que el acusado, aunque al menos rellenó parcialmente dos de los boletines falsos, esta actividad era práctica habitual de los empleados de la empresa, que de esta forma venían a colaborar con los instaladores electricistas que acudían a ella como clientes para tramitar boletines de engancho y, por otra parte, se afirmaba rotundamente que el Sr. Santiago desconocía "... las alteraciones cometidas en dichos boletines por el primer acusado, a quien conocía como un cliente más y que fue quien le facilitó los datos que faltaban." "En suma, aunque es incuestionable que el actor tuvo participación en los hechos, su absolución no se produjo aplicando la presunción de inocencia ante la ausencia de pruebas, sino que se afirmó categóricamente que desconocía la falsedad de los documentos en cuya elaboración intervino. Ello equivale a la existencia de la causa de revisión que previene el número 3 del artículo 86 de la LPL".

5. El razonamiento de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra^[24] que confirmó la procedencia del despido.

La revisión se dirige contra la sentencia del Juzgado de lo Social (la que se confirma y ganó firmeza). Pero interesa reparar que la Sala del TSJ Navarra, en el recurso de suplicación, es consciente de la posible trascendencia penal de la conducta, pero deslinda, con rigor, el objeto de lo que es constitutivo de un incumplimiento laboral. Se trataba del director de una Fundación de un club de fútbol que, desde abril de 2001, incurrió en una grave conducta. Siguiendo instrucciones del Presidente y Vicepresidente del Club, el 16 de mayo de 2014, sacó 400.000 euros de la cuenta bancaria del Club Osasuna y con ese dinero en efectivo se desplazó en tren hasta Sevilla donde lo entregó al gerente y a un directivo del club), cantidad con la que se pagó una prima a los jugadores del Betis. Se rechazan las alegaciones del demandante relativa a que con su actuación no incurrió en irregularidad alguna al seguir instrucciones de sus superiores y desconocer el destino que se iba a dar al dinero; explicaciones que, como se razonó en la sentencia del Juzgado de lo Social, no resultan razonables pues es difícil imaginar que ante dicho encargo, totalmente inusual, no se cuestionase la finalidad de la operación. Pero es que, independientemente de ello, tal cometido no se encontraba dentro de sus funciones como director de la Fundación y, en todo caso, debió comunicarlo al Patronato al existir una clara vinculación entre el Club y la Fundación, más aún cuando está demostrado que ambas entidades atravesaban una situación económica muy complicada. La ocultación de los hechos se prolongó durante diez meses, hasta marzo de 2015 cuando salieron a la luz pública en distintos medios de comunicación. Aunque al Tribunal de suplicación *no le consta que el demandante “fuera el artífice de la operación, y sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudiera haber incurrido, lo cierto es que su actuación en el ámbito laboral merece un fuerte reproche y la sanción de despido impuesta aunque sólo sea por haber ocultado al máximo órgano de la Fundación que dirigía la actuación llevada a cabo”*.

XI. Apunte final

Para cerrar el comentario: un balance y dos especulaciones.

*El *balance* tiene como resultado destacar los aspectos positivos de esta reiteradísima doctrina caracterizada por una marcada tendencia restrictiva del motivo autónomo de revisión previsto en el artículo 86.3 de la LRJS. Primero, un juicio favorable para resaltar la depurada técnica jurídica que justifica esta interpretación – concilia perfectamente la categoría de cosa juzgada, que es necesaria en todo ordenamiento jurídico, con la tutela judicial efectiva, pues ésta impone también la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos judiciales una vez que devienen firmes-. Un segundo juicio favorable, por la seguridad jurídica que conlleva y la previsibilidad de la respuesta que proyecta el criterio en el momento del planteamiento de un proceso de revisión. Los criterios jurisprudenciales expuestos aquilatan perfectamente el mecanismo de coordinación que salva los efectos de “flagrante contradicción en los hechos”, y en los pronunciamientos, que pueden, excepcionalmente, acontecer y que derivan de la opción legislativa de aplicar en el proceso laboral la prejudicialidad suspensiva penal con excepción del supuesto de falsedad documental.

*Las otras dos reflexiones se mueven en ámbitos diferentes. Se realizan desde el poso de insatisfacción que pueda generar respuestas judiciales aparentemente dispares o contradictorias frente a preguntas de quienes desde el desconocimiento del sistema legal se cuestionan ¿cómo es posible que tribunales laborales y penales puedan llegar a soluciones distintas respecto de hechos conexos? y por qué esa contradicción no puede tener respuesta homogénea y coherente como sucede en el caso de que se declare por el Juzgado laboral el despido procedente y en el Tribunal penal, con posterioridad, lo absuelva aplicando el principio de presunción de inocencia.

De lege ferenda hay voces que postulan una suavización de este régimen de prejudicialidad suspensiva penal, en función de las circunstancias del caso. Se alude a que hay cuestiones laborales y penales tan íntimamente conectadas como sucede en

casos de delitos contra los derechos de los trabajadores, lesiones o fallecimientos derivados de accidente de trabajo que pueden tropezar en ocasiones con barreras normativas (art. 10.2 LOPJ y 1114 de la LEcrim) que impiden seguir otro juicio distinto al penal por los mismos; o , a veces dilucidan hechos presuntamente delictivos cuya calificación puede resultar compleja (estafas, delitos fiscales o contra la seguridad social) que, por su prolongada instrucción, provocan una gran dificultad en el enjuiciamiento laboral a la hora de demostrar hechos son objeto de enjuiciamiento en procesos por despidos disciplinarios, máxime si se tiene en cuenta que para muchos de estos hechos se ha empleado un tiempo en la investigación y en la instrucción^[25].

En mi opinión, estas objeciones pueden disiparse si se tienen claras, a la hora de examinar este motivo de revisión, tres premisas: 1ª) que el motivo autónomo de revisión del art. 86.3 LRJS resuelve un problema diferente al de la sentencia injustamente ganada^[26]. No se trata de un supuesto en el que se aprecien actuaciones extraprocesales que haya producido mediante actuación intencionadamente torticera de un parte, una resolución adoptada en condiciones viciadas, sino de admitir que esa paradoja de que existan versiones diferentes de unos mismos hechos ha de solventarse, y a tal efecto prima el proceso penal sobre el laboral, en los términos tasados en la ley; 2º) que la explicación de soluciones diferentes radica en la existencia de objetos procesales diferentes que determinan que admitan un enjuiciamiento independiente por diferentes órdenes jurisdiccionales (en el caso, el penal y social), puesto que en el ámbito del contrato de trabajo la calificación de un hecho como constitutivo de un incumplimiento contractual se regula por normas distintas de las que contemplan la calificación de los delitos, siendo de aplicar también diferentes conceptos de culpa; y 3º) la delicada tarea que tiene encomendada el órgano judicial competente en el proceso de revisión (el TS (Social)), para, sin llevar a cabo un nuevo enjuiciamiento, explicar el fundamento y la respuesta de esos dos objetos procesales en orden a determinar y concretar qué ha de entenderse por “hecho inexistente” o “no participación del sujeto”.

Por otra parte, entrando también en el terreno de la especulación, la doctrina jurisprudencial que establece la práctica expulsión del reenvío del principio de presunción de inocencia, aplicado en el proceso penal, al proceso social – rectius, sentencia- anterior sobre despido disciplinario ya juzgado, lejos de comprometer la normativa de la Unión Europea – nos referimos a la contenida en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio - , confirma su validez toda vez que dicha Directiva limita su ámbito de aplicación al proceso penal.

Y, por último, otra hipótesis: cabría plantearse el supuesto si la absolución penal del trabajador hubiera tenido su fundamento en la anulación de pruebas por vulneración de derechos fundamentales. La cuestión en estos términos admite planteamientos más complicados, pero en todo caso la respuesta vendría dada por determinar si el hecho ha existido o no y si éste era espejo o réplica de lo que determinó el incumplimiento laboral.

Referencias:

1. ^ *Cardenal Carro, Miguel. La revisión de sentencia en la Jurisdicción Social. Thomson-Aranzadi. Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). 2003. Pág. 148.*
2. ^ *Sempere Navarro, A. V. Capítulo XXXIII, Otros recursos ante el Tribunal Supremo, La demanda de revisión, en Curso de Procedimiento Laboral, VV.AA, Duodécima edición, Tecnos, 2019, pág. 518. El sexto y último Título del Libro III de la LRJS se dedica a la revisión e sentencias y laudos arbitrales firmes y del proceso de error judicial. La rúbrica es novedosa y más amplia que la de su antecesora (la LPL), limitada a la revisión de*

- sentencias firmes, la cual desde la reforma de 2009, ya no aparece calificada como “recurso”, concordando así con la LEC donde se habla de “demanda de revisión”.
3. ^ Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Derecho procesal civil*, Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez-Picazo, Giménez, en *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración, conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2000, págs. 525 y ss.
 4. ^ Montero Aroca, Juan. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, artículo 86. VV.AA, Civitas, Madrid, 1993, pág.590.
 5. ^ Conde Martín de Hijas, Vicente en *la Nueva Ley de Procedimiento Laboral*, XIII, 1º, cit., pág 99
 6. ^ Montero Aroca, Juan. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, artículo 86. VV.AA, Civitas, Madrid, 1993, pág.590.
 7. ^ *Sentencia Tribunal Constitucional 24/1984*, de 23 de febrero.
 8. ^ Montero Aroca, Juan. *Op. cit. con contenido crítico hacia dicha tesis al sostener que no existe diferencias entre el proceso civil y el laboral con relación a los principios del proceso, pues la referencia a la “verdad material” que hace la STC 24/1984 no tiene base científica*
 9. ^ Montero Aroca, op.cit, mencionado su obra *Los tribunales de trabajo (1908-1938)*
 10. ^ Valdés Dal-Ré, Fernando, en comentario al artículo 86, *Ley de Procedimiento Laboral, Análisis y comentarios al R.D. Legislativo 521/90 de 27 de abril*, VV.AA, Deusto, pág. 246
 11. ^ *ATS, Social sección 1 del 17 de diciembre de 2021 (ROJ: ATS 16721/2021 - ECLI:ES:TS:2021:16721A)* y las SSTs (Social) que cita: 12 de septiembre de 2017, procedimiento 1/2017; 29 de marzo de 2019, procedimiento 5/2018; y 16 de junio de 2020, procedimiento 19/2019
 12. ^ *STS, Social 7 de marzo de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1119) con apoyo en doctrina del Tribunal Constitucional en sus sentencias 24/1983 de 23 de febrero , 36/1985 de 8 de marzo y 62/1984 de 2 de mayo*
 13. ^ *STS, Social 16 de junio de 2020, núm 2118/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2118.*
 14. ^ *STS, Social 2 de febrero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:538*
 15. ^ *STS, Social 7 de marzo de 2019 (ROJ: STS 1119/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1119)*
 16. ^ *Sentencia del TC número 216/2009*
 17. ^ *STC 30/1992 de 18 de marzo, entre otras.*
 18. ^ *SSTC 30/1992 de 18 de marzo*
 19. ^ *Las SSTs 25 de febrero de 2014, procedimiento 26/2013; 13 de noviembre de 2014, procedimiento 16/2012; 16 de septiembre de 2015 procedimiento 19/2014; y 16 de junio de 2020, procedimiento 19/2019,*
 20. ^ Díez-Picazo Giménez, op. cit.
 21. ^ *STS, Social, 20 de junio de 1994 - ECLI:ES:TS:1994:4775)*
 22. ^ Montero Aroca, Juan, op. cit, con mención a la STS (Social) de 20 de junio de 1994
 23. ^ *STS (Social) núm 2087/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2087*
 24. ^ *STSJ, Social Navarra, 13 de diciembre de 2016- ECLI:ES:TSJNA:2016:923*
 25. ^ *En este sentido, García de la Calle, José Rafael. Comentario al artículo 86 LRJS. En Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Dir. Juan Molins García-Atance. ediciones Laborum, 1ª edición, 202, pág. 325*
 26. ^ Cardenal Carro, Miguel, op. cit. pág 142

§ 26 **El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales.**

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *El criterio determinante de la ilegalidad de una cesión de personas trabajadoras en el marco de una contrata del sector público no es la interposición en la figura del titular de la actividad, ni la prestación del trabajo en las dependencias y con los medios de ésta, sino que las órdenes e instrucciones sobre las condiciones laborales procedan del propio ente cesionario (la Administración).*

Palabras clave: *Contrata administrativa. Cesión ilegal. Poder de dirección empresarial. Servicio público.*

Abstract: *The decisive key for the illegality of an assignment of workers in the framework of a public sector contract is not the interposition in the figure of the owner of the activity, nor the provision of the work on its locations and with its resources, but rather is that the orders and instructions on working conditions come from the assignee entity itself (the Administration).*

Keywords: *Administrative contract. Unlawful transfer of workers. Management authority. Public service.*

I. Introducción

La aplicación de las técnicas de descentralización productiva no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar: sanidad, educación y servicios sociales.

En el entorno mercantil, la atribución a sujetos ajenos de una porción de la producción es una práctica harto común, que además se considera como un factor de eficiencia y eficacia desde el punto de vista del beneficio industrial. Bajo la premisa cierta de que las corporaciones pueden tener dificultades para realizar de forma competitiva todos y cada uno de los cometidos que componen su quehacer productivo, que pueden ser muy disímiles teniendo en cuenta la interacción en mercados globalizados, se tiende hacia la especialización, concentrándose en el núcleo duro y central de su actividad (*core business*), prefiriendo encomendar a otros empresarios externos la realización de tareas auxiliares o anexas.

Bajo estas mismas premisas pero moduladas por la observancia de los principios de transparencia, publicidad, igualdad de trato entre licitadores y no discriminación entre interesados o tutela de la libre competencia empresarial, la hipótesis de que la Administración encomiende a agentes extramuros de su estructura interna determinadas tareas puede resultar un destacado acicate, en una primera aproximación, a la hora de proporcionar servicios públicos a los ciudadanos por varias razones fundamentales:

En primer lugar, la concertación con empresas contratistas o concesionarias, adjudicatarios de un contrato, que aportan sus elementos materiales y humanos e infraestructuras a la prestación del cometido público asumido va a permitir una directa aplicación del postulado de la competencia o del incremento de la rentabilidad también en el seno de los poderes adjudicadores, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su mano de obra y de su organización por su consecución en el mercado, contribuyendo, a la postre, a la dinamización de la economía. En segundo término, conlleva un acusado ahorro de costes, tan importante para reducir el endeudamiento de las arcas públicas y aligerar la presión presupuestaria, garantizando, al tiempo, la dispensa de quehaceres públicos de primera necesidad como puede ser la educación, los servicios sociales o la sanidad. En tercer lugar, este discurrir permite atender situaciones de acumulación de tareas o necesitadas de solución inmediata, a la carencia de especialización o de capacitación de los empleados públicos en algunos asuntos novedosos o a la falta de flexibilidad de algunas de las categorías del derecho administrativo funcional, tal y como en ocasiones ha ocurrido con los calendarios, los permisos, las licencias, las vacaciones, la jornada y los horarios de trabajo. En cuarto lugar, estas ventajas verán multiplicados sus efectos beneficiosos si la terciarización no se queda en un primer nivel (Administración-empresario adjudicatario de la prestación del servicio), sino que se extiende sucesivamente dando lugar a una larga cadena de empresas involucradas, de suerte que el contratista o concesionario inicial cede parte de su actividad a otra u otras empresas y estas, a su vez, a otras posteriores.

En todo caso, el recurso al sistema de contratación del sector público provoca un acusado afinamiento del organigrama burocrático.

La proyección de este modelo mercantil al ámbito del sector público plantea una duda primera y principal: ¿debería existir algún tipo del límite a la decisión administrativa de externalizar? O, formulando el interrogante en otros términos, ¿qué tipo de funciones se pueden descentralizar?

La respuesta a esta cuestión se torna sencilla: ningún problema debe de existir para que sujetos privados colaboren en el desarrollo de un quehacer público de contenido prestacional o en la dispensa de un concreto servicio, quedando preterido únicamente el ejercicio de prerrogativas que impliquen autoridad y uso de potestades públicas, esto es, tareas reservadas al Estado o, mejor, poder gubernativo” como parte de su “núcleo irreductible, irrenunciable e indisponible. Este concepto ha sido perfilado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluyendo exclusivamente “aquellos poderes que son la encarnación de la soberanía del Estado y, como tales, confieren a quienes los conciertan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, implicando privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos”^[1]. Esta tesis es la que acoge precisamente el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), cuyo art. 11.2, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, reserva a los funcionarios públicos “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas”.

Tales amplios márgenes de actuación permiten recurrir a contratos con empresas en supuestos que no encajan en la calificación de contrata ex art. 42 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), sino que más bien se acercan al concepto

de cesión ilegal de personas trabajadoras prohibida por el art. 43 ET, al encontrarse perfectamente integradas en la esfera organicista de la entidad pública^[2], tal y como ha sucedido, por ejemplo, con la prestación de servicios informáticos por aparentes empresas contratistas a distintos entes públicos. Entre las más recientes, cabe mencionar, a título ejemplificativo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2021 (rec. 3485/2018), en relación con el servicio andaluz de salud; o la Sentencia del Alto Tribunal de 18 de mayo de 2021 (rec. 646/2019), que reconoce cesión ilegal de una guía intérprete del Parque Nacional de Timanfaya entre dicha empresa y el Organismo Autónomo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente.

Sobre un posible supuesto de cesión ilegal relacionado con el servicio de apoyo y asistencia del alumnado con necesidades educativas especiales dispensado por la Junta de Andalucía y encomendado a una unión temporal de empresas versa la sentencia objeto de comentario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: Número 115/2022, 07/02/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso para la unificación de doctrina, núm. 175/2022

ECLI: ES:TS:2022:595

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. Rosa Virolés Piñol

Votos Particulares: no contiene votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina presentado por la Junta de Andalucía frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de noviembre de 2019 que reconoce la existencia de cesión ilegal de una trabajadora con categoría de monitor de apoyo y asistencia para el alumnado con necesidades educativas especiales. Este pronunciamiento de duplicación estima el recurso planteado por la actora frente a la sentencia del juzgado de lo social núm. 5 de Málaga de 12 de diciembre de 2018 que rechazó la existencia de cesión ilegal.

La dinámica de la relación laboral de la trabajadora se caracteriza por las siguientes circunstancias:

1.- El servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de Andalucía ha sido objeto de adjudicación a sucesivas empresas contratistas, actuando como órgano contratante, primero, el Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos y después la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación.

2.- La actora comenzó a prestar servicios el 7 de enero de 2015, en un principio, para la empresa adjudicataria Celemin & Formación S.L, con una jornada de 25 horas semanales y un salario diario de 26, 13 euros, y, en un segundo momento, para la UTE FEPAMIC COLEGIOS MALAGA.

3.- Según el pliego de condiciones particulares de la segunda licitación, "corresponderán al Monitor de apoyo y asistencia para alumnado con necesidades educativas de apoyo específico llevar a cabo funciones propias de su especialidad, fundamentalmente, de carácter asistencial en cada uno de los centros que se detallan y de acuerdo con lo establecido en el calendario escolar. Dicho programa... incluirá Intervenciones de cuidado y atención personal del alumnado, que podrán concretarse en las siguientes funciones: a) Acompañamiento y atención en desplazamientos por el centro educativo; b) Atención y acompañamiento en actividades de la vida diaria: aseo y limpieza, vestido, salud y seguridad. c) Acompañamiento y atención en recreos, entradas y salidas. d) Favorecer el contacto entre el centro y la familia, en el marco de actuación del Equipo de Integración y Apoyo del centro o del Departamento de orientación, en colaboración estrecha con el tutor o tutora; e) Colaborar en la elaboración y aplicación de las adaptaciones curriculares individualizadas, realización de registros conductuales, programas de modificación de conducta, y otros programas de atención a la diversidad que se establezcan para el alumnado con necesidades educativas de apoyo específico. f) Participar en las reuniones donde se aborden temas relacionados con los alumnos con necesidades educativas de apoyo específico que atiende, informando del seguimiento y aplicación de la labor desarrollada. g) Colaborar estrechamente en el afianzamiento y desarrollo de las capacidades de los alumnos con necesidades educativas de apoyo específico en los aspectos físicos, afectivos, cognitivos y comunicativos, promoviendo el mayor grado posible de autonomía personal y de integración social".

4.- El 13 de marzo de 2017 la trabajadora y la nueva empresa adjudicataria suscriben un contrato fijo discontinuo y acuerdan la subrogación con las siguientes condiciones laborales: "1) El/la trabajador/a prestará sus servicios como auxiliar técnico educativo incluido en el grupo profesional de personal complementario auxiliar para la realización de las funciones del grupo IV de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente del XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. 2) La jornada de trabajo será a tiempo parcial. La jornada de trabajo ordinaria será de 25 horas a la semana, siendo esta jornada inferior a 35 horas de tiempo de trabajo efectivo, no pudiendo la jornada diaria superarlas 8 horas como máximo. Para atenderlas necesidades del Servicio, el trabajador realizará su actividad en el centro CEIP (DIRECCION000, en DIRECCION001), en la provincia de Málaga. La distribución del tiempo de trabajo es de lunes a viernes de 9:00h a 14:00h. 3) Se establece como duración del contrato los períodos escolares establecidos en el Expediente NUM000 LOTE 1. La prestación efectiva coincidirá con el calendario escolar vigente en cada momento. Anualmente la contratación coincidirá con el calendario escolar vigente en cada momento. 4) El/la trabajador/a percibirá la retribución que se establece en las tablas salariales del convenio colectivo vigente y ya mencionado en la primera cláusula, y según la categoría de auxiliar técnico educativo".

5.- La trabajadora ha sido llamada al inicio del curso escolar 2017 y 2018.

6.- Con fecha 20 de junio de 2017, como anexo al contrato, las partes acordaron entre otros extremos que "el trabajador realizará funciones de acompañamiento - servicio de apoyo y asistencia escolar- al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico, en virtud del contrato suscrito con la delegación provincial de educación, con número de Expediente NUM000 LOTE 1".

7.- En el marco de su contrato laboral, la trabajadora, con un horario de 9 a 14.00 de lunes a viernes, viene realizando las siguientes funciones: "colaborar en el desarrollo de los programas de apoyo y asistencia del alumnado con necesidades especiales, colaborar y ayudar en los desplazamientos y vigilancia en los recreos y clases, ayudar en el aseo personal, control de esfínteres y uso de WC, supervisar y ayudar en la alimentación, atender e instruir las conductas sociales y comportamientos, integrarse en los equipos de orientación con la misión de colaborar con el profesorado y/ o tutor y el resto del equipo".

8.- La empresa le hizo entrega de los EPIS y del manual de formación y prevención de riesgos laborales, así como de un peto como uniforme de trabajo y una placa identificativa y un terminal móvil con geolocalización, junto con las normas de funcionamiento interno para los trabajadores de FEPAMIC y programa anual de vacaciones”.

9.- El teléfono móvil tiene una aplicación donde se anotan las incidencias, la empresa adjudicataria dispone de siete coordinadores en la Provincia de Málaga que visitan los centros y registran las visitas con sus incidencias, la trabajadora rellena el horario realizado en el mes que es certificado por el director de centro y se entrega a los coordinadores, existe un correo corporativo por el que la Federación se comunica con sus empleados y les convoca a las reuniones para tratar entre otras cuestiones las vacaciones que son aprobadas por la empresa, así como las licencias.

10.- La actora debe solicitar a la empresa la salida por acompañamiento de alumnos fuera del centro.

11.- La empresa contratista le abona las nóminas conforme el Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad con la categoría de auxiliar técnico educativo

12.- Como personal no docente figuraba en junio de 2017 en el horario del centro público como monitor de educación especial, estando incluida en el programa Séneca, que contiene perfiles distintos según se trate de personal directivo, docente, o contratas externas.

Teniendo en cuenta estos hechos probados, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de suplicación de la trabajadora “remitiéndose a lo constatado ya en pleitos anteriores en los que las condiciones esenciales en las que la actora había desplegado su actividad habían sido las mismas y que ya había sido objeto de examen en una sentencia anterior en la que la Sala consideró que se trataba de un fenómeno interpositorio complejo porque la trabajadora es monitora de educación especial cada curso escolar siendo la Consejería la titular del Centro público Docente y la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación una entidad de derecho público adscrita a la Consejería, siendo la demandante la única monitora de educación especial del centro y la llamada a atender a todos los alumnos que presentan necesidades educativas especiales”. La Sala de suplicación entiende que “la dirección del centro docente público supervisa las tareas de la trabajadora y controla su asistencia, aun cuando la documentación se remita inicialmente a la empresa. Considera, a la postre, que la Agencia Pública Andaluza actúa como intermediaria y dicho carácter no queda desvirtuado por el hecho de contar la Federación empleadora de la actora con una coordinadora de monitores o que haya organizado ocasionalmente cursos de formación y prevención de riesgos laborales”. Este fallo es revocado en casación para la unificación de la doctrina.

IV. Posición de las partes

La desavenencia radica en la siguiente contraposición:

De un lado, la trabajadora sostiene que ha sido objeto de cesión ilegal de trabajadores, de manera que tiene derecho a formar parte de la plantilla de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, con la categoría profesional de técnico de integración social y naturaleza jurídica indefinida, con los todos los efectos económicos y laborales de ello derivados, no en vano su empresa no es sino un mero ente aparente, asumiendo realmente la mencionada Consejería la supervisión de las tareas y el control del devenir laboral.

De otro, la Junta de Andalucía niega la existencia de tal cesión ilegal y aboga por la existencia de una adjudicación lícita al amparo de la LCSP, planteando recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la Sentencia del Tribunal Superior de

Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 20 de noviembre de 2019, aportando como resolución de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, de 18 de septiembre de 2018 (rec. 1665/2017), según la cual “las actoras prestaban servicios como auxiliares técnicos educativos, monitores de educación especial para Celemín Formación SA, que es una de las adjudicatarias del servicio de apoyo y asistencia escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, habiéndose llevado a cabo la contratación a través de la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la anterior. Las actoras percibían sus retribuciones de las empresas para las que prestaban servicios, siendo también éstas las que fijaban sus horarios y controlaban su cumplimiento, concedían permisos, licencias, excedencias y similares y se ocupaban de sustituir a las trabajadoras comunicando a los colegios cualquier incidencia que afectara a las actoras. Éstas venían obligadas a remitir a las empresas partes de actividades e incidencias para el control de su actividad y las empresas contaban con supervisoras y coordinadoras que mantenían contactos con el centro y supervisaban la actividad de aquéllas. Finalmente se constata que eran los equipos técnicos y profesores especializados que valoran el estado del menor y sus concretas necesidades, los que orientaban y supervisaban la actuación de las actoras”. Por todas estas razones, la sentencia considera que no puede concluirse la existencia de cesión ilegal de trabajadores, sino de un fenómeno de descentralización productiva mediante subcontratación de tareas inherentes a la propia actividad de la Administración Pública contratante, que es precisamente la postura mantenida por la Junta de Andalucía en el pronunciamiento objeto de comentario.

V. Normativa aplicable al caso

La descentralización a favor de empresas privadas de la gestión de servicios públicos conlleva la imbricación entre normas laborales y administrativas. En concreto, en el presente supuesto, confluyen:

Por un lado, el art. 43.2 ET, en virtud del cual “se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo 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 ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Por otro, el art. 1.1 LCSP, conforme al cual se da cobertura a la potestad de auto-organización de la Administración a la hora de decidir el sistema de gestión de los servicios públicos, de manera que “la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Además, en concreto, procede tener en cuenta lo dispuesto en el art. 75 LCSP (anterior, art. 52 Ley de Contratos de 2007), que prevé que “para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo entiende que “la esencia de la cesión ilegal (también en el sector público) no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia, de manera que “aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio”^[3].

VII. Parte dispositiva

Teniendo en cuenta que la empresa contratista, prestadora, por encargo de la Agencia Pública Andaluza de Educación, del servicio de atención al alumnado con necesidades educativas especiales, ejerció como empresario real de la trabajadora, disciplinando el plan de actuación, programa de trabajo y control horario, así como las vicisitudes en el vínculo de trabajo (enfermedades, permisos...), no concurren los presupuestos para entender que concurre cesión ilegal. Tal conclusión no puede quedar enervada, ni puede considerarse alterada “por circunstancias que son propias y definitorias de la relación existente entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como lo son el que la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que habían de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora”. Se trata, por tanto, de “una descentralización habitual, que resulta lícita”, sin que quepa entrar a valorar las eventuales relaciones precedentes al vínculo contractual actual (que se remonta a septiembre de 2015), cuyas condiciones extintivas resultan irrelevantes en la presente litis.

VIII. Pasajes decisivos

La sentencia se ocupa de identificar las notas esenciales determinantes para dilucidar si concurre una cesión ilegal o si, por el contrario, acaece una contratación o subcontratación lícita entre empresas fruto de un proceso de descentralización productiva, entendiéndose que esta doctrina es aplicable en el marco de la LCSP.

Para resolver este interrogante, el Tribunal Supremo acoge, tomando como referente pronunciamientos previos, tres premisas interpretativas:

En primer lugar, “si la empresa contratista se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral”. Y ello porque “el control de la actividad de los trabajadores debe seguir en manos de la empresa subcontratada y no trasladarse a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. Lo que en la práctica se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc., es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad”.

En segundo término, resulta imprescindible que “la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada”.

En tercer lugar, “el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal”.

Por otro lado, el Alto Tribunal afirma que el fenómeno interpositorio característico de la cesión ilegal implica tres negocios jurídicos coordinados: “1º) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2º) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3º) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal^[4].”

Trasladando estas tesis al caso concreto, el Tribunal Supremo considera que la clave para solucionar si concurre cesión ilegal o no radica en el ejercicio del poder de dirección y control empresarial.

IX. Comentario

Cuando la Administración comitente y el empresario adjudicatario celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos al servicio de la primera por razón de ese encargo, de modo que el objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del mencionado empleador como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. No puede extrañar, por tanto, que el candidato a contratar con un ente administrativo deba poseer más requisitos de capacidad y solvencia que los exigidos a un particular que quiere contratar con otro en el sector privado, hasta el punto de que la idoneidad de quien quiere optar al estatus de futuro contratista o concesionario público se encuentra absolutamente determinada por la propia LCSP.

Así pues, en la medida en que el contratista de una Administración Pública va a actuar como coadyuvante de ésta en el desarrollo de cometidos públicos, la LCSP no sólo prohíbe participar en los procesos de licitación pública a aquellos sujetos que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, sino que desgrana las cualidades de solvencia económica y técnica a aportar en función del concreto contrato del que se trate. De este modo, los operadores que quieran contratar con un ente del sector público tienen que garantizar además de su aptitud jurídica, su real suficiencia económico-financiera, técnica o profesional, contando con la infraestructura, equipamientos, recursos materiales y efectivos humanos necesarios, pues, en caso contrario, quedarán excluidos. Se trata de rechazar al oportunista, esto es, a quien carece de la entidad necesaria para acometer las prestaciones encargadas bajo estándares de eficacia. No obstante, la propia LCSP flexibiliza estas reglas generales, permitiendo que el empresario pueda “basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios” (art. 75).

La permisividad de este tenor literal permite que actúen como adjudicatarios de servicios públicos determinadas corporaciones que carezcan de medios e infraestructuras propios, lo cual puede ser aprovechado para encubrir posibles supuestos de cesión ilegal de mano de obra por empresas meramente aparentes.

Según doctrina judicial consolidada^[5], la consideración como prestamismo laboral ilícito asociada a una contrata administrativa no sólo concurre cuando la empresa prestataria careciera de entidad y bienes propios, de infraestructura y autonomía, sino también cuando no lleve a cabo la dirección del esfuerzo productivo. Es más, lo verdaderamente determinante de la ilegalidad no es la interposición en la figura del

titular de la actividad (en este caso, la Junta de Andalucía competente para la prestación del servicio de atención a las necesidades educativas especiales), ni la prestación del trabajo en las dependencias y con los medios de ésta, sino que las órdenes e instrucciones sobre las condiciones laborales y sobre el modo bajo el cual se llevan a cabo procedan del propio ente cesionario. O, dicho en otros términos, el tráfico ilícito acaece cuando la empresa adjudicataria se convierte en una mera empresa aparente que no asume el poder de dirección y gestión inherente a la condición de empleador.

El descubrimiento de tal realidad exige “levantar el velo” de las circunstancias del caso concreto para atribuir las consecuencias previstas en el art. 43 ET: responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario en el cumplimiento de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social contraídas respecto de las personas sometidas al tráfico ilícito, así como la posibilidad de elección por parte del afectado de la condición de fijo en una de las dos empresas, una vez transcurrido un plazo igual al establecido legal o convencionalmente como periodo de prueba, contando la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal .

Así, en el presente supuesto de hecho queda acreditado que la empresa adjudicataria ejerció como empresario real de la trabajadora, de manera que, al igual que sucede, en la sentencia aportada como de contraste, se entiende que no concurre cesión ilegal sino un fenómeno de descentralización productiva lícita mediante subcontratación de tareas inherentes a la propia actividad de la Administración Pública contratante.

No procede, por tanto, que la trabajadora, reclutada mediante un vínculo de carácter fijo discontinuo se integre como personal de la Administración, bien, siguiendo la doctrina judicial más clásica, en calidad de indefinida no fija, esto es, sólo hasta que la plaza se cubra de manera reglamentaria o se amortice, recibiendo en ambos casos, la indemnización de 20 días de salario por año de servicio^[6], o bien, a la luz de la nueva interpretación vertida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2022, como fija-discontinua pero funcionalmente limitada al servicio en el que venía realizando la actividad.

X. Apunte final

El contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión muy frecuentemente adoptada para la dispensa de servicios públicos a favor de los ciudadanos. Esta tendencia hacia la gestión indirecta de quehaceres de interés general mediante empresas contratistas o concesionarias ha motivado el surgimiento de organizaciones productivas, o más frecuentemente, grupos de corporaciones multiservicios que se ofrecen como gestores *omnibus* de actividades públicas de todo tipo (desde la limpieza viaria o la recogida de basuras, gestión de residuos, mantenimiento de parques, instalaciones públicas, alumbrado, control de accesos, telefonía y recepción, logística, asistencia técnica, atención a la dependencia, etc.), que aportan sus propios medios materiales y humanos al quehacer público soslayando el reclutamiento de efectivos por parte de las Administraciones Públicas.

Esta modalidad de colaboración-público privada, admitida desde la LCSP, que se encarga de diseñar los canales para su correcta articulación y los requisitos de solvencia exigidos a los licitadores, implica aplicar también el ordenamiento laboral, tuitivo de los derechos de los trabajadores implicados, singularmente el art. 42 ET, en virtud del cual la Administración ocuparía la posición de empresario principal en el proceso de descentralización productiva, así como las demás previsiones estatutarias y convencionales reguladoras de la dinámica de la relación laboral. Siguiendo este mismo razonamiento, para resolver los supuestos de una posible cesión ilegal de

mano de obra, es necesario recurrir al art. 43 ET, convenientemente interpretado por el Tribunal Supremo, en el sentido de considerar requisito sine qua non del prestamismo ilegal de trabajadores la ausencia del ejercicio del poder de dirección y organización empresarial por parte del ente adjudicatario.

Referencias:

1. ^ *STJUE 3 junio 1986, asunto 307/84, Comisión contra Francia.*
2. ^ *Entre muchas, SSTS, Social, 26 octubre 2016 (núm., 4941/2016) y 2 noviembre 2016 (rec. 2779/2014).*
3. ^ *SSTS 19 junio 2012 (rec. 2200/2011) y 11 julio 2012 (rec. 1591/2011).*
4. ^ *STS 11 febrero 2016 (rec. 98/2015).*
5. ^ *STS 13 enero 2022 (rec. 275/2020).*
6. ^ *Por todas, STS 2 noviembre 2016 (rec. 2779/2014).*

§ 27 Pensión de viudedad y el derecho de acrecer en situaciones de concurrencia de beneficiarios.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *La Sala Cuarta del Tribunal Supremo aborda la cuestión relativa al reconocimiento, o no, del derecho del cónyuge legítimo a incrementar la pensión de viudedad tras el fallecimiento del cónyuge histórico, o asimilado, en los casos de concurrencia de beneficiarios en el percibo de la prestación en supuestos de crisis familiares.*

Palabras clave: *Seguridad Social. Pensión de viudedad. Acrecimiento.*

Abstract: *The Supreme Court considers the recognition, or not, of the right of the legitimate spouse to receive the widow's pension in full after the death of the historical spouse, or assimilated, in cases of concurrence of beneficiaries in the receipt of the benefit in the event of family crisis.*

Keywords: *Widow's pension. Divorce. Spouse. Accrual.*

I. Introducción

Con ocasión del análisis de un recurso extraordinario para la unificación de doctrina en materia de Seguridad Social, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo indaga sobre la posibilidad del acrecimiento de la pensión de viudedad que venía percibiendo el cónyuge legítimo respecto de la porción de pensión de viudedad que recibía el cónyuge histórico con quien concurría en su percepción, tras el fallecimiento de éste.

Nuestro Alto Tribunal reitera su doctrina más reciente, sentada en junio de 2021, para insistir en que la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios es única y plena; de tal suerte que el fallecimiento del excónyuge ni da lugar a un nuevo hecho causante, ni a un nuevo cálculo de ésta. Únicamente se trata de la recuperación del estado de cosas a la que en un inicio habría tenido derecho el cónyuge legítimo caso de haber concurrido a esta prestación contributiva en solitario.

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 136, de 9 de febrero de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU. Núm. 4823/2019.

ECLI: ES:TS 2022:544

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Aborda la Sala Cuarta, a través del recurso unificador de doctrina, una cuestión que la academia ha denominado “acrecimiento de la pensión de viudedad” en los supuestos de concurrencia de beneficiarios y posterior fallecimiento de uno de ellos, más concretamente el óbito del cónyuge histórico.

Veremos en este estudio como nuestro más Alto Tribunal recogerá la doctrina que ya sentara recientemente sobre la materia en junio de 2021^[1], para reiterarla, casando la sentencia del Tribunal territorial para declarar que la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios en única, si bien es reconocida con las particularidades y limitaciones que disciplinara el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción dada por la Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la actualidad vigente artículo 220.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)

- Supuesto de hecho.

La actora, la Señora “S”, venía percibiendo pensión de viudedad tras el fallecimiento de su esposo habiéndole sido aplicado la prorrata del 40% del apartado segundo del artículo 220 de la LGSS^[2] al concurrir con la excónyuge del causante, con una prorrata por convivencia del 60%.

Resulta que el día 1 de noviembre de 2015 falleció la exmujer del causante extinguiéndose con ello la pensión que percibía, por lo que actora solicitó a la entidad gestora le fuera reconocido el incremento de su pensión de viudedad con la parte proporcional que aquella venía recibiendo, lo cual fue denegado por Resolución del INSS de 28 de enero de 2016 argumentando la gestora que superaba el importe de la pensión mínima una vez aplicada la prorrata del divorcio en atención al tiempo de convivencia con el causante, añadiendo que no prevé la LGSS la posibilidad de ser incrementada la pensión del cónyuge legítimo en el caso de fallecimiento del cónyuge histórico, con lo que una vez hecho el reparto de la pensión en caso de concurrencia de beneficiarios, la extinción de una parte de ella no alteraría la pensión reconocida a los demás.

Formalizada por la Señora “S” demanda ante los Juzgados de lo Social de Santiago de Compostela recayó sentencia^[3] que acordó estimar su demanda declarando su derecho a percibir el 100% pensión de viudedad calculada sobre el 52 % de la base reguladora de correspondiente.

Recorre en suplicación el Letrado del INSS y de la TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia quien acogió la posición de la entidad gestora^[4] desestimando la demanda en su día presentada por la viuda legítima.

IV. Posición de las partes

La Señora “S” no se aquietó con la resolución de suplicación y decidió recurrir en casación unificadora ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de marzo de 2016, recurso 664/2015, que en un

supuesto similar de concurrencia de beneficiarios en que se produce el fallecimiento del cónyuge histórico afirmó que *“la pensión de viudedad es única y tiene naturaleza contributiva, la cónyuge del sujeto causante en el momento del fallecimiento tiene derecho a la pensión íntegra de viudedad tras el fallecimiento de la otra beneficiaria (...) exactamente en los mismo términos en los que la pensión fue objeto de reconocimiento administrativo inicial tras la muerte del sujeto causante y hasta que poco tiempo después fue objeto de minoración al tener también derecho a la pensión de viudedad la otra beneficiaria en régimen de concurrencia”*.

El Ministerio Fiscal interesó en su informe la estimación del recurso con base en la doctrina de la Sala Cuarta sentada en Sentencia de 17 de diciembre de 2017, recurso 1480/2016^[5].

Por su parte el Letrado del INSS impugnó el recurso argumentando, en términos similares a los sostenidos en las instancias previas, que no prevé la LGSS derecho alguno a favor del cónyuge superviviente que permita acrecer su derecho en caso de fallecimiento del excónyuge con quien concurría en el percibo de la pensión de viudedad, correspondiéndole únicamente el derecho al percibo de la parte proporcional al tiempo de convivencia garantizándose, en todo caso, el 40% de la pensión correspondiente.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión que interpreta la Sala es la relativa a la existencia, o no, de un derecho a favor del cónyuge legítimo superviviente a ver incrementado su derecho, y percibir la pensión contributiva de viudedad en su integridad, en el caso del fallecimiento del excónyuge histórico del causante con quien concurrían en la percepción de la referida pensión de viudedad.

Por tanto, interpreta nuestro Alto Tribunal el derogado artículo 174.2 de la LGSS (vigente artículo 220.2) en cuya virtud *“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 o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente”*; en relación con el artículo 8.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social que dispone que *“La cuantía de la pensión vitalicia de viudedad será equivalente al 45 por 100 de base reguladora correspondiente al causante”* añadiendo el apartado segundo que *“Si el causante fuera pensionista de vejez o invalidez y, por tanto, la base reguladora fuese el importe de la pensión correspondiente a tales situaciones, el porcentaje se elevará hasta alcanzar el del 60 por 100, sin que la cuantía de la pensión así resultante pueda ser superior a la que correspondería de no ser pensionista el causante”*.

VI. Doctrina básica

La Sala en la resolución comentada se enfrenta a una cuestión que ya fue objeto de análisis y estudio en la Sentencia de la Sala de 9 de junio de 2021^[6] en donde nuestro más Alto Tribunal para ofrecer una solución del caso maneja dos elementos fundamentalmente: los criterios interpretativos tradicionales (gramatical, sistemático, teleológico y auténtico); y un análisis histórico del reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de crisis familiares. A este respecto, distingue una primera etapa materializada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social que introdujo un párrafo segundo en el artículo 174 de la LGSS^[7]; y un segundo momento histórico que fue operado por Ley 26/2009 de 23 de diciembre,

de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 que limitó el importe de la pensión de viudedad del excónyuge condicionándolo al de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de separación o divorcio^[8].

Partiendo de este escenario normativo el Tribunal fija como acertada la doctrina sentada en la sentencia de contraste, pero por argumentos dispares a los manejados por la Sala Territorial de Madrid, y acude, como anticipábamos, a criterios interpretativos de tipo gramatical, sistemático, teleológico y auténtico para desentrañar la finalidad de una norma en relación con una cuestión no disciplinada en ella^[9].

Así, en primer lugar, maneja la Sala unificadora criterios gramaticales; y si bien parte de una evidencia: la ausencia de regulación de la materia en la norma por cuanto el artículo 174 de la LGSS no se refiere al destino de la parte de pensión percibida por uno de los beneficiarios concurrentes en caso de su fallecimiento; se concluye que tal omisión no puede ser equiparada en modo alguno a una *“tácita voluntad de descartar la incidencia de aplicación de ese límite a los efectos del reparto de la pensión”*, pues desconocemos *“los antecedentes, elementos contextuales o de otro tipo que avalen tal opción”*. Y se añade, que existe una evidente diferencia con la regulación de la acumulación de la pensión de viudedad en el huérfano, prevista en el artículo 233.1 de la LGSS^[10], pues en este caso se trataría de abonar una pensión superior a la que realmente correspondería. Por lo tanto, de este primer criterio hermenéutico no puede deducirse ni una equiparación con la reglamentación de la pensión de orfandad (al ser las consecuencias obtenidas en ambos casos del todo dispares), ni mucho menos deducir de la laguna normativa detectada una voluntad del legislador o *mens legislatoris* de descartar la opción interesada por la actora.

Sigue argumentando la Sala que el derecho a la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios se configura como un derecho *“único y pleno”* con la particularidad de que su importe es recibido por distintos sujetos que concurren como titulares del derecho; de tal suerte que *“parece más tuitivo con la finalidad de la norma que ese derecho pleno sólo esté afectado por el descuento durante el tiempo en que exista la concurrencia de beneficiarios”* de tal suerte que cuando falleciera el excónyuge del finado el derecho del cónyuge legítimo recuperase toda su virtualidad. Afirma el Tribunal que se produce una suerte de *“vasos comunicantes”* porque la bajada o subida de la pensión percibida por cada uno de los beneficiarios repercute en el otro.

El último canon interpretativo que se maneja es el constitucional, pues si el artículo 41 de la Carta Magna determina que los poderes públicos mantendrán un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, parece que la norma ha identificado como situación merecedora de protección la de la viuda legítima (sea cónyuge o persona asimilada), en el sentido de configurar su derecho a la pensión como un derecho a la prestación en su cuantía íntegra, salvo que deba ser minorado por razón de concurrencia.

Para terminar, y en relación con el contexto social, se dice que pugnaría con la realidad social que se mantuviera una pensión muy parcial en favor de quien podía haber percibido la prestación en su totalidad caso de no haber concurrido con el excónyuge, pues si ésta hubiera fallecido antes que el causante nunca se habría cuestionado el derecho de la cónyuge legítima a percibir la prestación en toda su extensión.

No se trata, por consiguiente, ni de realizar un nuevo cálculo, ni de revisar porcentajes sino de que cese el descuento o reparto de la pensión primitivamente reconocida, pues ha cesado la causa por la que su importe no era íntegramente abonado a la viuda legítima.

Es más, afirma la Sala que no estamos ante un supuesto de *“acrecimiento”* de pensiones en sentido técnico, por cuanto no se produce un incremento del derecho inicialmente reconocido. La entidad gestora seguirá abonando en todo momento la

misma pensión; sino de un descuento de pensión que tras el fallecimiento de la excónyuge desencadena que la cónyuge legítima recupera la pensión que originariamente le correspondería de no haber concurrido con otros beneficiarios.

VII. Parte dispositiva

Con base en la referida doctrina, concluye la Sala Cuarta, que la sentencia del Tribunal Superior ha de ser casada, pues la doctrina ajustada se contiene en la resolución citada de contraste, de tal suerte que se casa y anula la sentencia del órgano territorial declarando la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social que declaraba a la Señora S. el derecho a lucrar íntegramente la pensión de viudedad.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos fundamentales en los puntos 3 y 4 de su sentencia, en los que recopila su doctrina precedente sentada en su resolución de 9 de junio de 2021 en la que aborda la existencia, o no, de un derecho de acrecer en el percibo de la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios cuando, devengado ya el derecho, se produce el fallecimiento del excónyuge y la supervivencia del cónyuge legítimo.

IX. Comentario

Acrecer de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española significa en su primera acepción “hacer mayor, aumentar. Dicho de un partícipe: Percibir el aumento que le corresponde cuando otro partícipe pierde su cuota o renuncia a ella”.

En el mundo del Derecho esta institución jurídica no nos es ajena, pues a ella se refiere tanto el derecho sucesorio^[11] como en nuestra disciplina el estudio de las prestaciones por muerte y supervivencia^[12]. Así, podemos referirnos al derogado artículo 36.2 RGP o los artículos 17.2^[13] y 23^[14] de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social pues establecieron una serie de reglas de acrecimiento de las pensiones de orfandad y a favor de familiares respecto de la viudedad. Se trata, sucintamente, de casos de huérfanos absolutos, respecto de los que se prevé el incremento de la cuantía de su pensión de orfandad con la correspondiente pensión de viudedad. Si alguno de los beneficiarios libera su parte, ésta sería distribuida entre los restantes.

La justificación de este incremento lo sitúa la doctrina^[15] en la compensación de la merma o menoscabo que los beneficiarios experimentan como consecuencia de la pérdida de ingresos con los que el causante hacía frente a la cobertura de las obligaciones familiares.

Cuando con ocasión de la reforma operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio se abre la posibilidad de concurrir en la pensión de viudedad varios beneficiarios surgen dudas acerca de la posibilidad de aplicar el criterio del acrecimiento antes referido a esta prestación.

En concreto, se trataría de determinar qué sucedería con la cuantía íntegra de la pensión de viudedad, que percibiría la viuda de no concurrir con otra beneficiaria, cuando desaparece el derecho de esa segunda persona beneficiaria.

Tradicionalmente, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 3 de septiembre de 1990^[16] ofrecía una serie de criterios para los casos de concurrir varios beneficiarios de la pensión y extinguirse la titularidad de uno de ellos por contraer nuevas nupcias^[17]; fallecimiento de uno de los titulares existiendo

huérfanos absolutos con derecho a pensión de orfandad y familiares con derecho a pensión a su favor^[18]; extinción de una pensión de orfandad o a favor de familiares ya acrecida; y en lo aquí interesa, ausencia de descendientes, ascendientes o colaterales con derecho a acrecer su pensión, en cuya caso se optaba por incrementar la pensión de los titulares restantes en proporción al tiempo convivido.

La jurisprudencia matizó estos criterios^[19] afirmando que los criterios señalados respecto del derecho de acrecer en caso de concurrencia de varios beneficiarios con la condición de excónyuges (pues por aquel entonces los convivientes de hecho no tenían reconocido el derecho) sólo cabía hacerla efectiva respecto del cónyuge supérstite.

X. Apunte final

Hemos de puntualizar, como también lo hace la Sala, que parecería que la solución ofrecida por nuestro Alto Tribunal sólo sería válida para los casos en que el fallecimiento lo fuera del cónyuge histórico o primer conviviente que concurriera con el cónyuge legítimo, pero no en otros casos en que la muerte fuera del cónyuge legítimo, o en el caso de sólo concurrencia de ex cónyuges; pues en estos supuestos el derecho de los concurrentes estaría, en todo caso, limitado por el tiempo de convivencia con el causante (y con la redacción vigente del artículo 220.1 LGSS) con el límite de la cuantía de la pensión compensatoria, con lo que en ningún caso su derecho pudiera verse acrecentado, caso de desaparecer el de otro beneficiario, hasta el máximo legalmente previsto, al que en ningún caso hubieran tenido derecho.

No obstante, y ante la ausencia de solución normativa^[20], hay parte de la doctrina^[21] que sostiene que lo razonable sería que si uno de los beneficiarios pierde la pensión su parte acreciera el derecho de los restantes con independencia de si se fuera, o no, cónyuge legítimo.

En todo caso parece que, como en otras ocasiones de lagunas legislativas será la doctrina jurisprudencial la que venga a ofrecer una solución a la cuestión, siendo recomendable a futuro que el legislador, a la vista de la detección de la ausencia de normación sobre la materia, opte por ofrecer, en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica, una concreta solución al respecto^[22].

Referencias:

1. ^ *En Sentencia de 9 de junio de 2021, recurso 3901/2018.*
2. ^ *En cuya virtud "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 o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente".*
3. ^ *Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela de 4 de marzo de 2019.*
4. ^ *En sentencia de 18 de octubre de 2019, recurso 3122/2019.*
5. ^ *En donde la Sala ante la cuestión de si el cónyuge supérstite debe ver incrementada su pensión de viudedad en la suma que deja de percibir la otra beneficiaria, ex cónyuge, como consecuencia de tener su pensión topada como consecuencia de haberse divorciado y fijado una pensión compensatoria de 258,58 euros, concluye que el importe de la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, y que se reconoce en*

proporción al tiempo de convivencia con el causante, debe incrementarse con la pensión que le correspondería al excónyuge, igualmente calculada en proporción al tiempo de convivencia, pero en lo que exceda del importe de su pensión compensatoria, y ello por considerar que la redacción del art. 174 LGSS supone una tesis distributiva, de forma que los periodos en los que el causante no mantuvo convivencia matrimonial con ninguna de las beneficiarias, se distribuyen entre ellas con arreglo al tiempo convivido con aquél.

6. ^ Recurso 3091/2018.
7. ^ En cuya virtud “si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta 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 o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente” se trata del principio de distribución de la pensión “prorrata temporis” en consideración al tiempo de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el causante, así como el establecimiento de una garantía en la cobertura para el cónyuge legítimo que fijaba un importe mínimo de protección del 40 % de la pensión. Así, señala la Sala se combinan “dos intereses básicos dignos de protección: uno derivado de la duración de la convivencia con el causante y otro de la vigencia del vínculo en el momento del óbito (STC 186/2004)”.
8. ^ Según establece la STS de 20 de abril de 2015, recurso 1326/2014.
9. ^ En este sentido BALLESTER PASTOR, I. “La cónyuge supérstite tiene derecho a acrecer su pensión de viudedad si fallece la cónyuge histórica-divorciada, con quien compartía ésta” Revista Jurisprudencia Laboral Núm. 6/2021.
10. ^ En cuya virtud “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 231, el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.
11. ^ Artículo 922 CC: “Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”.
12. ^ Así art. 17 y siguiente de la OM de 13 de febrero de 1967; art. 233 LGSS/2015.
13. ^ Art. 17.2 “El porcentaje que se establece en el número anterior se incrementará con el que se señala en el artículo 8.º, para la pensión de viudedad, cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma. En caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el incremento se distribuirá entre todos ellos por partes iguales”.
14. ^ Art. 23.2 “Si al fallecimiento del causante no quedase cónyuge sobreviviente, o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma, la pensión correspondiente a los nietos o hermanos se incrementará en la forma prevista en el número 2 del artículo 17. Si en el indicado momento no

quedase cónyuge sobreviviente, ni hijos, nietos o hermanos con derecho a pensión, el porcentaje para determinar la pensión de los ascendientes se incrementará, en igual forma que en el anterior supuesto, distribuyéndose el incremento por partes iguales entre todos los ascendientes, si hubiera más de uno con derecho a pensión.

15. ^ RODRIGUEZ INIESTA, G. *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*. Ediciones Laborum.2006. Pág. 305.
16. ^ *Publicada en el BOE de 14 de septiembre de 1990.*
17. ^ *En este caso se indicaba que la fracción de pensión acrecerá a la de los otros beneficiarios en proporción al tiempo de convivencia. Piénsese que en aquel momento no estaba en vigor la prestación indemnizatoria a tanto alzado prevista en el artículo 11.a) de la Orden de 1967.*
18. ^ *Su porción acrecerá a la de orfandad, y en su defecto a la pensión a favor de familiares.*
19. ^ *En Sentencia de 21 de marzo de 1995.*
20. ^ BALLESTER LAGUNA, F. en “*Concurrencia de beneficiarios y acrecimiento de la pensión de viudedad cuando se extingue el derecho de alguno de ellos*” *Revista española de derecho del trabajo*, nº 196, 2017.
21. ^ DESDENTADO DAROCA, E. *La pensión de viudedad retos del Derecho de Familia y Reflexiones sobre las últimas reformas*. Editorial Bomarzo.2013. Pág.141.
22. ^ *En el mismo sentido BALLESTER PASTOR, I. “La cónyuge supérstite ...” Op.cit.*

§ 28 **Retribución de la pausa del bocadillo y principio de no discriminación.**

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *No lesiona el principio de igualdad y no discriminación la práctica empresarial de retribuir el tiempo de descanso en jornada continua sólo a una parte de la plantilla cuando su régimen de trabajo es peculiar y diferenciado del resto de trabajadores, aunque la duración de la jornada sea equivalente.*

Palabras clave: *Igualdad y no discriminación. Jornada de trabajo. Retribución por descanso intermedio.*

Abstract: *The principle of equality and non-discrimination is not violated when the employer pays wage for breaks or rests only to a part of the staff provided that their work regime is particular and different from the other workers, even if the duration of the working day between the two groups is equivalent.*

Keywords: *Equality and non-discrimination. Wage for breaks or rests. Working day.*

I. Introducción

Aun cuando lleve entre nosotros más de medio siglo, el principio de igualdad y no discriminación no deja de suscitar nuevas cuestiones, tanto en el plano de su delimitación conceptual como en el de su aplicación efectiva. Seguramente es así por su indestructible conexión con la realidad social y con su constante manifestación y transformación. A la postre, se trata de un principio cuyo contenido, lejos de estar predeterminado, tiene que perfilarse poco a poco a partir de las propias demandas y experiencias sociales. Mediante las oportunas reflexiones científicas puede construirse desde luego una estructura abstracta o general de dicho principio, como efectivamente ha venido sucediendo en el ámbito de la doctrina académica y jurisdiccional. Pero tal constructo no alcanzaría verdadera solidez si no se completara con las enseñanzas de los casos concretos y, en especial, con las respuestas que los jueces y tribunales tienen que dar a las controversias y disputas que inevitablemente genera la vida en comunidad. Esa intervención jurisdiccional sirve obviamente para resolver el dilema particular, pero también ayudan a descubrir el auténtico alcance del principio de igualdad y no discriminación. En todo caso, el análisis en sede jurisdiccional de la igualdad y no discriminación no puede dejar de conjugar la indispensable atención a las circunstancias del caso concreto con la doctrina general o abstracta existente sobre dicho principio. Así hemos podido comprobarlo ya en multitud de sentencias de toda clase de jurisdicciones y niveles judiciales. El asunto resuelto por la sentencia TS Sala de lo Social 149/2022 es un ejemplo más de esa necesidad de combinar ambos planos. No hay en este caso doctrina novedosa, pero sí se reafirman criterios precedentes que no siempre se han desplegado con la rotundidad que ahora han logrado alcanzar. En la citada sentencia se llega de nuevo a la conclusión de que el

margen de decisión que debe otorgarse al empresario privado, unido a la ausencia de motivos formalmente discriminatorios, ha de conducir a la aceptación de determinadas diferencias de trato, justamente como la que las partes interesadas habían puesto de relieve en esta ocasión. No es de recibo la distinción que se funda en alguna de las causas que el sistema (la sociedad, a fin de cuentas) califica como discriminatorias, pero ni toda diferencia de trato está movida por ese tipo de causas, ni todas ellas atentan contra el principio (o el derecho/deber) de igualdad. Ni todas las diferencias de trato, podríamos añadir, tienen suficiente envergadura como para perturbar el orden social, ni todas ellas, quizá por esa misma razón, merecen reproche desde el punto de vista jurídico.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: sentencia

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: 149/2022, de 15 de febrero

Tipo y número recurso o procedimiento: casación para unificación de doctrina número 3939/2018

Fuente: CENDOJ

ECLI: ES:TS:2022:612

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: no

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

El problema planteado en la sentencia TS Sala de lo Social 149/2022 derivaba de una práctica empresarial que, a la hora de computar y retribuir la jornada de trabajo, y, más concretamente, a la hora de integrar o no en dicho cómputo el “descanso por bocadillo”, diferenciaba entre dos grupos de trabajadores que pertenecían a la misma plantilla y tenían una misma jornada de trabajo en términos cuantitativos, pero que, no obstante, seguían distinto régimen de trabajo y no eran tratados de la misma forma respecto de esa interrupción tan típica de las jornadas continuas.

Según el relato oficial de hechos probados, el conflicto surgió porque la empresa en cuestión (“Kone Elevadores, S.A.”) sólo reconocía como tiempo efectivo de trabajo el descanso de 15 minutos diarios cuando afectaba al personal de la empresa que prestaba servicios, siempre en régimen de jornada continuada, en determinada sección empresarial, no en las restantes. Lo reconocía, concretamente, al personal de “Mantenimiento Escaleras, Ascensores Metro y Call Center, Centro de Servicios”, y no lo reconocía, en cambio, a los (51) trabajadores que se dedicaban a tareas de mantenimiento y reparación de averías de los ascensores de “edificios de la calle”, que también desarrollaban “una labor comercial con los conserjes y presidentes de fincas”.

Las circunstancias concurrentes en el trabajo de uno y otro grupo de personal eran básicamente las siguientes:

a) régimen de trabajo: quienes trabajaban en la sección de “Mantenimiento Escaleras, Ascensores Metro y Call Center, Centro de Servicios” habían de seguir en su prestación de servicios, o bien “las exigencias de Metro” (los de mantenimiento de sus ascensores y escaleras), o bien las exigencias que se derivaran de su obligación de responder “al teléfono 900 desde su casa o en la oficina ante el ordenador” (los que trabajaban en Call Center), mientras que los que trabajaban en la calle cubrían “rutas

como pueden ser seis manzanas de una calle o más según el número de ascensores que exista” y se organizaban “los mantenimientos y las urgencias por averías”.

b) horario de trabajo: los técnicos de Escaleras y Ascensores de Metro hacían “el mantenimiento de las averías con penalizaciones”, siendo así que para los que trabajaban en Centros Comerciales arreglando escaleras y ascensores “el horario de mantenimiento puede ser de 06:00 a 09:00 horas de la mañana antes de que abra el Centro Comercial, y que para los que atendían el mantenimiento en Metro “es cuando éste cierra y aparte se atienden las averías”, mientras que los ascensoristas de calle paraban cuando ellos decidían, bajo la premisa de que llevaban “una aplicación donde pinchan todo lo que hacen”, y con la precisión de que “se les pide que tengan nueve veces al menos de atención a clientes pudiendo ser unas veces más y otras menos”.

c) otros aspectos del trabajo: respecto del primero de esos grupos, quienes trabajaban en Metro se relacionaban con el Jefe de Estación y los que trabajaban en Centros Comerciales con el Personal de Seguridad, y, por otra parte, quienes se dedicaban a los Ascensores de Metro y Escaleras tenían un horario “de 06:00 a 14:00 horas, de 14.00 a 20:00 horas y de 20:00 a 06:00 horas, de lunes a viernes”, con la particularidad de que quienes se dedicaban “a los Ascensores de Metro toman bocadillo”, y quienes reparaban las Escaleras Mecánicas “tienen que descansar porque trabajan más de 6 horas”.

Planteada demanda de conflicto colectivo por las federaciones correspondientes de UGT y CCOO con la pretensión de que la diferencia de trato en la consideración y retribución del tiempo “de bocadillo” fuese calificada como contraria al principio de igualdad y no discriminación, la sentencia de 3 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Social núm.32 de Madrid declaró la absolución de la parte demandada “de los pedimentos deducidos en su contra”.

Interpuesto recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por las federaciones sindicales promotoras del conflicto, la sentencia de dicho órgano jurisdiccional de 19 de julio de 2018 revocó la resolución judicial impugnada y estimó la pretensión de los actores, con la declaración del “derecho de los trabajadores destinados al mantenimiento de ascensores a que se les compute como jornada efectiva el tiempo de descanso diario de 15 minutos, del mismo modo que se hace con el resto de personal que presta sus servicios con jornada continuada”.

Contra la sentencia dictada en suplicación interpuso recurso de casación para unificación de doctrina la representación de la empresa inicialmente demandada y posteriormente recurrida, con cita a tales efectos de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de febrero de 2001 (rec.7621/2000) como resolución de contraste, y con la alegación de que se había infringido el artículo 24 CE. A dicho recurso se adhirió con posterioridad la federación sindical de CCOO. Por providencia de la Sala de lo Social del TS de 3 de mayo de 2019 se admitió a trámite el citado recurso de casación para la unificación de doctrina, y mediante la oportuna diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. También se hizo lo propio en relación con el Ministerio Fiscal, que emitió informe “en el sentido de considerar procedente el recurso”.

IV. Posiciones de las partes

El recurso de casación para unificación de doctrina presentado por la empresa quedó articulado en un único motivo, en el que la denuncia se concentraba en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE “en relación con el art.14 CE”. Alegaba la recurrente que la sentencia recurrida “yerra al entender que dos colectivos de trabajadores que presentan probadas y notables diferencias tanto en la forma de desempeño del trabajo como en la distribución de su horario tienen que ser tratados de forma idéntica”, y subrayaba “que esa evidencia,

albergada en los hechos probados, no resulta cuestionada; por tanto, no cabe el contraste entre los diversos colectivos a efectos de una eventual discriminación". En su favor, la empresa recurrente jurisprudencia constitucional, "citando la STC 2/1998 de 12 enero, en el sentido de que el artículo 14 CE no impone una igualdad de trato absoluta".

En su impugnación al recurso, la federación sindical de UGT cuestionaba en primer término "la existencia de contradicción entre las resoluciones confrontadas, porque las tareas de los diversos colectivos son diversas", y, respecto de la cuestión de fondo, subrayaba "que el diverso trato carece de justificación razonable para la sentencia recurrida y sí lo tiene para la referencial", para sostener al final de sus consideraciones que era aplicable al caso "la jurisprudencia sobre doble escala salarial plasmada en la STS 21 octubre 2014", sin dejar de destacar en cualquier caso "la mayor onerosidad de las tareas afrontadas por los ascensoristas de calle".

La representación procesal de la federación sindical de CCOO aportó escrito en el que, "ante la posición procesal de codemandados y ante la economía procesal", manifestaba "nuestra voluntad de adherirnos al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la legal representación de la empleadora", con cuyos pedimentos mostraba "absoluta conformidad".

En el escrito presentado por la representación del Ministerio Fiscal, tras considerar concurrente la contradicción "y acertada la doctrina de referencia", se ponía de relieve que "las peculiaridades en el modo de prestar sus funciones los ascensoristas de calle impiden aplicar al caso la no discriminación", y a tal efecto invocaba "la jurisprudencia constitucional y ordinaria sintetizada por la STS 12 abril 2011 (rec.136/2010)".

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 14 CE: "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".

Artículo 24.1 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Artículo 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Artículo 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".

VI. Doctrina básica

Dado que "quienes disfrutan del derecho en cuestión tienen horario fijo y continuado de seis horas, mientras los trabajadores afectados por el conflicto colectivo tienen horario flexible y no consta que tengan horario continuado", y que "el grupo de ascensoristas de calle autoorganiza la prestación de trabajo, sin perjuicio del registro telemático de todas las actuaciones", siendo así que "el resto desarrolla la prestación de trabajo con sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario y de los clientes en cuyas instalaciones prestan servicios", queda puesto de relieve "que, en el presente caso, la diferencia de trato no tiene carácter discriminatorio, pues ni siquiera se ha alegado la presencia de un móvil discriminatorio en el sentido del inciso final del

art.14 de la Constitución”. Máxime si se tiene en cuenta que, como dijera la sentencia de la propia Sala de 12 de abril de 2011 (rec.136/2010), “a efectos de la eventual aplicación del principio de igualdad es obvio que no estamos ante una norma estatal, ni ante un convenio colectivo, ni ante la actuación de un sujeto público”, sino ante “una diferencia que se establece por un empleador privado y que se ha instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados, como autoriza el art. 3.1.c) del ET”, de tal modo que, de seguirse “la tesis tan extrema de la parte recurrente sobre la exigencia de una igualdad absoluta en las relaciones laborales”, quedaría eliminada “la función reguladora del contrato de trabajo”.

VII. Parte dispositiva

“Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos proceder conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida”.

“El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por los Sindicatos UGT y CCOO debe ser desestimado, ganando firmeza la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social”.

“Dada la modalidad procesal seguida y la condición de los sujetos cuyos recursos fracasan, no es necesario adoptar medida alguna al respecto, de igual modo que tampoco es necesario profundizar en la funcionalidad del escrito de adhesión al recurso empresarial”.

“Por todo lo expuesto...esta Sala ha decidido: 1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina...2º) Casar y anular la sentencia nº 546/18 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid...3º) Resolviendo el debate habido en suplicación (recurso 398/2018), desestimar el recurso de tal índole interpuesto por los sindicatos demandantes...4º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia”.

VIII. Pasajes decisivos

“Más arriba...hemos destacado las diferencias existentes entre los colectivos profesionales comparados. Quienes disfrutan del derecho en cuestión tienen horario fijo y continuado de seis horas, mientras los trabajadores afectados por el conflicto colectivo tienen horario flexible y no consta que tengan horario continuado. También sabemos que el grupo de ascensoristas de calle autoorganiza la prestación de trabajo, sin perjuicio del registro telemático de todas las actuaciones. Sin embargo, el resto desarrolla la prestación de trabajo con sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario y de los clientes en cuyas instalaciones prestan servicios”.

“Lo anterior pone de relieve que, en el presente caso, la diferencia de trato no tiene carácter discriminatorio, pues ni siquiera se ha alegado la presencia de un móvil discriminatorio en el sentido del inciso final del art.14 de la Constitución”.

[Como dijera nuestra STS 12 abril 2011 (rec.136/2010)], “Por otra parte, y a efectos de la eventual aplicación del principio de igualdad es obvio que no estamos ante una norma estatal, ni ante un convenio colectivo, ni ante la actuación de un sujeto público. Se trata de una diferencia que se establece por un empleador privado y que se ha

instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados, como autoriza el art. 3.1.c) del ET. Con la tesis tan extrema de la parte recurrente sobre la exigencia de una igualdad absoluta en las relaciones laborales se eliminaría la función reguladora del contrato de trabajo".

"Tiene razón la empresa cuando argumenta que el diverso modo en que se presta la actividad productiva por el grupo de ascensoristas de calle hace quebrar el presupuesto aplicativo de la discriminación. Aquí no hay identidad en las situaciones comparadas, porque la distribución del tiempo de trabajo se ajusta a pautas bien diversas. La mayor o menor onerosidad del trabajo desempeñado no está ahora en cuestión, sino tan solo la necesidad de que la pausa por bocadillo (obviamente, cuando exista) se compute como tiempo de trabajo efectivo. En este sentido, tanto la sentencia referencial cuanto la dictada por el Juzgado de lo Social en nuestro caso, acogen un diagnóstico que compartimos: estamos ante una comparación de situaciones diversas. No basta con la identidad sobre la duración de la jornada para deducir que cualquier diferencia en la ordenación de las restantes magnitudes sobre tiempo de trabajo se considere contraria a Derecho".

"Por todo lo anterior, compartimos la conclusión a que accede la representante del Ministerio Fiscal: la recurrente es una empresa privada, la diferencia salarial entre los grupos que se comparan se debe a su exclusiva voluntad, constituyendo una condición más beneficiosa, no a ningún convenio. Los grupos comparados no tienen ni siquiera características similares en la forma de realizar sus cometidos, salvo que deben trabajar el mismo número de horas, pero computadas semanalmente, no diariamente, razones todas ellas por lo que debe estimarse el recurso".

IX. Comentario

La decisión adoptada sobre el fondo del asunto puede compartirse sin mayores reparos. Del relato de hechos probados resultaba evidente que, aun cuando la duración de la jornada fuese idéntica en los dos grupos de personal puestos en contraste, la forma de desarrollarla presentaba diferencias relevantes, en tanto que un grupo de personal (el que disfrutaba del derecho en cuestión) tenía que ajustarse a un régimen de horario fijo y continuado de seis horas, mientras que el otro grupo (los trabajadores representados en la demanda de conflicto colectivo) tenían horario flexible, sin que constara que en algún momento hubiera llegado a ser horario continuado. Mientras que los primeros se sometían a las correspondientes órdenes empresariales sobre organización del trabajo, los segundos, aunque no pudieran gozar de plena libertad por su carácter asalariado, tenían algún margen para organizarse en su prestación de trabajo. A la vista de las circunstancias del caso, era obvio, como apunta la sentencia comentada, que no concurría ninguna de las causas de discriminación identificadas en el artículo 14 de la Constitución, como también lo era que las razones que hubiera podido manejar la empresa para esa diferencia nada tenían que ver con las circunstancias o condiciones personales o sociales con las que pone cierre dicho precepto. Dicho sea de paso, tampoco era posible advertir en este caso ninguna de las causas de discriminación que, sin estar expresamente consignadas en nuestro sistema interno, se encuentran acogidas en instrumentos o preceptos internacionales sobre igualdad y no discriminación.

Evidentemente, el problema no estaba de ninguna manera en la eventual afectación de los conocidos elencos de causas discriminatorias. Se alojaba más bien en el principio de igualdad, como bien aprecia la sentencia objeto de comentario. Se trataba de decidir, a la postre, si la regla de igualdad impuesta por la Constitución y el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico permite diferencias de trato y, concretamente, si permite o no la clase de diferencias que en esta ocasión los demandantes pusieron de relieve. Que la legislación española permite diferencias de trato era ya algo claro, a la vista de la jurisprudencia constitucional y ordinaria ya conocida. Que no merece la misma consideración el ámbito privado (donde debe haber sitio suficiente para aplicar criterios de libertad y autonomía en la gestión de los

correspondientes intereses) que el ámbito público (donde todo está más reglado y donde no es admisible la diferencia de trato entre unos u otros ciudadanos) también era fácil de aceptar, entre otras razones porque así se desprende de esos mismos precedentes. En realidad, lo problemático en ese caso, y en todos los que puedan plantearse con esos contornos, es más bien calibrar y determinar el tipo de distinciones que jurídicamente pueden admitirse o, por decirlo mejor, el grado de diferencia que puede entenderse justificado y proporcionado.

A partir del caso resuelto por la sentencia TS 149/2022, tal vez pudiera decirse que en todo lo que atañe a la organización objetiva del trabajo en las organizaciones productivas puede haber margen (y justificación) para la introducción de diferencias, siempre que los motivos sean razonables desde esa perspectiva de gestión empresarial y que no se sobrepasen los límites que impone el principio de no discriminación (y el de la razón, podríamos añadir). Podría precisarse aún que en ese tipo de cuestiones son los propios interesados los que mayores elementos de juicio tienen para decidir en el sentido de la uniformidad o, por el contrario, en el de la matización o ponderación de las circunstancias concurrentes en el trabajo con vistas a determinar su concreto régimen jurídico. Bien mirado, nadie puede conocer mejor que la empresa y que los propios trabajadores (o sus representaciones profesionales) cómo se organiza el trabajo, cómo es mejor organizarlo y cómo o en qué medida conviene distinguir entre unos supuestos y otros. Quizá en una posición muy purista o escrupulosa, es decir, en una interpretación muy estricta de los derechos implicados, pudiera sostenerse que, si todos los trabajadores tenían una misma jornada de trabajo (en términos cuantitativos), todos ellos debían tener un mismo trato a la hora de computar o no los minutos correspondientes a ese breve descanso intermedio conocido como “del bocadillo”. Pero también se podría decir que los trabajadores sujetos a un régimen horario predeterminado necesitan esa pausa, mientras que quienes prestan servicios con aquellas dosis de autoorganización viven cotidianamente una situación algo distinta y algo más holgada, potencialmente al menos, desde el punto de vista de la gestión o aplicación de su tiempo. Aunque todo esto suele ser bastante relativo (porque las maneras de valorar las cosas son muy distintas de unas personas a otras), lo cierto es que en el caso aquí enjuiciado no había identidad absoluta entre las situaciones comparadas, por lo que, a tenor de las tesis más canónicas sobre la igualdad de trato, había algún espacio para la diferencia de trato puesta en cuestión. Una diferencia que, por lo demás, no parece que fuese desproporcionada.

Alguna consideración merece, por lo demás, el juicio de contradicción efectuado por el TS en esta ocasión. Recordemos que entre las premisas de dicho juicio se encuentran tres afirmaciones básicas: 1) que se hayan dado respuestas judiciales diversas ante controversias que puedan considerarse sustancialmente iguales (aunque no necesariamente idénticas) a partir de su respectivo elenco de hechos, fundamentos y pretensiones; 2) que la contradicción no se ha de extraer de una comparación abstracta de doctrinas sino de una oposición de pronunciamientos concretos del órgano judicial a propósito de la correspondiente disputa, y 3) que la comparación no se ha de proyectar sobre los fundamentos de las sentencias, sino sobre los fundamentos que aparecen en las “pretensiones y resistencias” de las partes. En las resoluciones judiciales comparadas por la sentencia TS que ahora se comenta para dar paso o no al análisis del recurso subyacía una controversia que se ceñía a una cuestión de la misma naturaleza (concesión de una partida salarial a unos y no a otros), que había sido planteada a través de una pretensión equivalente (reclamación de una partida salarial que genera un agravio), y que se había llevado a sede jurisdiccional al amparo de un mismo fundamento jurídico (derecho a la igualdad), aunque los hechos, lógicamente, presentaran diferencias de cierto relieve. Por lo tanto, había mimbres suficientes para entender justificada la puesta en marcha de la operación comparativa y, una vez practicada, para advertir la existencia de contradicción, como alegaban los recurrentes, como luego adujo el Ministerio Fiscal y como finalmente entendió la propia Sala. Pero quizá valga la pena hacer un par de consideraciones sobre ello.

Da la impresión, por lo pronto, de que en asuntos como éste, es decir, en asuntos ligados a derechos fundamentales o a grandes principios de ordenación del sistema, como es el de igualdad y no discriminación, no es fácil deslindar el entramado del caso concreto (y la solución concreta) de la doctrina abstracta y general. Como se acaba de decir, y como no se cansa de reiterar el propio TS, la contradicción de la que hablan los preceptos legales de referencia para dar viabilidad al recurso de casación para unificación de doctrina no es la que pueda surgir de una comparación abstracta de doctrinas, sino la que deriva de una oposición o divergencia entre los pronunciamientos concretos de las respectivas sentencias. Pero en el aludido terreno de los derechos fundamentales no es tan fácil trazar una línea de distinción entre uno y otro plano (entre lo concreto y lo abstracto). En esos temas, al comparar pronunciamientos judiciales sobre pretensiones concretas, se está hablando a la postre del alcance y contenido del derecho. Esto es, al discutir la compatibilidad de una concreta diferencia con el principio de igualdad y no discriminación lo más probable es que se esté discutiendo sobre la manera más adecuada de entender el derecho. Lo abstracto parece absorber lo concreto y hacerlo prácticamente irrelevante. Por ello, el juicio de contradicción en ese particular contexto parece estar expuesto a mayores riesgos y mayores incertidumbres. Se quiera o no, en muchos casos la comparación entre pronunciamientos judiciales distintos sobre pretensiones relativas al derecho de igualdad y no discriminación entrañará en realidad una comparación entre concepciones o “doctrinas” sobre tal derecho. No será solo una comparación entre las respuestas dadas a cada caso, sino también, y quizá más aún, una comparación de la posición interpretativa que sobre el derecho en cuestión esconde cada respuesta. Por esa misma razón, también cabe la posibilidad de que, con el propósito de unificar interpretaciones, las diferencias fácticas que pudieran advertirse entre un pleito y otro queden preteridas o arrumbadas en el rincón de lo intrascendente. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, el hecho de que la diferencia de trato no derivara de la misma fuente (convenio colectivo frente a práctica interna a la empresa) podía tener una relevancia mayor de la que finalmente tuvo.

No deja de tener interés, por otra parte, la invocación por la sentencia TS objeto de comentario de la denominada contradicción *a fortiori*, que en esencia se funda en la singular hipótesis de que la resolución judicial propuesta para el juicio de contradicción dé una respuesta que, a tenor de las circunstancias de hecho concurrentes en uno y otro caso, tendría incluso mayor fundamento en el asunto resuelto por la sentencia recurrida que en el asunto propio. El argumento sería más o menos el siguiente: si con tales circunstancias se resolvió de aquella manera, con más razón debería aplicarse esa misma solución al caso de autos, en el que las circunstancias son aún más apropiadas para adoptar aquella otra respuesta. De ahí que se advierta contradicción, no ya por el choque entre una y otra solución, sino más bien porque se presupone que la solución dada en un caso es mejor incluso para el caso contrastado. Centrándonos en nuestro asunto, si la sentencia propuesta para el juicio de contradicción entendió que no había lesión del derecho de igualdad y no discriminación en un contexto en el que la diferencia de trato salarial contaba con menos respaldo en los criterios de organización del trabajo y había sido introducida además por el “propio convenio colectivo aplicable”, más flagrante resultaba su contraste –a juicio del TS– con una sentencia –la recurrida en nuestro caso– que, en cambio, había considerado contraria a ese derecho una práctica que derivaba de una decisión unilateral de la empresa y que se justificaba por el distinto grado de disposición que tenían los grupos de trabajadores de referencia en la gestión de su tiempo de trabajo. Había más argumentos en este caso que en aquel otro –cabría decir, y viene a decir la sentencia TS– para despejar por infundadas o por falta de consistencia las quejas de afectación al derecho de igualdad y no discriminación. Al margen ahora de la singularidad de este método de abordar el juicio de contradicción, todo el razonamiento parece partir, de nuevo, de una concepción más general acerca del derecho en cuestión, concretamente de la premisa de que la regla de igualdad de trato puede y debe convivir con diferencias no discriminatorias que cuenten con suficiente justificación.

X. Apunte final.

Es claro que, en el asunto comentado, no estamos ante diferencias introducidas por una norma estatal o por un convenio colectivo, ni tampoco ante la actuación de un sujeto público, sino ante decisiones adoptadas en el seno de una empresa privada. Pero no nos queda claro el origen auténtico de la diferencia de trato controvertida. A partir de los datos disponibles, y del correspondiente relato de hechos probados, la sentencia objeto de este comentario habla en algún pasaje de una diferencia que “se ha instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados”, dice en algún otro pasaje que la diferencia salarial entre los grupos que se comparan se debe a la exclusiva voluntad de la empresa “constituyendo una condición más beneficiosa”, y, finalmente, anota en algún otro pasaje (a propósito del juicio de contradicción) que “en la sentencia recurrida la diferencia de trato proviene de una práctica empresarial de alcance colectivo”. Probablemente la respuesta debía ser la misma en cualquiera de esos escenarios, pero lo cierto es que no son del todo equivalentes. Cabe pensar, por ejemplo, que la adquisición de una condición más beneficiosa aporta a las eventuales diferencias de trato que de ella se deriven un grado mayor de justificación que una mera práctica empresarial, o que la celebración de un “acuerdo voluntario” con los trabajadores afectados traslada el asunto, desde el espacio aparentemente original del puro ejercicio de las facultades organizativas del empresario, al terreno de la voluntad de las partes como fuente de regulación del contrato de trabajo. En buena lógica, alguna valoración, matización o consideración especial debería merecer el uso de una u otra vía a la hora de decidir sobre la compatibilidad de las diferencias de trato con el derecho a la igualdad y no discriminación.

§ 29 **Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización.**

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: Esta sentencia del Tribunal Supremo de 179/2022, 23 de febrero versa sobre la problemática del resarcimiento del daño moral por vulneración de derechos fundamentales ante un despido declarado nulo y el modo o fórmula de cuantificación de la indemnización. La cuantificación del daño moral justifica que el mismo deba ser indemnizado cuando se solicita y se acredita la vulneración del derecho fundamental. No es aplicable la doctrina anterior para exigir la aportación de bases y elementos objetivos más precisos para el cálculo del daño moral. Reitera Sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre de 2017, rcud. 2497/2015, invocada en contraste. Y, asimismo, esta misma doctrina se sigue y reitera posteriormente en la Sentencia del Tribunal Supremo 214/2022, de 9 de marzo.

Palabras clave: Despido nulo. Tutela de los derechos fundamentales. Garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales. Resarcimiento del daño moral. Carga de la prueba en despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales.

Abstract: This judgment of the Supreme Court of 179/2022, February 23, deals with the problem of compensation for moral damages for violation of fundamental rights in the case of a dismissal declared null and void and the method or formula for quantification of the compensation. The quantification of the moral damage justifies that it must be compensated when the violation of the fundamental right is requested and accredited. The previous doctrine is not applicable to require the provision of more precise bases and objective elements for the calculation of moral damages. Reiterates Sentence of the Supreme Court of 5 October 2017, rcud. 2497/2015, invoked in contrast. And, likewise, this same doctrine is subsequently followed and reiterated in Supreme Court Ruling 214/2022, of March 9.

Keywords: Zero dismissal. Protection of fundamental rights. Guarantee of indemnity of the worker against business reprisals. Compensation for moral damage. Burden of proof in discriminatory dismissals and harmful to fundamental rights.

“Jurisprudencia, “prudencia juris”, significa conocimiento del Derecho, percepción de lo justo, intuición y apreciación de la debida ordenación de las relaciones de la vida social [...]. “Prudencia juris, en este aspecto, es el sentimiento jurídico, el sentimiento vivo de la justicia intrínseca de las relaciones de la vida social...”

Felipe Clemente De Diego^[1]

I. Introducción

Es objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Manuel Nieto Zambrano, en nombre y representación de D. Augusto, contra la sentencia dictada el 29 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm.156/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de fecha 6 de noviembre de 2018, recaída en autos núm. 439/2018, seguidos a su instancia contra la Unión Temporal de Empresas Jardinalia Ecologic, S.L., Gocer Trans, S.L. y Jarcco Desarrollo Sostenible, S.L., siendo parte el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial, sobre despido y reclamación de cantidad.

La cuestión a resolver es la de determinar si la declaración de la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales comporta la condena de la empresa al pago de la reclamada indemnización adicional por daños morales, en un supuesto en el que se ha entendido que la demanda no llega a concretar los parámetros que han de servir para cuantificar su importe.

Este estudio analiza, entre otras cuestiones conexas o vinculadas, la controversia jurídica sobre despido nulo por vulneración derechos fundamentales, el resarcimiento del daño moral y modo de cuantificación de la indemnización en este supuesto específico de “daño moral”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Fecha de la sentencia: 23/02/2022

Recurso de Casación: 4322/2019

ECLI: ES:TS: 2022:830

Fuente: ROJ 830/2022

Ponente: Excmo Sra. D^o. SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Se resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina. Existe la contradicción.

2. En el presente asunto se reclama en la demanda la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, con el argumento de que la decisión de la empresa de extinguir la relación laboral es una represalia a las denuncias presentadas por el trabajador ante la Inspección de Trabajo. En el hecho octavo de la demanda se interesa el pago de la indemnización adicional a la que se refiere el art.183 LRJS, y en tal sentido alega expresamente que la actuación de la empresa ha supuesto una desatención de los derechos más básicos del trabajador en el puntual abono de los salarios pactados, que culmina con el despido. Razona que esa actuación le ha causado un importante perjuicio por la desconsideración, falta de respeto y renuencia al cumplimiento de sus obligaciones que supone, lo que le ha generado unos daños morales derivados del quebranto psicológico, sufrimiento intenso y desasosiego padecido, que ha de resarcirse conforme a lo reclamado. A tal efecto cuantifica en 15.525 euros el importe de la indemnización, por ser la suma que queda dentro el

tramo inferior del grado mínimo de la sanción por faltas muy graves en materia de relaciones laborales conforme a los arts. 8, 11 y 12 de la LISOS.

La sentencia recurrida admite que la actuación empresarial efectivamente supone la vulneración del derecho fundamental a la indemnidad del trabajador, y por ese motivo declara la nulidad del despido para revocar en tal extremo la sentencia de instancia. Pero niega el derecho a la indemnización adicional reclamada, con el argumento, literalmente expresado, de que el demandante no concreta ningún motivo para ello, ni la cuantifica, y por no constar circunstancia alguna que pudiese dar lugar a su reconocimiento.

3. Admitida la existencia de contradicción respecto a una sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo, se trata de precisar el criterio que ha de ser mantenido.

IV. Posiciones de las partes

1º. Posición de la empleadora

Entiende –con la sentencia de contraste anterior a la LRJS- que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales, pero deniega el reconocimiento de la indemnización por daños morales al considerar que no se acreditan las bases para el cálculo de lo pedido, por más que en la demanda se identifican las razones por las que se solicita esa reparación y se cuantifica el importe de la cantidad reclamada con base a la cuantía de las sanciones de la LISOS.

2º. Posición de la parte social

Niega –con la sentencia referencial de contraste- que las circunstancias de que el trabajador se limita a solicitar una determina cantidad en concepto de indemnización de daños morales con remisión a la LISOS, sin atender a otro parámetro, puedan ser obstáculo para el reconocimiento de la indemnización, al tratarse de la valoración de unos daños morales que considera excepcionada de la obligación de identificar con mayor precisión las bases relevantes para su determinación, en tanto que resulta singularmente difícil y costosa su estimación detallada (con arreglo a lo previsto por el art. 183 LRJS).

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 24 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE); artículo 55, apartados 5 y 6 del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS),

Capítulo XI. “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, artículos 177 a 184. En lo principal entran en juego más intensamente los artículos 179, 182 y 183 LRJS; artículo 108, artículo 96.1 LRJS; y artículos 207.e) y 219.1º LRJS.

VI. Doctrina básica

Se trata de decidir si basta con solicitar la indemnización del daño moral, aunque sea de una forma poco detallada, para que se reconozca el derecho a su percepción cuando ha quedado acreditada la vulneración del derecho fundamental, frente a lo que cada una de las dos sentencias en comparación han aplicado una doctrina contradictoria que ha de ser unificada.

Las SSTS 17 diciembre 2013 (rec. 109/2012), 8 julio 2014 (rec. 282/2013), 2 febrero 2015 (rec. 279/2013), 26 abril 2016 –rec. 113/2015- o 649/2016 de 12 julio (rec.

361/2014), en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. A lo que sea añade que la sentencia que se dicte dispondrá la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho fundamental, incluyendo expresamente la indemnización, y *ha de pronunciarse sobre la cuantía del daño*, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, especialmente cuando se trate del resarcimiento de daños morales.

En tal sentido la indemnización de daños morales *abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación*, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica"^[2], de tal forma que "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".

Y como definitivamente se indicó en aquella sentencia "Si el texto de la LRJS anuda la vulneración de derechos fundamentales y la reparación del daño moral al abono de una indemnización debemos concluir que la sentencia recurrida no acierta cuando deniega la solicitud por no haber acreditado las bases para el cálculo de lo pedido".

La aplicación de ese mismo criterio al caso enjuiciado conduce a entender que la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de demanda, no siendo necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados.

VII. Parte dispositiva

De conformidad con el razonamiento efectuado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, se concluye la argumentación jurídica desplegada declarando:

Casar y anular en parte la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en ese extremo el recurso de igual clase formulado por el demandante, y reconocer su derecho a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales.

En lo que a su cuantificación se refiere, debe tenerse en cuenta que la relación laboral apenas ha durado dos años, desde 1-7-2016 a 31-8-2016, siendo el salario medio del trabajador durante ese periodo de unos 1.300 euros mensuales, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15.525 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo.

El importe de la sanción prevista en el art. 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, parte de un mínimo de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador.

En tal sentido se estima, en primer lugar, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Augusto , contra la sentencia dictada el 29 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 156/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 22de Madrid, de fecha 6 de noviembre de 2018, recaída en autos núm. 439/2018, seguidos a su instancia contrala Unión Temporal de Empresas Jardinalia Ecologic, S.L., Gocer Trans, S.L. y Jarcco Desarrollo Sostenible, S.L.,siendo parte el Ministerio Fiscal y el Fondo de Garantía Salarial.

Y en coherencia, se acuerda casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación con la estimación en parte el recurso de igual clase interpuesto por el trabajador, en el sentido de condenar a Jarcco Desarrollo Sostenible, S.L., al pago de una indemnización por daños morales de 6.251 euros, dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

La controversia jurídica planteada hace referencia a varias cuestiones, según queda expuesto aquí (y con mayor detenimiento, lógicamente en los fundamentos jurídicos de esta importante STS). De entre ellos se puede destacar los siguientes (con carácter muy selectivo dado los límites de espacio asignados a este estudio jurisprudencial): La indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva,por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos,pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica", de tal forma que "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". Siendo así, en definitiva, si el texto de la LRJS anuda la vulneración de derechos fundamentales y la reparación del daño moral al abono de una indemnización debemos concluir que la sentencia recurrida no acierta cuando deniega la solicitud por no haber acreditado las bases para el cálculo de lo pedido (FJº 3.2).

IX. Comentario

Nos encontramos ante un problema de aplicación e interpretación del grupo normativo regulador de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (Capítulo XL, artículos 177 a 184 de LRJS, en relación con el artículo 26.2, 108.2, 113 LRJS, 40.1 LISOS; y artículos 54, 55, apartados 5 ("Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas

del trabajador...”) y 6 (“El despido nulo tendrán el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”)[3] del ET.

En la controversia jurídica quedan implicados dos órdenes de cuestiones anudadas entre sí: Por un lado, la llamada “garantía de indemnidad” del trabajador frente a represalias del empleador. Y, por otro, la problemática al resarcimiento del daño moral por vulneración de derechos fundamentales en supuestos de despido nulo, su acreditación y cuantificación. Cuestión litigiosa, esta última, que adquiere una especial centralidad en la STS objeto de comentario.

Conviene examinar separadamente ambas cuestiones controvertidas.

1ª). La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales....

Dentro de la calificación judicial del despido, la calificación de nulidad (que remite al despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos y libertades públicas del trabajador o en los supuestos legalmente asimilados ex artículo 108.2 LRJS –en relación con el art. 55. 5 ET) adquiere una particular relevancia la garantía de indemnidad, la cual se enmarca dentro derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), y que en el marco de las relaciones laborales se materializa en la prohibición para el empleador de acordar medidas o actos de represalia derivada de las actuaciones del trabajador encaminada a obtener la tutela efectiva de sus derechos en un intersecuencial que va más allá de las acciones procesales en sentido estricto. Para su alcance puede consultarse SSTS de 5 de julio 2013, rec. 1683/2012, y 19 de abril de 2013, rec. 255/2012; y señaladamente, STC 198/2001, de 4 de octubre (BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 2001), que resuelve sobre la invocación del art. 24.1 CE, en cuanto garantía de indemnidad, así como el art. 20.1.a CE, afirmando que su despido constituye una represalia empresarial por su intento de denunciar ante la autoridad competente la presunta irregularidad advertida al incorporarse a su turno de trabajo en el casino, por lo que, al no haberlo entendido así las Sentencias impugnadas, que se limitan a declarar la improcedencia del despido, los órganos judiciales han venido a confirmar la lesión constitucional ocasionada por la empresa al despedirle.

Por lo que se refiere a alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el enjuiciamiento de este Tribunal ha de partir de su reiterada doctrina conforme a la cual *la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o el despido se configura como una represalia al previo ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales contra la empresa dirigidas a la reclamación o protección de sus derechos laborales.*

Como decíamos en la STC 140/1999, de 22 de julio (FJ 4), el “derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, 54/1995)”.

En efecto, ya en la STC 7/1993, de 18 de enero (FJ 3), el TC declaró que “es claro [...] que si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción [...] por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula”. En este supuesto, además, como recuerda esa misma Sentencia y las posteriores SSTC 7/1993, de 18 de enero, 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero, 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio, 101/2000, de 10

de abril, 196/2000, de 24 de julio, y 1999/2000, de 24 de julio, la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (“Boletín Oficial del Estado” de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo “el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”. Asimismo, el despido en estos casos supondría el desconocimiento o vulneración del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que configura como tal “el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”. Cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1998 (asunto C- 185/97), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

En fin, la garantía de indemnidad ínsita en el art. 24.1 CE cubre no sólo el ejercicio de la acción judicial, sino también los actos preparatorios o previos a la misma, toda vez que, según doctrina igualmente consolidada del TC, el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción, y en concreto, con la exigencia del agotamiento de la reclamación administrativa o de la conciliación previa, según proceda. Los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 3º, 140/1999, de 22 de julio, FJ 6º, y 168/1999, de 27 de septiembre, FJ 1º)^[4].

Precisando el alcance el control constitucionalidad, el TC considera que no le corresponde en esta sede enjuiciar si el despido disciplinario del recurrente resultó ser una sanción proporcionada a su conducta en atención a su categoría laboral, cuestión ésta de legalidad que corresponde al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y que ha sido efectivamente resuelta por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid (confirmada en suplicación por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) en el sentido de declarar la improcedencia del despido, *sino, exclusivamente, dilucidar si la decisión de despedir constituye en el presente caso una reacción empresarial lesiva de la garantía de indemnidad protegida por el art. 24.1 CE*, en los términos expresados al respecto por nuestra doctrina, anteriormente expuesta. En el caso que enjuicia el Alto Tribunal concluye que desde esta perspectiva constitucional ha de rechazarse que haya existido en el presente caso la alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero lo doctrina que establece es bien expresiva del alcance omnicompreensivo de la garantía de indemnizada de que disfruta el trabajador como integrante del derecho matriz ex art. 24 CE.

2º). El resarcimiento del daño moral por vulneración de derechos fundamentales en supuestos de despido nulo, su acreditación y cuantificación.

La sentencia recurrida admite que la actuación empresarial efectivamente supone la vulneración del derecho fundamental a la indemnidad del trabajador, y por ese motivo declara la nulidad del despido para revocar en tal extremo la sentencia de instancia. Pero niega el derecho a la indemnización adicional reclamada, con el argumento, literalmente expresado, de que el demandante no concreta ningún motivo para ello, ni la cuantifica, y por no constar circunstancia alguna que pudiere dar lugar a su reconocimiento.

Se trata, en definitiva, de decidir si basta con solicitar la indemnización del daño moral, aunque sea de una forma poco detallada, para que se reconozca el derecho a su percepción cuando ha quedado acreditada la vulneración del derecho fundamental, frente a lo que cada una de las dos sentencias en comparación han aplicado una doctrina contradictoria que ha de ser unificada.

La sentencia de contraste, posterior a la vigente LRJS, STS 17 diciembre 2013 (rec. 109/2012), contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia, con cita de las SSTS 17 diciembre 2013 (rec. 109/2012), 8 julio 2014 (rec. 282/2013), 2 febrero 2015 (rec. 279/2013), 26 abril 2016 –rec. 113/2015- o 649/2016 de 12 julio (rec. 361/2014), en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. A lo que el propio TS en la sentencia comentada añade que la sentencia que se dicte *dispondrá* (imperativo categórico) la reparación de las consecuencias de la vulneración del derecho fundamental, incluyendo expresamente la indemnización, y ha de pronunciarse sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, especialmente cuando se trate del resarcimiento de *daños morales*.

De este modo, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca *prudencialmente* su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548; y 28/02/08 -rec. 110/01-]" (SSTS 21/09/09 -rcud2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-), de tal forma que en atención a la nueva regulación legal 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".

Y como definitivamente señalamos en aquella sentencia "Si el texto de la LRJS anuda la vulneración de derechos fundamentales y la reparación del daño moral al abono de una indemnización debemos concluir que la sentencia recurrida no acierta cuando deniega la solicitud por no haber acreditado las bases para el cálculo de lo pedido".

La pertinente aplicación de ese mismo criterio al caso enjuiciado conduce a entender que la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de demanda, no siendo necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados.

Aplicando ese criterio flexibilizador –o de facilitación de la prueba- el TS entiende que se ha reconocer el derecho del trabajador afectado a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales.

Pero admitido el derecho a la indemnización inherente al daño moral, su cuantificación ya no puede ser prácticamente automática, pues se ha de atender a las circunstancias concurrentes. En tal sentido, en lo que a su cuantificación se refiere, debe tenerse en cuenta que la relación laboral apenas ha durado dos años, desde 1-7-2016 a 31-8-2016, siendo el salario medio del trabajador durante ese periodo de unos 1.300 euros mensuales, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15.525 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de

trabajo. Aplicando el criterio prudencial –que supone admitir un margen relevante de discrecionalidad o arbitrio del órgano judicial-, este caso no procede la máxima cuantificación. En efecto, el importe de la sanción prevista en el art. 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, parte de un mínimo de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador.

Hay que señalar, para enmarcar este debate, que la calificación del despido por discriminación o violación de derechos y libertades públicas del trabajador se mueve en un contexto de garantías de orden público procesal, que determina la acción de oficio del órgano judicial. En efecto, como establece el apartado 3 del art. 108 LRJS, “si se acredita que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se *pronunciará* (imperativo categórico) sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo”. El juez ha de entrar necesariamente en el asunto (la violación del derecho o libertad fundamental a que alude el art. 108.2 LRJS), una vez que resulte acreditada la causa de nulidad, toda vez que la finalidad del art. 108.3 LRJS es “la de colmar la tutela necesaria a la invocación de lesiones anticonstitucionales”. Por lo demás, la calificación del despido corresponde al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo efectivamente. Cfr. STS de marzo de 2005, rec. 24/2004, que subraya que cuando se trata del ejercicio de la acción de despido la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente una sentencia que declare la improcedencia de despedir aunque se haya solicitado la nulidad con las distintas previsiones que se contienen en el art. 55 ET. Es por ello mismo que corresponde al órgano jurisdiccional y no a la parte procesal, a ésta lo único que le corresponde es probar que dicho despido se produjo ateniéndose en esto a las reglas de la carga de prueba. Recae en el órgano jurisdiccional la obligación jurídica de pronunciarse sobre la prohibición de discriminación o la lesión del derecho fundamental (SSTS de 23 de marzo de 2005, rec. 25/2004, 1 de julio de 2018, rec. 232/2016).

Pero sin olvidar que cuando se alegue la vulneración de discriminación o derechos y libertades fundamentales será suficiente que el trabajador aporte indicios suficientes para que ello determine que corresponda al empresario probar que existe una causa sería de despido desprovista de todo pretensión de violar el derecho fundamental. Estamos aquí ante una “*facilitación*” de carga de probar en favor del trabajador más que –en *ius strictum*- de una inversión completa o plena sin más (salvo que la expresión “inversión de la carga probatoria” se utilice en un sentido amplio, lo cual es ciertamente un uso frecuente), pues no hay una liberación para el trabajador de acreditar el principio de prueba que supone la necesidad de aportar “indicios” de que se ha producido discriminación o vulneración del derecho fundamental^[5]. Conforme al art. 96.1 LRJS (Carga de la prueba en casos de discriminación y cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública...): “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la *existencia de indicios fundados* de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Entrando en la problemática del resarcimiento del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, el punto de partida ha de ser necesariamente el análisis de sentido jurídico del art. 183 LRJ (“Indemnizaciones”).

Conforme a dicha disposición: “1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez *deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización* que, en

su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, *determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

En el proceso de tutela de los derechos fundamentales la demanda, además, de los requisitos generales establecidos, 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 LRJS, y que, *salvo en el caso de 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 para el trabajador (art. 179 LRJS).

a) Se puede decir que este precepto establece una *regla general*: consiste en que se 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 para el trabajador. (véase STS de 8 de mayo de 2019, rec. 42/2018).

b) Y una *excepción*: “*salvo en el caso de daños morales unidos a la vulneración*” del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada (que será lo normal en este tipo o modalidad de daños extrapatrimoniales vinculados a la esfera de la personalidad). Aparte de señalarse que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración del derecho fundamental, 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, el art. 183.2, añade 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. Pero también de persuadir y disuadir con la amenaza de la indemnización adicional que puede recaer en el sujeto infractor.

La doctrina actual del Tribunal Supremo es contundente respecto a la determinación de la indemnización en supuestos de daños morales: 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 (STS de **5 de octubre de 2017, rec. nº 2497/2015**).

Está claro que se está refiriendo aquí, ante todo, a los daños morales, que “per se” son de difícil cuantificación. Atendiendo a esta dificultad se establece un cierto principio de automaticidad de que va a existir indemnización y en cuanto a su cuantificación suele utilizarse como módulo de fijación de la cuantía indemnizatoria el importe de las sanciones pecuniarias prevista por la LISOS para las infracciones producidas a tales efectos, bien que es cierto que se trata de infracciones previstas con independencia de los perjuicios causados, dado su carácter esencialmente preventivo. En cualquier caso la aplicación de esta referencia como modo de cálculo de la cuantía indemnizatoria no puede ser mecánica, sino flexible con sometimiento al necesario criterio prudencial de órgano judicial, prudente arbitrio judicial que ha de buscar el carácter íntegro de la reparación del daño realmente ocasionado. (Véase STC 247/2006, de 24 de julio; SSTS de 8 de julio de 2014, rec. 282/2013, 2 de febrero de 2015, rec. 279/2013, 8 de mayo de 2019, rec. 42/2018). Cuestión distinta es que esto se consiga efectivamente como muestra la experiencia jurídica no siempre satisfactoria al respecto.

Con todo, es manifiesto que el art. 183 LRJS mantiene un criterio aperturista en el resarcimiento del daño moral, dada la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste y se resuelve a partir de su hecho humano productor o causante. De ahí que se reconozca un mayor *margen de discrecionalidad* en la valoración por el órgano judicial del quantum indemnizatorio. La referencia al criterio flexibilizador ex art. 183.2 LRJS implica que se atribuye a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales no sólo una función resarcitoria (en la dirección de proximidad integral hacia la “*restitutio in integrum*”; reintegración en forma específica^[6]), sino también la de prevención general (SSTS 19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016). De ahí también la coherencia de que se haya acudido, con regularidad y adaptación funcional y finalista, a las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas (STS 13 de julio de 2014, rec. 221/14).

En la doctrina clásica, Adriano De Cupis^[7] ya había hecho notar que el resarcimiento del daño no patrimonial es difícil de argumentar, tanto en lo que se refiere a la influencia que la naturaleza de este daño ejerce en la función del resarcimiento, como en lo que afecta al campo de la aplicación de tal remedio. Ello no impide que tal daño modele al resarcimiento, adaptándolo para cumplir las exigencias de su propia naturaleza. Es cierto, pues, que el resarcimiento como modo de reparación del daño por equivalente, adquiere especiales caracteres cuando afecta al daño no patrimonial (daño extrapatrimonial).

Lo que se pone manifiesto ex art. 183 LRJS (en relación con el art. 179 LRJS) el principio de automaticidad de la reparación del daño moral (toda vez que la lesión es inherente al daño moral; in fine STS 768/2017, de 5 de octubre, precisamente sobre un despido por represalia), correspondiendo fijar la correspondiente indemnización adicional, confiriendo al órgano judicial un margen de discrecionalidad.

Con todo, la STS 179/2022, de 23 de febrero, aplica esta construcción en un despido por represalia del trabajador, considerando que la difícil cuantificación del daño moral justifica que el mismo debe ser indemnizado cuando se solicita y se acredita la misma vulneración del derecho fundamental. Por el mismo, declara que no es aplicable la doctrina jurisprudencial anterior para exigir la aportación de bases y elementos objetivos más precisos para el cálculo del daño moral; y en esto coincide y reitera la doctrina sentada en la STS de 5 de octubre de 2017, recud. 2497/2015, que fue invocada de contraste.

Esta importante doctrina para una tutela más efectiva de los despidos por vulneración de derechos fundamentales (en la correcta dirección, aunque todavía incompleta) se consolida y refuerza con la STS 214/2022, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:907), sobre resarcimiento del daño moral por vulneración de derechos fundamentales en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo. En ella se insiste –reiterando la jurisprudencia anterior– en que la sentencia que

declare la existencia de una violación de un derecho fundamental el órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización y hacerlo por razones de orden público procesal.

No es baladí recordar la doctrina establecida en la STJUE de 17 de diciembre de 2015, en asunto C-407/14^[8]. En ella el Tribunal de Justicia comunitario declara que “El art. 18 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, debe interpretarse en el sentido de que, para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, este artículo obliga a los Estados miembros que eligen la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una *indemnización que cubra integrante dicho perjuicio*”.

No está demás señalar, en este orden de ideas, que el art. 18 (“Indemnización o reparación”) de la Directiva 2006/54/CE dispone que: “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Añadiendo, de manera harto significativa, que “Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”. El Tribunal de Justicia comunitario entiende la que la indemnización integrar del perjuicio sufrido no comprende necesariamente –a efectos del Derecho comunitario- el abono de “daños punitivos”: lo previsto en el art. 18 de la Directiva no implica “la concesión a la víctima de una discriminación por razón de sexo de una indemnización en concepto de ‘daños punitivos’, que va más allá de la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos y es una medida [típicamente] sancionadora”. Ahora bien, el art. 25 de la Directiva 2006/54 sí permite a los Estados miembros adoptar medidas que establezcan adicionalmente el abono de “daños punitivos” a la víctima de una discriminación (y añadiríamos nosotros de una lesión de derechos fundamentales). Según el Tribunal de justicia “mientras que el art. 18 de la Directiva 2006/54 tiene por objeto *imponer* la reparación o la indemnización del perjuicio sufrido por una persona, se desprende del art. 24 de dicha Directiva que éste confiere a los Estados miembros la *facultad* de adoptar medidas al objeto de sancionar la discriminación por razón de sexo en forma de indemnización concedida a la víctima” (f. 39). En este sentido, recuerda el Alto Tribunal comunitario que el art. 27, apartado 1, de dicha Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las establecidas en dicha Directiva (f. 40). Pero en el caso de autos, el Tribunal de Justicia entiende que el concepto de “daños punitivos” no existe –a su entender- en el Derecho español (f. 42).

Bibliografía

ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete, Bomarzo. 2005.

BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016.

DE CUPIS, A.: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2ª ed., italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999.

FOLGOSO OLMO, A.: *La garantía de indemnidad*, Madrid, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2021.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*. Madrid, Civitas. 1994.

GIMENO DÍEZ DE ATAURI, P.: *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato de trabajo por iniciativa empresarial: Un análisis jurídico y económico*, Valladolid, Lex Nova/Thomson, 2014.

GINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Madrid, Civitas, 1995.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.

HARRAIZ MARTÍN, M.S.: *El despido nulo: causas y efectos (A propósito de la Jurisprudencia)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2009.

LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Protección en caso de despido injustificado (Artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.(DIRS): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derecho a protección en caso de despido (Artículo 24 de la Carta Social Europea revisada)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.(DIRS): *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.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: "Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo (ET: artículos 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)", en VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido*, Tomo II, BORRAJO DACRUZ, E. (DIR.), Madrid, EDERSA, 1994.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: "Despido nulo", en MONEREO PÉREZ, J.L. (DIR.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (COORDS.), Granada, Comares, 2014.

ORTEGA LOZANO, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedente, improcedente y nulidad*, Murcia, Laborum, 2018.

SÁEZ LARA, C. (COORD.): *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas*, Murcia, Laborum, 2017.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Y FOLGOSO OLMO, A.: «Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa: STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.

RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «La garantía de indemnidad del trabajador y carga probatoria del empresario ante despido disciplinario. Comentario a la STC 198/2001, de 4 de octubre», en ALONSO OLEA, M. Y MONTOYA MELGAR, A (EDS.): *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, Madrid, Civitas, 2000.

VICENTE PALACIO, M. A., Y GARCÍA NINET, J. I.: «Efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias. Medidas de represalia adoptadas por el empresario como reacción al ejercicio de una acción judicial por discriminación sexual». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 22, 2000

Referencias:

1. ^ CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del derecho, edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio" (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016, P. 26.*
2. ^ [SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548; y 28/02/08 -rec. 110/01-J" (SSTS 21/09/09 – rcurd 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-).
3. ^ Véase, en general, SSTC 322/1994, de 28 de noviembre (BOE de 28 de diciembre) y 5/2003, de 20 de enero (BOE de 19 de febrero).
4. ^ STC 183/2015, de 10 de septiembre BOE núm. 245, de 13 de octubre de 2015; STC 123/2016, de 23 de junio BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016; STC 135/2016, de 18 de julio BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016; STC 146/2019, de 25 de noviembre BOE núm. 5, de 6 de enero de 2020. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo mantienen una doctrina consolidada, aunque a menudo se incide en nuevos supuestos que se encadenan la garantía de indemnidad enmarcada en el derecho matriz a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Por citar alguno de las últimas, véase STS 540/2020, de 29 de junio (RCUD 2778/2017) , STS 674/2020, de 16 de julio (RCUD 1921/2018).
5. ^ En este sentido puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
6. ^ DE CUPIS, A.: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. De la 2ª ed., italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 811 y ss.
7. ^ DE CUPIS, A.: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. De la 2ª ed., italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 762 y ss.
8. ^ Que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social nº 1 de Córdoba, mediante auto de 1 de agosto de 2014, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de agosto de 2014, en el procedimiento entre María Auxiliadora Arjona Camacho. Se recoge, aparte lógicamente de la normativa comunitaria aplicable, la normativa básica del Derecho español, a saber: el art.10 ("Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias") de la

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el art. 183 ("Indemnizaciones") de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social

§ 30 Registros empresariales sobre los trabajadores, videovigilancia e intimidad personal: necesidad de sospechas o conductas irregulares previas.

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 registros sobre los trabajadores y sus pertenencias personales, un poder de control excepcional o exorbitante que al empresario otorga el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, se enmarcan legalmente en la "inviolabilidad de la persona trabajadora" y han de respetar su dignidad y su derecho fundamental a la intimidad como ámbito vital acotado. Han de ser necesarios para la protección del patrimonio empresarial. No son constitucional ni legalmente legítimos, y lesionan el derecho a la intimidad personal de los trabajadores, los registros con cámaras de videovigilancia cautelares o preventivos, masivos, diarios, e ilimitados, no justificados en sospechas o en conductas previas de los trabajadores. La validez de los registros de los trabajadores efectuados con cámaras de videovigilancia exige que estén justificados y superen el juicio constitucional de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

Palabras clave: Registros sobre los trabajadores. Control empresarial. Videovigilancia. Intimidad. Protección de datos personales. Falta de justificación, Juicio de proporcionalidad.

Abstract: Searches of workers and their personal belongings, an exceptional or exorbitant power of control granted to the employer by Article 18 of the Workers' Statute, are legally framed within the "inviolability of the worker" and must respect their dignity and their fundamental right to privacy as a limited area of life. They must be necessary for the protection of the company's assets. Precautionary or preventive searches with video surveillance cameras that are not justified on the basis of suspicions or previous conduct of workers are neither constitutionally nor legally legitimate, and infringe the right to personal privacy of workers. The validity of searches of workers carried out with video surveillance cameras requires that they are justified and pass the constitutional test of proportionality (suitability, necessity and proportionality).

Keywords: Searches of workers. Company surveillance. Video surveillance. Privacy. Protection of personal data. Lack of justification. Proportionality test.

I. Introducción

El litigio colectivo que resuelve la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 251/2021, de 30 de noviembre, presenta el notable interés de versar sobre el

ámbito de inviolabilidad de la persona trabajadora en el trabajo, protegido por su dignidad, como valor fundante de los derechos fundamentales, y por el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y, correlativamente, sobre el espacio de ejercicio legítimo del poder de control empresarial, legalmente justificado en la necesidad de proteger el patrimonio empresarial, esto es, su propiedad privada (art. 33 CE) y de los demás trabajadores de la empresa, conforme al mandato normativo del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que establece condiciones a ese ejercicio, justificado en los términos de necesidad expuestos.

El artículo 18 del ET, “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, es un precepto de la primitiva ley estatutaria de 1980, que apenas recibió el impacto de la Constitución, y que no ha sufrido modificaciones a lo largo de las más de cuatro décadas de vida del Estatuto. La estabilidad normativa del precepto se ha acompañado de una relativa tranquilidad interpretativa, pese a las dudas de constitucionalidad suscitadas a la doctrina científica, pues su aplicación ha dado lugar a litigios que han permitido la formación de una doctrina judicial, pero no de una doctrina jurisprudencial o legal.

El Tribunal Constitucional no ha resuelto, a través de ninguno de los procedimientos de que conoce, un problema jurídico-constitucional causado o relacionado con el precepto estatutario referido, lo que quiere decir que los órganos judiciales no han dudado de su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional se ha ocupado, como es sabido, en numerosísimas ocasiones, del derecho fundamental a la intimidad personal en las relaciones de trabajo, resolviendo positivamente la premisa de que ese derecho fundamental se ejerce en el ámbito laboral del que no es separable la propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6; 186/2000, de 10 de julio, FFJJ 5 y 6). Ha definido el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, como derecho de la personalidad (de la privacidad), que deriva de la dignidad humana e “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”, términos bien conocidos, por reiterados, que también reitera esta sentencia; y ha destacado que “el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos (STC 186/2000, FJ 6). Y ha establecido que, como los demás derechos fundamentales, el derecho a la intimidad personal no es absoluto y que sus posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16).

El Tribunal Supremo no se ha prodigado en interpretar el artículo 18 del ET. En su sentencia de 11 de junio de 1990 afirmó que el precepto legal buscaba el equilibrio del derecho de los trabajadores a la intimidad en la relación laboral y los derechos de la empleadora a proteger su propio patrimonio o sus intereses de orden industrial o comercial, legitimando la actuación investigadora de la empresa en los términos legalmente expresados. Requirió la “sospecha fundada de actuación fraudulenta por parte del trabajador” y que “la modalidad de pesquisa” arbitrada por la empresa fuera “la única posible en orden a la averiguación de los hechos” y se practicara “en términos carentes de violencia alguna, subjetiva u objetiva, y con la adecuada garantía para el trabajador empleado” (FD 3º y 4º). Su inmediatamente posterior sentencia del 28 de aquel mes y año destacó que la orden empresarial de apertura de la bolsa del trabajador venía autorizada por la normativa interior y estaba justificada y que la ausencia en el registro de un representante de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa no lo invalidaba, ya que el artículo 18 del ET subordina esa exigencia a que su cumplimiento sea posible (FD 5º).

De mayor vuelo doctrinal la sentencia de casación unificadora de doctrina de 26 de septiembre de 2007^[1] interpretó, como es conocido y tendremos ocasión de recordar

en este comentario, que los ordenadores y medios digitales puestos a disposición de los trabajadores por las empresas no tienen la consideración de “efectos particulares” o personales de los trabajadores del artículo 18 del ET -son de la empresa-, siendo muy numerosas las decisiones sobre el control empresarial del uso ordenadores y medios electrónicos empresariales por los trabajadores, que, en consecuencia, no aplican el artículo 18 del ET, sino los artículos 20.3 y 20 bis del mismo cuerpo legal, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, los convenios o acuerdos colectivos o las políticas o las instrucciones empresariales al respecto. La STS 20/2022, de 12 de enero, posterior a la aquí comentada, desestimó el recurso de casación unificadora por falta de contradicción^[2].

Salvo error por mi parte, la sentencia que aquí se comenta es la primera dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre hechos subsumibles en el artículo 18 del ET, denunciando la demanda a de conflicto colectivo su vulneración y, con ella, la del derecho fundamental de los trabajadores a la intimidad personal y la de su dignidad, presupuesto de aquel derecho.

Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia sobre el poder de registro empresarial sobre los trabajadores, sus taquillas y efectos personales, tienen una cierta entidad numérica, aunque no tanta como las recaídas sobre otras cuestiones de ejercicio del poder empresarial de control y vigilancia del trabajo. Pueden citarse, entre las dictadas en este siglo y, por tanto, de manera no agotadora, las sentencias de las Salas de lo Social de dichos Tribunales de Cataluña 4522/2000, de 23 de mayo^[3], 8075/2005, de 24 de octubre^[4], 4813/2007, de 28 de junio^[5], 6172/2016, de 27 de octubre^[6]; de Castilla-La Mancha 146/2001, de 29 de enero^[7], 670/2018, de 11 de mayo^[8], 1699/2020, de 16 de noviembre^[9]; de la Comunidad Valenciana 897/2002, de 12 de febrero^[10]; de Andalucía (Sala de Málaga) 664/2002, de 12 de abril^[11]; (Sala de Sevilla) 1661/2003, de 13 de mayo^[12]; de Castilla y León (Sala de Valladolid) 2122/2004, de 22 de noviembre^[13], 2169/2011, de 9 de febrero^[14]; de Navarra 92/2006, de 18 de abril^[15]; de Madrid 189/2008, de 3 de marzo^[16], 354/2010, de 23 de abril^[17], 758/2013, de 11 de octubre^[18], 35/2016, de 26 de enero^[19]; de Asturias 714/2008, de 18 de abril^[20], 1699/2010, de 4 de junio^[21], 58/2019, de 22 de enero^[22]; 1699/2010, de 4 de junio^[23]; de Cantabria 371/2008, de 24 de abril^[24], 910/2018, de 20 de diciembre^[25], 546/2021, de 22 de julio^[26]; de Islas Baleares 483/2017, de 22 de noviembre^[27]. Su doctrina, muy apegada a las circunstancias de los casos planteados y, en ocasiones, a la STS de 26 de septiembre de 2007, llega a la misma exigencia -no en todas - de la necesaria existencia de sospechas serias y concretas o de irregularidades previas en los trabajadores (descuadres, diferencias de inventario y desaparición de productos de la empresa, fundadas sospechas de facturas falsas...) de puesta en peligro del patrimonio de la empresa o de otros trabajadores para activar el ejercicio legítimo del poder empresarial excepcional de registro, que están en la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia Nacional comentada. Varían los juicios de proporcionalidad, pues, alguna sentencia de suplicación no ha dejado recoger la argumentación que consideraba mas intrusivos los registros personales que los ejercidos a través de sistemas de alarmas automáticas, detectores electromagnéticos o sistemas de video vigilancia.

La doctrina científica se ha preocupado de la constitucionalidad del artículo 18 del ET y de la falta de su condición de ley orgánica para permitir ese poder empresarial excepcional de registro sobre las personas de los trabajadores y sus pertenencias personales en el trabajo con el fin de tutelar el patrimonio empresarial y de otros trabajadores. Pueden consultarse, además de los comentarios al artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores las monografías de los profesores GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*^[28], DEL VALLE VILLAR, “El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo”^[29], DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*^[30]. Muy completo, F. J. HIERRO HIERRO,

“Registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: límites al poder de dirección del empresario”^[31], y bibliografía allí citada.

Conforme al signo inexorable de nuestro tiempo, el interés de esta sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se acrecienta porque los registros diarios de los efectos personales de los trabajadores se llevan a cabo en zonas con visibilidad de cámaras de video vigilancia.

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: 251/2021, de 30 de noviembre de 2021

Tipo y número recurso o procedimiento: *conflictos colectivos 0000226/2021*

ECLI:ES:AN:2021:4743

Fuente: CENDOJ

Ponente: D^a Emilia Ruiz-Jarabo Quemada

Votos Particulares: no tiene

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto del proceso de conflicto colectivo lo constituyen las instrucciones empresariales sobre gestión de stock y otros procedimientos de tienda, integrantes del procedimiento de seguridad general de la empresa, que establecieron la obligación de los empleados de tiendas de mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al responsable de tienda en el momento de la salida, siempre que fuera posible en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia. El responsable debía mostrar sus bolsos, bolsas o mochilas al siguiente empleado de mayor rango o antigüedad.

- Hechos

La empresa demandada se dedica a la venta de productos de perfumería y similares. Le es de aplicación el Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE de 12 de agosto de 2017), con acuerdo de prórroga de ultraactividad (BOE de 4 de enero de 2021).

EL 29 de julio de 2020 la empresa colgó en el portal del empleado un documento denominado "INSTRUCCIONES SOBRE GESTIÓN DE STOCK Y OTROS PROCEDIMIENTOS DE TIENDA" y dirigió un correo a los responsables de las tiendas, indicando que: "Con el objetivo de recordar y reforzar instrucciones dadas en diferentes procedimientos, hemos creado un nuevo documento con las acciones más importantes a realizar, para controlar la gestión del stock y otros procedimientos de tienda. Os adjunto en este email las instrucciones de obligada lectura y cumplimiento por parte de todos los empleados de tienda, siendo responsabilidad del Store Manager tanto su implantación como su cumplimiento en tienda. Adicionalmente este documento estará colgado en el portal del empleado, en la sección de procedimientos de tienda, siendo obligatoria su lectura y aceptación antes del 9 de agosto por parte de todo el personal de vuestra tienda. ..." (Descriptor 3 y 4).

En un apartado de las Instrucciones empresariales, denominado SEGURIDAD FÍSICA DE LA TIENDA, se ordenaba: "El almacén debe permanecer siempre cerrado con llave, la cual estará en poder del RT, que será quien autorice las entradas al almacén.

Las taquillas deberán permanecer cerradas durante cada turno y las llaves en posesión de cada empleado. Las taquillas podrán abrirse al inicio y finalización de cada turno.

Diariamente debe realizarse la revisión de los bolsos, bolsas, mochilas o similar en el momento de la entrada y salida del personal, lo cual debe hacerse en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia” (Descriptor 4).

La sección sindical de CCOO se opuso a las órdenes contenidas en los apartados segundo y tercero de las Instrucciones mediante escrito de disconformidad remitido a la empresa. Consideró totalmente ilógica la orden de cierre de las taquillas durante cada turno al encontrarse en ellas objetos personales de los trabajadores, que habían de poder usar cuando lo necesitasen, especialmente en tiempos de descanso, solicitando su modificación. En cuanto a la orden de registro de bolsos, bolsas o similares de los trabajadores, a su entrada y salida del trabajo, en zonas videovigiladas, denunció el sindicato constituía una intromisión injustificada en la intimidad de las personas, que vulneraba el derecho fundamental, por lo que requería su eliminación.

El 11 de septiembre de 2020, al no haber obtenido respuesta su escrito de 21 de agosto, la sección sindical de CCOO remitió nuevo escrito a la empresa, con las mismas peticiones (Descriptor 5).

La respuesta de la empresa llegó el 17 de septiembre, señalando que había tomado en consideración las “apreciaciones” sindicales, por lo que se efectuaban “modificaciones/rectificaciones”, que esperaba fueran del agrado sindical. Las siguientes, que se comunicarían a la red de tiendas, modificándose el documento en el portal del empleado con fecha 5 de octubre “Se permite acceder a las taquillas durante el turno (en la anterior versión solo al inicio y final), quedando la redacción así: Los empleados podrán acceder a sus taquillas tanto al comienzo como a la finalización de su jornada. Adicionalmente, podrán acceder en cualquier otro momento, en caso de necesidad, debiendo notificárselo previamente al responsable de tienda. En cualquier caso, el contenido de las taquillas es responsabilidad de su titular, por lo que se recomienda que las taquillas permanezcan cerradas y las llaves estén bajo su control en todo momento. En el caso de que una taquilla permanezca abierta, será responsabilidad única de su titular, en cuyo caso, éste no podrá hacer responsable a la compañía ni a otros empleados de los faltantes que pudieran existir ni de aquellos enseres que pudieran encontrarse en su interior”.

El registro de los bolsos se haría solo en la salida, rectificándose la instrucción empresarial, del modo siguiente: “Diariamente debe realizarse la revisión de los bolsos, bolsas, mochilas o similar en el momento de la salida del personal, lo cual debe hacerse en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia” (Descriptor 6).

CCOO presentó solicitud de mediación ante el SIMA el 21 de mayo de 2021. Tras ello la empresa publicó nuevas instrucciones referidas a la seguridad, que volvieron a modificar las que eran objeto del procedimiento de mediación, ampliado a las instrucciones modificadas: “Diariamente los empleados de la tienda deberán mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, lo cual debe hacerse siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia.

Por su parte el RT deberá mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al siguiente empleado de mayor rango o antigüedad”.

La mediación resultó sin acuerdo.

- Antecedentes

La Federación de Servicios de Comisiones Obreras presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional frente a Douglas Spain S.A, y, como parte interesada, Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo

de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), Unión Sindical Obrera (USO), Federación de Servicios y Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA). Solicitó su demanda sentencia que declarase la nulidad de los apartados reproducidos, sobre la revisión de los bolsos, del procedimiento de seguridad general de la empresa, y condenase ésta a estar y pasar por esa declaración.

ELA no compareció al juicio. Los demás sindicatos se adhirieron a la demanda.

No se controvierte el ámbito de afectación del conflicto colectivo a todos los trabajadores y trabajadoras de los centros de trabajo de la empresa DOUGLAS radicados en el territorio nacional, ni, por ello, la competencia funcional de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

IV. Posición de las partes

Los sindicatos demandantes denuncian la vulneración del derecho a la intimidad de las personas trabajadoras por las instrucciones empresariales de control de seguridad de las tiendas. Reconocen que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores (ET) permite a la empresa hacer registros para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, respetando siempre la dignidad y la intimidad de las personas, lo que en el caso la empresa no hacía: "entendemos que no se está respetando estos derechos fundamentales". La medida de control empresarial no estaba justificada, no era necesaria y, de manera señalada, incurría en desproporción. Desconocían los demandantes quienes podían visionar las grabaciones, la existencia de un protocolo para el visionado, su finalidad.... Y destacaban que las personas con acceso a las imágenes podían ver "todas las cosas personales que llevan los bolsos, mochilas etc....", lo que suponía una invasión de la intimidad sin justificación. Además, la medida empresarial obligaba a que una persona trabajadora revisara "los enseres personales de otra, sin que ello esté dentro de sus funciones"

La empresa se opuso a la demanda. Alegó que había modificado sus instrucciones sobre la seguridad física de las tiendas. Recordó la norma sobre la inviolabilidad de la persona trabajadora recogida en el artículo 18 del ET y la facultad empresarial de registro. Justificó la necesidad de adoptar la medida de control "preventiva y paliativa", tanto en el sector, como en la empresa, en razón de que las "pérdidas desconocidas" habían alcanzado el valor de 2 millones de euros, por lo que dicha medida de control sobre los trabajadores respetaba los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos por el Tribunal Constitucional. La medida era idónea porque podía cometerse fraude en "zonas personales"; era necesaria, al no existir otra posible, pues no lo era hacer controles diarios de los stocks; y proporcionada, pues el control de los bolsos no vulnera la dignidad de los trabajadores, la revisión de las cámaras de seguridad se realiza por personal de seguridad, tal y como establece la Ley de seguridad privada, y los trabajadores conocen la instalación de las cámaras de seguridad.

La sentencia agrega que en el acto del juicio la empresa reiteró la defensa de la finalidad de la medida de protección de su patrimonio empresarial con carácter preventivo y paliativo dado que, tanto en el sector, como en la empresa, las pérdidas por causas desconocidas alcanzaron 2 millones de euros, con lo que se cumplen los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de los derechos afectados en el presente caso, sin vulnerar el derecho a la dignidad e intimidad de las personas trabajadoras, dada la dificultad del control del stock y de hacer controles diarios del mismo.

V. Normativa aplicable al caso

- Constitución española:

Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

Artículo 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950

Artículo 8. 1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

- Reglamento UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

“Artículo 88

Tratamiento en el ámbito laboral

1. Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas.”

- 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

“Artículo séptimo

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

“Artículo 2. Ámbito de aplicación de los Títulos I a IX y de los artículos 89 a 94

1. Lo dispuesto en los Títulos I a IX y en los artículos 89 a 94 de la presente ley orgánica se aplica a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.”

“Artículo 89. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

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 o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, 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 o los empleados públicos 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 o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 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.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.”

- Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre

Artículo 4. Derechos laborales

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.

Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”

Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral

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”.

Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

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”.

VI. Doctrina básica

- *Sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, el contrato de trabajo y el poder de control empresarial y su ejercicio a través de la videovigilancia*

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional comienza a sentar su doctrina recordando la constitucional, con cita de la STC 6/1988, de 21 de enero, que ha afirmado que los derechos fundamentales de los trabajadores prevalecen sobre el derecho de control de la actividad laboral del empresario, por lo que limitan dicho poder de control empresarial y “operan como derechos de defensa frente a un ejercicio ilegítimo del mismo por parte del empleador”. Cuando los arts. 20.3 y 18 del ET exigen “el respeto de la dignidad del trabajador como base de todos los derechos fundamentales”, hacen de esa exigencia de respeto de la dignidad de la persona en general, y de sus derechos fundamentales en particular, el canon de corrección del ejercicio del poder de control del empresario “en sus justos términos”, esto es, en términos constitucionales. Los derechos fundamentales de los trabajadores en el trabajo no sólo dejan atrás “una visión patrimonialista de la relación laboral”, sino que constituyen “límites a la discrecionalidad del ejercicio del poder de control del empresario”.

Efectuada esta afirmación generalista, la sentencia acepta -no podía ser de otra manera- que el derecho fundamental concernido en el proceso de conflicto colectivo es el esgrimido en la demanda sindical, el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE, que, como la jurisprudencia constitucional, configura como un derecho fundamental vinculado a la personalidad que hace derivar de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Y procede a definir su ámbito constitucionalmente garantizado, de nuevo naturalmente de acuerdo con una jurisprudencia constitucional reiteradísima desde sus inicios hasta nuestros días, según la cual. Como ya quedó dicho, el derecho

a la intimidad personal 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"; el derecho fundamental a la intimidad no es, sin embargo, "absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho " (SSTC 57/1994, de 28 de febrero , y 143/1994, de 9 de mayo , por todas)". Ya en un caso de conflicto entre los mismos bienes jurídicos, el derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores y el poder empresarial de control, corolario de la libertad de empresa (art. 38 CE), la STC 98/2000, de 10 de abril, caso Casino de La Toja, había precisado que " el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 LET). Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral (arts. 4.2.e y 20.3 LET)" (FJ 5).

La Sala efectúa un recorrido por las normas legales de aplicación, que exigen el respeto de la dignidad e intimidad de los trabajadores en el ejercicio por la empresa de su poder de vigilancia a través de dispositivos de videovigilancia [arts. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 88 del Reglamento EU general de protección de datos, 4.2.e), 18, 20.3 y 20 bis del ET y 7 de 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] con el fin de fijar la premisa de su enjuiciamiento: "la implementación de tales medidas por parte del empleador no puede hacerse ignorando que la otra parte del contrato de trabajo también es titular de derechos fundamentales".

Además del derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores, en el litigio está afectado también el derecho fundamental a la protección de datos personales, de acuerdo con la legislación derogada y con el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y la interpretación de la Agencia Española de Protección de Datos, que ha considerado que la captación de la imagen de los trabajadores a través de cámaras de videovigilancia constituye un dato de carácter personal, pues aporta información sobre la persona, el lugar en que está y la actividad que desarrolla en el momento en que su imagen personal es captada. El poder empresarial de vigilancia empresarial de los trabajadores, ejercido a través de cámaras de videovigilancia, queda sujeto, en consecuencia, a la legislación sobre protección de datos en la medida en que la imagen personal sea objeto de tratamiento. Aquí, el artículo 89 de la citada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, faculta al empresario para ejercer las funciones de control de los trabajadores que le atribuye el artículo 20.3 del ET a través de cámaras de videovigilancia y a tratar las imágenes obtenidas, siempre que ese ejercicio y tratamiento se efectúen dentro del marco legal y observando sus límites, necesarios para garantizar el derecho a la intimidad de los trabajadores. El empleador debe informar con carácter previo y de forma expresa a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de estas medidas.

Reconoce la Sala la amplia facultad legal de la empresa para adoptar las medidas de vigilancia y control que considere más oportunas para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones y deberes laborales a la vista de la inconcreción y apertura normativa de los artículos 20.3 y 20 bis del ET. Sin embargo, el artículo 20.3 ordena al empleador guardar la dignidad de los trabajadores, limitando su poder de control al fin exclusivamente de verificar el cumplimiento laboral de los trabajadores, y no a otros fines. De donde deduce que las medidas de vigilancia que el empresario adopte "no podrán ser arbitrarias"; han de ser "las más acordes con la tutela de la dignidad del trabajador"; han de cumplir la prescripción legal de índole finalista de servir únicamente al control del cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones

laborales; han de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos personales; y, en fin, cualesquiera medidas, basadas siempre en la consideración debida de la dignidad de la persona, han de adoptarse y ejercerse por la empresa “con respeto, en todo momento, al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales en cuanto derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE” .

La limitación de los derechos fundamentales por otros derechos y bienes de relevancia constitucional ha de superar “los rigores” del test de proporcionalidad de la jurisprudencia constitucional, de modo que esa limitación este justificada, sea necesaria y sea proporcionada, y, claro es, esté establecida por ley, lo que en el caso es indubitado (art. 18 del ET; con carácter general, arts. 20.3 y 20 bis ET). Fuera de las exigencias de la proporcionalidad limitativa, el sacrificio impuesto a los derechos fundamentales de los trabajadores será injustificado.

- *Sobre las relaciones entre los artículos 20.3 y 18 del Estatuto de los Trabajadores y el poder empresarial de control o vigilancia*

La Sala se adentra en el análisis de la “complementación” que el artículo 18 del ET puede aportar al genérico poder de control o vigilancia empresarial ex artículo 20.3 de la norma legal estatutaria, ampliado por su artículo 20 bis.

Es sabido que la rúbrica que preside la regulación del artículo 18 del ET es “Inviolabilidad de la persona del trabajador”. Pero, realmente, la norma estatutaria faculta al empresario para realizar “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”. Añade el precepto legal que en la realización de los registros empresariales “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”. Mediante la exigencia del cumplimiento de tales condicionamientos mide la ley la inviolabilidad constitucional de la persona del trabajador.

La Sala arranca su doctrina con la afirmación, gruesa sin duda, de que con esa facultad de registro, “*el empresario puede incidir sobre la persona del trabajador de forma más directa, violándose con ella, en cierta medida, el derecho del art. 18.1 CE y también el art. 14 CE en tanto que somete a los trabajadores a una mayor incidencia en la vida privada que el resto de los ciudadanos*”. Posteriormente, en el comentario de la sentencia volveré sobre esta afirmación. Y parte también de la interpretación amplia que ha sostenido la doctrina mayoritaria del concepto de “efectos particulares”, limitados por el hecho de que previamente hayan sido introducidos en el centro de trabajo, que es lo que sucede con los “bolsos, bolsas, mochilas o similar”, cuyo registro empresarial es la causa de la controversia.

Sin embargo, enseguida restringe la Sala esa amplitud, y la de la facultad empresarial de registro de los efectos personales de los trabajadores, con una interpretación absolutamente correcta. Dice la sentencia, y dice bien, que el registro ha de ajustarse al fin pretendido por la regulación del artículo 18 del ET, “de forma que sólo se podrán llevar a cabo registros cuando sean necesarios para proteger el patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores”. El registro obedece al principio de necesidad, que lo configura como una medida excepcional de tutela de la propiedad privada empresarial y de otros trabajadores, vista desde el principio de proporcionalidad, y que posibilita su utilización “sólo cuando los objetos sustraídos pudieran llegar a poner en peligro el referido patrimonio” -la afectación patrimonial ya se ha producido- o también con carácter preventivo “con el fin de proteger la seguridad de la empresa”. He aquí el dilema interpretativo al que conduce el principio de necesidad. La Sala admite la posición más flexible del principio de necesidad, pero exigiéndolo en todo caso, esto es, exigiendo el riesgo o peligro de la intangibilidad del patrimonio a través de indicios.

Continúa la Sala su interpretación restrictiva: el registro ha de respetar la dignidad e intimidad del trabajador, por lo que su práctica ha de realizarse en la forma menos gravosa posible, debiendo observarse, “para legitimar la medida”, que el registro se lleve a cabo “en un lugar discreto, no accesible al conjunto de los trabajadores”. Sobre ello había insistido la doctrina: “el respeto a la intimidad impone que los registros no sean públicos”^[32]. La exigencia de que el registro sea presenciada por un representante de los trabajadores o, en su defecto, por otro trabajador opera en un plano menor, según la Sala, siguiendo, como comprobaremos, al Tribunal Supremo, y responde al objetivo de evitar manipulaciones y falsedades sobre las resultas de los registros.

Y llega a la cuestión nuclear de las relaciones entre los artículos 18 y 20.3 del ET. La doctrina de la sentencia, tomada en parte del FD 3º de la STS de 26 de septiembre de 2007^[33], ponencia del Ilorado Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, es que el artículo 18 del ET atribuye al empresario “un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20” del ET. “En los registros el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña -no sin problemas de cobertura constitucional -una función de “policía privada” o de “policía empresarial” que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa”. De este modo ambos preceptos persiguen finalidades distintas. Dice la Audiencia Nacional en la sentencia comentada: el poder de vigilancia “ordinaria o rutinaria” del empleador “deriva del peculiar régimen de derechos y obligaciones de la *sinalgia* contractual laboral [sic] y la situación de subordinación del trabajador, siendo su límite la dignidad del trabajador” (esta consideración no está en la fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo). También sobre ello volveré en el comentario de la sentencia. El artículo 18 del ET permite la intromisión de la empresa en el ámbito de privacidad de las personas trabajadoras con determinados condicionamientos de su legitimidad legal y constitucional.

- *Sobre las grabaciones de las cámaras de videovigilancia y los límites del control empresarial digital: obligación empresarial de informar de su existencia, no de la finalidad asignada al control por videovigilancia*

La sentencia regresa a los derechos fundamentales de los trabajadores a la intimidad y a la protección de sus datos personales y efectúa aquí un largo exordio por la jurisprudencia constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin separar las referencias a uno y otro derecho, para extraer de esa jurisprudencia la doctrina sobre “la validez” de las grabaciones empresariales, que rige el juicio de proporcionalidad.

Recoge la doctrina de la STC 39/2016, de 3 de marzo, caso *Bershka BSK España, S.A.*, del Pleno del Tribunal Constitucional, que exige a la empresa de obtener el consentimiento del trabajador para el tratamiento de las imágenes capturadas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, como permite el art. 20.3 del ET, no obstante la persistencia del deber empresarial de información previa de la instalación de un sistema visual de vigilancia a los trabajadores afectados. El alcance de ese deber de información ha de ser proporcional a las circunstancias del caso, bastando, en la interpretación de la citada STC 39/2016, que modifica la doctrina constitucional anterior, con la información de la existencia de un control por videovigilancia -en el caso, mediante distintivo de la AEPD en el escaparate de la tienda-, “sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control visual. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control del cumplimiento de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados” (FJ 4).

A continuación, la sentencia comentada de la Audiencia Nacional trae a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha incorporado la doctrina de la STC 39/2016. Las STS 630/2016, de 7 de julio^[34], y la STS 77/2017, de 31 de enero, esta última de la Sala en Pleno^[35], admitieron la validez de la utilización empresarial de cámaras de videovigilancia para la seguridad de la empresa y el control del cumplimiento laboral de sus trabajadores, una vez que los trabajadores conocían su existencia y lugares de instalación, pese a no haber existido comunicación expresa de la empresa dirigida a aquéllos sobre dicha instalación. La STS 77/2017 señaló que el Tribunal Constitucional había rebajado las exigencias informativas que habían de facilitarse a los trabajadores sobre su control por videovigilancia. No las precisa la instalación del sistema, salvo la instalación misma, si esa instalación responde a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales, que es la medida del poder de dirección y control empresarial,

La conclusión de la sentencia de la Audiencia Nacional es que las facultades de control que al empresario reconoce el artículo 20.3 del ET legitiman las medidas empresariales de video vigilancia y el tratamiento de las grabaciones, en el sentido del artículo 4.1 de la derogada LOPD, “siempre que las mismas no lesionen derechos fundamentales de los trabajadores”.

Del análisis de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *López Ribalda*, especialmente en la sentencia *López Ribalda II* dictada por la Gran Sala el 17 de octubre de 2019 por causa de la solicitud de reexamen formulada por el Reino de España, extrae la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la conclusión de que las medidas empresariales de videovigilancia son intrusivas en la intimidad y privacidad de los trabajadores, por lo que la empresa ha de informar de su existencia y de su finalidad. La Gran Sala admite la utilización excepcional de cámaras ocultas por el empresario ante la existencia de sospechas serias y fundadas de incumplimientos graves de los trabajadores; no con carácter preventivo, por sospechas mínimas o incumplimientos no graves. En este entendimiento encaja el mandato legal del artículo 89.1, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, a cuyo tenor: “En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”. Es así, “y no de otro modo, como debe interpretarse” el precepto legal, afirma la Audiencia Nacional.

Por su parte, la STS de 21 de julio de 2021, con cita de otras muchas anteriores, había insistido en la innecesariedad de informar a los trabajadores sobre la finalidad de la videovigilancia conforme a las pautas de entendimiento de la STC 39/2016, cuyo eco se encontraría precisamente en el artículo 89.1, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Basta con que los trabajadores conozcan la existencia de un sistema de control de videovigilancia, sin que la empresa deba informar de su concreta y específica finalidad. Añade el Tribunal Supremo que la STEDH de 17 octubre 2019 (*López Ribalda II*) ha admitido incluso que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia (FD 3).

Aplicando la doctrina constitucional y legal al caso, la sentencia de la Audiencia Nacional afirma que los trabajadores han sido informados previamente de la instalación de cámaras de videovigilancia con visibilidad de la zona donde debe realizarse la revisión de los bolsos, bolsas, mochilas o similar en el momento de la salida del personal; que se ha cumplido la obligación de información previa, pues los “trabajadores conocen que en la empresa se ha instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”.

- *Sobre el juicio de proporcionalidad y su aplicación imposible en el caso objeto del conflicto colectivo por falta de justificación y prueba por la*

empresa de las razones de los registros sobre las pertenencias personales de los trabajadores en zonas con visibilidad por videovigilancia

La sentencia comentada describe una vez más la triple ponderación que comprende el juicio de proporcionalidad (de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto), que el enjuiciamiento jurisdiccional ha de utilizar para conciliar el ejercicio del poder de control empresarial con el bien jurídico protegido por el derecho fundamental que se reputa vulnerado, esto es, el derecho a la intimidad personal de los trabajadores afectados por las "instrucciones sobre gestión de stock y otros procedimientos de tienda", dentro del apartado correspondiente a "seguridad física de la tienda", que ordena que "diariamente los empleados de la tienda deberán mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, lo cual debe hacerse siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámara) [sic] de videovigilancia", debiendo el RT "mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al siguiente empleado de mayor rango o antigüedad". Para la descripción del juicio de proporcionalidad recurre la Sala a la STC 89/2006, de 27 de marzo, sobre vulneración parcial del derecho a la intimidad personal de recluso en centro penitenciario cuya celda fue registrada en ausencia de su ocupante y sin comunicación posterior sin justificación. Pese a la diferencia de casos, no pueden echarse en saco roto las palabras del FJ 5 de la STC 89/2006 sobre la incidencia en los juicios de necesidad y de proporcionalidad del modo de practicar el registro, que sin conocimiento del afectado, puede suponer un daño a la intimidad innecesario para la finalidad perseguida. Una vez más la sentencia de la Audiencia Nacional transcribe el contenido del artículo 18 del ET.

Y alcanza la conclusión de que las instrucciones empresariales controvertidas no superan el juicio de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia constitucional, produciendo una invasión injustificada en la intimidad personal de los trabajadores, pese al conocimiento por ellos de la existencia de cámaras de videovigilancia en las zonas de práctica de los registros diarios sobre sus pertenencias personales. La razón de decidir de la sentencia de la Audiencia Nacional se basa en:

- no se ha cumplido el deber de información a los trabajadores sobre la recogida de datos, su objeto y finalidad;
- no consta por quien se lleva a cabo el visionado, ni si hay un protocolo para el visionado;
- las personas con acceso a las imágenes grabadas pueden ver todas las cosas personales que los trabajadores llevan en los bolsos, mochilas...;
- ninguna prueba se ha practicado por la empresa demandada en el acto del juicio, siendo un hecho la colocación de las cámaras para la seguridad física de la tienda seguido de la orden de que diariamente los empleados de la tienda muestren el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámaras de videovigilancia, grabándose todos los bolsos y mochilas de los trabajadores de forma ilimitada en el tiempo, sin que se haya acreditado que concurra causa alguna que justifique la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de videovigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores;
- son controles empresariales preventivos y no reactivos;
- no se ha acreditado por la empresa que no es posible alcanzar de otra forma "el legítimo objetivo perseguido" de protección del patrimonio empresarial, que "no existe [otro] medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra".

Por ello, la sentencia es terminante al decir que "falta el presupuesto previo para poder aplicar el triple test de constitucionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)". Lo que achaca a la empresa demandada. El

juicio de idoneidad debe ponderar si la revisión de los bolsos *con captación de imágenes* es un medio idóneo para conseguir el objetivo propuesto. El juicio de necesidad debe justificar la *videovigilancia* como medio para alcanzar los fines pretendidos ante otros igualmente eficaces y menos intrusivos. El juicio de proporcionalidad justifica la *videovigilancia* cuando otras medidas de control que no requieren la captación de imágenes resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los legítimos fines empresariales perseguidos de modo que se alcance un equilibrio entre los perjuicios causados (intromisión en la intimidad de las personas) y los beneficios alcanzados (control laboral, patrimonio empresarial, etc.). Nada de ello se satisface con la alegación por la empresa “de un genérico “interés legítimo empresarial en proteger su patrimonio y evitar los hurtos” para efectuar un control como el acordado, sin ninguna justificación específica previa”.

Finalizando ya su larga fundamentación, la sentencia completará, con una eficacia decisiva, su razón de decidir: no consta siquiera la finalidad perseguida por la empresa, sin que se haya acreditado que concorra causa alguna que justifique *la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de videovigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores que hicieran necesario el control de los bolsos para proteger el patrimonio de la empresa*. Nada prueba la empresa, tratándose en definitiva de controles preventivos, no reactivos y en consecuencia desproporcionados. Además, dichos controles, según el artículo 18 del ET, deben hacerse en presencia de un representante de los trabajadores o de un compañero de trabajo, y no del responsable de tienda, lo que, sin embargo, para la sentencia comentada no guarda relación con la protección de la intimidad del trabajador sobre el que se ha practicado el registro, sino que es, más bien, una garantía de objetividad y de eficacia de la prueba”, mención esta última en la línea de lo dicho por la STS de 26 de septiembre de 2007.

En el caso, el control empresarial rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 18 ET y supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.

Apreciada la lesión del derecho a la intimidad personal de los trabajadores, la sentencia declara la nulidad de los apartados del procedimiento de seguridad general solicitados por el sindicato accionante y los adheridos en la demanda de conflicto colectivo.

VII. Parte dispositiva

“Estimamos la demanda formulada por [...] abogada del ICAM actuando en nombre y representación de la FEDERACION DE SERVICIOS DE COMISIONES OBRERAS, a la que se han adherido FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (FESMC-UGT), FEDERACION DE SERVICIOS UNION SINDICAL OBRERA (USO) y FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FÉTICO), frente a DOUGLAS SPAIN S.A. y, como parte interesada, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), sobre CONFLICTO COLECTIVO, declaramos la nulidad de los siguientes apartados del procedimiento de seguridad general:

- Diariamente los empleados de la tienda deberán mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, lo cual debe hacerse siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia.

- Por su parte el RT deberá mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al siguiente empleado de mayor rango o antigüedad.

Y debemos condenar y condenamos a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del 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 Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [...].

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes”.

VIII. Pasajes decisivos

Cabe citar la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional referida a la necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre las obligaciones del trabajador y la facultad de control empresarial, pero siempre teniendo presente que los derechos fundamentales que el trabajador ostenta prevalecen sobre el derecho de control del empresario (STC 6/1998, de 21 de enero), por lo que aquéllos constituyen límites negativos para el poder de control empresarial y operan como derechos de defensa frente a un ejercicio ilegítimo del mismo por parte del empleador” (FD 3º).

“Y es precisamente en este sentido en el que los arts. 20.3 y 18 ET aluden al respeto de la dignidad del trabajador como base de todos los derechos fundamentales, de modo que la proyección de la dignidad de la persona en general y los derechos fundamentales en particular en el control por parte del empresario no sólo va a permitir superar una visión patrimonialista de la relación laboral, sino que va a situar a la actividad de control empresarial en sus justos términos, erigiéndose los derechos fundamentales del trabajador en límites a la discrecionalidad del ejercicio del poder de control del empresario” (FD 3º).”.

“[...]E] citado art. 20.3 ET supedita la facultad de vigilar y controlar del empleador a su deber de respeto de la dignidad del trabajador en cuanto persona, previamente reconocida en el art. 10.1 CE , lo cual obliga a aquél a la adopción de las medidas de control con respeto, en todo momento, al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales en cuanto derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE” (FD 3º).

“La decisión empresarial deberá someterse a los rigores del test de proporcionalidad sin imponer el sacrificio injustificado de los derechos fundamentales de los trabajadores [...]” (FD 3º).

“El art. 20.3 ET , regulador del poder de vigilancia y control del empresario, puede verse completado con la previsión establecida en el art. 18 ET que, bajo la rúbrica "Inviolabilidad de la persona del trabajador", faculta al empresario para realizar un determinado control sobre la persona de aquél, sus taquillas o efectos personales siempre que exista un riesgo para el patrimonio del empresario, de otros trabajadores o de terceros” (FD 3º).

“Con esta facultad, el empresario puede incidir sobre la persona del trabajador de forma más directa, violándose con ella, en cierta medida, el derecho del art. 18.1 CE y también el art. 14 CE en tanto que somete a los trabajadores a una mayor incidencia en la vida privada que el resto de los ciudadanos” (FD 3º).

“En cuanto a su ámbito objetivo, la doctrina mayoritaria coincide en interpretar de forma amplia el concepto de efectos personales, si bien sostiene que los efectos personales son aquellos que previamente hayan sido introducidos en el centro de trabajo [...]” (FD 3º).

“[H]ay que añadir que el mismo [el registro] habrá de realizarse dentro de la jornada laboral, debiéndose contar, además, con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia, de otro trabajador de la empresa, al objeto de evitar manipulaciones y falsedades [...]” (FD 3º).

“Además el objeto del registro ha de ajustarse al fin pretendido, de forma que sólo se podrán llevar a cabo registros cuando sean necesarios para proteger el patrimonio empresarial o el de los demás trabajadores (art. 18 ET), de manera que, en primer lugar, se requiere que el mismo sea necesario y, en segundo lugar, el citado precepto lo pone en relación con el patrimonio empresarial o de los demás trabajadores, de modo que el registro se configura como una medida de carácter excepcional (principio de proporcionalidad) a utilizar sólo cuando los objetos sustraídos pudieran llegar a poner en peligro el referido patrimonio (principio de necesidad), si bien, también se puede proceder al registro con el fin de proteger la seguridad de la empresa” (FD 3º).

“Establece también el art.18 ET una exigencia de carácter finalista o teleológico al señalar que se habrá de respetar, en todo momento, la dignidad e intimidad del trabajador, en el sentido de que la práctica del registro se habrá de realizar de forma lo menos gravosa posible para aquél. En estos casos, para legitimar la medida se deben observar entre otras reglas: que la medida debe realizarse en un lugar discreto, no accesible al conjunto de los trabajadores” (FD 3º).

“El artículo 18 está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. En los registros el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña -no sin problemas de cobertura -una función de "policía privada" o de "policía empresarial" que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa” (FD 3º).

“En suma, la diferencia entre el artículo 18 y 20.3 ET reside, en la finalidad perseguida por ambos preceptos. La capacidad de vigilancia ordinaria o rutinaria del empleador deriva del peculiar régimen de derechos y obligaciones de la sinalgia [sic] contractual laboral y la situación de subordinación del trabajador, siendo su límite la dignidad del trabajador. Por su parte, el art. 18 ET está regulando una cosa diferente como es el ámbito de privacidad de la persona asalariada, permitiendo la intromisión del empleador si se cumplen determinadas tutelas legalmente prescritas [...]” (FD 3º).

[...]

“La medida debe de ser siempre limitada y proporcionada, no pudiendo ser general e indiscriminada” (FD 3º).

“En el presente caso, los trabajadores han sido informados previamente de la instalación de cámaras de videovigilancia con visibilidad de la zona donde debe realizarse la revisión de los bolsos, bolsas, mochilas o similar en el momento de la salida del personal. Se ha cumplido en este caso la obligación de información previa. Los trabajadores conocen que en la empresa se ha instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control” (FD 3º).

“En el presente caso es conocido por el personal que diariamente los empleados de la tienda deberán mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, lo cual debe hacerse siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia. La existencia de cámaras de video grabación en las instalaciones es conocida por los trabajadores. Ahora bien, distinto es

que haya cumplido el deber de información a los trabajadores sobre la recogida de datos, su objeto y finalidad, y tampoco consta por quien se lleva a cabo, ni si hay un protocolo para este visionado, además las personas que tengan acceso a estas imágenes podrán ver todas las cosas personales que llevan los bolsos, mochilas etc.... lo que supone una invasión de la intimidad que carece de justificación" (FD 3º).

"[...] la Sala llega a la conclusión de que no se cumple con el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad como premisas necesarias para que sea protegida la intimidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, ya que, ninguna prueba se ha practicado por la empresa demandada en el acto del juicio, resultando que se procede a la colocación de dichas cámaras para la seguridad física de la tienda y diariamente los empleados de la tienda deberán mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, lo cual debe hacerse siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámaras de videovigilancia, llevando a cabo la grabación de todos los bolsos y mochilas de los trabajadores de forma ilimitada en el tiempo sin que se haya acreditado que concurra causa alguna que justifique la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de video vigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores, tratándose de controles preventivos y no reactivos, no superando la actuación empresarial el control de constitucionalidad anteriormente referido, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible [...] otra forma [de] alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra" (FD 3º).

"El juicio de idoneidad debe ponderar si la revisión de los bolsos con captación de imágenes es un medio idóneo para conseguir el objetivo propuesto. El juicio de necesidad debe ponderarse [*sic*] si la videovigilancia es el medio menos intrusivo, pues debe tener un carácter subsidiario, como toda medida restrictiva de derechos. Por lo que debe justificarse su necesidad en relación con medios igual de eficaces. En relación al principio de proporcionalidad el recurso a la revisión de los bolsos con la vigilancia por videocámara sólo podrá utilizarse con carácter subsidiario, es decir, con fines que realmente justifique [*sic*] el recurso a tales sistemas. Dicho principio de proporcionalidad supone que se pueden utilizar esos sistemas cuando otras medidas de prevención, protección y seguridad, de naturaleza física o lógica, que no requieren la captación de imágenes resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los fines legítimos mencionados anteriormente, es decir que deba atenderse un equilibrio entre los perjuicios causados (intromisión en la intimidad de las personas) y los beneficios que suponga su uso (control laboral, patrimonio empresarial, etc.)" (FD 3º).

[...]No basta con la alegación de un genérico "interés legítimo empresarial en proteger su patrimonio y evitar los hurtos" para efectuar un control como el acordado, sin ninguna justificación específica previa. Falta el presupuesto previo para poder aplicar el triple test de constitucionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Además las grabaciones pueden ser visionadas, sin que se conozca por quien, ni si hay un protocolo para este visionado, cual es la finalidad etc., y, por tanto, las personas que tengan acceso a estas imágenes podrán ver todas las cosas personales que llevan los bolsos, mochilas etc... lo que supone una invasión de la intimidad de los trabajadores sin aportar justificación alguna" (FD 3º).

[...]Procede declarar la nulidad de los apartados del procedimiento de seguridad general solicitados en demanda por no ser la medida ni proporcionada, ni idónea, ni necesaria, concluyendo que la decisión empresarial en virtud de la cual, diariamente los empleados de la tienda deberán mostrar el contenido de sus bolsos, bolsas, mochilas o similar al RT en el momento de la salida, lo cual debe hacerse siempre que sea posible en una zona con visibilidad de cámara [*sic*] de videovigilancia rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 18 ET y supone una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, que no es en este caso, conforme con los principios de proporcionalidad e intervención

mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues no consta siquiera la finalidad perseguía la empresa, sin que se haya acreditado que concurra causa alguna que justifique la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de videovigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores que hiciera necesario el control de los bolsos para proteger el patrimonio de la empresa” (FD 3º).

“Nada prueba la empresa, tratándose en definitiva de controles preventivos, no reactivos y en consecuencia desproporcionados. Significando además que dichos controles deben hacerse en presencia de un representante de los trabajadores o un compañero de trabajo y no del responsable de tienda lo que no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado, sino que es, más bien, una garantía de objetividad y de eficacia de la prueba” (FD 3º).

IX. Comentario

Es una sentencia de largo razonamiento, que despliega incontenible y sin ajustarse a sistema ni a divisiones internas en razón de las diferentes cuestiones tratadas en su caudaloso fundamento de derecho tercero -el primero se limita a referirse a los hechos declarados probados y el segundo se destina a exponer la posición de las partes en el proceso de conflicto colectivo-. Si desde un punto de vista formal, la sentencia es objetable -un mayor orden en los razonamientos, sin tantas idas y venidas sobre cuestiones que se reiteran, como el juicio de proporcionalidad, y una mayor separación y concisión argumental, hubieran sido más que deseables-, desde el punto de vista material de su *ratio decidendi* -que merecía también ganar en sistematicidad y claridad-, y de su fallo estimatorio de la demanda, la sentencia es, en mi criterio personal, inobjetable y absolutamente puesta en la razón de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional, pese a la STC 39/2016 y a alguna afirmación de la sentencia comentada que pareciera contradecirla a propósito de la información por la empresa, más precisamente de su falta, de la finalidad de las grabaciones de las pertenencias personales de los trabajadores por las cámaras de videovigilancia.

- *Interés de la sentencia*

Diré, antes de nada, que esta sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional presenta el interés indudable de resolver un litigio colectivo sobre la legitimidad del ejercicio del poder de control o vigilancia empresarial, no sobre el trabajo, sino sobre los trabajadores y sus pertenencias personales -sus bolsos, bolsas o mochilas...- mediante el uso de videocámaras justificado en el genérico interés empresarial en “proteger su patrimonio y evitar los hurtos”. En esta decisión judicial se dan cita, por tanto, la aplicación por la empresa del artículo 18 del ET con el uso de dispositivos de videovigilancia, que hoy regula el artículo 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, vigente en el momento de los hechos, “literalmente” en el marco de los artículos 20.3 y 20 bis, y no en el del artículo 18, del ET. Los registros diarios de las pertenencias de los trabajadores, en el centro de trabajo y a su salida del trabajo, que es tiempo de trabajo, con visibilidad de cámara de videovigilancia, invaden sin justificación su derecho fundamental a la intimidad personal, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores que hicieran necesario el registro de sus bolsos y bolsas con sus contenidos personales para proteger el patrimonio de la empresa.

- *Su inserción en los derechos fundamentales, en el derecho a la intimidad en el trabajo; y la extensión de su argumentación al derecho fundamental de protección de datos personales de los trabajadores*

La sentencia aplica la jurisprudencia constitucional sobre la posición preeminente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. Arranca de la STC 6/1988, una decisión constitucional que hizo una interpretación contractualista de los derechos fundamentales, sujetando su ejercicio en el ámbito de las relaciones contractuales privadas a exigencias como la buena fe, y construyó su interpretación sobre la base de “preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional” (FJ 8). No se puede olvidar que la STC 6/1988 contuvo la afirmación de que los derechos fundamentales no podían “invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas”, pero tampoco los principios informadores de las relaciones jurídico-privadas podían entenderse “en términos tales que se impida, más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución preserva (FJ 6). Lo que no volvería a afirmar ninguna decisión posterior.

La sentencia efectúa una interpretación en mi opinión excesiva de la STC 6/1988, aunque ciertamente las conclusiones que alcanza se encuentran en la jurisprudencia constitucional posterior tras la superación de categorías o principios jurídicos que no están recogidos en la Constitución, sino en el Código Civil, y el viraje hacia una interpretación de los conflictos entre derechos constitucionales en las relaciones de trabajo en el marco constitucional y legal-laboral, cuya aplicación resulta de la existencia de un contrato de trabajo. En todo caso, lo que a la sentencia comentada le importa reseñar, pues es la base de su construcción argumental, es que son los principios de proporcionalidad e intervención mínima los que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial. Así es, en efecto, en la jurisprudencia constitucional.

Siguiendo en el plano constitucional, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional destina parte de su argumentación a justificar la afectación del derecho fundamental de los trabajadores a la protección de sus datos de carácter personal por las instrucciones empresariales sobre los registros discutidas y a exponer la doctrina constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo sobre los límites legítimos que a ese derecho puede imponer el poder de control empresarial del cumplimiento laboral de sus trabajadores ejercido a través de medios tecnológicos, lo que, sin embargo, le resultará inservible para estimar la demanda, que basa en la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal de los trabajadores en el trabajo del artículo 18.1 CE, cuya lesión se alegaba en aquélla siguiendo la literalidad del artículo 18 del ET. El sabido que el de protección de los datos personales es un derecho fundamental que el Tribunal Constitucional, ya en este siglo, ha identificado en el contenido del artículo 18.4 CE y declarado que su contenido esencial no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto es más amplio, refiriéndose a cualquier tipo de dato personal, y se traduce en un poder de disposición y control sobre los datos personales que se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular, imponiendo a los terceros deberes correlativos (STC 292/2000, FFJJ 6 y 7).

- *Sobre el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores: similitudes y diferencias con la interpretación de la STS de 26 de septiembre de 2007*

El apoyo que la sentencia comentada busca en la mencionada STS de 26 de septiembre de 2007 es apenas necesario dada la diversidad de objetos de una y otra decisión. Quizás la Sala de la Audiencia Nacional no podía pasar por alto la única sentencia del Tribunal Supremo que despuntaba por su doctrina sobre el artículo 18 del ET, aunque, en mi opinión, su construcción fuera en parte desajustada a dicho precepto legal.

Lo que en realidad estableció la STS de 26 de septiembre de 2007 fue que “el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la

prestación laboral". Razonando que la persona del trabajador, sus efectos personales y la taquilla forman parte de su esfera privada "y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, las medidas de control sobre los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal de esos poderes: el ordenador es un instrumento de producción del que es titular el empresario "como propietario o por otro título" y éste tiene, por tanto, facultades de control de la utilización, que incluyen lógicamente su examen. Por otra parte, con el ordenador se ejecuta la prestación de trabajo y, en consecuencia, el empresario puede verificar en él su correcto cumplimiento, lo que no sucede en los supuestos del artículo 18, pues incluso respecto a la taquilla, que es un bien mueble del empresario, hay una cesión de uso a favor del trabajador que delimita una utilización por éste que, aunque vinculada causalmente al contrato de trabajo, queda al margen de su ejecución y de los poderes empresariales del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores para entrar dentro de la esfera personal del trabajador" (FD 3º). Hasta aquí la doctrina es impecable.

La Audiencia Nacional obtiene del Tribunal Supremo la interpretación "general" del artículo 18 del ET, la exorbitancia de los poderes de control empresariales, que el Tribunal Supremo sitúa "fuera del marco contractual de los poderes" que al empresario concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores en la excepcional función de policía privada o policía empresarial para la defensa de su propiedad, de su patrimonio y del de los trabajadores. Por esa excepcionalidad del poder empresarial llega a decir la sentencia comentada, como ya destacué al exponer su doctrina "básica", que la facultad de registro que el precepto estatutario otorga al empresario viola, "en cierta medida, el derecho del art. 18.1 CE y también el art. 14 CE en tanto que somete a los trabajadores a una mayor incidencia en la vida privada que el resto de los ciudadanos". Califiqué la afirmación de gruesa porque, sin perjuicio de las dudas de constitucionalidad que el precepto legal puede plantear, lo cierto es que no caben violaciones constitucionales por la ley "en cierta medida": la violación se da o no se da, aunque la produzca sólo parte del precepto en cuestión, y no todo él, o admitida una interpretación de conformidad con la Constitución; no caben esos excesos retóricos. El artículo 18 del ET viola o no viola, en su mandato normativo, los artículos 18 y 14 de la Constitución. Y si la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional entiende que los viola debía haber planteado cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No lo ha hecho. En consecuencia, considera que no hay tal vulneración. Si ese poder empresarial "de policía" exorbitante, que permite registros sobre las personas y sus cosas, que no acaba de encajar en los postulados de una democracia constitucional y en el valor preeminente de los derechos fundamentales.

La sentencia de la Audiencia Nacional efectúa entonces dos operaciones argumentales. Razona, en primer lugar, esa exorbitancia del poder de control empresarial con la Sentencia del Tribunal Supremo, diferenciándola del poder empresarial de vigilancia "ordinaria o rutinaria" que, en su razonamiento, "deriva del peculiar régimen de derechos y obligaciones de la sinalgia contractual laboral [sic] y la situación de subordinación del trabajador, siendo su límite la dignidad del trabajador". Parece obvio que "la sinalgia contractual" es el sinalagma laboral. Pero erratas aparte, la cuestión, en mi parecer, es que ese sinalagma también deriva de la ley, y de los convenios colectivos. La historia de la juridificación del contrato de trabajo a partir de su desgajamiento del contrato de arrendamiento de servicios es prueba de ello, como también lo es el artículo 20 bis del ET y los preceptos correspondientes de la Ley Orgánica 3/2018, que han recreado los derechos fundamentales de los trabajadores en el "entorno digital" ante el creciente poder del empresario tecnológico y digital, acomodando el sinalagma a la nueva realidad. Tanto los poderes empresariales ordinarios del artículo 20.3, como los extraordinarios del artículo 18 del ET, derivan de la ley, que establece el sinalagma laboral, del que también es pieza el artículo 18 del ET. Cuestión distinta es si la ley está constitucionalmente obligada a establecer ese sinalagma, y no otro, por el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38). La respuesta es negativa, en mi

opinión, pero es esta una cuestión que nos llevaría lejos de los propósitos de este comentario.

Además, la sentencia comentada destaca que el artículo 18 del ET “está regulando una cosa diferente [del poder de dirección y vigilancia empresarial] como es el ámbito de privacidad de la persona asalariada, permitiendo la intromisión del empleador si se cumplen determinadas tutelas legalmente prescritas, tal y como se deriva de la STS de 26 de septiembre de 2007 [...]”; desde luego, su regulación penetra en el ámbito de la intimidad personal de los trabajadores (art. 18.1 CE), comprendido en el más amplio de la privacidad personal que consagra el artículo 8 del CEDH (por todas, STEDH de 5 de septiembre de 2017, *Bărbulescu* II contra Rumanía) y, siguiendo a este precepto, el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que la sentencia comentada no cita. En cambio, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se había afanado en desvincular las condiciones que acotan las facultades excepcionales y exorbitantes de policía privada o de autotutela que artículo 18 del ET atribuye al empresario del derecho fundamental a la intimidad personal en el trabajo de los trabajadores, que es su límite: tras considerar el Tribunal Supremo que debía “aclarar que el hecho de que el trabajador no esté presente en el control no es en sí mismo un elemento que pueda considerarse contrario a su dignidad”, lo que me parece muy discutible, dijo que “las exigencias de tiempo y lugar del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores *no tienen por objeto preservar la intimidad del trabajador registrado*; su función es otra: limitar una facultad empresarial excepcional y reducirla al ámbito de la empresa y del tiempo de trabajo”, en mi opinión también para *preservar la intimidad*, que, como ha repetido la jurisprudencia constitucional, comprende la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos, para cuyo ejercicio es precisa la presencia del trabajador asegurada por coordenadas de lugar y tiempo de trabajo; “la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa *tampoco se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado*; es más bien, como sucede con lo que establece el artículo 569 Ley de Enjuiciamiento Criminal para intervenciones similares, una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba” (FD 3^o). Aunque también ha de servir para proteger la intimidad, por lo que esa presencia del representante o de otro trabajador es prescindible si el trabajador no la desea.

- *La sentencia comentada y la línea jurisprudencial sentada a partir de la STC 39/2016*

Sabemos que en el recurso empresarial a sistemas de videovigilancia el deber empresarial de información previa “forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado”, que, según la STC 39/2016, se entiende implícito “en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario”, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el cumplimiento del contrato (STC 39/2016, FFJJ 3 y 4). La dispensa del consentimiento, en el ámbito de ejecución del contrato de trabajo y de los poderes empresariales de control de esa ejecución o cumplimiento (art. 20.3), no dispensa al empresario de su deber de información previa. Sin embargo, ese deber empresarial se satisface con la comunicación de la existencia del sistema de videovigilancia, sin necesidad de especificar la finalidad exacta asignada a su instalación, radicando en este extremo, en la necesidad de aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa, la razón de la trascendencia constitucional del recurso de amparo desestimado por la STC 39/2016, que de este modo corrigió la doctrina de la STC 29/2013.

La sentencia de la Audiencia Nacional, pese a reproducir la doctrina de la STC 39/2016, y aceptar sus limitaciones al deber empresarial de información, y reconocer que se “ha cumplido en este caso la obligación de información previa” –“los trabajadores han sido informados previamente de la instalación de cámaras de videovigilancia con visibilidad de la zona donde debe realizarse la revisión de los bolsos, bolsas, mochilas o similar en el momento de la salida del personal”-, afirma

después que en el caso no se ha “cumplido el deber de información a los trabajadores sobre la recogida de datos, su objeto y finalidad”, ni sobre quien la lleva a cabo, ni sobre “si hay un protocolo para este visionado”, permitiendo el acceso a las imágenes el acceso a los efectos personales de los trabajadores, sin ninguna justificación, lo que lesiona el derecho a la intimidad de los trabajadores, en la línea argumental de la demanda. Hay que entender que esta segunda afirmación es pertinente en el contenido constitucionalmente reconocido del derecho fundamental a la intimidad -recuérdese que comprende el poder de la persona de imponer la abstención de injerencias ajenas en la adquisición de conocimientos intrusiva y en su divulgación ilegítima-, que es el derecho que la sentencia declarada vulnerado.

Por eso es sobreabundante en la sentencia la reflexión sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales. De haber seguido por aquí la sentencia podría haber señalado que la finalidad de la videovigilancia, en los casos del artículo 18 del ET, no es el control del cumplimiento del trabajo, sino la del propio precepto estatutario, esto es, la tutela del patrimonio empresarial; solo al final de su fundamentación su canon se completa con la referencia a la inexistencia de sospechas o conductas previas de los trabajadores que pusieran en riesgo ese patrimonio, que deja desnudos de justificación a los registros con videovigilancia, meramente preventivos e invasivos de la intimidad.

Apenas comparece en el análisis de la sentencia, pese a su extensión, el de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, varias veces citada y reproducida. Al hilo de la STC 39/2016, la comentada sigue citando preceptos de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, cuando la nueva ley ha introducido modificaciones con repercusión en las apreciaciones de legalidad ordinaria de la sentencia constitucional. Y falta la interpretación del párrafo 1º del apdo. 1 del artículo 89 de la Ley Orgánica vigente, pese a su reproducción íntegra en la sentencia, que regula de diferente modo el deber empresarial de información previa “y de forma expresa, clara y concisa”, ¿de la instalación de sistemas de cámaras o videocámaras o de las imágenes obtenidas a través de esos sistemas de cámaras o videocámaras?; ¿únicamente para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del ET y no para los registros sobre los trabajadores por medio de sistemas de videovigilancia del artículo 18 del ET?.

La sentencia estima la demanda apreciando la vulneración denunciada del derecho a la intimidad personal de los trabajadores. El artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018 lleva por título: “Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia [...]”

X. Apunte final

Los registros diarios de las bolsas, bolsos mochilas o similares de los trabajadores, impuestos por la empresa en los términos que conocemos -a la salida del trabajo, en zonas con visibilidad videovigilada, por el RT-, no están justificados por razones de protección de su patrimonio al no existir sospechas ni conductas irregulares previas de los trabajadores. En ningún caso los registros tienen amparo en las facultades de vigilancia y control reconocidas al empresario por el artículo 20.3 del ET. Vulneran el artículo 18 del ET y el artículo 18.1 CE

La cuestión que resta es valorar la incidencia en el fallo y en el razonamiento de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional del hecho de que los registros se lleven a cabo a ser posible “en una zona con visibilidad de cámara de videovigilancia”. Es un elemento, sin duda, de la mayor importancia, que la sentencia destaca una y otra vez (casi en cuarenta ocasiones se refiere a la visibilidad por videovigilancia. La grabación de las imágenes de los contenidos de los bolsos y bolsas y su visionado por terceros desconocidos, que adquieren intrusivamente

conocimientos íntimos que nos les corresponden y que pueden divulgar ilegítimamente, forman parte de la razón de decidir de la sentencia y de la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal de los trabajadores, por lo que declara la nulidad de las instrucciones procedimentales de seguridad empresariales, como se ha podido comprobar.

Es claro que la legitimidad de los registros empresariales sobre las pertenencias personales de las personas trabajadoras requiere de la existencia de sospechas o de conductas previas que acrediten irregularidades que pongan en peligro el patrimonio empresarial o el de otros trabajadores, a cuya protección se destina la regulación del artículo 18 del ET, con el límite fundamental del respeto de la intimidad y la dignidad de las personas trabajadoras. Pero, en la sentencia, ¿esto es así cuándo el registro se practica en zonas con visibilidad de cámaras de videovigilancia o lo es en todo caso? La sentencia no resuelve la cuestión porque en las instrucciones empresariales impugnadas se señala que los registros han de practicarse en zonas con visibilidad por cámaras de videovigilancia, siempre que sea posible. Ese dato, esencial en la sentencia, es el que la ha llevado, en su fundamentación, a extravasar el ámbito del derecho a la intimidad para adentrarse en el de la protección de datos, de perfiles definidos, aunque en la práctica sean derechos fundamentales interconectados, integrantes de la privacidad de las personas; y no solo en la práctica, sino también en la regulación legal, de la que es muestra el artículo 89. 1 de la Ley Orgánica 3/2018. La congruencia procesal obliga y la sentencia de la Sala resuelve la demanda que se le ha planteado a partir de los hechos que declara probados,

En mi opinión el fallo hubiera sido el mismo si la orden de practicar los registros no hubiera incluido la necesidad de su realización, si era posible, en zonas con visibilidad de cámaras de videovigilancia. Pues la falta de justificación empresarial que, en el decir de la sentencia, le impide emprender siquiera el examen de proporcionalidad de la medida empresarial de defensa de la propiedad privada de la empresa y limitadora del derecho a la intimidad personal de los trabajadores, y de la esencial dignidad personal de que el derecho fundamental deriva, hubiera faltado igual si los registros se hubieran hecho en zonas sin visibilidad de cámaras de videovigilancia. De hecho, no sabemos si todos los registros se practicaron con o sin esa visibilidad. La sentencia destaca ese elemento para significar la magnitud de la intromisión empresarial en la intimidad -y en los datos- personal de los trabajadores sin justificación alguna, amplificada esa intromisión por el visionado por terceros desconocidos de las grabaciones de las interioridades de los bolsos, bolsas, mochilas o similares registrados con la información que sus contenidos proporcionan de las personas a las que pertenecen. Sin esa amplificación, los registros sobre las pertenencias personales de los trabajadores seguían careciendo de justificación para legitimar la invasión de la intimidad personal.

Terminaré con una cita de ALONSO OLEA Y BARREIRO sobre el artículo 18 del ET, visto en la realidad analógica de los años 80 del pasado siglo, sin jurisprudencia constitucional y sin las nuevas tecnologías de las cámaras de videovigilancia para ejercer el poder de control empresarial, pero desde el valor preeminente del derecho fundamental a la intimidad personal: “[...] el respeto a la intimidad impone que los registros no sean públicos; que tengan como respaldo una sospecha o motivos serios, aunque no referidos necesariamente a persona determinada; y que la presencia del representante o trabajador adicional se procure a toda costa, de forma que al empresario incumbe probar que una situación de verdadera emergencia hizo que aquélla fuera imposible. El propio respeto a la intimidad exige que este trabajador o representante *no* esté presente si el trabajador a registrar exige expresamente su ausencia”

Referencias:

1. ^ *Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 966/2006.*
2. ^ *ECLI:ES:TS:2022:100*

3. ^ *Recurso de suplicación* núm. 2000/2000
4. ^ *Recurso de suplicación* núm. 5121/2005
5. ^ *Recurso de suplicación* núm. 1224/2007
6. ^ ECLI:ES:TSJCAT:2016:10009
7. ^ *Recurso de Suplicación* núm. 1558/2000
8. ^ ECLI:ES:TSJCLM:2018:1076
9. ^ ECLI:ES:TSJCLM:2020:2881
10. ^ *Recurso de suplicación* núm. 3797/1999
11. ^ *Recurso de suplicación* núm. 291/2002
12. ^ *Recurso de suplicación* núm. 397/2003
13. ^ *Recurso de Suplicación* núm. 2122/2004
14. ^ ECLI:ES:TSJCL:2011:668
15. ^ *Recurso de suplicación* núm. 78/2006
16. ^ *Recurso de suplicación* núm. 388/2008
17. ^ ECLI:ES:TSJM:2010:5664
18. ^ ECLI:ES:TSJM:2013:12702
19. ^ ECLI:ES:TSJM:2016:945
20. ^ *Recurso de Suplicación* núm. 3842/2007
21. ^ ECLI:ES:TSJAS:2010:2580
22. ^ ECLI:ES:TSJAS:2019:87
23. ^ ECLI:ES:TSJAS:2010:2580
24. ^ *Recurso de Suplicación* núm. 311/2008
25. ^ ECLI:ES:TSJCANT:2018:618
26. ^ ECLI:ES:TSJCANT:2021:508
27. ^ ECLI:ES:TSJBAL:2017:935
28. ^ Civitas, Madrid, 1988.
29. ^ *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1991, págs. 485 y ss.
30. ^ *Consejo Económico y Social de España*, 1998
31. ^ ***Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al prof. A. Montoya Melgar, G. González DÍAZ y C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dirs.), Aranzadi, Pamplona, 2011.***
32. ^ M. ALONSO OLEA y G. BARREIRO GOMZÁLEZ, *El Estatuto de los trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1987, pág. 96.
33. ^ ECLI:ES:TS:2007:6128
34. ^ ECLI:ES:TS:2016:4070
35. ^ ECLI:ES:TS:2017:654. *Esta sentencia vino precedida de la STS 630/2016, 7 de julio de 2016 (rcud 3233/2014) y fue proseguida por las SSTS 86/2017, 1 febrero 2017 (Pleno, rcud 3262/2015) y 96/2017, 2 de febrero de 2017 (Pleno, rcud 554/2016), todas ellas aplicando la STC 39/2016.*

§ 31 Competencias autonómicas en materia de Seguridad Social. A propósito de la Ley de creación de la Agencia Catalana de Protección Social.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *Es objeto de atención la sentencia del Pleno del TC núm. 36/2022 de 10 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4814-2017, interpuesto por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 21/2017, de 20 de septiembre, de la Agencia Catalana de Protección Social. La sentencia es sustancialmente idéntica, tanto en la fundamentación como en el fallo, a la núm.128/2016 de 7 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3493-2015, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra los artículos 69 y 95, así como contra las disposiciones adicionales vigésima segunda a vigésima sexta de la Ley de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas. El TC falla que dos preceptos de la norma impugnada (art. 3.1 h y 14.3 b) "no son inconstitucionales" si se interpretan en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 4 A b) y 6, respectivamente, y desestima el recurso "en todo lo demás".*

Palabras clave: *Constitución, Seguridad Social, Estatuto de autonomía, competencias autonómicas, protección social.*

Abstract: *Attention is drawn to the ruling of the Plenary of the TC no. 36/2022 of 10 March, handed down in the appeal of unconstitutionality no. 4814-2017, brought by the President of the Government against the Law of the Parliament of Catalonia 21/2017, of 20 September, on the Catalan Social Protection Agency. The judgement is substantially identical, both in its grounds and in its ruling, to judgement no. 128/2016 of 7 July, handed down in the appeal of unconstitutionality no. 3493-2015, brought by the President of the Government, against articles 69 and 95, as well as against additional provisions twenty-two to twenty-six of Catalan Law 3/2015, of 11 March, on fiscal, financial and administrative measures. The TC ruled that two precepts of the contested regulation (art. 3.1 h and 14.3 b) "are not unconstitutional" if interpreted in the terms established in legal grounds 4 A b) and 6, respectively, and dismissed the appeal "in all other respects".*

Keywords: *Constitution, Social Security, Statute of Autonomy, autonomous competences, social protection.*

I. Introducción.

1. Es objeto de examen la sentencia del Pleno del TC núm. 36/2022 de 10 de marzo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4814-2017, interpuesto por

el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 21/2017, de 20 de septiembre, de la Agencia Catalana de Protección Social

La sentencia es, como no podría ser de otra forma a mi parecer, sustancialmente idéntica, tanto en la fundamentación como en el fallo, a la núm.128/2016 de 7 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3493-2015, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra los artículos 69 y 95, así como contra las disposiciones adicionales vigésima segunda a vigésima sexta de la Ley de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas. En efecto, el TC falla que dos preceptos de la norma impugnada (art. 3.1 h y 14.3 b) “no son inconstitucionales” si se interpretan en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 4 A b) y 6, respectivamente, y desestima el recurso “en todo lo demás”.

Desde que se interpuso el recurso, el 3 de octubre de 2017, hasta la fecha de la sentencia, han transcurrido cuatro años y medio, un muy largo plazo de tiempo que solo puede entenderse si se repara primeramente en los acontecimientos políticos que tuvieron lugar en Cataluña poco después de esa fecha y que supusieron la aplicación del art. 155.1 de la Constitución.

El recurso fue admitido a trámite el 17 de octubre, con suspensión de la vigencia y aplicación de la ley impugnada de acuerdo al art. 161.2 CE. A los efectos que interesa para la explicación de la tramitación del recurso hay que señalar que por providencia de 15 de noviembre, el Pleno del TC, “con el fin de evitar un eventual conflicto en la defensa de los intereses del Estado y de la Comunidad Autónoma de Cataluña”, acordó suspender el plazo para que el Gobierno de Cataluña pudiera personarse y formular alegaciones, “en tanto el Consejo de Ministros, de conformidad con el art. 5 del RD 944/2017, de 27 de octubre, ejerciera las funciones y competencias que corresponden al Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña”.

El escrito de alegaciones del letrado del Parlamento de Cataluña tuvo entrada el 27 de noviembre. Posteriormente, mediante auto núm. 32/2018 de 21 de marzo, se acordó mantener parcialmente la suspensión de la Ley impugnada, en concreto de los arts. 3.1c), segundo inciso, d) y h), y levantar la del restante contenido. A dicho Auto se formuló un voto particular por la magistrada María Luisa Balaguer, al que se adhirieron los magistrados Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol, y Cándido Conde-Pumpido, sosteniendo que el levantamiento de la suspensión hubiera debido ser de la totalidad de la norma, ya que a su parecer el Abogado del Estado no había levantado “la carga de acreditar suficientemente la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general o de terceros vinculados al levantamiento de la suspensión”.

Tras la pérdida de vigencia del RD 944/2017, se dio traslado al gobierno autonómico para que se personara en el proceso y formulara las alegaciones pertinentes, cumplimentando ese trámite mediante escrito de 12 de junio de 2018, en el que, al igual que había hecho con anterioridad el letrado del Parlament, sostuvo que el recurso debía ser desestimado en su integridad.

Una nueva incidencia se produjo un año y medio más tarde, al solicitar el gobierno catalán la recusación del magistrado Andrés Ollero, desestimada por auto núm.17/2020 de 11 de febrero. En fin, no tenemos conocimiento de más incidencias sobre la tramitación del recurso hasta que por providencia de 9 de marzo de este año se señaló el día 10 para deliberación y votación. Lógicamente, hay que atribuir buena parte de la lentitud en la tramitación a los dimes y diretes sobre la renovación de varios miembros del Tribunal, ya que sus nuevos integrantes no tomaron posesión hasta el 18 de noviembre del pasado año.

En un amplio y detallado artículo, publicado poco después de la publicación de la Ley autonómica impugnada, analicé primeramente la citada sentencia del TC núm. 128/2016, después dos dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat, de 26 de febrero de 2016 y 24 de agosto de 2017, y procedí al estudio de la Ley 21/2017^[1]. Me atrevo a decir, y obviamente lo hago tras la lectura de la

sentencia del TC, que en el presente conflicto se han reiterado en gran medida por las partes intervinientes las alegaciones que se expusieron en el litigio anterior.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional

Número y fecha de la sentencia: STC 6/2022, de 10 de marzo de 2022.

Tipo y número de recurso: Recurso de inconstitucionalidad 4814/2017

Número de Resolución: 6/2022.

ECLI: ES:TC:2022:36

Fuente: BOE

III. Posiciones de las partes.

Entrando en el examen de la sentencia 36/2022 tenemos conocimiento de que el recurso impugna la totalidad de la ley, en primer lugar, y más adelante algunos preceptos concretos. Siguiendo la misma línea que en el recurso interpuesto contra la Ley 3/2015, y ahora mucho más teniendo en cuenta los avatares políticos que se vivían en Cataluña cuando se interpuso el nuevo recurso, se sostuvo que la finalidad a la que se destinaba la norma impugnada era “crear una estructura de Estado que pueda ponerse al servicio de una eventual república independiente de Cataluña, propósito de ruptura con la Constitución que se proyectaría a la totalidad de los preceptos de la Ley 21/2017”. En su extensa argumentación el recurso encuentra un punto de apoyo en el art. 23 de la Ley autonómica 20/2021 de 8 de septiembre, “de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”, que dedica dicho precepto al “derecho a las prestaciones y a la protección social”, disponiendo que “Se reconoce el derecho a percibir las prestaciones sociales públicas, incluidas la Seguridad Social y otros sistemas alternativos, reconocidas a la entrada en vigor de esta Ley. Se reconocen también los periodos de cotización al sistema de Seguridad Social realizados en el territorio de Cataluña, a efectos de carencia y de cálculo, así como en el de otros Estados de acuerdo con el derecho de la Unión Europea y los convenios internacionales aplicables”. Obviamente también se efectúa una referencia a la sentencia 128/2016 y a la jurisprudencia del TC sobre el reparto competencial en materia de protección social.

Más adelante, el recurso va detallando todos los “vicios de inconstitucionalidad” que atribuye a la norma impugnada, a los que me referiré al examinar la fundamentación de la sentencia. Baste ahora insistir que se manifiesta que en el ámbito del proceso político a que dan lugar las leyes autonómicas 19/2017, 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y la citada Ley 20/2021, “no puede sino concluirse que, mediante esta ley, en unión de otras que han sido objeto de impugnación, se está creando una estructura de Estado, que permita operar a la república independiente de Cataluña desde su proclamación”.

A continuación, el recurso se detiene en el análisis concreto de algunos preceptos que al parecer del recurrente incurren en una vulneración “directa e inmediata” de las competencias estatales, con reiteración de argumentos expuestos en el recurso a la Ley 3/2015.

Las alegaciones del Parlamento autonómico lógicamente también se basan en gran medida en la sentencia 128/2016, para enfatizar, como argumento de carácter general para oponerse al recurso y sin perjuicio de los argumentos expuestos más adelante para defender la constitucionalidad de preceptos concretos, que el juicio de constitucionalidad de las leyes “tiene carácter abstracto y objetivo, determinando la adecuación de la norma a la Constitución, sin que puedan ser objeto de control las intenciones o los objetivos políticos en cuyo contexto se aprueben”. A continuación, y

en amplia exposición de argumentos, se defiende que la norma impugnada respeta plenamente el reparto constitucional en materia de competencias en el ámbito de la protección social, así como que se ajusta plenamente a las competencias autonómicas, art. 150 EAC, para “adoptar las estructuras organizativas que mejor respondan a dicha complejidad” (se refiere al amplio abanico de prestaciones sociales existentes)”.

Argumentos sustancialmente idénticos serán los expuestos por el gobierno autonómico para postular la íntegra desestimación del recurso. Destacando primeramente que en el auto que acordó el levantamiento parcial de la suspensión de la Ley 21/2017 el TC descartó que la ley supusiera una creación de “las estructuras del Estado” y fundamentando esa tesis en lo ya expuesto en la sentencia 128/2016, el recurso manifiesta con contundencia jurídica que del texto literal de la Ley 21/2017 no se desprende ninguna contravención de la Constitución, “sino que, antes al contrario, son los reproches de inconstitucionalidad los que se basan en argumentos ajenos al texto literal de la ley”, y que al igual que se admitió una interpretación conforme de la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 3/2015, “lo mismo cabe afirmar para la efectiva creación de la Agencia en virtud de la Ley 21/2017 que ahora se analiza, que no contiene referencia alguna que merezca un reproche de inconstitucionalidad”.

Se enfatiza nuevamente, ya que semejantes argumentos se incluyeron también en las alegaciones al recurso interpuesto contra la Ley 3/2015, que en modo alguno la norma impugnada tiene un contenido sustantivo, sino que se trata solo de “la creación de un organismo autónomo administrativo, con los aspectos necesarios para su funcionamiento: naturaleza jurídica, funciones, estructura orgánica, régimen económico y jurídico”, añadiendo para fortalecer su tesis que “en cualquier caso, de acuerdo con la STC 128/2016, la norma constitucional que ha de servir para determinar la validez de la norma impugnada es el art. 149.1.17 CE, sobre competencias estatales en materia de seguridad social, habiendo reconocido dicha sentencia la competencia de la Generalitat para organizar su propia administración (arts. 71 y 150 EAC) en el ámbito de la protección social, de acuerdo con lo previsto en los arts. 165 y 166 EAC”.

IV. Fundamentación jurídica de la sentencia.

1. Consideraciones generales.

Tiene particular interés jurídico el recordatorio del TC de que los preámbulos de las leyes, “al carecer de valor normativo, no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad”, con cita del auto 95/2021 de 7 de octubre y las numerosas sentencias referenciadas en el mismo, salvo única y exclusivamente que “los conceptos y categorías que se contienen en el preámbulo de una ley se proyecten sobre su articulado posterior, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de uno o varios de los preceptos impugnados de la misma ley prive al párrafo o apartado del preámbulo que glose dicho precepto del valor jurídico interpretativo que le es característico, pues un preámbulo no puede producir ese efecto desde el momento en que la interpretación que acoge ha sido declarada constitucionalmente inadmisibles por este tribunal”.

El TC debe apreciar la conformidad constitucional o no de la norma impugnada y no de las intenciones que pudiera tener el legislador. Ello se pone claramente de manifiesto en este caso en el FJ 2, como puede comprobarse a continuación. Para el TC, no puede declararse la inconstitucionalidad en su totalidad de la ley impugnada a partir de los argumentos expuestos en el recurso, ya que “aunque las referencias al contexto político en el que se ha aprobado la Ley impugnada son legítimas desde la posición procesal que ostenta el abogado del Estado en el recurso planteado, pretender analizar o inferir los verdaderos motivos del modelo organizativo que aquí se discute es llevar el debate al campo de las “intencionalidades políticas”. En un proceso de estas características, en el que lo que se ventila es la infracción de las competencias estatales en materia de sanidad y sobre seguridad social (art. 149.1.16 y 17 CE), que se denuncia en el recurso, la norma impugnada debe ser interpretada y

enjuiciada en atención a su propio sentido y tenor literal, en lo que tiene de atribución de competencias o de vulneración de las ajenas, no a partir de la concreta política que, con esta organización, pretenda materializarse o el contexto político que la demanda trae a colación referido a su utilización como una eventual “estructura de estado”, pues esa apreciación se basa en la intención que se atribuye a la norma catalana, no en su literalidad [SSTC 128/2016 , de 7 de julio, FJ 5 A); y 77/2017 , de 21 de junio, FJ 4]”. Recordando su consolidada jurisprudencia al respecto, el TC subraya que el control que desarrolla en el enjuiciamiento de una norma “es exclusivamente de constitucionalidad, de carácter jurídico, no político, ni de oportunidad, ni de calidad técnica, ni de idoneidad, de modo que las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último no constituyen objeto de nuestro enjuiciamiento, que ha de circunscribirse a contrastar con carácter abstracto y, por lo tanto, al margen de su posible aplicación práctica, los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de constitucionalidad”.

Como he indicado antes, hay numerosas referencias a la sentencia 138/2016 y transcripción de buena parte de su contenido. Una primera mención de relevancia es al FJ 9 A) de aquella, para justificar que la única mención competencial en la ley impugnada al art. 150 EAC, sin cita de las competencias en materia de Seguridad Social y Protección Social recogidas en los arts. 165 y 166, no implica en modo alguno que la norma sea inconstitucional, ya que la sentencia citada “al analizar la constitucionalidad de la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 3/2015, precedente de la Ley 21/2017, determinó que la Comunidad Autónoma de Cataluña cuenta con competencias en los arts. 165 y 166 EAC que habilitan a la Generalitat para dotarse, en ejercicio de las que ostenta para organizar su administración (art. 150 EAC), con la Agencia Catalana de la Protección Social, extremo que no mereció reproche y en el que no se apreció indicio de inconstitucionalidad. Así lo concluyó en el fundamento jurídico 9 A), en términos que conviene reproducir aquí, puesto que habrán de servir de guía para resolver las demás cuestiones que plantea el recurso de inconstitucionalidad”.

Además, la tacha de inconstitucionalidad total de la norma, por no referirse al marco constitucional de obligada referencia, es plenamente desestimada por el TC también en aplicación de su reiterada jurisprudencia relativa a que la aplicación o no de la normativa estatal “no está a la disponibilidad de lo que pueda establecer la comunidad autónoma sino a lo que derive de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad, sin necesidad de cláusulas de salvaguardia”, así como también que el silencio de la ley autonómica sobre la aplicación de la legislación estatal “no puede significar nunca la exclusión de esta si su aplicación viene exigida por el bloque de la constitucionalidad”.

2. Examen de preceptos del texto articulado.

Entra el TC a continuación en el examen de los distintos preceptos del texto que han sido impugnados por presunta vulneración de las competencias estatales.

En primer lugar, el art. 2.3, cuya dicción es la siguiente: “La Agencia Catalana de Protección Social goza de la reserva de nombre y de los beneficios, las excepciones y las franquicias de cualquier naturaleza que la legislación atribuye a las entidades públicas responsables de la protección social”. Para el TC, el sentido de la norma “no es otro que el de definir, dentro del artículo referido a su naturaleza jurídica, el estatus de la Agencia Catalana de Protección Social, como organismo autónomo administrativo encargado del desarrollo de las funciones que se enumeran en el art. 3 de la Ley. No es, por tanto, un precepto que delimite competencias ni en el que se pueda apreciar algún exceso en ese ámbito que implique la invasión de las competencias estatales”, y siendo así que lo que el recurso plantea “... es un eventual abuso de la norma, con la intención de conculcar el vigente orden constitucional de competencias, en atención al contexto político en el que se adoptó” se trata de una hipotética situación “que este tribunal no puede presumir”.

Desestimado el recurso contra el art. 2.3, el TC se adentra en el examen de otros preceptos impugnados, ahora de los apartados 1, párrafos c), d) y h), y 2 del art. 3, que son transcritos en la sentencia (vid FJ 4).

En relación con el apartado d) (“Relacionarse con organismos equivalentes y otras administraciones públicas para la mutua colaboración y gestionar las prestaciones en que sea necesario tener en cuenta cambios de residencia o a períodos de carencia o de acreditación transcurridos en otros lugares”) no hay tacha de inconstitucionalidad alguna para el TC, ya que el precepto se limita a “contemplar un supuesto de colaboración interadministrativa, esencial en el Estado de las autonomías, que encuentra amparo en el referido art. 115.2 EAC, así como, de manera especial, en lo dispuesto en el art. 174 EAC, que se refiere a las relaciones de colaboración de la Generalitat con el Estado (apartado 1) y con las comunidades autónomas (apartado 2). Para el TC, y asimismo hay aquí amplias referencias a su consolidada jurisprudencia al respecto, “la norma legal discutida cuenta con el debido respaldo dentro del bloque de la constitucionalidad, sin que se aprecie la denunciada vulneración de la competencia estatal exclusiva sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, que se muestra, más bien, como una impugnación meramente preventiva del precepto”.

Distinta va a ser la respuesta, si bien en la misma línea que la sentencia 138/2016, con relación al apartado h), cuya dicción literal es la siguiente: “Recaudar, tanto por la vía ordinaria como ejecutiva, todo tipo de contribuciones, recursos, cuotas u otras cantidades que deban ser pagadas por conceptos relacionados con la protección social en el marco de las competencias que tiene atribuidas en esta materia la Generalidad, sin perjuicio de que puedan establecerse convenios de colaboración o participar con otros entes para hacer más eficientes los procesos administrativos de recaudación, en especial los relativos a la vía ejecutiva”.

En este apartado hay un amplio estudio y repaso jurisprudencial del carácter “complejo” de la materia de protección social, que afecta tanto a la Seguridad Social como a la asistencia social, recordando el TC que en ambos “tiene competencias la Generalitat de Cataluña en virtud de lo dispuesto en los arts. 165 y 166 EAC, aunque sea con distinto alcance. El Tc rechaza que el art. 3.1 h) invada las competencias estatales en materia de “asistencia social interna”, “que equivale a afirmar que no vulnera las competencias estatales del art. 149.1.17 CE en materia de seguridad social, pues, según ya se ha concluido, se mueve dentro de los títulos competenciales establecidos en los arts. 165 y 166 EAC, o, como precisa el precepto, “en el marco de las competencias que tiene atribuidas en esta materia [la protección social] la Generalidad”.

La misma tesis de imposibilidad de controlar las intenciones del legislador sirve para rechazar la tacha de inconstitucionalidad de los apartados 1 c) (“Organizar y gestionar los recursos que integran el sistema de servicios sociales y los que en un futuro le sean atribuidos”) y 2 (“Sin perjuicio de las funciones establecidas por el apartado 1, corresponden a la Agencia Catalana de Protección Social las demás funciones que el Parlamento, el Gobierno o el departamento competente en materia de protección social le atribuyan mediante los instrumentos jurídicos oportunos en cada caso”), del art. 3. Para el alto tribunal el recurso tiene un carácter preventivo y basado en las presuntas intenciones del legislador para ampliar competencias más allá de lo permitido por el marco constitucional y estatutario, por lo que el TC no hace nada más que reiterar que “el control de constitucionalidad de las normas que corresponde efectuar a este tribunal no puede fundarse en presunciones sobre eventuales conductas arbitrarias de quienes están llamados por el ordenamiento jurídico a su aplicación, ni puede efectuar un enjuiciamiento abstracto sobre el pretendido resultado que necesariamente traerá consigo la aplicación del precepto”.

La sentencia aborda a continuación la impugnación del art. 5.3, que entre los principios generales de actuación incluye el de “predictibilidad”, que para el legislador autonómico “se concreta en una aplicación coherente de las normas. Los derechos y los deberes de los ciudadanos deben estar bien definidos, y las políticas y las normas

deben ejecutarse con criterios constantes y con la máxima transitoriedad posible cuando sea necesario realizar cambios en las obligaciones contributivas, en la configuración del derecho de acceso o en una prestación, o en sus características, y, en general, en los derechos de los ciudadanos”.

La tesis del recurso es que puede deducirse de la norma la clara intención de ruptura de la caja única del sistema, es decir la competencia exclusiva estatal en materia del régimen económico de la Seguridad Social. Impugnación desestimada por el TC porque se trata de un principio de actuación y que por consiguiente no tiene valor normativo, y que además no vulnera el marco competencial y estatutario vigente, encontrando acomodo en relación con las competencias atribuidas a la Generalitat por los arts. 165 y 166 EAC, “tanto si se refieren a prestaciones como a contribuciones, sin que el precepto aquí discutido prejuzgue sobre cuál ha de ser el origen, estatal o autonómico, de las normas en cuya aplicación se habrá de actuar conforme al principio de predictibilidad”, por lo que no puede suponer ni una ruptura de la caja única del sistema, ni tampoco afecta a las competencias exclusivas del Estado sobre el régimen económico de la Seguridad Social recogidas en el art. 149.117 CE.

El examen del recurso pasa a continuación por la impugnación del art. 14.3 b), que al referirse a los recursos económicos de la Agencia dispone que estarán constituidos por aquellos “... derivados del ejercicio de la función recaudadora de las contribuciones al sistema de protección social que puedan definirse en el marco de las competencias que en cada momento tenga atribuidas la Generalidad”. Nuevamente se insiste en el recurso en la vulneración de las competencias exclusivas del Estado sobre régimen económico de la Seguridad Social, “al incluir los recursos derivados de la función recaudadora de las contribuciones al sistema de protección social”, y nuevamente es rechazada de plano esta tesis por el Parlament y el gobierno catalán con argumentos semejantes a los anteriormente ya expuestos. El TC en este punto expone que “basta con remitirse a las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4 en relación con el art. 3 de la Ley 21/2017, especialmente las relativas al apartado 1 h), para rechazar esta impugnación, sin perjuicio de que deba extenderse también respecto de este precepto la interpretación de conformidad allí realizada, por la conexión existente entre ambos”.

El recurso también impugna la disposición final primera, relativa a la exclusión de la función de gestión de las prestaciones sanitarias por la Agencia, correspondiendo estas al Servicio Catalán de la Salud. Se achaca a esta disposición “que excluye de las competencias de la agencia la función de gestión de las prestaciones sanitarias, pero le atribuye el reconocimiento del derecho a acceder a dichas prestaciones o de obtener un reembolso de gastos, lo que vulneraría la competencia estatal del art. 149.1.16 CE” tesis rechazada, tras una amplia y detallada fundamentación por el TC en el fundamento jurídico 7, a cuya lectura remito a todas las personas interesadas.

En penúltimo lugar, el recurso va dirigido contra la disposición transitoria primera, que regula la incorporación progresiva de funciones, siendo en el apartado 1 donde se dispone que “deben determinarse, mediante decreto, las funciones que deben incorporarse progresivamente a la Agencia Catalana de Protección Social y, si procede, la correlativa supresión o modificación de las unidades administrativas afectadas”. Nuevamente el recurso alega que bajo una apariencia formal, respetuosa con las competencias del Estado en materia de seguridad social, “se está creando una estructura organizativa al servicio de la futura asunción de competencias al margen del marco constitucional vigente, como un paso más en el camino de creación de una Seguridad Social propia y separada de la actualmente existente en España”. Dado que estamos en el terreno, una vez más, de las presuntas infracciones del legislador, la desestimación se llevará a cabo en casi idénticos términos a como se ha llevado a cabo la de la totalidad de la norma, añadiendo de forma más concreta que la impugnación “descansa sobre la hipótesis de que la Agencia sustituya en el futuro el sistema estatal de Seguridad Social, posibilidad que en modo alguno se deduce del tenor literal de la disposición transitoria analizada, al cual debe ceñirse nuestro examen.

Por último, el recurso impugna la disposición transitoria tercera, que se refiere al “Pacto nacional para la protección social”, y que fija un plazo de tres meses (que obviamente no se ha cumplido) para que el gobierno convocara a los agentes sociales al objeto de elaborar este pacto, con la finalidad de que “afronte los retos a corto y medio plazo en materia de protección social en Cataluña y establezca las bases del sistema catalán de protección social”. La tesis del recurso nuevamente de alcance político por cuando sitúa este precepto en el marco de la propuesta de creación de un Estado propio, es desestimada por el TC en semejantes términos a los recogidos en la sentencia 138/2016, ya que se trata, la norma, de un simple mandato dirigido al Gobierno de la Generalitat para proceder a convocar a los agentes económicos y sociales con el fin de elaborar ese “Pacto”, que por ello “no puede merecer censura jurídico-constitucional, en cuanto no vulnera el orden constitucional de distribución de competencias”.

V. Fallo.

Concluyo esta entrada reiterando la referencia anterior a las circunstancias políticas en que se planteó este recurso, y cómo el TC juzga sobre normas y no sobre intenciones.

Aquí está el fallo de la sentencia:

“1º. Declarar que el art. 3.1 h) de la Ley del Parlamento de Cataluña 21/2017, de 20 de septiembre, no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 4 A) b).

2º. Declarar que el art. 14.3 b) de la misma ley, no es inconstitucional interpretado en los términos del fundamento jurídico 6.

3º. Desestimar el recurso en todo lo demás”.

Referencias:

1. ^ *“A vueltas con las competencias autonómicas, y sus límites, en materia de Seguridad Social. Notas a la Ley catalana de la agencia de protección social y al Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de 24 de agosto de 2017 (y amplio recordatorio de la STC núm. 128/2016 de 7 de julio, y del Dictamen del CGE 3/2015 de 26 de febrero)”* <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/09/a-vueltas-con-las-competencias.html> (consulta: 9 de mayo).

§ 32 Indemnidad del complemento de peligrosidad territorial ante la reducción de jornada.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: *Se discute si la reducción de jornada (por conciliación de la vida familiar y laboral) debe comportar la paralela minoración de un complemento retributivo asociado al desempeño del trabajo en zona especialmente conflictiva. El carácter funcional de quien reclama (Guardia Civil) y la impregnación administrativa de las normas aplicables no impiden que las argumentaciones sean fácilmente trasladables al ámbito laboral. El Tribunal Supremo se inclina por el mantenimiento de la integridad de la remuneración, por entender que persiste su presupuesto.*

Palabras clave: *Reducción de jornada. Conciliación de la vida familiar y laboral. Proporcionalidad retributiva. Complemento por trabajo en zona conflictiva.*

Abstract: *It is discussed whether the reduction of working hours (for reconciling work and family life) should entail the parallel reduction of a remuneration supplement associated with the performance of work in a particularly conflictive area. The civil servant nature of the claimant (Civil Guard) and the administrative impregnation of the applicable regulations do not prevent the arguments from being easily transferable to the workplace. The Supreme Court is inclined to maintain the integrity of the remuneration, as it understands that its budget persists.*

Keywords: *Reduction of working hours. Conciliation of work and family life. Remuneration proportionality. Complement for work in a conflict zone.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión puede resumirse fácilmente. Se trata de determinar si procede minorar proporcionalmente el “complemento de zona conflictiva” que viene percibiendo el demandante cuando su jornada queda reducida, a petición propia, por razones de conciliación de la vida familiar y laboral.

Como punto de partida hay que recordar dos reglas básicas en toda actividad a tiempo parcial: no discriminación (equiparación de derechos con quienes realizan su trabajo a tiempo completo) y proporcionalidad (aplicación de esa regla a derechos y obligaciones). Ahora bien, siempre queda a salvo la necesidad de atender a las peculiaridades de la actividad desempeñada.

Es claro que un uniforme, un equipo de protección individual (EPI), unas instalaciones deportivas de la empresa, el transporte hasta el centro de trabajo o las vacaciones, por ejemplificar, difícilmente podrían verse afectadas por la citada regla de proporcionalidad. Sin embargo, cuando se enfoca ello desde la perspectiva de la

remuneración (para adquirir ropa de trabajo, para afrontar los gastos vacacionales, etc.) no es que las dudas surjan, sino que la cuestión tiende a enfocarse desde la perspectiva opuesta.

Desde estas elementales consideraciones, tiene mucho interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia 390/2022 de 28 de marzo de 2022.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación 7364/2020.

ECLI: ES:TS:2022:1150.

Fuente: CENDOJ

Abogado General: Sra. Celsa Picó Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos y antecedentes relevantes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar las consecuencias de que el trabajador (rectius, funcionario) acceda a una reducción de jornada para atender al cuidado de su hijo menor de doce años. Los hechos y antecedentes a tener en cuenta son del todo sencillos:

A) En marzo (de 2018) un Guardia Civil destinado en el País Vasco obtiene la reducción de su jornada laboral (al 50%) para atender al cuidado de sus dos hijos.

B) En julio (de 2018) insta el regreso a la jornada completa y acto seguido (septiembre 2018) reclama el abono de la cuantía dejada de percibir en concepto de complemento de zona conflictiva durante el periodo de reducción de jornada.

C) La Administración empleadora (Resolución del Teniente General Jefe del Mando de Personal de la Dirección General de la Guardia Civil) desestima la petición y confirma el acierto del pago mensual realizado (el complemento pasó de 653,89 euros a 326,95 euros).

2. Tribunal Superior de Justicia.

Mediante sentencia 164/2020 de 22 mayo la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (ECLI:ES:TSJM:2020:15471) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Guardia Civil y reconoce su derecho a percibir la totalidad del complemento de zona conflictiva durante el periodo comprendido entre abril y julio de 2018, con los intereses legales procedentes. Reiterando lo resuelto en ocasiones precedentes, argumenta:

La singularidad del complemento impide su reducción porque compensa la presencia en la zona conflictiva, con independencia de la mayor o menor jornada.

El presupuesto reseñado concurre con independencia de la mayor o menor jornada realizada.

Continuando en servicio activo, la simple estancia en el territorio implica la realización de actividades vitales que constituyen en sí mismas una circunstancia de riesgo, deduciéndose que la razón última del complemento es precisamente la estancia en el territorio sujeto a dichas especiales características.

3. Admisión del recurso contencioso-administrativo

Mediante Auto de 7 de julio de 2021 la Sección de admisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:9725A) acuerda admitir a trámite el recurso preparado por la Abogacía del Estado y fijar como cuestión de interés casacional la determinación de si procede minorar proporcionalmente el complemento de zona conflictiva, atendiendo a su naturaleza, cuando hay reducción de jornada.

IV. Posición de las partes

1. Recurso de la Administración Empleadora

La resolución que defiende la proporcionalidad retributiva se basa en la LO 11/2007 y en la Ley 30/1984, así como RD 2670/1998 y art. 48.l h) de la ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. En concreto se refiere a la Resolución de 25 de mayo de 2010 de la Secretaría de Estado de Hacienda que dicta instrucciones sobre nóminas de funcionarios y que prevé la reducción de la totalidad de las retribuciones para los funcionarios que realicen una jornada disminuida.

Argumenta que no existe ninguna norma, general o específica de la Guardia Civil, que excluya al complemento de zona conflictiva de la Guardia Civil, de la reducción proporcional de retribuciones derivada del reconocimiento de una reducción de jornada. Al contrario, pone de manifiesto que la Orden General número 11, dada en Madrid a 23 de diciembre de 2014, por la que se determinan los regímenes de prestación del servicio, y la jornada y horario del personal de la Guardia Civil (BOE de 30 de diciembre de 2014), cuando en su artículo 63 regula la reducción de jornada, dispone que :“2. A quien se conceda una reducción de jornada se le aplicará, en aquellos casos que así se determina en la normativa relativa al empleado público, una disminución proporcional de sus retribuciones fijas y variables, en forma análoga a la establecida para el personal al servicio de la Administración General del Estado.”

2. Oposición del trabajador (funcionario).

Invoca el art. 4 de la OM de 23 de octubre de 1984, sobre el complemento de zona conflictiva, y aduce que el argumento para su abono es la permanencia física en dicha zona, por lo que no afectaría la reducción de jornada reconocida. Se refiere a la naturaleza. de este complemento y defiende su devengo íntegro.

Además de reiterar la línea argumental de la sentencia recurrida, sostiene que conforme a la Orden de 23 de octubre de 1984 por la que se desarrolla el Real Decreto 1781/1984, de 26 de septiembre, de Retribuciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lo que respecta a la Guardia Civil y a la Policía Nacional, las excepciones del abono del complemento de zona conflictiva están previstas en su artículo 4 para determinados cursos apartado-4- y para disfrute de permisos concedidos legalmente con plenitud de derechos económicos -apartado 5-, sin que en este caso concurra ninguno de ellos.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley 30/1984.

El artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, viene disciplinando los “Permisos” del personal incluido en su ámbito aplicativo y tipificando los casos en que procede. Tras su modificación mediante la Ley

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y de mujeres, el apartado g) establece lo siguiente:

El funcionario que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

Reglamentariamente se determinará la disminución de jornada de trabajo y la reducción de las retribuciones que correspondan a dicha reducción de jornada.

2. Real Decreto 2670/1998.

El RD 2670/1998, de 11 de diciembre, desarrolla el artículo 30.1 f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su artículo único preceptúa lo siguiente:

1. El funcionario que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años, anciano que requiera especial dedicación o a un disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a una disminución de hasta un medio de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de las retribuciones.

2. Para el cálculo del valor hora aplicable a dicha reducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día.

3. Cuando lo permita la organización del trabajo de la unidad, se concederá al funcionario la parte de la jornada que convenga a sus intereses personales.

3. Ley 11/2007.

La Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil dedica su artículo 29 a ordenar el tiempo de descanso ("Vacaciones, permisos y licencias"), en los siguientes términos:

1. Los miembros de la Guardia Civil tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones, permisos y licencias previstos por la legislación general de los funcionarios de la Administración General del Estado, adaptado reglamentariamente a las funciones y cometidos del Cuerpo.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a las singularidades derivadas de las funciones y cometidos propios de la Guardia Civil, su duración y forma de ejercicio quedarán determinadas reglamentariamente.

4. Estatuto básico del empleado público.

Mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), cuyo artículo 48 regula los "Permisos de los funcionarios públicos", cuyo apartado h) reza así:

Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

5. Normas específicas sobre el complemento

A) El complemento de zona conflictiva surgió como concepto retributivo a raíz del Acuerdo adoptado el 29 de agosto de 1.980 por el Consejo de Ministros, que fijó una gratificación así denominada para los componentes del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil que prestaran sus servicios profesionales en el País Vasco y Navarra.

Su finalidad era compensar el mayor riesgo que suponía el desarrollo de los cometidos propios de los funcionarios integrados en tales Cuerpos en el expresado destino territorial.

B) Este concepto retributivo fue posteriormente regulado por el RDL 9/1984 de 11 de julio sobre Retribuciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que en su art. 2.2) lo configuró como una retribución complementaria de carácter especial a percibir por el personal que desempeñe un puesto de trabajo con tales características singulares (art. 7. 4).

C) Mediante RD 1781/1.984 de 26 de septiembre se especificó que se considerarán puestos de trabajo con características singulares de peligrosidad o penosidad especial los comprendidos en alguna de las Unidades, Centros o destinos que especifica a continuación, y añade que 'queda excluido de la percepción del complemento el personal que aún perteneciente a las especialidades citadas no realice las funciones correspondientes excepto en zonas conflictivas'.

Su Disposición Transitoria Cuarta autorizaba al Ministerio del Interior para que desarrollara sus disposiciones y fijara las concretas cuantías en función del correspondiente crédito presupuestario.

D) La OM de 23 de octubre de 1.984 dispuso lo percibirá todo el personal que preste servicios en zonas conflictivas, cualquiera que sea la misión que desempeñe. En concreto, su artículo 4º dice así:

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, este complemento lo percibirá todo el personal que preste servicios en <zonas conflictivas>, cualquiera que sea la misión que desempeñe.

5. El personal con derecho a este complemento lo percibirá también en los permisos concedidos legalmente con plenitud de derechos económicos.

E) El derogado RD 311/1988, de 30 de marzo, de Retribuciones del Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no regula este 'complemento de peligrosidad', si bien constata que existe pues dispone que "en el caso de que algunos puestos de trabajo tuvieran asignados más de un complemento singular, únicamente podrá percibirse el de mayor cuantía, a excepción del que pudiera corresponder por zona conflictiva".

F) El vigente RD 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado reitera, en esta materia, cuanto había establecido el RD 311/1988.

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica y a que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Administración, es tan básica como sólida en su argumentación. Ello es así porque acaba cimentándose en la interpretación conforme a los parámetros habitualmente empelados en nuestro ordenamiento^[1].

1. Doctrina precedente

La STS-CONT 5585/1996 de 16 octubre (rec. 6315/1994) fijó como doctrina legal: "Que el art. 4.4 de la Orden del Ministerio del Interior de 23 de abril de 1984, permite percibir el complemento de peligrosidad o penosidad especial de zona conflictiva en los supuestos en los que el personal afectado por el mencionado complemento, y que lo estuviera percibiendo, se desplace a otros lugares para realizar cursos informativos o de perfeccionamiento que estén relacionados con la especialidad que dentro de las existentes en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se desempeñe por el asistente a tales cursos en la Unidad de su destino y no por la realización de cualesquiera otros cursos de diferente clase o naturaleza."

La STS-CONT 3373/2005 de 25 mayo (rec. 50/2003) precisó que "el derecho al abono del complemento específico de Zona Conflictiva solo se reconoce al personal de la Guardia Civil con destino permanente en dichas Zonas, y no a aquel otro personal que, sin estar destinado permanentemente en las mismas, presta sus servicios en comisión eventual y temporal en Zonas Conflictivas (País Vasco y Navarra) y percibe por ello los correspondientes dietas y pluses".

2. Determinación de la fuente reguladora.

Dada la confluencia normativa (ya expuesta) y el modo en que se han superpuesto unas regulaciones a otras, posee interés la clarificación de la fuente que disciplina el complemento en litigio.

El complemento de peligrosidad o penosidad especial cuestionado se encuentra regulado en el artículo 4 de la Orden Ministerial de 23 de octubre de 1984 por la que se desarrolla el Real Decreto 1781/1984, de 26 de septiembre, de retribuciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lo que respecta a la Guardia Civil y a la Policía Nacional.

3. Naturaleza del complemento

De su propia naturaleza deriva que el complemento está dirigido a retribuir el aumento de riesgo que supone desempeñar funciones en las zonas conflictivas puesto que lo que pretende retribuir el citado complemento es la permanencia física en dichas zonas, en razón a las singulares características de riesgo especial que conllevan.

El percibo del complemento se anuda al hecho de prestar servicios en el territorio caracterizado como conflictivo y no a la circunstancia de estar destinado en el mismo, ya que el citado riesgo especial alcanza no solo a los que tienen su destino en esos territorios sino también a quienes, de manera temporal, prestan servicios en la zona conflictiva a pesar de estar destinados fuera de ella.

Para continuar percibiéndolo sin la permanencia física, se requiere o estar de vacaciones o permiso "concedidos legalmente con plenitud de derechos económicos" (art. 4º.5 O.M. de 23 de octubre de 1984) o estar realizando un curso "informativo" o de "perfeccionamiento" que además requiere la condición adicional de tener relación con su especialidad ("en relación a su especialidad" dice el art. 4º.4 de la O.M. citada).

4. Caracterización del complemento.

El entramado normativo regulador del complemento conlleva entender que se trata de un complemento de naturaleza objetiva cuya finalidad es retribuir el aumento del riesgo que supone desempeñar las funciones propias, en el caso de autos, de la Guardia Civil en las zonas del País Vasco y Navarra.

No responde estrictamente a ninguno de los factores ordinarios que articulan las retribuciones complementarias a que se refiere el artículo 24 del Estatuto Básico del Empleado Público.

5. Percepción en supuestos de jornada reducida

A tenor de lo expuesto, el fin del complemento de carácter especial es compensar al funcionario por la permanencia en el territorio en cuestión. Por ello, debe entenderse que la plenitud de derechos económicos recogida en el apartado quinto del artículo cuarto de la Orden Ministerial comprende también la realización de una jornada reducida por motivos de conciliación familiar -posibilidad inexistente en la fecha de nacimiento del complemento.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, y dejando de lado el tema de las costas procesales, la sentencia concluye desestimando el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Sexto de la sentencia es el que alberga la respuesta frontal a la cuestión de interés casacional:

A tenor de lo planteado, la respuesta debe ser que no procede la aplicación de la reducción proporcional a una reducción de jornada del complemento de zona conflictiva dada la naturaleza y finalidad de dicho complemento.

IX. Comentario

1. La ausencia de las normas sobre trabajo a tiempo parcial

A lo largo del debate no ha aparecido la mención a la Directiva 97/81/CE 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, probablemente por la condición subjetiva de quien reclama. Sin embargo, la cláusula 2ª, que se rubrica «ámbito de aplicación», establece, en su apartado 1, una regla general según la cual «el presente Acuerdo se aplica a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro».

Disposición un tanto confusa porque, en una interpretación literal, aparenta remitir al derecho interno lo que sea un contrato o relación de trabajo sin ningún condicionante, y ello chocaría con los objetivos del Acuerdo, y con su efecto útil, pues bastaría con que el derecho interno afirmase que un contrato o relación no es de trabajo para eludir su aplicación, quedando la igualdad y la voluntariedad en agua de borrajas. Por ello es relevante recordar que la STJUE 1 marzo 2012, O'Brien C-393/10, ha considerado que la facultad de apreciación que el Acuerdo concede a los Estados miembros para definir lo que sea un contrato o relación de trabajo no es una facultad ilimitada, debiendo aquellos respetar el efecto útil de la Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión^[2]. A partir de estas consideraciones, el TJUE concluye lo siguiente respecto a la relación del Sr. O'Brien –un juez inglés con jornada a tiempo parcial– con el Ministry of Justice:

El ámbito de aplicación del Acuerdo no excluye determinadas categorías de trabajos y se concibe de manera extensiva, englobando a todos los trabajadores «sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» –y el TJUE refuerza esta conclusión con una analogía con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada–;

El mero hecho de que se califique a los jueces como detentadores de un cargo judicial no basta, por sí solo, para privar a estos del beneficio de los derechos previstos en el Acuerdo, siendo necesario para admitir la exclusión de los jueces de su ámbito de aplicación que se acredite que la relación de estos con su empleador es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de una relación laboral entre un empleador y un trabajador, partiendo de la distinción entre trabajo dependiente y autónomo, y,

desde esa perspectiva, tomando en consideración las modalidades de nombramiento y separación de los jueces, y el modo de organizar su trabajo, así como si tienen derecho a indemnizaciones por enfermedad, maternidad, paternidad y similares.

A consecuencia de estas conclusiones, «corresponde a los Estados miembros definir el concepto de «trabajadores ... que tengan un contrato o una relación de trabajo» ... y, en particular, determinar si los jueces están incluidos en dicho concepto, siempre que ello no lleve a excluir arbitrariamente a esta categoría de personas del beneficio de la protección brindada por la Directiva 97/81 ... Únicamente se puede admitir una exclusión si la relación que une a los jueces con el Ministry of Justice es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a los empleados que pertenecen, según el Derecho nacional, a la categoría de trabajadores con sus empleadores».

2. La proporcionalidad de las retribuciones: breve tipología jurisprudencial.

Tanto el Derecho de la UE cuanto nuestra norma laboral interna vienen proclamando que «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»^[3]. No es siempre fácil aplicar esa regla, como puede observarse comprobando algunos criterios recientes del Tribunal Supremo.

A) Pluses de transporte y vestuario.- Se discute si deben percibirse en su importe íntegro, o solo en proporción a la jornada trabajada, los pluses de transporte y de mantenimiento de vestuario previstos en el CC Estatal de empresas de seguridad privada. La duda surge porque el convenio colectivo no explicita nada acerca de si estos pluses deben satisfacerse plenamente a los trabajadores a tiempo parcial o si procede un reconocimiento proporcional.

A este respecto, la jurisprudencia ha aplicado la regla de la proporcionalidad en cuanto a los salarios y otros derechos (ayudas sociales, permisos por asuntos propios...) que por su naturaleza sean medibles, y ha decidido no aplicarlo, por el contrario, a aquellos otros derechos (como la ayuda de escolaridad, minusválidos, seguro de vida y accidentes...) que por su naturaleza indivisible se reconocen a los trabajadores a tiempo parcial en plena igualdad con los trabajadores a jornada completa. En el caso, considera el TS que los pluses de transporte y de mantenimiento de vestuario son medibles, por lo que procede su reconocimiento de forma proporcional a la jornada trabajada. Tratándose de vigilantes de seguridad contratados a tiempo parcial, los pluses de transporte y mantenimiento de vestuario se han de abonar en proporción al tiempo trabajado^[4].

B) Prevalencia de la Ley sobre el convenio.- Unos agentes de servicios auxiliares de Iberia desempeñan su trabajo por medio de contrato indefinido a tiempo parcial y reclaman diferencias salariales por entender que la retribución que perciben no guarda proporción con la percibida por un trabajador indefinido a tiempo completo. Una sentencia considera aplicable el artículo 5 de la segunda parte del XV Convenio Colectivo, entendiendo que el criterio proporcional puro es el que la empresa ha aplicado para abonar el salario de los demandantes, la sentencia contradictoria ha entendido que el artículo 12, párrafo 4, letra d) del Estatuto de los Trabajadores impone un criterio de identidad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, criterio que no es respetado por el precitado artículo 5 del Convenio. El TS concluye que la retribución de los trabajadores fijos continuados a tiempo parcial ha de hallarse por referencia a los trabajadores a tiempo completo, pese a lo previsto en convenio^[5].

C) Repercusión en las garantías.- El salario que debe ser tenido en cuenta por el FOGASA para el cálculo de sus obligaciones es el salario real, siempre que sea

inferior al duplo del SMI que es el tope actual, pero cuando se trata de contratos a tiempo parcial ese límite se reduce en igual porcentaje que la jornada laboral pactada^[6].

3. Un apunte sobre criterios del TJUE.

A) La STJUE de 31 de marzo de 1981(C-96/80), Jenkins, sienta el criterio de que la igualdad retributiva entre mujeres y hombres (art. 119 TCEE) se aplica directamente a toda forma de discriminación que pueda ser comprobada simplemente por medio de los criterios de igualdad de retribución y de trabajo. Diferente retribución por hora para el trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo; corresponde al juez nacional apreciar si es un medio indirecto para reducir la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón de ser preponderantemente mujeres.

B) La STJUE de 23 octubre de 2003 (C-4/02 y C-5/02), Schönheit y Becker, sobre no discriminación retributiva advierte que en el cálculo de la pensión de jubilación de los funcionarios a tiempo parcial puede existir una discriminación indirecta por razón de sexo, porque la mayoría de ese colectivo es femenina. Requisitos de una eventual justificación por razones objetivas ajenas a toda discriminación basada en el sexo: recortar el gasto no puede justificar la discriminación.

C) La TJUE 5 noviembre 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund («OG») C-476/12, sobre complemento por hijo a cargo establecido en el convenio colectivo para los empleados del sector bancario austriaco. Se explaya el TJUE en la consideración de que estamos ante una retribución a cargo del empresario, y no ante una prestación pública de seguridad social –trayendo aquí a colación la constante jurisprudencia dictada al respecto en el ámbito del principio de igualdad retributiva de hombres y mujeres– para deducir que, «el complemento por hijo a cargo, al formar parte de las ventajas abonadas en metálico al trabajador, es una prestación divisible».

X. Apunte final

La jurisprudencia laboral viene entendiendo que todo complemento retributivo que se abone en metálico debe aplicarse de modo proporcional a quienes trabajan a tiempo parcial. La verdad es que en tales casos sería bueno examinar con detalle las circunstancias; no es lo mismo un trabajo a tiempo parcial de tipo vertical que horizontal para un complemento de transporte, pero puede resultar indiferente si pensamos en una ayuda para estudios de hijo escolarizado. Y ni siquiera en este último caso es seguro, porque inmediatamente hay que advertir sobre la posibilidad de pluriempleo a tiempo parcial, etc. Las dudas se reproducen respecto de otras muchas partidas tanto salariales cuanto extrasalariales.

El valor que tiene la sentencia comentada es que no atiende solo a la cantidad del trabajo prestado, sino a factores circundantes para adoptar la decisión. Se trata de un buen caso para propiciar el debate respecto de complementos de peligrosidad, de responsabilidad, de toxicidad, de especial aislamiento, de insularidad, de residencia en las Ciudades Autónomas, etc.

Referencias:

1. ^ *La STS 390/2022 alberga la misma doctrina que las SSTS-CONT404/2022 de 31 marzo (Ponente, Sr. Fonseca-Herrero Raimundo).*
2. ^ *Sigo en este punto a F. Lousada Arochena, Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, AAVV, Francis Lefebvre, 2ª edición, pág. 739.*
3. ^ *Actual artículo 12.4.d) ET.*
4. ^ *STS de 22 marzo 2018 (Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea).*
5. ^ *STS 13 febrero 2008 (Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga).*

6. ^ SSTS de 20 junio 2017 (RJ 2017, 3089)(Ponente, Sr. López García de la Serrana); 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5651); 23 enero 2018 (RJ 2018, 322); 12 junio 2018 (RJ 2018, 3529); 16 octubre 2019 (RJ 2019, 4799); 22 octubre 2019 (RJ 2019, 4499) y 9 enero 2020 (RJ 2020, 434)(Ponente, Sra. Arastey Sahún).

§ 33 **Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales.**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *La sentencia objeto de comentario resuelve el recurso de una empresa, entidad bancaria, para que, a pesar de la declaración de procedencia del despido, se declare lícita una prueba consistente en el acceso a los datos de la cuenta bancaria de la trabajadora. Además del tema de fondo, la sentencia analiza la cuestión de la legitimación para recurrir.*

Palabras clave: *Prueba ilícita. Protección de datos. Proceso laboral.*

Abstract: *The sentence subject to comment resolves the appeal of a company, a banking entity, so that, despite the declaration of fair dismissal, a proof consisting of access to the data of the worker's bank account is declared lawful. In addition to the substantive issue, the sentence analyzes the issue of standing to appeal.*

Keywords: *Illicit proof. Data protection. Labor process.*

I. Introducción

La resolución judicial objeto de comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2022. Se trata de un juicio de despido declarado procedente. La empresa demandada, que es una entidad bancaria, a pesar de la declaración de procedencia del despido, recurre en casación unificadora para que se declare lícita y no vulneradora de derechos fundamentales la prueba consistente en la utilización sin autorización de los datos contenidos en la cuenta corriente de la trabajadora. La sentencia aborda este problema de fondo, así como la problemática de la legitimación para recurrir.

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: 194/2022, de 8 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina.

ECLI: ES:TS:2022:889.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: No.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

La trabajadora demandante prestaba servicios para el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en virtud de contrato indefinido, con antigüedad de 01/12/2005, teniendo reconocida la categoría profesional de técnica – nivel V, y percibiendo últimamente una retribución bruta mensual media de 3.475,16 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Resultaba de aplicación el Convenio Colectivo del sector de la Banca.

A 07/03/2017 la empleadora le comunicó pliego de cargos imputando a la trabajadora irregularidades y faltantes de caja de enero 2014 a febrero 2017. Como medida cautelar, se la suspendió de empleo, de acuerdo con el artículo 71 del Convenio Colectivo de Banca.

Tramitado el expediente disciplinario, el 29/03/2017 la empresa entregó a la trabajadora carta comunicándole la decisión de proceder a su despido por motivos disciplinarios, con efectos del mismo día, por entender que las irregularidades cometidas por ella constituyen faltas muy graves de apropiación, transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza e infracción de las normas de la empresa, según lo establecido en artículos 69 y 70 del Convenio Colectivo de Banca y en artículo 54.2 del ET.

2. El juicio de despido en instancia y en suplicación

Frente al despido, la trabajadora reaccionó mediante la oportuna demanda en la que postulaba la improcedencia del despido alegando tanto la inexistencia de las faltas imputadas, como su prescripción. El Juzgado de lo Social 1 de Figueras estimó la demanda y declaró improcedente el despido. Resulta destacable que en dicha sentencia se consideró inválida la prueba de auditoría aportada por la empresa ya que la entidad bancaria, además de realizar una auditoría interna destinada a comprobar el cumplimiento regular de las obligaciones de la trabajadora demandante en su puesto de trabajo, llevó a cabo una investigación pormenorizada sobre las cuentas de las que esta era titular, que fue rechazada por el Juzgado por atentar contra derechos fundamentales de la trabajadora.

La empleadora demandada recurrió en suplicación, lo que dio lugar a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 20/09/2018 (Rec. 2541/2018) que, estimando parcialmente el recurso, declaró la procedencia del despido a la vista de las demás pruebas practicadas. Pero ratifica la nulidad de la investigación pormenorizada sobre las cuentas de la que la trabajadora demandante era titular, razonando que la demandante mantiene una doble relación con la entidad bancaria, por un lado, como trabajadora de la misma, y, por otro, como titular de un contrato de cuenta corriente, y en esta segunda faceta no ha prestado consentimiento para el tratamiento de sus datos bancarios con finalidades distintas a la de gestión del contrato, de ahí que, por el juego del artículo 6.1 y 2 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), la actuación de la entidad bancaria carece de todo amparo legal, especialmente a la vista del artículo 4.2 LOPD, conforme al cual, los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades distintas o incompatibles con aquellas para las que los datos fueron recogidos; asimismo, se estima que la actuación empresarial ha supuesto vulneración del derecho fundamental a la intimidad del que es titular la trabajadora y reconocido por el artículo 18.1 de la CE.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

Frente a la sentencia de suplicación, estimatoria de la procedencia del despido, la entidad demandada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina con la pretensión para que se dé validez a la auditoría efectuada por la empresa sobre la cuenta corriente de la trabajadora por no haber sido esta realizada con vulneración de

derechos fundamentales. Se alega como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía / Sevilla, de 05/05/2016 (Rec. 1497/2015), que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el allí demandante, había confirmado la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda y declarativa de la procedencia del despido.

También en el caso de la sentencia de la sala sevillana, la empleadora era una entidad bancaria (Caixabank S.A.), y, aunque el resultado de procedencia del despido era el mismo, en la sentencia de contraste se había dado validez a la prueba de la empleadora que, como en el caso de la sentencia catalana, había auditado las propias cuentas del trabajador.

En ambos casos (el de la sentencia catalana, objeto de recurso, y el de la sentencia sevillana, usada como contraste) se impugna un despido disciplinario de trabajadores empleados en sendas entidades bancarias a los que se les achacan diversas irregularidades en el ejercicio de sus labores como empleados. En ambos casos, las respectivas entidades bancarias utilizan los datos de las cuentas corrientes o y tarjetas de los trabajadores, sin recabar su consentimiento, para realizar un auditoria que se utiliza como prueba de cargo en el proceso de despido. Y en ambos casos se discute si la utilización de tales datos constituye una vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad y a la protección de datos, llegando las sentencias a respuestas contradictorias.

IV. Posición de las partes

La empleadora recurrente en casación unificadora pretende que se declare que su actuación no constituye vulneración de derechos fundamentales porque la utilización en el informe de auditoria de los datos de la cuenta corriente de la trabajadora era lícita y estaba amparada por la previsión contenida en el artículo 6.2 de la LOPD y en las facultades directivas que concede al empresario el artículo 20.3 del ET, dado que, como parte del contrato bancario, la entidad empleadora tenía total acceso a los datos del mismo y su utilización devino necesaria para la comprobación de los incumplimientos contractuales de la trabajadora. Niega que fuera exigible un consentimiento previo para la utilización de los datos que revelaban el pretendido incumplimiento contractual. Y, para resolver el debate entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia invocada como referencial.

La trabajadora demandante, impugnante del recurso, considera, en primer lugar, que la empleadora recurrente no está legitimada para recurrir en casación unificadora dado que el despido se declaró procedente, y, en segundo lugar, que sí hubo vulneración de derechos fundamentales en los términos argumentados en la sentencia de instancia y la recurrida.

Reténgase, por lo que más adelante se dirá, que la trabajadora demandante no ha anudado ninguna pretensión indemnizatoria a la declaración de ilicitud de la prueba.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española, art. 18.1 y 18.4.

Estatuto de los Trabajadores, art. 20.3 y 20.4.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, arts. 4.2 y 6.2 (aplicable al caso *ratione temporis*).

Ley reguladora de la Jurisdicción Social, art. 90.

VI. Doctrina básica

La suscripción de un contrato de trabajo no habilita a la empleadora a utilizar datos personales de la persona trabajadora a los que tenga acceso en virtud de otra relación jurídica diferente existente entre las partes del contrato de trabajo (en el caso, en virtud de un contrato mercantil entre la empleadora como entidad bancaria y la trabajadora

como cliente), salvo que exista la debida información y el consentimiento para el uso de los datos.

La declaración judicial de ilicitud de la prueba genera un gravamen en la parte que defiende su licitud (en el caso, la empresa) que atribuye legitimación para impugnar esa declaración aunque el fondo del litigio sea favorable a las pretensiones de aquella parte.

VII. Parte dispositiva

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.
2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
3. Condenar en costas a la recurrente en importe de 1.500 euros.
4. Ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

“Antes de proceder al análisis del recurso conviene despejar la concurrencia o no de la causa de inadmisión esgrimida por la impugnante del recurso relativa a la falta de legitimación de la recurrente para recurrir ... Si bien tradicionalmente se ha venido sosteniendo la doctrina del «gravamen» o vencimiento como presupuesto procesal para recurrir, afirmándose que «el vencido pueda siempre recurrir, si la ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior» ... no hay que olvidar que tal criterio fue en gran medida superado por la posterior doctrina de la Sala, al conectar la idea de gravamen con la más amplia de «interés» -directo o indirecto- derivado del pronunciamiento ... esa corriente ampliadora de la legitimación para recurrir ha tenido expresa consagración en la literalidad del artículo 448.1 LEC y en el Preámbulo de la LRJS, cuando sostiene que una de las novedades de la ley viene constituida por «el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento». Interés o gravamen que no puede negarse en el presente caso, dado que no solo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino de manera especial y principal, la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador”.

“Partiendo de la aseveración de que los datos que figuran en la cuenta corriente de la trabajadora son datos de carácter personal cuya protección está garantizada por el artículo 18.4 CE y por la legislación de desarrollo (la LOPD de 1999, aplicable al caso por razones cronológicas), lo que aparece como inobjetable, resulta que en nuestro ordenamiento jurídico, existe ya un amplio acervo doctrinal sobre el derecho del artículo 18.4 CE, especialmente sobre la cuestión que nos ocupa relativa al consentimiento y conocimiento previo por parte del trabajador de la utilización de sus datos que deriva, especialmente, de diversas sentencias del Tribunal Constitucional (se omite su transcripción) ... En conclusión, dado que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales y no hay en el ámbito laboral una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa”.

“Resulta evidente que la aplicación al caso de la anterior doctrina constitucional es suficiente para determinar que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia

recurrida ... Ello no obstante, conviene añadir diversas consideraciones al respecto, a fin de delimitar alguno de los preceptos legales que el recurso considera infringidos”.

“El artículo 6 de la (LOPD-1999), tras exponer en su apartado 1 que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa, en su apartado 2 dispuso que «no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal... se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento ... siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado». Al contrario de lo que sostiene la recurrente, en el presente caso no estamos ante un supuesto que pudiera subsumirse en la referida excepción a la norma general. En primer lugar porque, tal como pone de relieve la sentencia recurrida, la excepción viene referida única y exclusivamente a los supuestos de tratamiento de datos referido a aquellos indispensables e imprescindibles para el mantenimiento o ejecución de la relación contractual, sin perder de vista que, en todo caso, sería indispensable el cumplimiento del deber de información previa a la interesada sobre la finalidad o finalidades del tratamiento. Y, en segundo lugar, porque la mayoría de los datos contenidos en la cuenta corriente, nada tienen que ver con el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, sino con el contrato mercantil a que se ha hecho referencia”.

“Desde otra perspectiva, tampoco la intervención empresarial, tal como ha sido descrita, se encuentra amparada por el art. 20.3 ET que habilita al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales; porque tal habilitación se permite cuando en su adopción y aplicación se guarde la consideración debida a su dignidad, lo que permite entender que tal límite se relaciona con el necesario respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de manera especial con los vinculados a su derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 18 CE). En el presente caso, tales límites no han sido respetados por la actuación empresarial ya que, de manera subrepticia, la empresa procedió a examinar y, especialmente, a utilizar datos, de los que tenía conocimiento en virtud de un contrato mercantil que le obligaba a la custodia y gestión administrativa de fondos ingresados por la actora, para conformar un medio probatorio justificativo de presuntos incumplimientos contractuales del contrato laboral, sin que existiese previamente una autorización de la interesada para el uso de tales datos con dicha u otra finalidad ajena a la inherente al propio contrato bancario, ni siquiera una previa comunicación a su legítima titular en la que se le informase del destino que se iba a dar a los datos conocidos a través de otra relación contractual paralela. Es más, el conocimiento extracontractual laboral de los datos de la cuenta corriente, inevitable por la existencia de la relación mercantil entre las partes, ya situaba, legítimamente, en una posición privilegiada a la empresa que derivaba de dicho conocimiento, por lo que podía, bien intentar probar las presuntas irregularidades cometidas a través de otros medios de prueba, bien solicitar del órgano judicial autorización, al amparo del art. 90.4 LRJS, para el acceso y utilización de los datos de la cuenta corriente, previo cumplimiento de las exigencias que dicho precepto establece”.

IX. Comentario

La interdicción de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas –que se establece en el art. 11.1 de la LOPJ– presenta, en el ámbito de la relación laboral, una trascendencia nada desdeñable, lo que encuentra su explicación en la desigualdad real de las partes en la relación laboral y en los poderes empresariales de ordenación del trabajo determinantes, en comparación con las relaciones civiles, de mayor probabilidad de abusos –que, además, se encuentran posibilitados con la implantación de tecnologías de la información y la comunicación–.

Significativo al respecto de esa trascendencia laboral es que, en la primera ocasión en que la jurisprudencia constitucional abordó la cuestión de la ilicitud de la prueba, fue en relación con un proceso laboral –STC 114/1984, de 29 de noviembre, donde se

admitió la validez, como prueba de la procedencia de un despido disciplinario, de la grabación de una conversación realizada por un interlocutor sin el consentimiento del otro interlocutor—.

También significativo de la trascendencia de la prueba ilícita en el mundo de las relaciones laborales es que la LPL/1990 introdujese una norma, actualmente situada en el encabezado del art. 90.2 de la LRJS/2011 según la cual “no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

Y esa trascendencia de la prueba ilícita en el mundo de las relaciones laborales lo refrenda la existencia de numerosas sentencias donde se analiza la legalidad de pruebas, aportadas en un proceso laboral, obtenidas, por poner algunos de los ejemplos más habituales en la práctica judicial, mediante registros de taquillas o de objetos personales, seguimiento de detectives, utilización de videocámaras, micrófonos, dispositivos de geolocalización, interceptación de conversación telefónica, o acceso al correo electrónico.

Justamente, la STS objeto de nuestro comentario es una buena prueba de esa trascendencia: se trata de una entidad bancaria que, para justificar el despido de una trabajadora, accede a las cuentas que esta tiene abiertas en la misma entidad bancaria.

Pues bien, la STS aborda, además de la cuestión de la licitud o ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales, una cuestión de legitimación para recurrir.

La cuestión de la legitimación para poder recurrir la sentencia

La STS comentada (con sustento en jurisprudencia previa y en lo establecido en el artículo 448.1 de la LEC^[1], y con cita de la Exposición de Motivos de la LRJS^[2]) admite la legitimación para recurrir de la empresa que ha obtenido sentencia favorable en el fondo en orden (y aquí está lo interesante para nuestro comentario) a cuestionar la declaración de ilicitud de la prueba (en línea con anterior STS de 8 de febrero de 2018, Rcd. 1121/2015).

O sea, la parte ganadora del litigio está legitimada para impugnar la decisión relativa a la licitud o ilicitud de la prueba pues (como concluye el TS) “no solo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino de manera especial y principal, la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador”.

La cuestión de fondo: intimidad y protección de datos personales

Con cita de varias sentencias constitucionales (SSTC 57/1994; 18/1999; 144/1999; 98/2000; 292/2000; 308/2000, 196/2004 y 29/2013), el TS analiza la cuestión mayormente desde la óptica del derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 de la CE), pero también la analiza desde la óptica general del derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE).

De hecho, la argumentación comienza analizando la cuestión desde la óptica del derecho a la intimidad para (citando en particular la STC 196/2004) concluir que se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

A partir de aquí, el TS se centra en el análisis de la cuestión desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales para llegar a la misma conclusión de la trascendencia del cumplimiento del deber de información pues el derecho del

afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin son utilizados, constituye núcleo esencial del derecho reconocido en el art. 18.4 CE. De ahí que ese derecho de información opera incluso cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento. El TS (con cita en este caso de la STC 29/2013) concluye que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral.

Con esto ya le basta al TS para resolver el litigio y desestimar el recurso. Pero el TS realiza dos argumentaciones adicionales, ciertamente innecesarias en orden a la resolución del litigio (así lo reconoce el propio TS), aunque convenientes para contestar al recurso (así lo valora también el TS), y en las que nos detendremos dado su interés teórico y práctico.

La primera de esas argumentaciones adicionales concluye la inaplicación en el caso de autos de la excepción del consentimiento para el tratamiento de datos (contenida en el art. 6.2 de la LOPD-1999) cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. El TS niega su aplicación: en primer lugar, porque utilizar los datos de la cuenta bancaria para acreditar un incumplimiento laboral no se puede considerar un tratamiento de datos necesario para el mantenimiento o cumplimiento de la relación mercantil; y, en segundo lugar, porque la mayoría de aquellos datos nada tienen que ver con el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo.

Ciertamente, esta argumentación es innecesaria para la resolución del litigio una vez se ha constatado que el deber de información se ha incumplido pues (como el propio TS ha recordado, con citas del TC) su cumplimiento es obligado aunque no se exija la autorización de la persona interesada para el tratamiento de sus datos personales. Pero es interesante esta argumentación porque confirma que, aunque se hubiera cumplido el deber de información, sería necesaria la autorización de la persona interesada para el uso de sus datos contenidos en las cuentas bancarias a efectos de controlar su actividad laboral.

La segunda de esas argumentaciones adicionales se refiere al alcance del poder de vigilancia y control empresarial sobre la actividad laboral según el artículo 20.3 del ET pues ese poder no ampara una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. Aquí poco parece aportar el TS a lo que ya ha argumentado. Pero contiene al hilo de esta argumentación una apreciación muy sugerente: “el conocimiento extracontractual laboral de los datos de la cuenta corriente, inevitable por la existencia de la relación mercantil entre las partes, ya situaba, legítimamente, en una posición privilegiada a la empresa que derivaba de dicho conocimiento, por lo que podía, bien intentar probar las presuntas irregularidades cometidas a través de otros medios de prueba, bien solicitar del órgano judicial autorización, al amparo del art. 90.4 LRJS, para el acceso y utilización de los datos de la cuenta corriente, previo cumplimiento de las exigencias que dicho precepto establece”.

O sea, y según el art. 90.4 de la LRSJ, la entidad bancaria podría solicitar al juez o tribunal, siempre que no existan otros medios de prueba alternativos, autorización de acceso a la cuenta bancaria, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso.

X. Apunte final

“Importa más evitar el escarnio de los derechos esenciales que la constatación de los hechos en un proceso”^[3]. La cuestión subsiguiente es cómo evitar ese escarnio o, dicho de otra manera, qué consecuencias jurídicas presenta la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. Cuestión sobre la cual no incide directamente la STS objeto de comentario simplemente porque no es el objeto del debate tal como se le ha planteado al TS. Vale la pena, sin embargo, dedicar un apunte final a esta cuestión porque, aunque sea de refilón, la STS apunta alguna pista sobre ello.

De entrada, la consecuencia jurídica inmediata que presenta la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas es la nulidad de la prueba (art. 11 de la LOPJ y art. 90.2 de la LRJS). ¿Conlleva ello necesariamente el éxito de las pretensiones de la parte que ha impugnado con éxito la licitud de la prueba y, tratándose de un despido, conlleva ello necesariamente su nulidad? Según la tesis de irradicación de la ilicitud de la prueba a la calificación del despido, si la prueba de cargo es ilícita, el despido es nulo. Según la tesis de independencia de la ilicitud de la prueba en la calificación del despido, se calificará este como corresponda excluyendo del juicio calificador el resultado de la prueba ilícita. Seguramente (y así lo sostuvimos en otra ocasión^[4]) sean las circunstancias de cada caso las relevantes para seguir una u otra tesis.

No hace mucho, el TC, en su Sentencia 61/2021, de 15 de marzo, acepta como interpretación fundada en Derecho y no arbitraria de la legalidad ordinaria la realizada por el TSJ de Madrid, que calificó el despido como improcedente y no como nulo, pues de los arts. 18.1 y 18.3 de la CE no emana de forma inexorable la calificación de despido nulo.

Pero incluso si el despido no se califica de nulo, la STC habilita una indemnización por la vulneración del derecho fundamental o libertad pública. Sin embargo, la STS comentada no resuelve sobre tal indemnización porque “la Sala, a diferencia del supuesto contemplado en la STC 61/2021, no puede aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

En suma, la ilicitud de la prueba puede determinar la calificación de nulidad del despido, pero no necesariamente, y en todo caso es factible una indemnización reparadora, sin perjuicio, naturalmente, de otras posibles responsabilidades (penales, administrativas).

Referencias:

1. [^] Según el artículo 348.1 de la LEC, “contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”. Lo que se debe interpretar (de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE) en el sentido de que el gravamen (o, en la terminología legal, la “afectación desfavorable”) se puede predicar tanto de la parte procesal que ha sido vencida (gravamen directo, o basado en el vencimiento), como de la parte procesal que ha vencido si la sentencia contiene alguna argumentación desfavorable que pudiera ser relevante en otro juicio o a otros efectos, como sería la desestimación de una excepción o la declaración de un hecho como probado (gravamen indirecto o basado en el interés).
2. [^] Curiosamente, la STS cita la E. de M. de la LRJS en el extremo en que alude a “el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte

favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento”, pero no la norma donde ese reconocimiento se plasma, a saber, el artículo 17.5 de la LRJS: “contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores”.

3. ^ Recordando en este momento las enfáticas palabras de Manuel ALONSO OLEA, «Admisibilidad en el proceso como prueba de grabaciones de conversación. El secreto de las comunicaciones y la intimidad personal», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social – Tomo II*, Editorial Civitas (Madrid, 1985), página 215.
4. ^ José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008, pp. 825-838. En el mismo sentido, Juan Antonio ALTÉS TÁRREGA / Fernando FITA ORTEGA, “La prueba ilícita en el proceso laboral: Sus efectos sobre el despido”, en *Problemas Actuales del Proceso Laboral: homenaje al profesor José M.^a Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (coord.: Luis Enrique NORES TORRES; dir.: Tomás SALA FRANCO), Tirant lo Blanch (Valencia, 2020), pp. 313-340.

§ 34 Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo.

Belén García Romero

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

Resumen: *En la STS 214/2022, de 9 de marzo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo consolida y refuerza su doctrina sobre resarcimiento del daño moral en el supuesto de que el despido del trabajador fuera declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales, al suponer una violación de la garantía de indemnidad, reconociendo el derecho a una indemnización adicional por daños morales y pronunciándose sobre el papel del órgano judicial en su cuantificación.*

Palabras clave: *Despido nulo. Vulneración de derechos fundamentales. Garantía de indemnidad. Indemnización por daños morales. Cuantificación.*

Abstract: *In STS 214/2022, of 9 March, the Social Chamber of the Supreme Court consolidates and reinforces its doctrine on compensation for non-pecuniary damage in the event that the dismissal of the worker is declared null and void for violation of fundamental rights, as it entails a violation of the guarantee of indemnity, recognising the right to additional compensation for moral damage and pronouncing on the role of the judicial body in its quantification.*

Keywords: *Invalid dismissal. Infringement of fundamental rights. Guarantee of indemnity. Compensation for non-pecuniary damages. Quantification.*

I. Introducción

La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia nº 214/2022, de 9 de marzo, se centra en determinar si procede una indemnización adicional derivada de vulneración de derechos fundamentales en un supuesto en el que el despido del actor fue declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Dicha cuestión no es novedosa, al haberse suscitado en numerosas ocasiones y existir una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la misma, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), y la previsión relativa a las indemnizaciones en el proceso de tutela de los derechos fundamentales, contenida en el art. 183 LRJS.

Por ello, en el pronunciamiento objeto de comentario, el TS hace referencia a su actual doctrina sobre resarcimiento de daños morales; el derecho a la indemnización adicional por los daños morales que se derivan de la propia vulneración de derechos fundamentales; la problemática de su cuantificación cuando resulte difícil su

estimación detallada; la validez de la utilización como parámetros de referencia de los importes de las sanciones previstas para las faltas muy graves en la LISOS^[1] (art. 40); la necesidad de flexibilizar las exigencias que pesan sobre la parte demandante de aportar circunstancias relevantes para su determinación en caso de daños morales y, en fin, la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía.

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. 214/2022, de 9 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación para la unificación de doctrina, Nº 2269/2019.

ECLI: ES:TS:2022:907.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema debatido es nuevamente el relativo al resarcimiento del daño moral, unido a la vulneración del derecho fundamental. Concretamente, se cuestiona si procede una indemnización adicional derivada de vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que el despido del actor fue declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad^[2], reconociéndose, por tanto, una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE).

1. Antecedentes de hecho

El actor prestó servicios de manera ininterrumpida desde el día 7 de diciembre de 2015 para dos empresas, codemandadas de manera solidaria, realizando las mismas funciones correspondientes a su categoría profesional de Titulación de Ingeniero, correspondiéndole, según el convenio colectivo aplicable, un salario bruto anual de 23.618,28 euros.

El actor fue despedido el 11 de agosto de 2017, si bien en el acto de juicio la parte demandada admitió la prescripción de todos los hechos imputados en la carta del despido.

Consta en la sentencia que, en los dos meses previos a la fecha de su despido, el trabajador había interpuesto sendas demandas judiciales contra su empresa, una en reclamación de cantidad y, la segunda, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

El Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid, en sentencia de 3 de mayo de 2018, que resuelve la demanda sobre Despido interpuesta por el actor frente a sus dos empleadoras, estima en parte aquella, declarando nulo el despido del actor, con derecho a la reincorporación y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su readmisión. En cambio, el juez no estimó la indemnización adicional por daños morales que reclamaba el actor en cuantía de 25.000 euros por no fijar las bases sobre su cuantificación.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el trabajador ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha de

22 de febrero de 2019 (Rec. 608/2018), en la que desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia.

Contra la misma se formaliza 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-La Mancha, de 2 de mayo de 2019 (Rec. 1825/2017).

2. Sentencia recurrida y sentencia de contraste

La sentencia recurrida es la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2019 (Rec. 608/2018). En ella el órgano judicial afirma que, a diferencia de otros supuestos de despido nulo que la propia sentencia recurrida enumera, cuando se vulnera la garantía de indemnidad, no se sanciona una conducta distinta al despido, sino que lo que se sanciona es el despido en sí mismo por obedecer a una represalia y el perjuicio que sufre el trabajador, en principio, es exclusivamente la extinción de su relación laboral, por lo que en el supuesto de autos, en el que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador al haber procedido la empresa a despedir al trabajador como consecuencia de una serie de reclamaciones laborales anteriores, esa reacción del empresario tiene como único perjuicio para el trabajador el verse privado indebidamente de empleo y sueldo, con repercusiones negativas en su mantenimiento y satisfacción personal en el ámbito de su vida privada y, por ello, el legislador ha establecido de forma automática y taxativa en el artículo 55.6 ET que, en caso de nulidad del despido, no solo tiene lugar la readmisión inmediata del trabajador, sino también el abono de los salarios, operando así una específica indemnización de daños y perjuicios “ex lege”.

Por lo tanto, a tenor de la sentencia recurrida, la única consecuencia negativa que sufre el trabajador despedido por represalia es la pérdida de su empleo y sueldo, que es compensada con la calificación judicial de la nulidad del despido, con los efectos establecidos en el art. 55.6 ET (readmisión inmediata y abono de los salarios dejados de percibir), pero sin derecho a una indemnización adicional por daños morales.

La sentencia de contraste es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2018 (Rec. 1825/2017) que desestimó el recurso formalizado por la empresa contra la Sentencia de instancia que resolvió de modo parcialmente estimatorio la demanda sobre despido con vulneración de derechos fundamentales, condenando a la empresa al abono en concepto de indemnización adicional por daños morales de la cantidad de 12.500 euros. En dicha sentencia se afirma que la indemnización va implícitamente unida a la propia declaración de vulneración del derecho fundamental, indemnizando la lesión producida de sus derechos fundamentales, de modo especial a la garantía de indemnidad, sin necesidad de tener que acreditar una valoración material del daño, en cuanto que ello deriva de la propia existencia y va ínsitamente unido a la propia vulneración del derecho fundamental o la libertad pública, lo que en otro caso, quedaría vacío de suficiente protección y reparación, y desde luego, sin ese añadido valor disuasorio.

En otras palabras, para la sentencia de contraste, la indemnización adicional procede cuando se reconoce la vulneración de derechos fundamentales como medida de resarcimiento de los daños morales, que deriva de dicha vulneración, y tiene asimismo un carácter preventivo o disuasorio^[3].

IV. Posición de las partes

La posición de la parte recurrente- el trabajador despedido- entiende que se ha producido un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales y reclama una indemnización adicional por daños morales, que cuantifica en 25.000 euros, con base en el importe de las sanciones de la LISOS.

La posición de la empleadora- coincidente con la sentencia recurrida, que, a su vez, confirma la dictada en la instancia- entiende que el despido es nulo por vulneración de derechos fundamentales, pero que cuando se vulnera la garantía de indemnidad lo que se sanciona es el despido mismo por obedecer a una represalia y

que las únicas consecuencias legales serían las establecidas de forma automática y taxativa en el art. 55.6 ET (readmisión inmediata y abono de los salarios dejados de percibir), porque el único perjuicio que sufre es la pérdida de empleo y sueldo, pero sin indemnización adicional.

V. Normativa aplicable al caso

El actor denuncia infracción de los artículos 183, 184 y 179.3 LRJS, en el marco del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales. El Juzgado de lo social de Madrid aplica en su sentencia el art. 55.6 ET para fijar las consecuencias legales del despido nulo. De otro lado, para la cuantificación de la indemnización por daños morales, se acoge el demandante al importe de la sanción prevista en el artículo 40 LISOS, para las infracciones muy graves.

Art. 179.3 LRJS:

“La demanda, además de los requisitos generales, (...) 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 (art. 179.3 LJS)”.

Art. 183 LRJS. Indemnizaciones:

“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

Art. 184 LRJS. Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente.

“No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 178, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, (...) en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del

artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

Artículo 55.6 ET:

"El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

Artículo 40 LISOS. Cuantía de las sanciones.

1. Las infracciones en materia de relaciones laborales (...) se sancionarán:

(...)

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.201 a 25.000 euros; (...)^[4].

VI. Doctrina básica

1. Sobre el derecho a la indemnización adicional para resarcimiento de daños morales en supuestos de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales

La doctrina actual de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre el resarcimiento de los daños morales por vulneración de derechos fundamentales en la relación laboral se contiene en la Sentencia de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015), en la que se cita diversas sentencias anteriores^[5]. De acuerdo con la citada doctrina, los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y, al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización.

2. Sobre la prueba de los daños morales

De acuerdo con el art. 179 LRJS, como regla general, la demanda deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración (...) y la cuantía de la indemnización pretendida y que cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización suscitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de los perjuicios para el trabajador”.

No obstante, el mismo precepto incluye una excepción a esta regla general referente a la necesidad de acreditación objetiva de la cuantía del daño, incorporando expresamente una salvedad importante en el supuesto de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, ya que en este caso no será necesario para la víctima cumplir con el requisito de su acreditación.

Así pues, la LRJS establece un régimen de prueba específica de los daños derivados de la lesión del derecho fundamental. De modo que se presume unos, los morales, y facilita la prueba, pero sin una exención plena, de los demás, sin establecer baremos o criterios específicos al respecto, salvo la previsión, para los daños biológicos o a la salud derivados de los accidentes laborales de un Baremo específico, que no ha sido aprobado y que, no obstante preveía la posibilidad de probar daños superiores (DF 5ª LRJS)^[6].

Según la doctrina del TS, es suficiente a efectos de su reconocimiento por el órgano judicial solicitar en la demanda la indemnización, no siendo necesariamente exigible un mayor grado de concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados.

3. Sobre la cuantificación de los daños morales y el papel del órgano judicial en la “determinación prudencial” de los mismos

Recurriendo a numerosos conceptos jurídicos indeterminados, el art. 183.2 LRJS hace referencia a la “determinación prudencial” por parte del tribunal de los daños que

resulten de prueba difícil o incierta, para “resarcir suficientemente” a la víctima y restablecer a esta, “en la medida de lo posible”, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

Así pues, la indemnización de los daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento que el daño [moral] esencialmente consiste... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración... y, por otra parte, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio” de la aplicación de parámetros objetivos, pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados” no tienen directa o secuencialmente una traducción económica^[7], de tal forma que, 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 determinación prudencial de los daños debe tener como finalidad la reparación completa (integridad resarcitoria) de la víctima y también contribuir a la finalidad de prevenir el daños (efecto disuasorio).

De otro lado, en lo que se refiere a la cuantificación de la indemnización por daños morales, el Tribunal Supremo en numerosas sentencias de la Sala de lo Social^[8] viene considerando idóneo y razonable la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS, que también ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio). No se trata de hacer una aplicación automática y directa del importe de las sanciones, sino que se atiende a la razonabilidad de algunas de esas cifras para la solución del caso, en función de la gravedad de la vulneración del derecho fundamental, buscando no tanto el objetivo propiamente resarcitorio cuanto el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en estos casos.

VII. Parte dispositiva

De conformidad con lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, se concluye por el Tribunal Supremo que “debemos casar y anular en parte la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en ese extremo el recurso de igual clase formulado por el demandante, y reconocer su derecho a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales, en concreto, de su garantía de indemnidad”.

De forma detallada y en base a lo expuesto, en el Fallo de la sentencia la Sala hace constar que ha decidido:

“1.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Cipriano, representado y asistido por el letrado D. Bernardo García Rodríguez.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 22 de febrero de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 608/2018, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, de fecha 3 de mayo de 2018, autos núm. 1085/2017, que resolvió la demanda sobre Despido interpuesta por D. Cipriano , frente a 3ID2PLUS DATAPROD SL y D. Ernesto .

3.- Resolver el debate de suplicación con la estimación en parte el recurso de igual clase interpuesto por el trabajador, en el sentido de condenar a 3ID2PLUS DATAPROD SL y D. Ernesto, al pago de una indemnización por daños morales de 6.251 euros, dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas."

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento Jurídico "TERCERO 1- Por lo que a las indemnizaciones se refiere, cabe aquí recordar que los artículos 179.3 y 183 LRJS diferencian los daños y perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa y los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental. De tratarse del primer tipo de daños, el demandante debe establecer en la demanda "las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada". Sin embargo, de tratarse de daños morales, al demandante se le exime de efectuar tal especificación "cuando resulte difícil su estimación detallada" y al tribunal se le impone la obligación de pronunciarse "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" (artículo 183. 2 LRJS)".

"La STS de 5 de octubre de 2017, RcuD 2497/2015 contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia (...): los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Reiterando esa doctrina, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía (...)".

IX. Comentario

La Sentencia nº 214/2022, de 9 de marzo de 2022, viene a reforzar la importante doctrina del Tribunal Supremo sobre resarcimiento de daños morales en supuestos de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, contenida en su STS de 5 de octubre de 2017 (rec. 2497/2015) y recientemente reiterada en la STS 179/2022, de 23 de febrero (rec. 4322/2019)^[9].

El Tribunal Supremo reconoce que el despido se ha producido como represalia empresarial a una serie de actuaciones procesales previas del trabajador en defensa de sus derechos laborales. En consecuencia, se trata de un despido nulo, por vulneración del derecho fundamental a la indemnidad del trabajador.

Reitera lo declarado sobre la procedencia en tales casos de la indemnización adicional por daños morales, que es compatible con las consecuencias anudadas a la calificación de nulidad del despido en el artículo 55.6 ET (readmisión inmediata y abono de los salarios dejados de percibir).

La aplicación de dicha doctrina al caso enjuiciado le lleva a entender que la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer a favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de la demanda, no siendo necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados (F.J. 3º.1).

Siguiendo este razonamiento, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide casar y anular en parte la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en ese extremo el recurso de igual clase formulado por el demandante, y reconocer su derecho a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales, en concreto, de su garantía de indemnidad.

En lo que se refiere a su cuantificación, reitera el criterio aplicado en la STS 179/2022, de 23 de febrero, porque al igual que en aquel caso, en el aquí enjuiciado,

el Alto Tribunal tiene en cuenta que la relación laboral ha durado alrededor de dos años (desde el 23 de diciembre de 2015 al 11 de agosto de 2017), siendo el salario bruto del trabajador durante ese periodo de 23.618,28 euros anuales, por lo que considera manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 25.000 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la resolución del contrato. Para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa (6.251 euros), que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador. (FJ 4º)

X. Apunte final

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha construido una sólida doctrina acerca del resarcimiento de los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales, en concreto de la garantía de indemnidad.

En caso de despido nulo unido a la vulneración de derechos fundamentales, el trabajador tiene derecho a una indemnización adicional, eximiendo a la víctima de la necesidad de acreditar en su demanda la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento. La propia norma procesal (art. 183.2 LRJS) contempla la posibilidad de que sea el propio órgano judicial en que establezca prudencialmente su cuantía, utilizando como criterio orientador el texto de la LISOS. Sin embargo, en este punto el margen de discrecionalidad es muy amplio, por lo que, en aras de la seguridad jurídica, sería deseable que el legislador fijara unos criterios específicos de cuantificación más precisos para la determinación del importe de la indemnización adicional.

Referencias:

1. ^ *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.*
2. ^ *In extenso, FOLGOSO OLMO, A.: La garantía de indemnidad, BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, MADRID, 2021.*
3. ^ *Sobre esta última cuestión, véase CUADROS GARRIDO, M. E: "Sobre el efecto disuasorio del daño moral y su uso en tiempos de pandemia", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 62, 2022.*
4. ^ *Dichas cantidades han sido actualizadas, siendo el importe de la multa de las muy graves, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros.*
5. ^ *SSTS de 17 diciembre de 2013 (rec. 109/2012), 8 de julio 2014 (rec. 282/2013), 2 de febrero 2015 (rec. 279/2013), 26 de abril 2016 (rec. 113/2015 y 12 de julio 2016 (rec. 361/2014).*
6. ^ *MOLINA NAVARRETE, C., "Hacia un giro copernicano en el (otrora inexistente) Derecho Social de Daños: la ejemplarizante indemnización por daños a la persona del trabajador", Revista de la Asociación Española de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 52, 2014, p. 18.*
7. ^ *[SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548; y SSTS/4ª 28/02/08, rec. 110/01] (SSTS 21/09/08; y 11/06/12, rec. 3336/11").*
8. ^ *Entre otras muchas, la STS objeto de comentario cita expresamente (FJ 2) las siguientes: SSTS de 15 de febrero de 2012 (Rcud. 6701); de 8 de julio de 2014 (Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015 (Rec. 279/13); de 19 de diciembre de 2017 (Rcud. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018).*

9. ^ Comentada por MONEREO PÉREZ, J.L., “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3/2022, BOE.es, pp. 1-16.

§ 35 El complejo acceso a la casación unificadora en materia de despido disciplinario, y la estrecha frontera entre la protección del derecho a la intimidad de la persona trabajadora y las facultades de control empresarial.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *Examinaremos, en primer lugar, la dificultad a la que se enfrentarán los operadores jurídicos en materia de despido disciplinario para localizar resoluciones apropiadas para fundar la contradicción que legitime el acceso a la extraordinaria sede de la casación para unificación de doctrina; para más adelante comprobar cómo, a partir de una sentencia que no llega a pronunciarse sobre el fondo del litigio, se pueden extraer importantes conclusiones en materia protección del derecho fundamental a la intimidad de las personas trabajadoras en relación con el acceso, por parte del empleador, a dispositivos informáticos utilizados por éstos, para obtener información que más tarde fundamentará su decisión extintiva.*

Palabras clave: *Acceso al recurso de casación para unificación de doctrina. Derecho a la intimidad. No discriminación por parentesco.*

Abstract: *We will examine, in the first place, the difficulty that legal operators will face in matters of disciplinary dismissal to locate appropriate resolutions to substantiate the contradiction that legitimizes access to the extraordinary seat of cassation for unification of doctrine; to later verify how, from a judgment that fails to rule on the merits of the dispute, important conclusions can be drawn regarding the protection of the fundamental right to privacy of workers, in relation to access by the employer to computer devices used by them to obtain information that will later substantiate their termination decision.*

Keywords: *Access to the appeal in cassation for unification of doctrine. Right to privacy. Non-discrimination on the basis of kinship.*

I. Introducción

Analizaremos, a partir del estudio de una sentencia que no ofrece una concreta respuesta al conflicto que se somete a su conocimiento, una serie de cuestiones que resultan a nuestro juicio de interés. La primera de ellas, cómo en materia de despido disciplinario, y siendo dos las partes recurrentes, no consigue ninguna acertar con una cita de doctrina de contradicción adecuada que le abra las puertas del Tribunal Supremo, lo que no hace más que evidenciar la gran dificultad existente en materia de despido disciplinario para afrontar tal juicio comparativo; pues, como veremos, las singularidades de cada caso concreto son de tal entidad que cierran el paso a esta extraordinaria sede.

Pese a esta primera dificultad, la sentencia que analizamos reviste interés por abordar, aún de manera implícita, una materia absolutamente sensible y trascendente en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, cual es la frontera entre la protección del derecho a la intimidad del trabajador en el manejo de dispositivos informáticos y telemáticos así como en la custodia de datos e informaciones titularidad de la empresa, y la facultad del empresario de controlar dicho manejo; hasta el punto de poder acceder al contenido de tales dispositivos, utilizando la información así lograda para sancionar disciplinariamente a su empleado. También, aunque con una intensidad de estudio menor, abordará la Sala la prohibición de discriminación por razón de parentesco.

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 221, de 14 de marzo de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU. Núm. 2009/2019.

ECLI: ES:TS 2022:1163

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nos encontramos ante uno de los cada más frecuentes supuestos en los que la Sala Cuarta dicta sentencia sobre el fondo, pero para desestimar el recurso de casación por apreciar la falta de concurrencia de la debida contradicción entre los hechos sometidos a su conocimiento y los analizados en las sentencias escogidas por los recurrentes como sentencias de contradicción; si bien para alcanzar este resultado despliega el Alto Tribunal un muy interesante análisis de su doctrina relativa a las diversas cuestiones que se someten a su conocimiento, esencialmente la relativa a si la retirada por el empresario a uno de sus trabajadores del ordenador personal y de un dispositivo de almacenamiento de datos pendrive que aquél utilizaba para trabajar, y la ulterior reproducción de datos, lesiona, o no, el derecho a la intimidad del trabajador en orden a la calificación del despido posteriormente operado por la primera, fundando en los datos así obtenidos.

En el mismo sentido afronta la Sala un supuesto de discriminación por razón de parentesco en el marco del despido de quien se encuentra unida, por vínculo matrimonial, al gerente de una empresa familiar en estado de conflicto interno.

Para terminar, aborda los concretos parámetros de cálculo del importe de resarcimiento de la indemnización por daño moral derivado de la lesión de derechos fundamentales.

- Supuesto de hecho.

La trabajadora, la Señora “J” era directora comercial de la mercantil demandada. En fecha 15 de abril de 2016 recibió comunicación con imposición de sanción por falta muy grave por los siguientes hechos: “haber copiado de manera irregular información de la empresa en diversos dispositivos de almacenamiento USB” datos que se detallan en la misiva”.

La empresa en que laboraba la actora era una empresa de tipo familiar, estando aquélla casada con Don C. quien ocupó el puesto de gerente junto con su hermano

hasta que, tras el fallecimiento de su progenitor, se inició una intensa conflictividad dentro de la compañía.

La actora, además de directora comercial, desde el año 2009 ayudaba a su esposo en las tareas de contabilidad.

En la compañía no existía un protocolo “de usos de medios electrónicos titularidad de la empresa, código de conducta y normativa de seguridad” a seguir por los usuarios de los sistemas informáticos de aquélla hasta febrero de 2016, en que fueron entregados a la trabajadora.

En dicho mes la compañía procedió, en presencia de Notario, a retirar a la actora el ordenador y el pendrive utilizados en exclusiva por aquélla, y en presencia de dos peritos informáticos realizaron una “copia espejo del contenido de ambos”. En el dispositivo de memoria extraíble se localizaron un fichero denominado “léeme.txt.TXT con instrucciones redactadas por alguien que conocía la empresa y su sistema informático, según afirmó el perito que depuso en el plenario. En concreto se encontraron *“indicios de que los dos ficheros de recolección automática de información financiera se copiaron en el servidor de archivos de ALECOSA. 6- Al menos uno de estos dos ficheros, el llamado COMPARATIU ABRIL. xls fue con posterioridad a ser copiados en el servidor de ALECOSA, copiado en el dispositivo externo USB que usaba la Sra. Jacinta. 7- Se han encontrado quince capturas de pantalla con información interna sobre el stock y precios de proveedores de la base de datos de ALECOSA. 8- Se ha encontrado un archivo de hoja de cálculo con la información de precios de materias primas de ALECOSA entre los años 2013 y 2016. 9- Se han encontrado indicios que, al menos, el primer paso de las instrucciones identificadas también se llevó a cabo al menos los días 11,12 y 15 de febrero. 10- Se han encontrado indicios de que un archivo con el nombre léeme.txt.TXT también se abrió al menos el día 12 de febrero. 11- Además a todo lo anterior se ha identificado que la Sra. Jacinta realizó accesos en periodos muy cortos de tiempo entre los días 11 y 16 de febrero de 2016 a 207 archivos del servidor de archivos de ALECOSA. La Sra. Jacinta no tenía necesidad para acceder a estos archivos, ya que incluían información confidencial de ALECOSA que no era necesaria para el desarrollo laboral de la Sra. Jacinta. 12- En particular, el día 12 de febrero de 2016 a partir de las 10:14h se accedió a veinticuatro archivos para los que la Sra. Jacinta no tiene autorización. Estos veinticuatro archivos fueron copiados a un dispositivo de almacenamiento externo marca Sony que no ha sido localizado”*.

La trabajadora fue posteriormente despedida por razones disciplinarias, en concreto por quebranto de la buena fe contractual; recurriendo la Señora J. la medida empresarial ante la Jurisdicción Social, recayendo en primera instancia Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Tarragona^[1], que declaró la nulidad de la decisión empresarial por vulneración del derecho a la intimidad y por discriminación (por el hecho de estar casada con quien había ocupado la posición de gerente antes desencadenarse los conflictos familiares en la compañía), condenando a la empresa a indemnizar a la actora en la cantidad de 187.515 euros.

Frente a tal resolución recurrió la empresa en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^[2], quien estimó en parte el recurso de suplicación ante ella formalizado, desestimándolo en cuanto al fondo, si bien moderó el importe de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales limitándola a 25.000 euros.

IV. Posición de las partes

Ni la empresa ni la Señora J. se aquietaron con la resolución del Tribunal territorial y decidieron recurrirla en casación unificadora ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Comenzando por el recurso de la mercantil demandada, hemos de indicar que escogió aquélla como resoluciones de contraste la Sentencia dictada por la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 17 de febrero de 2012 (recurso 337/2011) y la de 31 de octubre de 2014 (recurso 2065/2014).

Por su parte, la trabajadora citó como sentencias de contradicción la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (demanda 61496/2008) y la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 5 de octubre de 2017 (R. 2497/2015).

El Ministerio Fiscal interesó en su informe la estimación de ambos recursos, siendo impugnados los recursos por la parte contraria.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala, en la resolución comentada, se enfrenta al análisis de la protección de dos derechos fundamentales cuya lesión se pone en cuestión al tiempo de operarse el despido disciplinario de la Señora J. a saber: el derecho a la intimidad constitucionalmente consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, así como en el artículo 4.1.e) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores^[3] (en adelante ET); así como el derecho a no ser discriminado por cualquier causa (artículos 14 CE y 4.2.c) ET^[4]) y el respeto a la dignidad de la persona, amparado en el artículo 20.3 de la norma estatutaria^[5] como correlativo deber empresarial.

Al hilo del estudio de estas cuestiones el Alto Tribunal reiterará su doctrina sobre el artículo 219 de la LRJS en lo relativo al control de requisitos de acceso al recurso de casación para unificación de doctrina, en concreto en lo dispuesto en sus apartados primero y segundo, en cuya virtud *“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.*

2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario”.

VI. Doctrina básica

La primera cuestión que parece relevante destacar, es la dificultad que han encontrado las partes para localizar una doctrina judicial o jurisprudencial apropiada que les permita acceder a la extraordinaria sede unificadora de doctrina, pues no deja de resultar reseñable que de las cuatro resoluciones escogidas por ambos recurrentes ninguna reúna, a juicio de la Sala, los presupuestos mínimos exigidos por el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) a tales efectos. Y así el Alto Tribunal, tras analizar los hechos controvertidos de cada una de ellas, concreta los perfiles diferenciadores con el ahora enjuiciado para concluir que en ninguno de los casos “concurren las identidades exigidas por la norma”, a saber el artículo 219 de la LRJS.

Sobre la necesaria contradicción recuerda la Sala Cuarta^[6] que el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia

impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. 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"^[7].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales^[8].

Así, en la primera de las sentencias que cita la compañía como de contraste, la del asunto SME, nos encontramos ante un trabajador que encadenó distintas bajas laborales, procediendo la empleadora a su despido por el cauce del artículo 52.d) al haberse ausentado 81 días de su puesto de trabajo lo que representa un 60,49% de su jornada en el periodo de referencia comprendido entre septiembre a noviembre de 2010 y abril de 2011. Como se comprueba la causa que desencadenó la calificación de nulidad del despido ninguna relación guarda con el caso que ahora nos ocupa, pues allí se debatía sobre la presencia de discriminación por razón de discapacidad lo que ninguna relación guarda con la protección del derecho a la intimidad.

En relación con la segunda de las sentencias escogidas por la mercantil, se trataba de un trabajador que, a diferencia de la Señora J., sí había firmado un documento sobre tratamiento de datos en el que se comprometía a guardar sigilo profesional respecto de los datos a los que tuviera acceso con ocasión del desempeño de su cargo, así como la obligación de custodiarlos, incluso después de haber finalizado la relación laboral; informando la compañía que caso de quebrantar tal deber cometería una falta muy grave. Se declara probado que la trabajadora efectuó copia de bases de datos de la empresa y los trasportó a su domicilio. También aquélla mantenía una relación sentimental trascendente, pero con un deudor de la compañía. Las diferencias fácticas apreciadas por la Sala entre los supuestos confrontados son, esencialmente, las siguientes: la categoría profesional de la persona trabajadora despedida (una comercial mientras que la otra era oficial de 1ª); la ausencia de rúbrica de un protocolo sobre el uso de los medios electrónicos titularidad de la compañía, así como de la obligación de custodia y de guardar sigilo sobre su contenido; la naturaleza de los datos copiados por el trabajador no aparecen ajenos a su actividad profesional; la forma en que se desempeñaba la prestación de servicios (jornada semipresencial la Señora J y presencial la del asunto de contraste)

En cuanto a las sentencias seleccionadas por la Señora J. comenzaremos por la conocida como "asunto Barculescu II"^[9] dictada por el TEDH el 5 de septiembre de 2017. Nos situamos ante el despido del encargado de ventas de una compañía rumana argumentando la empresa que el trabajador había incumplido la normativa interna de la empresa que prohibía el uso de recursos tecnológicos puestos a su disposición para usos o fines personales. Resultaba que el Señor Barculescu, a petición de la empleadora y para responder a preguntas de clientes, creó una cuenta de mensajería instantánea a través de Yahoo Messenger, que como es sabido permite la transmisión en tiempo real de mensajes de texto. El trabajador también contaba con su propia cuenta personal de mensajería móvil. La empleadora informó al trabajador de la detección del uso durante nueve días del referido servicio de mensajería profesional para usos personales, extremo que fue negado por el empleado a lo que respondió la empleadora haciendo pública una transcripción de mensajes que había intercambiado con su hermano y su novia y que guardaban relación con su vida personal, así como de otros mensajes que el trabajador había intercambiado con su novia desde una cuenta personal de Yahoo. Tras el correspondiente periplo en la jurisdicción nacional rumana, en la que instó la nulidad de su despido por vulneración

del derecho al secreto de las comunicaciones, y viendo como todas ellas fracasaban con el argumento de que el acceso al correo del trabajador era la única de forma de averiguar si se había producido el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; acudió el Sr. Barbulescu al Tribunal de Estrasburgo.

Y en esta primera ocasión el Tribunal abordó dos cuestiones esenciales: el conocimiento del trabajador de la realidad de que el empresario podría controlar en cualquier momento su correspondencia laboral y privada; y los efectos y consecuencias, caso de incumplimiento por su parte del trabajador de una normativa interna que prohibiera el uso del correo para fines personales. El Tribunal concluyó, al interpretar el artículo 8 del CEDH que no era abusiva la actuación empresarial, sino que tal proceder se enmarcaba dentro de las facultades ordinarias de dirección, y ello con independencia de que se hubiere causado, o no, perjuicio alguno a la empresa.

En cuanto a la sentencia Barbulescu II, partiendo de la interpretación amplia del concepto de “vida privada” sentada por su doctrina^[10], la Gran Sala aborda la lesión del artículo 8 del CEDH afirmando que la comunicación electrónica forma parte del “ejercicio de una vida privada social”, siendo cuestión distinta, cuáles son los límites que pueden establecerse a su ejercicio. Y a la vista de los hechos contenidos en las resoluciones judiciales nacionales concluye que no puede tenerse por acreditado ni que el trabajador fuera informado “por anticipado de la extensión y de la naturaleza de la vigilancia llevada a cabo por su empleador”, ni tampoco de que éste tuviera posibilidad de “acceso al contenido de sus comunicaciones”.

Y a la vista del contenido de estos hechos concluye nuestro Alto Tribunal que tampoco concurre la debida identidad exigida entre el despido de Doña J. y el del Señor Barbulescu, puesto que en el caso ahora enjuiciado la empresa procedió a la retirada de un ordenador y un dispositivo de almacenamiento de datos (nada que ver con el acceso a sistemas de mensajería y transmisión de datos instantáneo) por cuanto los mismos se habían utilizado con finalidades puramente profesionales y con el ánimo de perjudicar a la empleadora, mientras que en caso del Sr. Barbulescu nos hallamos frente al uso de sistemas profesionales de mensajería para fines estrictamente privados.

En último término, cita la actora como infringida la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017 (recurso 2497/2015), que aborda el despido disciplinario de un trabajador a quien se le imputa haber prestado falso testimonio en el juicio de despido de una compañera afiliada al sindicato CCOO, al que también se encuentra afiliado el actor. En dicha sentencia se discuten, y sientan, los términos para la determinación de la indemnización por daño moral en los supuestos de lesión de derechos fundamentales, admitiendo el acudir a la LISOS como “criterio orientador” admitido tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional^[11] como por la doctrina unificada del Alto Tribunal^[12].

Tampoco aprecia la Sala la existencia de contradicción respecto de esta resolución por cuanto los hechos ponderados en ambos casos son del todo dispares, entrando en colisión derechos fundamentales distintos (el de libertad sindical en un caso y derecho a la no discriminación por razón de parentesco en otro) con lo que no cabe imponer una misma medida resarcitoria en todos los casos.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede desestimar los recursos de casación para unificación de doctrina formalizados por ambos recurrentes, declarando la firmeza de la resolución de instancia, condenando en costas a la mercantil empleadora.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos esenciales en los extensos fundamentos de derecho segundo a quinto, donde analiza las sentencias escogidas por las partes para fundar la contradicción que legitimaría el acceso a la contradicción,

y concluir que en todas ellas no se aprecia la necesaria identidad a que nos hemos referido antes.

IX. Comentario

La mayor particularidad que presenta la resolución a la que nos enfrentamos no es tanto la trascendencia del tema que se somete a su conocimiento (la salvaguarda del derecho a la intimidad y a no ser discriminado por razón de parentesco en el ámbito del despido), como una realidad detectada cada vez mayor frecuencia en la jurisprudencia reciente de nuestro más Alto Tribunal, cual es lo que parece ser el diagnóstico tardío de la no superación del juicio de contradicción una vez se ha procedido a la deliberación, votación y fallo del asunto, en lugar de en la primitiva fase de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina.

Recordar, que el artículo 219 LRJS exige para la viabilidad de este extraordinario recurso "que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. 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". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales"^[13].

Es precisamente al aplicar este juicio comparativo cuando la Sala Cuarta descarta la presencia de esa necesaria identidad de hechos, fundamento y pretensiones entre el despido de la señora J. y todos y cada uno de los supuestos escogidos por quienes recurren, erigiéndose en barrera prácticamente infranqueable de acceso a esta última fase de la Jurisdicción, pese a la alegación de la vulneración de derechos fundamentales en la materialización del despido. Este resultado pone sobre la mesa una evidente realidad, cual es la dificultad de acceso a la sede unificadora en materia de despido disciplinario, en donde las particularidades de cada caso concreto delimitan unos perfiles fácticos casi únicos que vendrán propiciados por circunstancias tales como: la categoría profesional ocupada por la persona trabajadora, el tipo de jornada; o las concretas funciones desempeñadas que venga desempeñando. No obstante, y respecto de la específica materia que ahora aborda la Sala, sin duda parece que el elemento que se presenta con un peso específico es el relativo a la presencia previa de un protocolo empresarial sobre manejo de datos, y a la circunstancia de haber sido, o no, el trabajador^[14] conocedor del mismo al tiempo de cometer la falta a él imputada.

Resulta evidente que el artículo 20 del ET dispone que "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", pero añade la norma que para ello deberá guardar "la consideración debida a su dignidad", incluyendo el artículo 4 de la norma estatutaria, dentro del elenco de derechos titularidad de la persona trabajadora, el derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad". El problema que se plantea es la frontera del uso de tales factuales de dirección en el acceso a dispositivos informáticos titularidad del trabajador, y la salvaguarda del correlativo derecho a la intimidad de aquél a que nos hemos referido. Y a este respecto recordar que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano^[15] encontrándose las facultades empresariales limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, que son prevalentes y constituyen un "límite infranqueable" no solo a sus facultades

sancionadoras, sino también a las facultades de organización y de gestión del empresario, causales y discrecionales^[16].

También, es absolutamente relevante a estos efectos recordar, pese a la falta de contradicción a efectos de fundamentar el recurso que nos ocupa, la doctrina sentada en la Sentencia dictada por el TEDH en el asunto *Barbulescu II* que establece el conocido “test *Barbulescu*”^[17] de proporcionalidad^[18], imponiendo el estudio de la específica necesidad de la medida adoptada respecto del fin perseguido, descartando otras menos intrusivas e igualmente eficaces para alcanzar la referida finalidad.

En cuanto a los concretos hechos que dieron lugar al despido de la Señora J. (esto es, la realización por la empleadora de una copia de los datos contenidos en el ordenador y un dispositivo de memoria extraíble previamente retirados a la trabajadora, y más tarde utilizar la información obtenida para fundamentar su despido disciplinario basado en el quebranto del deber de buena fe contractual, al considerar que aquélla había procedido a efectuar copia de datos de carácter reservado de la compañía, en concreto de carácter comercial), son diversas circunstancias las que resultan relevantes. En primer lugar, parece evidente, como bien se pone de manifiesto en todas las instancias judiciales (que concluyeron con la calificación de nulidad del despido de la Señora J.), no es baladí el hecho de no haber contado la compañía con un adecuado protocolo de tratamiento de los datos de su titularidad que, con carácter previo a la prestación de servicios, se hubiera dado a conocer a las personas trabajadoras^[19], como tampoco resulta intrascendente la categoría y naturaleza de los datos manejados por la actora y después copiado por la empleadora (todos ellos de contenido comercial, y coherentes con las funciones desempeñadas). Es precisamente la ponderación de estos elementos la que condujeron a todos los magistrados que valoraron el asunto a concluir que la empresa actuó de manera “desproporcionada”.

Y respecto de la denuncia que efectúa la Señora J. en relación con el trato recibido por ser la esposa de Don C., nos encontraríamos ante un supuesto de los conocidos como de “discriminación por asociación” o refleja^[20], en tanto en cuanto que el trato recibido no dejaría de ser un represalia por el mero hecho de su condición de cónyuge de quien había ostentado la condición de gerente en una sociedad familiar en situación de conflicto interno, con la evidente intención de perjudicar, no tanto a la actora, como a su esposo; pues resulta acreditado que adoptaron otras medidas anteriores al despido, no sólo respecto de la actora, sino también respecto de su marido y de hija^[21].

En último término, poco debate jurisprudencial puede sentarse ya en torno a la cuestión relativa al resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de derechos fundamentales, por cuanto la más reciente doctrina de la Sala Cuarta^[22] y del Tribunal Constitucional^[23] ya han reiterado que el mismo se presume sin necesidad de prueba alguna, siendo del todo admisible en orden a su cuantificación tanto el criterio orientador de la LISOS^[24] como el prudente del juzgador, siempre razonado y ponderado al caso concreto.

X. Apunte final

Cada vez resulta más difícil el acceso a la sede suplicatoria en materia de despido disciplinario, pero una vez superada “dicha prueba” y, pese a la variedad de resoluciones que encontramos que abordan supuestos sobre vulneración del derecho a la intimidad de la persona trabajadora en el ámbito del despido tras el acceso empresarial a dispositivos informáticos titularidad de aquél, no hemos de olvidar que la doctrina europea maneja, a estos efectos, un concepto amplio de “vida privada” y de “intimidad” que ha de vincular a los jueces españoles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 bis de la LOPJ.

En el mismo sentido, en la ponderación del juicio de proporcionalidad de la medida empresarial examinada ha de aparecer como elemento esencial la expectativa de

conocimiento previo de la persona trabajadora, de tal suerte que cobra especial protagonismo la presencia de previos protocolos empresariales sobre el manejo y utilización de datos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como sobre el uso y destino dado (privado o profesional) a los equipos informáticos y técnicos puestos a disposición^[25] de la persona trabajadora. No plantea, sin embargo, mayores controversias, a nuestro juicio y en nuestros días, los conflictos introducidos sobre el resarcimiento del daño moral^[26] y los parámetros de su cuantificación, al ser una cuestión ampliamente superada^[27] por la doctrina unificada más consolidada.

Referencias:

1. ^ De 26 de febrero de 2018, en los autos de juicio núm. 395/2016
2. ^ En sentencia de 18 de febrero de 2018 (recurso de suplicación 6979/2018)
3. ^ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
4. ^ En cuya virtud los trabajadores tienen derecho 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”
5. ^ Que dispone que “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”
6. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 19 de abril de 2022, recurso 2941/2019.
7. ^ Sentencias de la Sala Cuarta de 16/07/2013, recurso 2275/2012; de 22/07/2013, recurso 2987/201; de 25/07/2013, recurso 3301/2012; de 16/09/2013, recurso 302/2012; de 15/10/2013, recurso 3012/2012; de 23/12/2013, recurso 993/2013; de 29/04/2014, recurso 609/2013 y de 17/06/2014 recurso 2098/2013, entre otras.
8. ^ Sentencias de la Sala Cuarta de 14/05/2010, recurso 2058/2012; de 23/05/2013, recurso 2406/2012; de 13/06/2013, recurso 2456/2012; de 15/07/2013, recurso 2440/2012; de 16/09/2013, recurso 2366/2012; de 03/10/2013, recurso 1308/2014; de 04/02/2014, recurso 677/20130 y de 01/07/2014, recurso 1486/2013.
9. ^ Recordar, que con anterioridad a esta resolución la Sección 4ª del TEDH dictó su sentencia de 12 de enero de 2016 en el mismo asunto *Barbulescu c. Rumanía* en donde se concluía que el empleador accedió a la cuenta profesional del trabajador creyendo que sólo existían comunicaciones de índole profesional y sin voluntad de control, afirmando que si no existe una normativa nacional aplicable con reglas claras no resulta irrazonable que el empresario pueda controlar la efectiva prestación de trabajo por los asalariados a lo largo de la jornada laboral aunque, en principio, no existan elementos de afectación negativa para la productividad o el patrimonio empresarial. El Sr. *Barbulescu* no se aquietó con esta resolución y solicitó que fuera revisada por la Gran Sala ras la Sentencia de la Sala Cuarta, el demandante solicitó que el asunto fuera conocido por la Gran Sala, siendo aceptada tal petición en fecha 6 de junio de 2016, dictándose finalmente la Sentencia el 5 de septiembre de 2017 que ahora se cita de contraste en la que, partiendo de los hechos probados en sede judicial nacional, la Gran Sala llega a una solución distinta de la de la sentencia de 2016 y concluye

que los tribunales nacionales no realizaron una adecuada valoración entre los intereses del trabajador a la protección de su vida privada y correspondencia y el interés del empresario por controlar la actividad de su empleado.

10. ^ Así, sentencias asunto Sidabras y Džiautas contra Lituania (TEDH 2004, 55), sentencias asunto KA y AD contra Bélgica (TEDH 2005, 15); sentencia asunto Christine Goodwin contra Reino Unido (PROV 2002, 181176), sentencia asunto Pretty contra Reino Unido (TEDH 2002, 23), sentencia asunto Smirnova contra Rusia (PROV 2003, 162895), sentencia asunto Niemietz contra Alemania (TEDH 1992, 77), sentencia asunto Bigaeva contra Grecia (TEDH 2009, 61), sentencia asunto y Özpinar contra Turquía (TEDH 2010, 103), asunto Fernández Martínez contra España (TEDH 2014, 35), asunto Oleksandr Volkov contra Ucrania (TEDH 2013, 79), Von Hannover contra Alemania (TEDH 2012, 10), asunto Roman Zakharov contra Rusia (PROV 2015, 292490), asunto (Halford (TEDH 1997, 37), asunto Amann contra Suiza (TEDH 2000, 87) o la sentencia recaída en asunto Copland (TEDH 2007, 23).
11. ^ STC 247/2006, de 24/Julio.
12. ^ SSTS 15/02/12 -rco. 67011 -; y 08/07/14 -rco 282/13.
13. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 6 de abril de 2022, recurso 49/2020
14. ^ Sobre este particular GALLARDO MOYA, R., "Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Barbulescu II c. Rumanía*", en *Revista de Derecho Social, Análisis Jurisprudencia*, núm. 79, 2017.
15. ^ STC 88/1985, de 19 de julio
16. ^ SSTC 292/1993, 136/1996, 90/1997, 1/1998, 90/1999, 98/2000, 190/2001, 213/2002, 17/2003, 49/2003.
17. ^ GOÑI SEIN, J. L., "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016", en *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.
18. ^ CASAS BAAMONDE, M^a E., "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe". *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2004, pág. 3.
19. ^ Y en este sentido incide la Sentencia *Barbulescu II*.
20. ^ Como recuerda NOGUEIRA GUASTAVINO, M "La protección "refleja" de la garantía de indemnidad" *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1/2022, "en el caso *Hakelbracht, Vandenbon (C-404/18)*, de 20 de junio, se examina el supuesto de una trabajadora gerente de la empresa (Sra. Vandenbon) que había propuesto a una mujer embarazada (Sra. Hakelbracht) para cubrir una vacante y que, ante la negativa de la empresa a contratarla, intervino en su favor, por lo que finalmente fue despedida alegando la empresa razones como el incumplimiento de las medidas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden en la misma. De modo similar al caso de la sentencia ahora examinada, en ese supuesto la empresa había despedido a la trabajadora alegando causas justificadas y también lo hizo muchos meses después de haber intercedido por la embarazada (9 meses). El TJUE recuerda que la protección del art. 24 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, impide las represalias y considera que el art. 17.1 de la Directiva[1] constituye una proyección del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva contra la vulneración del principio de igualdad de

trato, por lo que declara que un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la Directiva debe tener derecho a idéntica protección, ya que sólo de este modo se puede conseguir el objetivo perseguido por la Directiva (efecto útil) y evitar el posible efecto desaliento de aquellos trabajadores que, precisamente, se encuentran en la mejor posición para apoyar a la persona y conocer los casos de discriminación cometidos por el empresario”

21. ^ *En este sentido resulta relevante lo contenido en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Cataluña que señala que “se había procedido a rebajar el salario de su marido a la mitad, que se había procedido a despedir a la hija de ambos, que padeció denigraciones personales, vaciando de competencias, intromisión y control diario de sus labores, denegación del uso de su coche de empresa y por último (...) proceden a suspenderla de empleo y sueldo para posteriormente despedirla”*
22. ^ *Entre otras muchas sentencias, sentencia 530/2011, de 15 de Julio reiterada en sentencia de 9 de marzo de 2022, recurso 2269/2019*
23. ^ *Por todas STC 247/2006 de 24 de julio.*
24. ^ *STC 247/2006, de 24 de julio.*
25. ^ *En el mismo sentido RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. G., “El derecho al respeto a la intimidad telemática versus la sentencia “Barbulescu”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: consecuencias en el orbe penal”, La Ley Penal, Nº 118, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, enero-febrero 2016, Editorial Wolters Kluwer.*
26. ^ *Sobre el resarcimiento del daño moral MOLINA NAVARRETE, C. Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras. Bomazo, 2019. Página 95.*
27. ^ *Entre otro TOLODI, ADRIAN. “Indemnización adicional siempre que hay vulneración de DDFF. Y ¿Cómo la calculamos?”. <https://adriantodoli.com/2021/06/23/indemnizacion-adicional-siempre-que-hay-vulneracion-de-ddff-y-como-la-calcula>, ASPRA RODRIGUEZ, A. “Despido nulo. Indemnización por el daño moral consecuencia de la vulneración de derecho fundamentales” <https://es.andersen.com/es/publicaciones-y-noticias/despido-nulo-indemnizacion-por-el-dano-moral-consecuencia-de-la-vulneracion-de-derechos-fundamentales.html>*

§ 36 **En un grupo de empresas la omisión en la carta de despido objetivo por causas económicas de la información sobre una de las empresas provoca la improcedencia.**

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El Tribunal Supremo declara la improcedencia del despido de una trabajadora de una empresa componente de un grupo de empresas por no haber quedado documentada en la carta de despido objetivo por causas económicas la información de una de las empresas. Estos datos deben aparecer en el momento del despido y no obsta a lo anterior el que la trabajadora pudiera conocerlos o que éstos fueran acreditados posteriormente en el juicio.*

Palabras clave: *Despido. Causa económica. Grupos de empresas. Despido improcedente. Defectos formales.*

Abstract: *The Supreme Court declares the inadmissibility of the dismissal of a worker from a group of companies because the economic information of one of the companies that are part of the group has not been documented in the objective dismissal letter for economic reasons. These data must appear at the time of dismissal and the above is not precluded by the fact that the worker could know them or that they were later accredited in the trial.*

Keywords: *Dismissal. Economic cause. Groups of companies. Unfair dismissal. Formal defects.*

I. Introducción

El conflicto que se debate en el presente recurso de casación de unificación de doctrina tiene su origen en el despido de D^a Belén, trabajadora de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Santa Cruz de Tenerife por razones objetivas, más concretamente, por causas económicas y organizativas. La Cámara Oficial, su empleadora, forma parte de un grupo de empresas, grupo que queda integrado por otra empresa más: UCIASA. El debate en casación resuelve si resulta válida, o no, la carta de despido que la Cámara Oficial ha formalizado, carta en la que se informa únicamente de la situación económica de la Cámara, pero no de la de UCIASA. Es destacable que sí ha quedado acreditado durante el juicio que concurre la situación económica negativa que justifica la decisión extintiva que adopta la empresa, y que, incluso, todos estos datos han sido conocidos por la trabajadora despedida, motivo por el que no ha aparecido indefensión alguna posteriormente. A pesar de ello, el Tribunal falla declarando la improcedencia del despido dado que la falta de información de la carta en el momento de la comunicación incumple la exigencia del

art. 53 ET ya que este precepto obliga a que en el escrito de comunicación del despido se informe plenamente al trabajador de las circunstancias económicas de la empresa en su conjunto o del grupo en su totalidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: nº 251/2022, de 23 de marzo de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación de unificación de doctrina nº 3522/2019.

ECLI: ES:TS:2022:1223.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La sentencia de instancia

La Sentencia de instancia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santa Cruz de Tenerife estima la demanda por despido presentada por la trabajadora declarando, en primer lugar, que las dos empresas demandadas forman un grupo de empresas a efectos laborales y, en segundo lugar, que el despido es improcedente. Como consecuencia de ello se condena a las dos empresas codemandadas e integrantes del grupo a optar entre readmitir a la trabajadora o extinguir su contrato de trabajo abonándole la indemnización legal correspondiente.

2. La sentencia del tribunal superior de justicia recurrida

Tras la interposición de sendos recursos de suplicación, tanto por la parte demandada como por la parte actora frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1, ambos son desestimados por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -sede Santa Cruz de Tenerife-, de 31 de mayo de 2019.

Se confirma aquí la improcedencia del despido objetivo por defectos formales en la carta de despido. La improcedencia tiene lugar al no informar la citada carta de la situación económica de la empresa Unión de Comerciantes, Industriales y Agricultores de la Isla de Tenerife (UCIASA) dado que tal mercantil integra un grupo de empresas junto a la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Santa Cruz de Tenerife; y ello, una vez ha quedado demostrada la realidad de las causas alegadas por la Cámara de comercio para fundamentar la decisión del cese.

La trabajadora ha sido despedida por su empleadora, la Cámara de Comercio, y en su carta de despido se constata la justificación de las razones económicas y organizativas que habían sido alegadas para adoptar tal decisión, es decir, aparece en la carta el relato, tanto de la situación económica negativa de la Cámara de Comercio como de la necesidad de la reorganización de dicha mercantil, razones ambas que obligan a amortizar el puesto de trabajo de la trabajadora demandante.

El pronunciamiento confirma la insuficiencia de la carta de despido, lo que provoca la declaración de improcedencia del despido, y ello a pesar de que la misma trabajadora despedida aportase en el acto del juicio oral las cuentas anuales y las declaraciones fiscales de la otra empresa integrante del grupo de empresas, UCIASA, cuentas a las que ésta había tenido acceso en el ejercicio de sus competencias profesionales. Sostiene la Sala que la falta de información en la carta sobre la

situación económica de todas las empresas del grupo laboral no puede subsanarse en el acto del juicio. En suma, reconociendo que el cese sí cumple el objetivo de paliar la situación económica negativa, incluso de las dos empresas que integran el grupo, la Sala confirma la improcedencia del despido por defectos formales.

3. *Los dos motivos que se alegan en la interposición del recurso de casación de unificación de doctrina y la dispar valoración de la contradicción de las sentencias aportadas*

- La presencia de contradicción en el primero de los motivos del recurso.

Frente a tal pronunciamiento interpone recurso de casación en unificación de doctrina la Cámara Oficial de Comercio denunciando, en un primer motivo, la infracción del art. 52.c) en relación con los arts. 51.1 y 53.1.a) ET y la jurisprudencia que se cita, por haber estimado la Sentencia recurrida la improcedencia del despido por causas económicas por defectos de la comunicación de éste al no comprender la carta de despido los datos económicos de las dos empresas que conforman el grupo.

Se aporta, como Sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2011 (R. 4954/2011), Sentencia que desestima las demandas por despido objetivo por causas económicas interpuestas por dos trabajadores frente a dos empresas integrantes de un grupo, confirmando en ella la Sentencia de instancia tras entenderse que había quedada acreditada la causa económica aducida por la mercantil en la carta de despido. Dicha Sentencia es confirmada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 de diciembre de 2012 (R. 965/2012) tras haberse inadmitido el recurso de casación por falta de contradicción.

La sentencia referencial sostiene que el análisis acerca de la concurrencia de las causas económicas, cuando aparece un grupo de empresas, debe efectuarse analizando la situación de las dos empresas que integran el grupo y ello, aunque en la carta de despido únicamente se haya hecho alusión a las causas económicas de una de las dos empresas. En este pronunciamiento ocurre pues, que se considera probada la causa económica y se concluye que el despido de los trabajadores recurrentes es procedente.

Sostiene el Tribunal Supremo que sí concurre la contradicción en los términos exigidos por el art. 219 LRJS, ya que, en primer lugar, en ambos pronunciamientos aparecen pretensiones de improcedencia de despido objetivo por causas económicas y organizativas, se consideran también concurrentes las causas económicas en las dos Sentencias y ambos pronunciamientos declaran existente, asimismo, un grupo de empresas laboral entre las empresas codemandadas. Igualmente, en los dos conflictos resueltos por ambas sentencias ocurre que la carta de despido ha hecho referencia únicamente a la situación económica de una de las empresas, aún cuando en el juicio se ha desplegado actividad probatoria sobre la situación económica de las dos empresas codemandadas.

Frente a tales similitudes entiende el Tribunal que sí aparece la contradicción puesto que la sentencia de contraste tiene en cuenta la situación económica de las dos empresas y confirma la procedencia del despido, mientras que en la Sentencia recurrida se considera insuficiente la información de la carta de despido y, aunque concurren las causas, el despido se declara improcedente por razones formales. Por tanto, frente a hechos, pretensiones y fundamentos similares, concluye el Tribunal que las respuestas son contradictorias. Concluye el Tribunal matizando, además, que no obsta a la existencia de la contradicción el que la Sentencia de contraste no debata sobre la insuficiencia de la carta por no constatarse en ella los datos económicos de dicha empresa que han sido probados en juicio. Entiende el Tribunal que, al entrar en el fondo, la Sentencia está pronunciándose acerca de la suficiencia de la comunicación por despido.

- La ausencia de contradicción en el segundo de los motivos.

Respecto al segundo motivo del recurso aducido por la empresa recurrente se aporta como Sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002, RCU 1436/2001. En tal pronunciamiento la demandante había estado prestando servicios en un centro docente cuyo número de alumnos había ido reduciéndose progresivamente en los últimos años. La Congregación empleadora comunicó a la trabajadora su despido por la amortización del puesto de trabajo que ocupaba siendo las causas que la motivaron de tipo productivo y organizativo, debido a la ausencia de alumnos matriculados en el Seminario en el que prestaba servicios. En dicha Sentencia se analiza si la necesidad de amortizar un puesto de trabajo es una circunstancia a valorar exclusivamente en relación con el centro de trabajo o la unidad productiva afectados por la medida o habría de ponderarse ésta en todo el ámbito de la empresa, llegándose a la conclusión de que la valoración de la causa ha de ir referida al ámbito en que se producen las razones del despido y no a la totalidad de la empresa.

La Sala no entra a valorar este segundo motivo de recurso al entender que, respecto a éste, a diferencia del anterior, no concurre la contradicción exigida en el art. 219 LRJS.

Sostiene el Tribunal que lo que se plantea en la Sentencia recurrida es la eficacia y la validez de la carta de despido utilizada por la empresa demandada, es decir, si se han cumplido los requisitos formales exigidos por el art. 53 ET para llevar a cabo un despido por causas objetivas previsto en el art. 52 ET, de forma que se entiende que, incumplidos tales requisitos, el despido ha de declararse improcedente, por cuanto han quedado afectadas las posibilidades de defensa del trabajador. Y el que la declaración de que la carta de despido sea insuficiente y, por tanto, no sea válida, se extiende para todas las consecuencias del despido, sin que pueda calificarse como adecuada para un motivo e inadecuada para otro, dado que la comunicación extintiva es única.

Y ninguno de los aspectos mencionados concurren en la Sentencia aportada de contraste ya que ella nada se discute acerca de la comunicación del despido, únicamente acerca del ámbito de afectación de las causas, es decir, si éstas han de referirse al ámbito en el que dichas causas se producen, o a la totalidad de la empresa, y aunque se reconoce que tal debate puede ser necesario para delimitar las exigencias -el contenido- de la decisión extintiva, en la sentencia referencial no se señala nada sobre dicha comunicación, por lo que no hay doctrina que requiera de unificación.

IV. Normativa aplicable al caso

Artículo 51.º ET. Despido colectivo.

1. 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.*

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Artículo 52.c) ET. Extinción del contrato por causas objetivas.

El contrato podrá extinguirse: (...)

c) Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas.

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

V. Doctrina básica

1. La situación económica negativa del grupo de empresas ha de concurrir en el grupo en su conjunto, no aisladamente en una u otra empresa componente.

Aunque señala el Tribunal que en sede casacional no se discute ya acerca de la existencia del grupo de empresas y a ambas empresas se les atribuye la condición de empresario, el Tribunal recuerda la doctrina de la Sala sobre el denominado grupo de empresas y el levantamiento de la personalidad jurídica, doctrina sistematizada por la STS de 20 de junio de 2018, Rec. 168/2017.

De acuerdo con tal doctrina, se advierte acerca de la diferencia terminológica entre las expresiones “grupo patológico” de empresas y “empresa-grupo”. Así, mientras que el primer término debe reservarse para los supuestos en los que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, la “empresa-grupo” o “empresa de grupo” aparece cuando los datos objetivos que llevan a asumir la responsabilidad laboral entre todas las empresas no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudadora ni atienden a abuso alguno. Por ello, la nomenclatura “empresa-grupo” resultaría ser el género del que el “grupo patológico” es la especie. En definitiva, a raíz de lo anterior, el concepto de grupo laboral de empresas, y especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo, implica atribuir la condición de empresario a los efectos del art. 1.2º ET a todas las empresas que lo conforman.

Igualmente, según la doctrina consolidada de la Sala de la que resulta exponente la Sentencia de 14 de mayo de 1998, Rec. 3539/1997, señala el Tribunal que cuando estamos ante la alegación de una causa económica en un despido colectivo u objetivo, la existencia de una situación económica negativa comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración de la empresa en su conjunto. Por lo tanto, la situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar a la empresa en su globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados, pues con la adopción de la medida extintiva se pretende superar una situación negativa de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma.

Ello implica que la situación económica negativa ha de concurrir en el grupo en su conjunto y no aisladamente en una u otra empresa componente. Dado que el empresario es el propio grupo, no ha de seccionarse la causa en alguna de las empresas que lo integran y aprovechar la concurrencia de la situación económica negativa en una de ellas para proceder a la extinción de los contratos de trabajo. Y lo anterior es aplicable, aunque los afectados pertenezcan nominalmente a la empresa en que concurre la causa, dado que ésta debe concurrir en todo su conjunto, afectando al empresario que extingue el contrato.

2. El contenido de la carta de despido debe incluir información auténtica y completa no bastando la causa abstracta sino la causa concreta y próxima que justifica la decisión

Acerca del contenido de la carta de despido objetivo que se le entrega a la trabajadora, en la que se alega la causa económica en el grupo de empresas, el Tribunal recuerda la doctrina emanada de la Sala – SSTS de 30 de marzo de 2020, RCU 1068/2009, de 1 de julio de 2010, RCU 3439/2009 y de 19 de septiembre de 2011, RCU 4056/2010- respecto a las exigencias que ha de contemplar ésta cuando se invoca la causa económica contenida en el art. 52.c) ET para ser suficiente y cumplir la doble finalidad de informar plenamente al trabajador de las circunstancias económicas del empresario que pueden justificar la extinción de su contrato y permitirle articular una adecuada defensa.

Al respecto, se insiste en que la información que ha de contener la carta ha de ser auténtica y completa. Y el significado de la palabra “causa” en el contexto del despido objetivo por necesidades de la empresa atiende normalmente no al tipo genérico de causa de despido o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido sino, como señala el art. 51 del ET, deben aportarse las concretas dificultades o situaciones económicas negativas alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son, precisamente estas dificultades o situaciones negativas las que constituyen, en la terminología del art. 51 ET -al que se remite el art. 52º ET- las causas motivadoras que pueden justificar el acto del despido. Por tanto, no es la causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido sino la causa concreta y próxima, motivadora de la decisión extintiva, causa que ha de reflejar la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota.

VI. Parte dispositiva

El Tribunal desestima el recurso de casación de doctrina interpuesto por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios y Navegación de Santa Cruz de Tenerife, y confirma y declara la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 31 de mayo de 2019, Sentencia que resolvió la demanda por despido interpuesta por D^a Belén frente a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Santa Cruz de Tenerife y Unión de Comerciantes, Industriales y Agricultores de la Isla de Tenerife, S.A (UCIASA).

VII. Pasajes decisivos

Una empresa que cuente con varios centros de trabajo o a un grupo empresarial formado por dos o más empresas implica que en la comunicación escrita que se le entrega al trabajador notificándole la extinción de su contrato como consecuencia de una situación económica negativa debe exponerse no sólo la situación que afecta a un determinado centro o empresa, sino la posición económica de la empresa en su conjunto o del grupo en su totalidad. Ello debe ser así pues sólo de esta forma se cumple la exigencia de que en el escrito de comunicación del despido se informe plenamente al trabajador de las circunstancias económicas de la empresa en su conjunto o del grupo en su totalidad.

Si, habiéndose acreditado que se está en presencia de un grupo de empresas, se omite la información económica de una de las empresas del grupo en la carta de despido no puede considerarse que el contenido de la misma es suficiente y cumple las exigencias del art. 53.1.a) ET relativas a la expresión de la “causa” en la referida comunicación extintiva.

VIII. Comentario

1. La especial dificultad de acreditar la concurrencia de las causas económicas en los grupos de empresa

La teoría del “levantamiento del velo” ligada a la construcción de la doctrina judicial en torno a los elementos que determinan la existencia de un grupo de empresas -patológico- tiene el objetivo de descubrirlo como tal para extender la responsabilidad del empleador directo a todas las empresas del grupo, de forma que toda las mercantiles asociadas tengan la condición de empleadoras -ex. Art. 1.2º ET- y no se deje desprotegido al trabajador ante obligaciones pendientes que puedan cumplir sólo algunas empresas del grupo. Por eso, si aparece el grupo de empresas por concurrir los elementos que la doctrina judicial ha delimitado para ello, es decir si concurre el funcionamiento unitario de las empresas en la organización de trabajo, si aparece una prestación de trabajo común y/ o la confusión de plantillas, confusión de patrimonios.... -algo que ha de analizarse caso por caso pues, como es en sabido, se carece de una definición de grupo de empresas a efectos laborales- todas las empresas del grupo son una y asumen, por eso, una responsabilidad solidaria, haciendo frente, al tiempo, de todas esas obligaciones. Por tanto, la base de la construcción jurisprudencial en torno al concepto del grupo de empresas se encuentra en la búsqueda de un centro de imputación de responsabilidades laborales^[1].

Pero el complejo “descubrimiento” del grupo de empresas tiene otras implicaciones, ya que la atribución de “empleador único” a todas las empresas que conforman éste obliga a funcionar como un solo empresario a la hora de asumir y hacer propias todas las decisiones que afecten al ente. Por eso, no basta que alguna de las empresas del grupo presente una situación económica negativa para despedir por este motivo a sus trabajadores por la vía de los arts. 51 y 52 ET -por causas objetivas- sino que, cuando hay grupo de empresas, esta causa económica es necesario referirla y adoptarla a la situación global de todas las empresas partícipes.

Así las cosas, la situación económica negativa que autoriza a acudir al despido por la vía del art. 52 ET, ha de aparecer, necesariamente, en todo el grupo de empresas. Y la causa -no abstracta- sino concreta de esa situación económica negativa debe repercutir en el funcionamiento del grupo.

De acuerdo con el relato de los Hechos probados, las razones esgrimidas por la Cámara de Comercio para proceder al despido de la trabajadora demandante se basan en la supresión de la principal fuente de ingresos de las Cámaras de comercio que eran las obligatorias aportaciones económicas de las empresas, una vez éstas se convirtieron en voluntarias por mor del RD 13/2010, de 3 de diciembre. Consta en el relato de los Hechos probados la disminución en el nivel de ingresos del organismo, desde el año 2015, por esta razón, lo que obliga a adoptar medidas de contención del gasto y a reducir personal.

Tanto la Sentencia de instancia como la Sentencia recaída en suplicación entienden que la situación económica negativa exigida por el art. 52 ET sí concurre, porque aparece esa disminución de ingresos de la entidad y ello obliga a ésta a adoptar la medida extintiva, poniendo fin a la relación laboral con la trabajadora. No obstante, cuando “emerge” el grupo de empresas -que queda reconocido en vía judicial- se concluye, también, que la situación económica negativa debe hacerse extensible a todo el grupo de empresas, y por eso, se declara posteriormente la improcedencia del despido por defecto formal en la comunicación del despido de la trabajadora, defecto que no puede suplirse por la actividad probatoria efectuada en el juicio. Es decir, es posible que la disminución de ingresos de la Cámara hubiera repercutido en UCIASA o no, pero, para conocerlo, debe acudirse a los completos datos económicos de ambas empresas.

En el caso que nos ocupa, UCIASA (Unión de Comerciantes, Industriales y Agricultores de la Isla de Tenerife, S.A) es la otra empresa que conforma el grupo de empresas junto a la Cámara de Comercio. Y, al menos, tres trabajadores están

contratados formalmente por UCIASA cuando sus funciones tienen por objeto el desarrollo de la actividad ordinaria de la Cámara de Comercio. Además, la Cámara es titular del 96,87% de las acciones de UCIASA, entidad esta otra que tiene como objeto social el explotar edificios destinados a asociaciones de clases comerciales, industriales y agrícolas de Tenerife.

La necesidad del conocimiento de los datos que justifiquen la medida -y su extensión a todos los datos económicos que conforman el grupo- tiene que ver con la necesidad de que se pueda articular una defensa adecuada de la trabajadora despedida, y no queden limitados tales datos a ciertas empresas cuya situación pudiera diferir del resto de las integrantes del grupo, de forma que la situación puede cambiar radicalmente si esos datos arrojan resultados económicos positivos o no coinciden con las causas alegadas^[2].

Es decir, la situación económica negativa debe aparecer en un hecho concreto que provoca la pérdida de ingresos y debe verse reflejarse en los datos económicos que se presentan.

2. Los defectos formales en la carta de despido que no provocan la indefensión del trabajador

Pero el Tribunal no entra a debatir en el presente recurso si la situación económica negativa existe o no -ya que a la vista de los datos económicos obrantes en los Hechos probados, en los que se insertan los datos contables de UCIASA, se concluye que es así- sino que el debate se ciñe a discernir si, una vez “descubierto” el grupo de empresas -lo que ocurre vía judicial- se ha incumplido el art. 53 ET dado que no se hizo una comunicación escrita al trabajador de la causa del despido completa pues faltaban, en la misma, los datos de UCIASA desde los que se concluyera que la situación económica negativa era, efectivamente, patente, y tal circunstancia fue la que obligó a adoptar la decisión extintiva.

Lo relevante de este pronunciamiento es que en la sentencia recurrida los datos que faltaban de UCIASA eran bien conocidos por la trabajadora y fueron, de hecho, aportados por ella misma al juicio^[3]; por tanto, la omisión formal de la carta de despido no pudo ocasionar indefensión alguna en la trabajadora, quien contaba con todos los elementos precisos para conocer el alcance y el contenido concreto de los datos que sustentaban la suficiencia de la causa económica alegada. A pesar de ello, el Tribunal entiende que no basta que los datos que se “ocultaran” en la carta de despido fueran conocidos igualmente y se confirmaran después: lo relevante es que los datos completos se deben documentar ex ante, en el momento del despido, pues es lo que exige el art. 53 ET.

IX. Apunte final

Los arts. 52 y 53 ET exigen que, para que el despido objetivo por causas económicas sea válido en un grupo de empresas, aparezcan siempre los datos económicos de todas las empresas que conforman éste en la carta de despido, sin omitirse los de ninguna de ellas^[4]. Si estos datos no figuran -aunque con ello no se cause perjuicio alguno al trabajador despedido porque los datos se conocen posteriormente, y éste no queda en indefensión- el despido se ha de declarar improcedente por defectos formales.

El contenido de la carta de despido es, pues, clave, y si ésta no es completa, el despido se declara improcedente, aunque la causa económica concorra. Se trata, efectivamente se ofrecer una defensa adecuada al trabajador, una defensa que, obviamente, es más que necesaria cuando nos hallamos ante un grupo de empresas, dada la dificultad que late para que se detecte éste con la actividad probatoria que puede desplegar el afectado por el despido^[5], y es que el contenido exigible de la carta de despido es instrumental a la defensa del trabajador y de las posibilidades de articulación de la misma que le ofrezca dicho contenido, pero incluso cuando esta

defensa no esté en peligro, la carta de despido ha de incluir la situación económica de todas las empresas del grupo.

La doctrina del Alto Tribunal es valiosa, porque, aunque la defensa de la trabajadora no se hallaba en peligro y la mercantil se encuentra -sorpresivamente- con que la comunicación emitida se torna -después, en vía judicial- defectuosa, se genera un “aviso a navegantes”: cualquier remota posibilidad de reconocimiento de un grupo de empresas provoca que la carta de despido objetivo por causas económicas deba incluir la información económica de todas las empresas -se hable del grupo o no- pues el “levantamiento del velo” contagia e invalida la decisión empresarial extintiva adoptada declarando, si aparece el grupo, la improcedencia del despido por defectos formales. Ello se produce porque al ampliarse la unidad económica de referencia más allá de la entidad mercantil que ha realizado los despidos -y al extenderse también toda la responsabilidad de manera solidaria a todo el grupo de empresas- se vicia la decisión extintiva adoptada en la carta de despido, al no haber sido adoptada sin conocerse los datos completos de los verdaderos empresarios.

Referencias:

1. [^] *Vid, sobre este particular, BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., ¿Una definición quiero; de la problemática de los grupos de empresa en el despido económico, en Documentación Laboral, nº 101, 2014, p. 51 a 66.*
2. [^] *Como se explica en la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 19 de enero de 2021, ECLI:ES:TSJCV:2021:421, nº recurso 2137/2020 : “(...) la exigencia del cumplimiento de tal requisito es especialmente rigurosa en los despidos por causas objetivas, pues si bien en los despidos disciplinarios el trabajador puede tener una idea o sospecha de cuál es la causa de la decisión empresarial por cuanto, en principio, estará fundada en una conducta llevada a cabo por aquél, en los despidos objetivos no ocurre lo mismo, toda vez que el trabajador no tiene por qué conocer cuál es la situación real de la empresa en relación con su posición económica -ganancias o pérdidas de los últimos ejercicios-, o con las dificultades que impidan su buen funcionamiento en el mercado”.*
3. [^] *Muy distintos son otros supuestos en los que, lo que ocurre es que en la carta de despido se omite información relevante que no permita al trabajador articular una adecuada defensa, conflicto como el que aparece en la sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca, sentencia nº 331/2018, de 2 de mayo. También puede ocurrir que la comunicación de la carta de despido puede no ser insuficiente pero no se acredita la causa invocada, al venir, por ejemplo, referida a pérdidas económicas de la mercantil producidas en años previos. Vid, la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 22 de marzo de 2016. ECLI:ES:TSJCL:2016:1213, nº rec. 343/2016.*
4. [^] *En la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de julio de 2017, ECLI:ES:TSJCAT:2017:5814 se considera insuficiente la carta de despido porque faltan datos sobre la situación económica de una empresa que forma parte del grupo patológico de empresas. Lo mismo ocurre en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 2 de diciembre de 2019, ECLI:ES:STJM:2019:13365, nº rec. 628/2019.*
5. [^] *Como señala ARIAS DOMÍNGUEZ, A., en “Procedencia del despido económico individual en un grupo de empresas”, Revista doctrinal Aranzadi Social, n1 30, 2009, el problema de la articulación económica de la causa de despido objetivo en un grupo de empresas no viene dado porque los criterios expuestos con respecto a lo que sea grupo de empresas, o causa económica no sean razonables -que lo son, y mucho-, sino porque la*

ausencia de una definición legal de grupo de empresas obliga a dos operaciones hermenéuticas en el operador que se enfrente a este tipo de problemática. En primer lugar, concretar atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos cuando nos encontramos ante un grupo de empresas a efectos de transmitir la responsabilidad solidaria de tipo laboral entre sus componentes. Y, en segundo lugar, apreciar la real existencia de la causa económica argüida, pero no en una sola empresa del grupo, sino en todas ellas, precisamente para poder articular dicha responsabilidad. Cuando es el trabajador el que debe articular la real existencia de un grupo de empresas, y la ausencia de pérdidas económicas en todos sus componentes, la tarea se revela gigantesca, infructuosa la mayoría de las veces. Y no hay mecanismos jurídicos que alivien esa carga de la prueba.

§ 37 Despido improcedente de un profesor asociado universitario que ha venido actuando como “comodín-corretornos” en la impartición de docencia.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *La contratación de un profesor asociado resulta fraudulenta cuando la impartición de docencia universitaria durante casi veinte años se ha venido desarrollando, en calidad de una especie de “corretornos”, en asignaturas variadas que no deseaban asumir el resto de docentes, lo cual implica la atención de necesidades docentes estables y duraderas.*

Palabras clave: *Profesor asociado. Profesional de reconocido prestigio. Docencia universitaria. Actividad extra-académica.*

Abstract: *The recruitment of an associate lecturer is fraudulent when the university teaching for nearly twenty years has been done as a kind of “change-times” in various subjects that the other teachers did not wish to take on, which means attending to long-term fixed educational needs.*

Keywords: *Associate professor. Professional of renowned reputation. University teaching. Non-academic activity.*

I. Introducción

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), introdujo, entre otra serie de extremos, nuevas categorías de profesorado, derivando hacia una laboralización de las figuras docentes, capaz de alentar la existencia de dos carreras académicas paralelas, una para los funcionarios (profesores titulares de universidad y catedráticos de universidad) y otra para los laborales (asociados, ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores contratados doctores, profesores visitantes y profesores eméritos), no en vano su art. 47 afirma que “el personal docente e investigador de las Universidades públicas estará compuesto de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado”, añadiendo, por mor de la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (LOMLOU), unas muy generosas limitaciones cuantitativas, olvidadas además muchas veces en la práctica, a saber: de un lado, el personal docente e investigador contratado, computado en equivalencias a tiempo completo, y sin contabilizar aquellos que no imparten docencia en las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales, ni tampoco el personal propio de los institutos de investigación y de las escuelas de doctorado, no podrá superar el 49 por 100 del total de personal docente e investigador de la Universidad; de otro, el porcentaje de contratos temporales no podrá rebasar el 40 por 100 de la plantilla docente (art. 48) .

Al calor de este panorama normativo, no puede extrañar que las tasas de laboralidad y de temporalidad en el ámbito universitario sean muy altas. Particular incidencia en el aumento de los índices en el reclutamiento a término del profesorado universitario tiene la figura del profesor asociado, regulada en el art. 53 LOU como sujeto de un contrato de duración determinada (trimestral, semestral o anual) y a tiempo parcial, que se podrá celebrar “con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario”, siendo susceptible de renovación en su vinculación siempre que se siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito universitario.

Estos contornos han servido de pretexto, en algunas ocasiones, para utilizar esta figura de forma irregular, sin respetar los presupuestos justificativos, olvidando que el art. 15 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), de aplicación supletoria a tenor del art. 48.2 LOU, no coloca en situación de igualdad los vínculos indefinidos y los temporales, admitiendo una elección sin condicionantes. Antes, al contrario, la causalidad o tasación legal de las circunstancias habilitantes para la celebración de nexos a término implica, como *conditio sine qua non*, la necesaria concurrencia de unos presupuestos legitimadores en cada caso que la Administración (también la Universitaria) no puede obviar, exigiendo un ajuste perfecto entre el supuesto legalmente previsto y la realidad del trabajo requerido, sin ser de recibo usar un molde determinado para una situación de hecho ajena al mismo. No ha sido infrecuente en la práctica el olvido de la finalidad de esta modalidad de profesor asociado, que no es sino “enriquecer la enseñanza universitaria en ámbitos específicos mediante la experiencia de especialistas reconocidos en el marco extra-académico”^[1].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: 260/2022, 23/03/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de la doctrina. Rec. 3516/2020

ECLI: ES:TS:2022:1208

Fuente: Cendoj

Ponente: Ilmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: No hay votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, de 17 de diciembre de 2020.

Los hechos probados discurren según la siguiente cadencia:

1º.- El demandante viene prestando servicios en la Escuela Politécnica Superior de la Universidad de Burgos desde el día 9-10-2000, como profesor asociado 6+6 hasta el curso académico 2017-2018 y como profesor asociado 3+3 durante el curso académico 2018-2019, percibiendo las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo del Personal Laboral Docente e Investigador de las Universidades Públicas de Castilla y León, con un salario mensual de 578,83 euros, incluido el prorrateo de pagas extras, en virtud de los siguientes contratos: a) Contrato temporal PRAS (6+6), (contrato administrativo de colaboración temporal) de fecha 9-10-2000 con finalización el 30-09-2002, prorrogado en sucesivos acuerdos de fecha 30-9-2002, 13-2-2003 y

1-10-2004, manteniéndose hasta el día 30-09-2005, en el Departamento de ingeniería civil, área de conocimiento Mecánica de Medios Continuos y Teoría de Estructuras. b) Contrato temporal de dos años de duración para personal laboral docente o investigador de universidades, de fecha 1-10-2005, PRAS (6+6) que se prorrogó en fecha 1-10-2007, 1-10-2009 y 1-10-2011, situación en la que permaneció hasta el día 30-9-2012, en el área de conocimiento Mecánica de Medios Continuos y Teoría de Estructuras. c) Contrato laboral docente E/O Investigador temporal a tiempo parcial de profesor asociado 6+6, para impartir docencia en la Escuela Politécnica Superior, de fecha 9-10-2012, en el área de Mecánica de Medios Continuos y Teoría de Estructuras Dependiente del Departamento de Ingeniería Civil, prorrogado hasta el 8-10-2014, y después siendo prorrogado anualmente hasta el 8-10-2019.

2º.- Para asignar a cada profesor las asignaturas a impartir durante el correspondiente curso académico, se celebraban reuniones entre ellos, de manera que al actor le correspondían las asignaturas que los demás profesores titulares no querían, independientemente de los conocimientos que tuviera sobre dicha materia. En concreto, el demandante ha asumido docencia en las siguientes asignaturas: "hormigón armado", "edificación y prefabricación", "análisis de estructuras y hormigón armado", "patología, auscultación y rehabilitación estructural", "cálculo de estructuras con ordenador", "cálculo matricial de estructuras", "edificación", "tecnología de las estructuras de edificación", "patología de las envolventes", "estructuras sostenibles en el medio rural", así como "patología de las estructuras".

3º.- El actor está en posesión de la titulación académica de Arquitecto desde el año 1991 y presentó ante la Universidad de Burgos declaraciones juradas indicando que desempeñaba una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario como Arquitecto. Como muestra de su actividad extra-académica, queda probado que en el año 1998, el actor elaboró un proyecto para la construcción de ocho viviendas y garaje. En el año 2006 intervino en un proyecto para la elaboración de una vivienda unifamiliar y otro proyecto para reformar un local destinado a oficina. En el año 2012 elaboró un proyecto sobre propuesta para una ciudad sostenible, arquitectura bioclimática, bioconstrucción, urbanismo y medio ambiente. Y también en el año 2012 elaboró un proyecto técnico o memoria ambiental para la legalización de acondicionamiento de edificio existente y desarrollo de actividad de bodega.

4º.- Con fecha 11-7-2019 el actor recibió una carta certificada de fecha 25-6-2019, remitida por la Universidad de Burgos, en la que se le comunica: "de conformidad con lo establecido en su contrato, el próximo 8 de octubre de 2019, finaliza la relación contractual que actualmente tiene con esta Universidad. A pesar del plazo anticipado de este comunicado debido a la proximidad de la finalización del curso académico y del período vacacional, debe ser considerado como preaviso al interesado, de conformidad con la normativa laboral vigente".

5º.- Con fecha 31-7-2019 el demandante recibe otra carta que acompaña el documento administrativo LD.1R correspondiente a su baja en el puesto de trabajo, con fecha 8 de octubre de 2019, momento del cese como profesor asociado por fin de contrato.

6º.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido cargo electivo de carácter sindical ni se halla afiliado a ningún sindicato.

El Juzgado de lo Social de Burgos, en sentencia de 21 de febrero 2020, una vez incorporada la aclaración solicitada por la Universidad de Burgos, dicta sentencia declarando el despido improcedente con las consecuencias inherentes, entendiendo que la relación laboral era fraudulenta porque el trabajador cubría con contratos temporales necesidades permanentes y lo estuvo haciendo, en calidad de una especie de "corretornos", durante cerca de 20 años, realidad ajena al espíritu y finalidad de la figura del profesor asociado. En concreto, el tenor del fallo es el siguiente: "estimo la demanda presentada frente a la Universidad de Burgos en su pretensión subsidiaria, y declaro improcedente el despido operado, condenando a la Universidad de Burgos a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, entre la

readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de 19,03 euros diarios o el abono en concepto de indemnización de la cantidad de 13.701,62 euros”.

Tres circunstancias sirven como fundamento principal para justificar esta decisión:

1) La Universidad sólo exigió al demandante una declaración jurada de que estaba Colegiado y de que desempeñaba actividad profesional como Arquitecto, sin requerirle acreditación adicional de tal actividad. 2) Tampoco ha quedado acreditado que las diversas asignaturas impartidas (las que no deseaba asumir el resto de Profesorado) estuvieran relacionadas con su actividad profesional paralela. 3) Las necesidades cubiertas son estructurales, permanentes y duraderas.

Frente a tal sentencia se interpone recurso de suplicación por la Universidad de Burgos, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social, con imposición de costas a la Universidad, que comprenden los honorarios de abogado o graduado social colegiado en cuantía de 800 euros. Entiende el Tribunal Superior de Justicia que las materias efectivamente impartidas sí están relacionadas con la profesión de Arquitecto alegada para justificar la contratación como Profesor Asociado, pero considera que la contratación no se ha circunscrito al marco propio de ese tipo de Personal Docente, toda vez que el demandante ha venido desempeñando su actividad con adscripción a necesidades permanentes de la Universidad, asumiendo asignaturas que el resto de profesores desechan lo cual es contrario al espíritu y finalidad de la normativa sobre Profesor Asociado.

IV. Posición de las partes

El demandante solicita se declare nula de pleno derecho la extinción del contrato por "fin del periodo de contrato" comunicada al trabajador por la existencia de una relación laboral entre la UBU y el trabajador correspondiente a personal laboral indefinido fijo y subsidiariamente no fijo; en su defecto se declare la extinción como despido nulo o subsidiariamente improcedente”.

La Universidad de Burgos defiende la legalidad de contratación realizada y la adecuación del cese del profesor asociado, entendiendo que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 48.1 y 2 y 53 LOU, apartados 1, 2, 3, 4, 5 y 10 del art. 20 Real Decreto 898/1985, sobre régimen del profesorado universitario y la Directiva 1999/70, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP, sobre trabajo de duración determinada.

La citada Universidad de Burgos aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018 (rec. 1089/2016), en la que se examina un supuesto de un Profesor Asociado que prestó servicios para la Universidad del País Vasco (UPV) desde el 1 de octubre de 1982, mediante diversos contratos, primero de carácter administrativo de colaboración temporal, y luego mediante contratos de profesorado y a partir de septiembre de 2011, en virtud de contrato de trabajo de personal docente e investigador, hasta que fue cesado el día 31 de agosto de 2014, a pesar de tener la docencia asignada para el curso siguiente. Esta Sentencia, siguiendo la doctrina vertida en las SSTs, Social, de 1 junio 2017 (rec. 2890/2017) y 22 junio 2017 (rec. 3047/2017), “declara válida dicha extinción contractual porque los profesores asociados están llamados a cubrir necesidades permanentes de las Universidades que los contratan, conducentes a la obtención de los títulos universitarios, por lo que no cabe apreciar fraude de ley por el dato exclusivo de la celebración sucesiva de contratos, pues la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no conlleva la interdicción sin más de la temporalidad de dicha modalidad contractual, ni impide la aceptación de la reiteración en el tiempo en la utilización de la misma, mientras subsistan sus elementos definidores, cuales son la realización de una actividad profesional externa y el enriquecimiento de la docencia con ella, que en ese caso perviven”.

V. Normativa aplicable al caso

La norma aplicable al fondo del presente supuesto es el art. 53 LOU, en virtud del cual "la contratación de Profesoras y Profesores Asociados se ajustará a las siguientes reglas:

- a) El contrato se podrá celebrar con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario.
- b) La finalidad del contrato será la de desarrollar tareas docentes a través de las que se aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad.
- c) El contrato será de carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial.
- d) La duración del contrato será trimestral, semestral o anual, y se podrá renovar por períodos de igual duración, siempre que se siga acreditando el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario".

Igualmente, se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el art. 219 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), conforme al que: "el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos".

VI. Doctrina básica

Para valorar la concurrencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como de contraste en un recurso de casación para la unificación de la doctrina, es necesario, tal y como señala el Tribunal Supremo, 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 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'".

Es más, "la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales". Recordando pronunciamientos anteriores, en concreto, las SSTS 158/2018, 15 de febrero de 2018 (rec. 1089/2016), 59/2019, 28 de enero de 2019 (rec. 1193/2017), 108/2019, 13 de febrero de 2019 (rec. 1045/2017), 785/2019, 19 noviembre 2019 (rec. 1283/2017) y 351/2020, 19 de mayo de 2020 (rec. 1617/2017), todas ellas respecto de profesores de universidad, el Alto Tribunal pone de relieve la necesidad de comprobar con atención si concurre este presupuesto de contradicción, de manera que: "1º) La comparación es posible con independencia de la mayor o duración temporal que haya tenido la secuencia de contrataciones. 2º) Es importante comprobar que ha existido identidad y continuidad en las tareas prestadas. 3º) La mayoría de los supuestos examinados (como el de la sentencia aquí referencial) afronta casos de Profesorado Asociado, para lo que es muy relevante la actividad ajena a la Universidad. 4º) La existencia de regulaciones autonómicas diversas puede romper la homogeneidad. 5º) No es posible comparar el régimen de categorías de profesorado con impronta formativa con las estrictamente docentes e investigadoras".

A la luz de tales consideraciones, el Tribunal Supremo entiende que, en este caso, no concurre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste.

VII. Parte dispositiva

El recurso planteado incurre en causa de inadmisión, que en el presente momento procesal se transforma en causa de desestimación con imposición de costas (1.500 euros), pues la sentencia recurrida y la de contraste, lejos de oponerse, aplican la misma doctrina: el reclutamiento de un profesor asociado resulta fraudulento cuando se vulnera el espíritu de la figura, que es enriquecer la enseñanza universitaria en materias específicas mediante la aportación de la experiencia profesional por especialistas de reconocido prestigio en el marco extra-académico .

Se declara, por ende, la firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, de 17 de septiembre de 2020, en el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia de 21 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social de Burgos.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo, a los efectos de valorar la posible contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, toma en consideración las siguientes circunstancias: El actor obtuvo la Licenciatura en Arquitectura en el año 1991, y desde octubre de 2000 ha estado prestando servicios como Profesor Asociado impartiendo diversas asignaturas, todas ellas adscritas al área de conocimiento "Mecánica de Medios Continuos y Teoría de Estructuras", siendo asignadas por el Plan de Ordenación Docente, pero actuando como una especie de comodín "corretornos" para cubrir aquellas asignaturas que no querían los profesores titulares. En octubre de 2019 la Universidad dio por finalizada su vinculación contractual, preavisándolo con varios meses de antelación y sin alegar causa especial alguna.

Tales extremos demuestran que concurren importantes similitudes entre las Sentencias comparadas con fallos a priori divergentes: en ambos casos "se trata de Profesores Asociados de Universidad que llevaban tiempo prestando servicios docentes, mediante sucesivos contratos temporales suscritos para impartir la misma docencia. Mientras la sentencia recurrida considera que tal historial revela que la contratación es fraudulenta, al no cubrir una necesidad coyuntural sino permanente, la de contraste, sin embargo, opina que es adecuado a derecho, con arreglo en ambos casos a la misma normativa de referencia".

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que tales circunstancias no bastan para entender que han sentado doctrina contradictoria que se deba unificar, pues un examen más detenido evidencia matizaciones relevantes:

En primer lugar, "en el caso referencial el profesor contratado por la Universidad ha desempeñado una actividad profesional, debidamente acreditada que es concordante con la docencia ininterrumpidamente asignada. Por el contrario, en nuestro caso las materias cuya docencia asume el Profesor han dependido de la previa elección de quienes poseen la condición de Profesorado Permanente, hasta el extremo de que la sentencia lo califica como de 'corretornos'".

En segundo término, e insistiendo sobre la misma idea, en el caso de la sentencia recurrida se concede especial relevancia al hecho de que "el trabajador actuaba en el Departamento donde impartía docencia como una especie de comodín para cubrir aquellos supuestos docentes permanentes que los profesores titulares no querían". Por el contrario, "en la sentencia referencial la docencia impartida ha permanecido inalterada y no es la sobrante de adjudicar la propia del Profesorado Titular".

En tercer lugar, en el presente caso "la Universidad no probó, de manera adecuada, que la actividad externa, realizada por el demandante justificara su condición de profesional de reconocido prestigio, en los términos exigidos por el art. 53 LOU", no en vano la Universidad no ha requerido una acreditación adecuada. Sin embargo, la sentencia de comparación admitió, desde el primer momento, que el allí demandante "...mantenía una actividad extraacadémica, que justificaría la celebración

y renovación de los contratos como profesor asociado, sin que se den otros elementos".

En cuarto lugar, en el presente caso la rotación en las materias impartidas obedece a una técnica residual, asignándole las asignaturas que el Profesorado permanente desecha; mientras en la sentencia referencial la Universidad reserva la plaza de profesor por su conocimiento, teniendo en cuenta la actividad profesional desarrollada fuera del centro universitario.

En definitiva, teniendo en cuenta estas diferencias y dada, por ende, la ausencia de contradicción, entiende el Tribunal Supremo que "la posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia", pues en reiteradas ocasiones se ha señalado 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 o 434/2017 de 16 mayo). Es más, entiende el Alto Tribunal que esta conclusión "no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva", no en vano con arreglo a reiterada doctrina 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).

IX. Comentario

A la luz del art. 53 LOU, son cuatro los requisitos subjetivos que han de concurrir para recurrir a la figura de los profesores asociados: 1.- Titulación universitaria adecuada a la especialidad que se imparta. 2.- Reconocida competencia técnica. 3.- Ejercicio de la actividad profesional en funciones ajenas al ámbito académico universitario. 4.- Mantenimiento del vínculo como experto externo durante toda la vigencia del contrato y en sus renovaciones. Es más –y como peculiaridad adicional–, estos profesores únicamente serán dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social cuando no se hallen en ningún régimen de previsión obligatorio, de modo que la pauta a seguir es que la docencia no genera la obligación de alta y cotización al sistema al venir ya cubierta por su otra actividad principal, con lo que se libera a la Universidad del correspondiente pago de cuotas. Ello sin olvidar tampoco que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en su art. 4.1, excepciona a los "profesores universitarios asociados en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada" de la prohibición referida a que "el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público".

En las ocasiones en que los presupuestos legales que definen esta figura no son respetados, deviene necesario determinar los efectos jurídicos inherentes, que encuentran su fundamento en aquella doctrina judicial (la relativa a los "trabajadores indefinidos no fijos") que ha entrado a buscar un punto de equilibrio entre dos sectores del ordenamiento jurídico inspirados en principios distintos: el laboral fundado en el parámetro de la estabilidad en el empleo y el administrativo anclado en la necesaria observancia de los principios de mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público. En efecto, 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.

Las irregularidades y fraudes en la contratación laboral temporal en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza. 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. Y es que los conocidos condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo se produzca con carácter permanente, debiendo hacerlo en calidad –permítase la reiteración-- de “indefinido no fijo”, *tertium genus* considerado constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental^[2], que intenta cohonestar el postulado de mantenimiento en el empleo con el debido respeto a los parámetros que rigen el acceso al empleo público, a través de un contrato de naturaleza temporal, sujeto a una duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante o amortización del puesto--, de manera que se conoce la causa de terminación del vínculo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá, conllevando su materialización en uno u otro caso una indemnización de 20 días de salario por año de servicio^[3]. Ello sin olvidar que si el despido fuera declarado improcedente la indemnización de los trabajadores indefinidos no fijos daría derecho al percibo del montante de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades si no se optara por la readmisión, tal y como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 25 de julio de 2018, en el asunto *Verzana Ayovi* (C-96/17).

En relación con los profesores asociados, se admitiría su contratación, “configurada normativamente como de carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial”, siempre y cuando se desempeñe una actividad profesional cualificado fuera del ámbito académico universitario y exista una conexión directa entre la realidad profesional que despliega el profesor asociado en su actividad principal extrauniversitaria y la formación a recibir por los estudiantes a quienes transmitirá los conocimientos alcanzados en sus cometidos técnicos extramuros de la Universidad, siendo además renovable mientras se mantengan estos dos presupuestos. Por tanto, a través de esta modalidad se pueden atender necesidades docentes específicas siempre y cuando se cumplan los requisitos subjetivos previstos en la ley (art. 53 LOU). Es decir, reiterando el Alto Tribunal español las palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea^[4], el recurso a la vía del profesorado asociado se encuentra justificado “por la necesidad de confiar a especialistas de reconocida competencia, que acrediten que ejercen su actividad profesional fuera de la Universidad, el desarrollo a tiempo parcial de tareas docentes específicas para que éstos aporten sus conocimientos y experiencias profesionales a la Universidad, estableciendo de este modo una imbricación entre el ámbito de la enseñanza universitaria y el ámbito profesional”.

En cambio, si el profesor contratado como asociado no ha mantenido un oficio extra-académico directamente relacionado con la materia impartida, de manera que no se cumple la finalidad de la figura, cual es la aportación de conocimientos y experiencias profesionales a la Universidad, concurre un reclutamiento irregular. Al igual que también resulta fraudulenta la utilización de esta figura como sucede en el presente caso si implica la cobertura de necesidades docentes permanentes y duraderas al impartir durante casi dos décadas asignaturas variadas, que no desean asumir el resto de profesores.

Tal y como reconocen tanto la Sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos de 17 de diciembre de 2020 como la Sentencia del Tribunal Supremo 15 de febrero de 2018 (rec. 1089/2016) aportada como de contraste, la consecuencia inherente a situaciones fraudulentas es la conversión del nexo en indefinido no fijo, provocando que la extinción empresarial basada en la finalización del supuesto carácter temporal del vínculo contractual sea calificada como despido improcedente”.

X. Apunte final

El recurso a la figura del profesor asociado exige que las Universidades deban comprobar no sólo si cada una de las contrataciones efectuadas cumple con los requisitos exigidos (quehacer laboral extraacadémico relevante) sino también si satisface los fines inherentes a esta modalidad contractual (esto es, si la actividad profesional y la docente se refieren a una materia concreta en la que se puedan verter los conocimientos técnicos específicos). Dos son, pues, los condicionantes exigidos: uno, subjetivo, en la medida en que el contratado desarrolle un cometido profesional cualificado fuera de la Universidad, el cual debe guardar relación directa con las tareas docentes desarrolladas y, que a su vez, esta actividad profesional extra-académica se haya desempeñado durante un determinado lapso de tiempo para conferir al candidato la condición de “profesional de reconocido prestigio”; otro, objetivo, de suerte que el contrato, aunque se puede reiterar, no cubra necesidades estructurales o permanentes de docencia universitaria, pues su finalidad es transmitir a los alumnos los saberes y la experiencia adquirida por el profesor asociado en su actividad profesional principal; esto es, resulta preceptivo que concurra, de nuevo, una necesaria relación entre la realidad práctica y técnica desarrollada al margen de la Universidad con la formación de los estudiantes.

Si no se cumpliera cualquiera de estas premisas, se vulneraría el principio de causalidad en el reclutamiento de un profesor asociado al quedar desvirtuada la esencia de esta modalidad contractual, de manera que el vínculo se produciría en fraude de ley, pasando a la situación de indefinido no fijo, sin que, sin embargo, suponga una irregularidad el hecho aislado de que la contratación del profesor asociado se reitere en el tiempo, no en vano la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se opone a la interdicción sin más de la temporalidad de esta modalidad contractual, en tanto pervivan sus elementos definidores, cuales son la realización de una relevante actividad profesional externa y el enriquecimiento de la docencia con ella⁵.

Referencias:

1. ^ MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico laborales de la contratación irregular de los profesores asociados de Universidad”, *Información Laboral*, núm. 11, 2017 (BIB 2017/43181).
2. ^ ATCo 122/2009, de 28 de abril.
3. ^ SSTS 28 marzo 2017 (rec. 1664/2015), 22 junio 2017 (rec. 3045/2015) o 15 de febrero de 2018 (rec. 1089/2016).
4. ^ Sentencia de 13 de marzo de 2014 (asunto Márquez Samohano),
5. ^ MORENO GENÉ, J.: “Los profesores asociados permanentes de la Universidad y su peculiar encaje en la normativa laboral”, *Temas Laborales*, núm. 143, 2018, pág. 286 ó MORALES VALLEZ, E.: “¿La contratación de profesores asociados en la Universidad es correcta o se articula en fraude de ley?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2018 (BIB 2018/8540),

§ 38 Contrato de apoyo a emprendedores: el empresario puede desistir libremente durante el periodo de prueba, pero debe preavisar con 15 días de antelación. Aplicación y límites del control difuso de convencionalidad.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Contrato indefinido de “apoyo a los emprendedores”. Desistimiento empresarial a los cuatro meses de su celebración y tres días antes de que la empresa finalizara su actividad. El periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen una naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En consecuencia, el empresario debe observar el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET por la analogía del supuesto con el despido objetivo, por preservar la concordancia con el plazo de preaviso “razonable” contemplado en la Carta Social Europea, así como por la naturaleza por cuenta ajena de la relación y la buena fe recíproca en el cumplimiento de los derechos y obligaciones contractuales legalmente exigido.*

Palabras clave: *Periodo de prueba. Contrato de apoyo emprendedores. Plazo de preaviso extintivo. Analogía. Carta social europea.*

Abstract: *Indefinite-term “contract to support entrepreneurs”. Business termination four months after its execution and three days before the end of the company's activity. The annual trial period of the contract for the support of entrepreneurs and the business termination in accordance with that specific functionality have a special nature, being inapplicable the common construction. Consequently, the employer must observe the notice period provided for in Article 53.1.c) ET due to the analogy of the case with the objective dismissal, to preserve the concordance with the “reasonable” notice period provided for in the European Social Charter, as well as due to the nature of the relationship as an employee and the reciprocal good faith in the fulfillment of the legally required contractual rights and obligations.*

Keywords: *Trial period. Entrepreneur support contract. Termination notice period. Analogy. European Social Charter.*

I. Introducción

El TS ha dictado recientemente varias sentencias relativas al contrato indefinido de apoyo a emprendedores. En dos de ellas se examina el alcance de la Carta Social Europea y la previsión en ella contenida sobre la necesidad de preavisar con un plazo razonable antes de proceder a la extinción del contrato. Se declara que, en este especial contrato indefinido en el que se permite un plazo dilatado de periodo de

prueba, el empresario debe preavisar con 15 días de antelación al trabajador. Al no estar en juego exclusivamente la experimentación de las capacidades profesionales mutuas y responder su construcción igualmente a objetivos de política legislativa de creación de empleo y viabilidad empresarial, la traslación de las exigencias de preaviso del art. 53.1. c ET se fundamentan en razones de analogía, pero también en ser una consecuencia derivada de las exigencias de la buena fe y la nota de ajenidad propia del contrato de trabajo. Las obligaciones derivadas de la Carta corroboran y apoyan las conclusiones derivadas del ordenamiento interno. Pero se advierte que no todos los preceptos de la Carta son directamente aplicables si no tienen claridad y certeza o se encuentran condicionadas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS (Sala 4ª) núm. 268/2022, de 28 de marzo de 2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 471/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1354

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante había suscrito un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores como auxiliar administrativa el 1 de octubre de 2018. En dicho contrato se estipulaba un periodo de prueba de un año. El día 30 de enero de 2019 la empresa le notifica su decisión de dar por finalizada la relación laboral con efectos de esa misma fecha, por no superar el periodo de prueba. En esa misma fecha la empresa extinguió otros 27 contratos de trabajo en iguales circunstancias. La empresa finalizó su actividad el 3 de febrero de 2019.

Interpuesta demanda de despido contra la decisión extintiva, el Juzgado de lo social la estima y califica el despido de improcedente. Argumenta, de un lado, que ya la STC 119/2014 avaló la constitucionalidad del contrato y su largo periodo de prueba; y, de otro lado, que la terminación del contrato por desistimiento en el periodo de prueba en nuestro sistema jurídico no exige motivación, sin que por ello se vulnere la Carta Social Europea. En el presente caso, no obstante, demostrado que la contratación no persigue el fin previsto legalmente, al haber sido utilizado de modo abusivo y proceder la empresa al despido de la mayoría de la plantilla el mismo día y por igual motivo, considera que el desistimiento deviene un despido que debe ser calificado de improcedente.

La empresa interpone recurso de suplicación que es admitido. El TSJ declara el cese conforme a Derecho. Considera la sentencia que el fraude no se presume y que no se ha acreditado y que el posterior cierre de la empresa acreditaría que los puestos de trabajo no habían sido viables. Argumenta la Sala que el art. 4.4 de la Carta Social Europea alegado para percibir un importe por un supuesto plazo de preaviso incumplido no es viable en tanto dicho precepto no se puede aplicar directamente, como tampoco son de eficacia directa las conclusiones del Comité Europeo de

Derechos sociales, sin que el legislador español haya establecido la obligatoriedad de un plazo de preaviso en el periodo de prueba.

Se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina que es admitido y estimado en el motivo relativo a la indemnización por falta de preaviso extintivo.

IV. Posición de las partes

1. De la trabajadora recurrente

Varias cuestiones se plantean por la trabajadora. La primera relativa a la valoración de los hechos probados y su revisión. En segundo término, el carácter fraudulento del contrato de trabajo (en su modalidad de apoyo a emprendedores) y la consiguiente calificación como despido del cese acordado por la empresa durante el periodo de prueba. La última, a título subsidiario, el derecho a percibir la indemnización correspondiente al plazo de preaviso cuando el contrato termina por desistimiento empresarial por aplicación del art. 4.4 de la Carta Social Europea.

2. De la parte empresarial

Considera que se trata de un cese legal que, como desistimiento permitido, no necesita de preaviso ni motivación.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 4.4. Carta Social Europea en relación con el art. 96 CE y art. 49.1.c) RDL 2/2015, 23 octubre. Arts. 14.1, 55.4 ET. Arts. 193.b) y 196 LRJS. Arts. 6.4 y 7.2 CC

VI. Doctrina básica

1. Los contratos de trabajo sólo generan consecuencias económicas en su extinción cuando así lo prevé el legislador (tipicidad extintiva) y el derecho a una compensación por falta de preaviso tan sólo se devenga cuando se incumple el plazo normativamente previsto.

2. Excepcionalmente, cuando existe un contrato como el indefinido de apoyo a emprendedores, considerado conforme con la Constitución, precisamente, porque su dilatado periodo de prueba responde no sólo al normal examen de la conformidad de las prestaciones a las expectativas profesionales de las partes, sino también a una funcionalidad específica consistente en la viabilidad económica del puesto de trabajo creado, jurídicamente es posible entender que no son aplicables ni las normas sobre el periodo de prueba (art. 14 ET), ni las relativas a la terminación del contrato por expiración del término convenido, ni siquiera todas las del despido objetivo.

3. Ello, no obstante, la especificidad de la figura y su incompleto régimen jurídico, llevan al TS a entender aplicable la exigencia empresarial de un periodo de preaviso de 15 días para proceder a la extinción durante el periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores cuando la extinción se produce superada la duración máxima del periodo de prueba aplicable a la categoría de la persona trabajadora. Razones de analogía con el despido objetivo ETOP, exigencias de buena fe recíprocas que deben respetarse en las contraprestaciones de la relación laboral y la propia configuración del contrato de trabajo como un contrato caracterizado por el desequilibrio y la ajenidad, abocan a la Sala de lo Social a entender exigible dicho periodo de preaviso. La conformidad de dicha exigencia con lo previsto en el art. 4.4 de la Carta Social Europea, constituye una razón adicional, pero no única ni definitiva, para entender aplicable dicho periodo de preaviso (y compensar económicamente su incumplimiento).

VII. Parte dispositiva

Estimar el tercer motivo subsidiario del recurso, casando parcialmente la sentencia del TSJ en la medida necesaria para reconocer el derecho a percibir el equivalente a los salarios dejados de percibir por incumplimiento del plazo de preaviso.

VIII. Pasajes decisivos

- "La función que dogmáticamente corresponde al periodo de prueba y que concuerda tanto con la regulación contenida en el artículo 14 ET, cuanto con el presupuesto de la doctrina recién recordada, no es la que posee en la modalidad contractual de apoyo a emprendedores. Así se desprende de las consideraciones realizadas por la exposición de motivos de la Ley 3/2021 y de las argumentaciones acogidas por la STC 8/2015 de 22 enero (Pleno), reiterando y ampliando lo que ya dijera la STC 119/2014, de 16 de julio.

- "1ª) El contrato de trabajo contemplado en el artículo 4º de la Ley 3/2012 no es temporal sino, como su propia rúbrica indica, de duración indefinida. 2ª) El periodo de prueba de doce meses incorporado a tales contratos no es contrario a la Constitución ni al Derecho de la UE. 3ª) Dada su duración indefinida, no podría pretenderse la obtención de indemnizaciones derivadas de la terminación de un contrato de trabajo de carácter temporal (art. 49.1.c.I ET). 4ª) Tampoco puede pretenderse la observancia del preaviso inherente a la terminación de los contratos de duración determinada que han superado el año (art. 49.1.c.IV ET), porque esa es la duración máxima del contrato de apoyo a emprendedores y porque, adicionalmente, aquí no se han superado los cuatro meses. 5ª) Queda por despejar la duda acerca de si otros enfoques, incluyendo la ausencia de un periodo razonable de preaviso cuando finaliza la relación laboral durante ese periodo de prueba a instancia de la empresa, arrojan un resultado distinto".

- "Consideramos que cuando el "periodo de prueba" del contrato de apoyo a emprendedores finaliza, por iniciativa empresarial y transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria, el supuesto no puede subsumirse en la causa del artículo 49.1.b ET, como viene manteniendo nuestra doctrina. Puesto que el legislador ha querido extender a ese tiempo (insistamos, más allá del máximo que en la misma empresa es posible fijar para el resto de las modalidades contractuales) y a esa funcionalidad (atenta a las posibilidades económicas o similares de la empresa) la figura del desistimiento es claro que no cabe identificar como un despido esa voluntad empresarial. No, al menos, desde la perspectiva de las consecuencias indemnizatorias que derivan del artículo 49 ET y preceptos concordantes. Pero, aunque no estamos ante un despido objetivo, sino ante un desistimiento empresarial, su causa posee esa impronta y, del mismo modo que resulta inadecuado subsumir al supuesto en el artículo 49.1.b ET, cobra sentido la duda sobre si el preaviso debe operar en tal supuesto".

- "Las razones que nos conducen a estimarla pretensión de la trabajadora, bien que por argumentos sustancialmente diversos a los de la sentencia referencial: A) Pese a no estar ante un despido por causas objetivas, es claro el parentesco del desistimiento acaecido con tal figura ("causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"). El artículo 53.1.c) ET prescribe que en toda extinción por ese motivo debe existir "un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo", con independencia de cuánto haya durado la previa prestación de servicios. Puesto que el contrato de trabajo no finaliza por motivo inherente a la persona cesada y se está utilizando el desistimiento empresarial por razones análogas a las que justifican el despido objetivo, el silencio de la Ley 3/2021 bien podría considerarse compatible con la aplicación analógica de esta figura. El artículo 4.1 CC viene disponiendo que "procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". Existiendo en nuestro Derecho un plazo de preaviso de quince días para la comunicación de una extinción contractual por causas económicas, técnicas,

organizativas o productivas (art. 53.1.c ET), la identidad de razón que concurre respecto de casos como el ahora abordado inclina a extender la aplicación de referido plazo (o su equivalente monetario, si se incumpliere). Ello es así no por un deseo de equiparación entre situaciones entroncadas, pero no idénticas, sino porque la analogía (art. 4.1 CC) entre la causa por la que se admite el desistimiento empresarial y el despido objetivo impide subsumirlo en el artículo 49.1.b) ET, quedando entonces prácticamente al margen del listado legal y sin regulación específica. B) El artículo 20.2 ET dispone que "el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe". Este verdadero principio general de Derecho queda mal parado si el empleador conoce la existencia de problemas que convierten en inviables los puestos de trabajo generados al amparo de un contrato de apoyo a emprendedores y, estando exente de aplicar las reglas propias del despido por circunstancias objetivas, ni siquiera advierte a su empleada con cierta antelación de su próximo cese. Del mismo modo que para la dimisión de quien trabaja se exige la observancia de un plazo de preaviso (art. 49.1.d ET), el desistimiento empresarial en un periodo de prueba que se extiende más allá de lo adecuado a su genuina finalidad debiera ir acompañado de similar advertencia. C) En el caso del contrato de apoyo a emprendedores, la validez constitucional del periodo de prueba se ha basado en la atribución al mismo de una funcionalidad diversa a la propia que tal institución posee con arreglo a la dogmática implícita en su arquitectura jurídica y, desde luego, a nuestra consolidada doctrina. En esta modalidad contractual, cuando la terminación del periodo de prueba invocada por la empresa tiene lugar transcurrido el plazo máximo que, en condiciones ordinarias, sería posible debe entenderse que el desistimiento se basa en esa funcionalidad alternativa a la clásica. Desde luego, así sucede en el presente asunto. Aceptar que el periodo de prueba juegue como mecanismo de adecuación de plantillas sin los equilibrios propios del despido por causas objetivas u otras medidas de reestructuración empresarial es una decisión legislativa legítima, como se ha expuesto. Ahora bien, en la medida en que el diseño normativo lo permita, la propia nota de ajenidad inherente a la relación laboral (art. 1.1 ET) pide que exista cierta contraprestación o equilibrio. La observancia de un plazo de preaviso, inmediatamente anterior al cese material, o su equivalente monetario, aparece como un contrapeso adecuado. D) Por último, que la aplicación de tal plazo de preaviso concuerde con las exigencias de la CSE constituye resorte hermenéutico importante, sobre cuyo verdadero alcance, pese a no ser la única razón de nuestra decisión", conviene indagar detenidamente, dado que ha sido el principal argumento tanto de la recurrente cuanto de la sentencia referencial.

- "Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias.

- "Debemos recordar que, en el momento de producirse la terminación del contrato de trabajo de la recurrente, la CSE reconocía "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"; que el ejercicio de tal derecho debe asegurarse mediante convenios colectivos "o mediante cualquier otro procedimiento adecuado"; que no es posible reconducir el desistimiento enjuiciado a la categoría habitualmente activada; que no hay una regulación específica de tal negocio jurídico en el contrato de apoyo a emprendedores. No siendo adecuado trasladar al caso el régimen común del desistimiento durante el periodo de prueba, la previsión del artículo. 4.4 de la CSE actúa como un resorte interpretativo auxiliar. Su remisión a los convenios colectivos puede inducir a pensar que no estamos ante una norma aplicable sin esa intermediación. Sin embargo, vale la pena recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado y la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE. Habida cuenta de que la intermediación que la CSE interesa no se dirige en exclusiva a los convenios colectivos y de que la interpretación concordante de las normas nacionales e internacionales constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento (art. 9.1 CE)

consideramos que el precepto en cuestión opera como un relevante apoyo de la conclusión alcanzada.

- “Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada. De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores (que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c ET”.

IX. Comentario

La sentencia aborda varias cuestiones planteadas por la trabajadora recurrente. La primera relativa a la valoración de los hechos probados y su revisión. Cuestión que lleva al TS a recordar los límites a la revisión fáctica en suplicación y las exigencias para interponer un recurso de casación de unificación de doctrina, por lo que, demostrada la falta de concurrencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la propuesta como contradictoria, declara que no puede entrar en el fondo de la cuestión. La segunda, relativa al carácter fraudulento del contrato de trabajo (en su modalidad de apoyo a emprendedores) y la consiguiente calificación como despido del cese acordado por la empresa durante el periodo de prueba. El TS rechaza la existencia de contradicción porque los presupuestos a partir de los que se sienta la correspondiente doctrina en la sentencia recurrida y en la de contraste son muy diversos.

Finalmente, la trabajadora planteaba el eventual derecho a percibir la indemnización correspondiente al plazo de preaviso cuando el contrato termina por desistimiento empresarial por entender aplicable el art. 4.4 de la Carta Social Europea (CSE). Aporta como sentencia de contraste la STSJ Canarias 28 de enero 2016, rec. 581/2015. La Sala de lo Social admite la contradicción y entiende que la conclusión acertada se contiene en la sentencia de contraste, si bien indicando expresamente que llega al mismo resultado, pero no por los argumentos en ella contenidos. De este modo, la Sentencia del TS opta por la vía intermedia, esto es, la de ofrecer una doctrina unificada propia (lo que no supone incongruencia, como especificó en su momento la STC 172/1994) sobre la necesidad de que el empresario preavise el desistimiento en este específico contrato.

El TS comienza indicando que el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores no puede identificarse con uno de duración determinada (es claramente de carácter indefinido), por lo que no cabe la aplicación de la indemnización legal prevista por la llegada del término convenido propia de los contratos de duración determinada, ni exigir al empresario el preaviso inherente a la extinción de los contratos de duración determinada que han sobrepasado el año de duración (inaplicación del art. 49.1.c ET). Recuerda también por qué el periodo de prueba contemplado en dicho contrato no es contrario a la Constitución, al tratarse de una medida legislativa legítima, coyuntural, de incentivo del empleo cuya función dogmática es “específica” y particular habida cuenta de que no se corresponde única y estrictamente con la prevista con carácter general en el art. 14 ET, sino que persigue también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo (SSTC 119/2014 y 8/2015); sin que tampoco parezca que este contrato sea contrario al Derecho de la UE, ya que el propio TJUE rechazó tener competencia para resolver esta cuestión sobre la base del derecho europeo aplicable (STJUE 5 febrero 2015, C-117/14). Pero pone de relieve que el Comité de expertos (ahora comité europeo de derechos sociales), en sus conclusiones sobre el cumplimiento de cada Estado de los compromisos asumidos XX-3 (2014), consideró que este particular contrato colisionaba con el art. 4 de la Carta social europea, entre otras razones, precisamente por la ausencia de previsión de un preaviso para extinguir el contrato durante el dilatado periodo de prueba.

De ahí que la Sala examine si la necesidad de un preaviso cuando la empresa finaliza la relación laboral en ese periodo de prueba puede derivarse de alguna otra

figura jurídica. Examina su doctrina sobre el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, la tipicidad extintiva y la tipicidad de las causas extintivas e indemnizatorias. Concluye que el desistimiento en periodo de prueba no lleva consigo ningún tipo de indemnización, salvo que la misma se derive de otras previsiones, ni obliga a ningún preaviso (arts. 14 y 49.1.b ET), como lo demuestra el hecho de que el legislador lo prevea expresamente cuando así lo desea (como en el caso de las relaciones laborales de alta dirección o en el empleo doméstico). No obstante, precisa que ello es así cuando se trata de “un verdadero y genuino periodo de prueba” y ante un desistimiento empresarial ajustado a tal caracterización. De modo que, cuando el establecimiento del periodo de prueba se debe a otro fundamento, “quiebra” la base en la que se asienta la regulación legal y su interpretación jurisprudencial. En el caso examinado quedó acreditado que la empresa activó el desistimiento por sus problemas de viabilidad y no por cuestiones atinentes a la forma de desempeño de la actividad de la persona trabajadora. El desistimiento empresarial estaba ligado a la imposibilidad de consolidar los empleos creados y se produjo en un momento en que se superaba la duración máxima del periodo de prueba prevista con carácter general en el convenio colectivo aplicable para el perfil profesional de la recurrente (2 meses) y que la decisión afectó a otros 27 contratos. Por ello, el TS declara que cuando el periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores finaliza por iniciativa empresarial y una vez transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria, el supuesto no puede subsumirse en la causa del art. 49.1.b ET (causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo, donde se ubica dogmáticamente el desistimiento general en periodo de prueba). Pero tampoco cabe subsumir el supuesto en un *despido* cuando se procede al desistimiento empresarial porque el legislador ha querido extender el periodo de prueba más allá del resto de modalidades contractuales y con una funcionalidad vinculada a las posibilidades económicas de la empresa; figuras diferentes (desistimiento y despido), al menos desde las consecuencias indemnizatorias previstas para el despido objetivo. La última duda que le resta por resolver al TS es, entonces, si aunque no son equiparables a efectos de indemnización, debe entenderse que sí lo son a efectos del preaviso. Es decir, si cabe una aplicación analógica con el despido objetivo en relación con la obligación de preaviso contemplado en el art. 53.1.c) ET para todos y cada uno de los supuestos de extinción objetiva del contrato. Y es aquí donde la Sala de lo social declara la concurrencia de elementos interpretativos suficientes para responder afirmativamente y entender que también en este contrato indefinido se debe proceder a un preaviso de 15 días por parte del empresario cuando activa su decisión extintiva con independencia de la duración del contrato de trabajo.

Los motivos esgrimidos por la Sala de lo Social son los siguientes. La interpretación analógica (art. 4.1 CC) con el despido objetivo por causas ETOP habida cuenta de la identidad de fundamento y de la ausencia de regulación legal específica. Las exigencias de la buena fe recíproca en la relación laboral (art. 20 ET) se verían en entredicho si el empresario que^[1] conoce que los puestos no son viables y que está exento de la aplicación del periodo de preaviso propio del despido objetivo, no advierte al empleado con cierta antelación de su cese, como sí se exige cuando es el trabajador quien dimite. La ajenidad de la relación laboral que exige cierto equilibrio en las contraprestaciones. Por la conformidad que tal exigencia de plazo de preaviso genera con la Carta Social Europea (CSE).

A este último argumento la sentencia le dedica en exclusiva el noveno fundamento donde el TS aprovecha para clarificar algunas cuestiones en torno al control de convencionalidad difuso de los jueces y tribunales. Conviene recordar que es en la STC 140/2018 (Ponente F. Valdés Dal-Re) donde se reconoce por vez primera de modo expreso el control de convencionalidad difuso, esto es, la posibilidad de que los órganos judiciales nacionales hagan efectivo el principio de prevalencia o superioridad de los Tratados internacionales sobre las leyes nacionales internas. Aunque el TC había ya señalado con anterioridad que la desconformidad de una norma interna con un Tratado internacional no era un problema de su competencia, porque los Tratados no constituyen canon de constitucionalidad, y que a quienes corresponde determinar la selección de la norma aplicable es a los jueces y tribunales, lo cierto es que, partir de

esta Sentencia esta idea quedó declarada expresamente. En el FJ 6 de esta sentencia se permite expresamente el control difuso de convencionalidad que tiene lugar en el ámbito interno de cada Estado parte y que básicamente es un acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional, pudiendo inaplicar la norma interna contraria a los mismos. La virtualidad que tal declaración suponía para los derechos sociales, en especial como vía de entrada de interpretaciones sociales más amplias derivadas de los Tratados internacionales especializados (como los de la OIT, o la CSE y su interpretación por el CEDS) se puso rápidamente en evidencia. Pero también se advertía de los excesos a que podría dar lugar si se utilizaba por los órganos judiciales a modo de interpretación “alternativa” del Derecho no controlable constitucionalmente, salvo por los mecanismos generales de motivación del art. 24.1 CE (razonabilidad, ausencia de arbitrariedad y de error patente)^[2].

El TS, en una línea que opta por la contención^[3], opta por acotar sabiamente el alcance del control de convencionalidad ofreciendo cierta seguridad jurídica en esta materia. En concreto, la Sentencia recuerda que los Tratados y acuerdos internacionales son de aplicación directa “a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes” (art. 30.1). El intérprete debe así verificar si la norma internacional es clara e incondicionada, con carácter previo a proceder a una libre inaplicación de una norma nacional. Traslada así al ámbito de los Tratados internacionales en general, el mecanismo conocido propio de la eficacia directa de las disposiciones del Derecho de la UE. A contrario, cuando la norma del Tratado no reúne dichas características, el órgano judicial no podrá inaplicar el derecho interno. Como declara la Sentencia, como el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no todo él posee la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. De ahí que la decisión adoptada de considerar aplicable un plazo de preaviso empresarial cuando se extingue el contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba, coincidente con los 15 días previstos para todos los supuestos extintivos del despido objetivo, constituya una solución específica, particular por la peculiaridad del supuesto examinado, que “no prejuzga lo que proceda en otras materias” donde, sólo a la vista de cada una de las prescripciones que fueran aplicables, cabría adoptar una decisión sobre ese particular.

En definitiva, habrá que analizar en cada caso qué precepto es aplicable de la Carta Social Europea -o de cualquier otro Tratado internacional- para comprobar si reúne los requisitos propios de la eficacia directa. Sólo una vez que es clara su aplicación, así como la existencia de contradicción con la norma nacional (en tanto, aunque nada diga el TS, podría también aplicarse aquí la doctrina de la interpretación conforme, por ser más respetuosa con el principio democrático -representado por las mayorías parlamentarias que aprueban la norma nacional- que la unilateral dejación de la norma nacional por el parecer de un órgano judicial, especialmente si es unipersonal), cabrá apartar la norma nacional por contraria al Tratado internacional. En todo caso, estos lógicos límites, hacen surgir la duda de qué ocurre cuando el Tratado internacional (por ejemplo, CSE) llega a conclusiones directamente aplicables contrarias al Derecho de la UE o la interpretación de éste realizada por el TJUE. El principio de primacía, a mi juicio, obligaría al órgano judicial a aplicar la norma comunitaria inaplicando la normativa nacional contraria a la misma, incluido el Tratado ratificado que forma parte del ordenamiento interno. Veremos cómo evolucionan los perfiles supremos del control de convencionalidad y los resquicios que tratan siempre de encontrar los órganos inferiores inducidos por sagaces juristas.

Referencias:

1. ^ *Sobre este control JIMENA L., “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, RGDTSS n. 53 (2019), pp. 434-461; LLOBERA VILA*

- M., “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales: STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre, NREDT, n. 222/2019, pp. 252-262.
2. ^ NOGUEIRA GUASTAVINO M., “El derecho internacional social europeo y los Convenios Fundamentales de la OIT: luces y sombras del control difuso de convencionalidad en España”, RMTES n. 14/2020, pp. 421-451
 3. ^ GOERLICH PESET J.M. El control de convencionalidad ante el TS, Foro de Labos, 11 de mayo 2022.

§ 39 **Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica.**

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: Esta sentencia del Tribunal Supremo de 285/2022, de 30 de marzo, versa sobre la problemática de la admisibilidad de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar el despido disciplinario del trabajador, y asimismo sobre los requisitos necesarios de la prueba basada en la videovigilancia y la atención a los principios de “balanceamiento” o ponderación entre los derechos en juego. La admisibilidad de una prueba de videovigilancia para despedir disciplinariamente al trabajador está sometida a un sistema de límites y condiciones de validez ineludibles, cuya inobservancia puede afectar a la calificación judicial del despido.

Palabras clave: Videovigilancia. Admisibilidad de la prueba de videovigilancia en despidos disciplinarios. Derecho a la información previa. Consentimiento informado. Intimidad. Protección de datos personales. Calificación del despido. Tutela de los derechos fundamentales. Carga de la prueba en despidos lesivos de derechos fundamentales.

Abstract: This judgment of the Supreme Court of 285/2022, of March 30, deals with the problem of the admissibility of the video surveillance evidence provided by the company to justify the disciplinary dismissal of the employee, and also with the necessary requirements of the evidence based on video surveillance and the attention to the principles of “balancing” or weighting between the rights at stake. The admissibility of video surveillance evidence for the disciplinary dismissal of the employee is subject to a system of unavoidable limits and conditions of validity, the non-observance of which may affect the judicial qualification of the dismissal.

Keywords: Video surveillance. Admissibility of video surveillance evidence in disciplinary dismissals. Right to prior information. Informed consent. Privacy. Protection of personal data. Qualification of the dismissal. Protection of fundamental rights. Burden of proof in dismissals prejudicial to fundamental rights.

“El Derecho no se presenta ante los ojos sino cuando lo vemos actuar en el proceso [...]. Pero en el proceso, el Derecho actúa vestido con la prueba, y así, la forma de su valer acaba por parecer la substancia de su ser. Éste es lo irresistible, porque las condiciones de actividad procesal del Derecho tienden a confundirse con las condiciones de su existencia material”

FRANCESCO CARNELUTTI^[1]

I. Introducción

El Juzgado de lo Social número Ocho de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Se estima la demanda formulada por D Florencio con DNINUM000 frente a AREAS SA, declarando la *improcedencia del despido* que se produjo con efectos de 9 de mayo de 2018".

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 16 de enero de 2020, rec, 743/2019, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que había inadmitido la prueba de videovigilancia, declarando la *nulidad* del despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Fecha de la sentencia: 30 de marzo de 2022

Recurso de Casación: RCUd núm. 1288/2020

ECLI: ES:TS: 2022:1233

Fuente: ROJ 1233/2022

Ponente: Excmo Sr. D^o. JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La controversia suscitada en este recurso de casación unificadora consiste en determinar si debió admitirse la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar el despido disciplinario del trabajador.

La empresa demandada interpuso recurso de casación unificadora con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 90.1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), art. 281.1^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 20 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y art. 6. 2^o de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en relación con los arts. 18.1 y 4 y 24.1 de la Constitución, argumentando que la prueba de videovigilancia es lícita.

La parte actora (persona trabajadora) presentó escrito de impugnación del recurso en el que argumenta que la sentencia recurrida es conforme a Derecho. El Ministerio Fiscal informa a favor de la procedencia del recurso.

Se ha de resolver el recurso de casación para unificación de doctrina, pues existe la contradicción alegada. Examinado el requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 de la LRJS. Concorre, en efecto, el requisito de contradicción que viabiliza el recurso de casación para la unificación de doctrina porque se trata de trabajadores de la misma empresa, con la misma categoría profesional, despedidos disciplinariamente en la misma fecha por cometer varios hurtos en el centro de trabajo. En ambas sentencias se menciona el archivo de la denuncia ante la Agencia de Protección de Datos, siendo idénticos los hechos probados en relación con la no información al trabajador y sí a los representantes de los trabajadores. Las pretensiones y los fundamentos son idénticos pero los fallos son contradictorios, ya que mientras que la sentencia recurrida declara la nulidad del despido porque considera que la prueba obtenida mediante la grabación por cámaras de videovigilancia es ilícita; en la sentencia de contraste se declara la licitud de la prueba y se devuelven actuaciones para que se tenga en cuenta ésta. En mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se han dictado sentencias contradictorias

Admitida la existencia de contradicción, se trata de precisar el criterio jurisprudencial que ha de ser mantenido en unificación de doctrina. El Ministerio Fiscal emite informe, el en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado procedente.

IV. Posiciones de las partes

1º. Posición de la empleadora

La empresa demandada interpuso recurso de casación unificadora con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 90.1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), art. 281.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 20 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y art. 6. 2º de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en relación con los arts. 18.1 y 4 y 24.1 de la Constitución, argumentando que la prueba de videovigilancia es lícita.

2º. Posición de la parte social

La parte actora (persona trabajadora) presentó escrito de impugnación del recurso en el que argumenta que la sentencia recurrida es conforme a Derecho. Se acoge al criterio de la sentencia recurrida la cual argumenta que *no se acreditó que la empresa tuviera sospechas o indicios claros de la existencia* de una acción de uno o varios empleados que hubiera dado lugar a la instalación de un sistema de videovigilancia, constando probado que la actividad de videovigilancia era continuada, efectuándose comprobaciones aleatorias, lo que hubiera exigido una información adecuada que no se produjo, por lo que confirma la sentencia de instancia, que inadmitió esta prueba y declaró la nulidad del despido.

V. Normativa aplicable al caso

- Artículos 18 y 24 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE); Artículos 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante Ley Orgánica 3/2018).

- Artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter personal (en adelante, LOPD de 1999).

- Artículos 4.2, 20.3, 54, 55, apartados 5 y 6, del RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS),

Capítulo XI. "De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas", artículos 177 a 184. En lo principal entran en juego más intensamente los artículos 108.2, 221, 224, 235, 179, 182 y 183 LRJS; artículo 108, artículo 96.1 LRJS; y artículos 207.e) y 219.1º LRJS.

- Artículos 299.2, Sección 8 ("De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso"), artículos 382 a 384 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

VI. Doctrina básica (Fundamentación jurídica)

En el supuesto enjuiciado en la presente litis, la empresa instaló un sistema de control por videovigilancia con la *finalidad de intentar reducir y prevenir el problema de la pérdida desconocida* en el comercio al por menor. Consistía en varias cámaras ubicadas en el interior de los centros sobre las máquinas de cobro y en la perpendicular de las barras de servicio al objeto de identificar a la persona que realiza la función de cajero. Se instalaron para garantizar la seguridad respecto a los empleados y bienes de la empresa. No existen monitores en los centros donde se puedan visualizar las imágenes captadas por las videocámaras. Se colocaron carteles adhesivos informando de existencia de cámara a la entrada de los establecimientos y en el interior de los mismos. Las imágenes eran visualizadas por el responsable del fichero y grabadas y guardadas en el sistema instalado. La empresa informó a la representación legal de los trabajadores los cambios de ubicación de cámaras con especificación de nueva ubicación y posteriormente la instalación de nuevos equipos de vigilancia en determinados puntos con especificación de los mismos. Al actor no se le notificó la realización de captación de su imagen durante el desempeño laboral ni la utilización de la misma con finalidad disciplinaria. La actividad de videovigilancia era continuada efectuándose comprobaciones aleatorias.

Conforme a la referida doctrina constitucional y jurisprudencial interpretativa de la LOPD de 1999, el tratamiento de datos de carácter personal del trabajador consecuencia de la videovigilancia no requería el consentimiento del art. 6 de la LOPD de 1999 porque se trataba de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral. *El empleador no necesitaba el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad, ya que se trataba de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y que era conforme con el art. 20.3 del ET. Solamente era necesario el deber de información del art. 5 LOPD de 1999.*

Por otra parte, las cámaras estaban *señalizadas con carteles* adhesivos que permitían que todas las personas presentes en la cafetería, tanto trabajadores como clientes, tuvieran conocimiento de su presencia, habiéndose informado a los representantes de los trabajadores. Es menester ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto; el derecho a la protección de datos del trabajador y el poder de dirección empresarial. El demandante era dependiente de primera, prestando servicios en la cafetería de un aeropuerto. La instalación de esas cámaras de vigilancia era una medida justificada por razones de seguridad en sentido amplio, a fin de evitar hurtos, al existir un problema consistente en la pérdida desconocida en el comercio al por menor; idónea para el logro de esos fines, al permitir descubrir a eventuales infractores y sancionar sus conductas, con un efecto disuasorio; necesaria, debido a la inexistencia de otro tipo de medios intrusivos para conseguir la citada finalidad; y proporcionada a los fines perseguidos, habiéndose utilizado el dato obtenido para la finalidad de control de la relación laboral y no para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

Se trata de decidir si la prueba era válida y si limitación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora estaba razonable y justificada. Al respecto, se indica que la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia era una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad. A juicio del Tribunal Supremo *estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego.*

VII. Parte dispositiva

De conformidad con el razonamiento efectuado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, se concluye la argumentación jurídica desplegada declarando que conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial relativa al supuesto enjuiciado resulta obligado estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de

estimar el recurso de dicha clase, declarando la reposición de los autos al momento de celebración del acto de juicio para que en la fase probatoria se admita el informe aportado como documento número cinco por la parte demandada, se ratifique por su autor y se reproduzca la grabación. Se acuerda la devolución a la empresa recurrente de los depósitos y consignaciones efectuadas. Sin condena al pago de costas (art. 235.1 de la LRJS).

Se decide, pues, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Áreas SA, por un lado, y por otro, casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de enero de 2020, recurso 743/2019, que resolvió el recurso de suplicación formulado por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Ocho de Madrid en fecha 21 de marzo de 2019. Procedimiento 654/2018.

VIII. Pasajes decisivos

La controversia jurídica planteada hace referencia a varias cuestiones, según queda expuesto aquí (y con mayor detenimiento, lógicamente en los fundamentos jurídicos de esta importante Sentencia del Tribunal Supremo). De entre ellos se puede destacar los siguientes (con carácter muy selectivo dado los límites de espacio asignados a este estudio jurisprudencial):

Para el Alto Tribunal "las cámaras estaban señalizadas con carteles adhesivos que permitían que todas las personas presentes en la cafetería, tanto trabajadores como clientes, tuvieran conocimiento de su presencia, habiéndose informado a los representantes de los trabajadores. Es menester ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto; el derecho a la protección de datos del trabajador y el poder de dirección empresarial. El demandante era dependiente de primera, prestando servicios en la cafetería de un aeropuerto. La instalación de esas cámaras de vigilancia era una medida justificada por razones de seguridad en sentido amplio, a fin de evitar hurtos, al existir un problema consistente en la pérdida desconocida en el comercio al por menor; idónea para el logro de esos fines, al permitir descubrir a eventuales infractores y sancionar sus conductas, con un efecto disuasorio; necesaria, debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad; y proporcionada a los fines perseguidos, habiéndose utilizado el dato obtenido para la finalidad de control de la relación laboral y no para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

En consecuencia, la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia era una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad. A juicio de esta Sala, estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego" (FJº 4, apartado 3).

IX. Comentario jurídico-crítico

La videovigilancia puede ser una medida empresarial de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, al amparo del art. 20.3 del ET. Es necesario distinguir entre la videovigilancia oculta y la que se realiza con conocimiento efectivo de la persona empleada.

La STC 39/2016 (Pleno), de 3 de marzo, enjuició un supuesto en el que las cámaras de videovigilancia se habían instalado en una tienda, captando la imagen de la trabajadora apropiándose de dinero. Para ocultar dicha apropiación, la empleada realizó operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. La trabajadora fue despedida. La cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja. En un lugar visible del escaparate del establecimiento se había colocado el distintivo informativo.

Esta doctrina constitucional se ha aplicado en reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo. La STS de 7 de julio de 2016, rec. 3233/2014, declaró lícita la prueba consistente en una videograbación efectuada en una zona de la empresa

destinada a almacenar productos. En el mismo sentido se pronunció la sentencia de contraste, dictada por el TS en fecha 31 de enero de 2017, recurso 3331/2015. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 1 de febrero de 2017, recurso 3262/2015, examinó un litigio en el que el centro de trabajo tenía un sistema de videovigilancia por razones de seguridad (para impedir robos y otros delitos), siendo la trabajadora concedora de dicho sistema, sin que hubiera sido informada del destino que pudiera darse a las imágenes o que pudieran ser utilizadas en su contra. Con base en dichas grabaciones, la trabajadora fue objeto de un despido disciplinario por haber manipulado los tickets y hurtado diferentes cantidades. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 2 de febrero de 2017, recurso 554/2016, enjuició un pleito en el que en el centro de trabajo (un gimnasio) existían videocámaras en la entrada y en los espacios públicos del gimnasio, excepto en los vestuarios y aseos, sin que la representación unitaria de los trabajadores, ni los trabajadores, hubieran sido advertidos de su posible uso con fines disciplinarios. La sentencia del TS de 21 de julio de 2021, recurso 4877/2018, abordó un pleito en que un vigilante de seguridad estaba encargado del acceso principal de vehículos a un recinto ferial.

Pero también hay que tomar en consideración (lo cual es atendido también por la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario), adicionalmente, que, en determinadas circunstancias, la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (*López Ribalda I*) admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni de la ubicación de determinadas cámaras de videovigilancia, sin que ello conduzca necesariamente a la nulidad de la prueba de videovigilancia (la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia) que sustenta y acredita el despido o la sanción disciplinaria impuesta al trabajador. Frente a la más garantista doctrina precedente doctrina de *López Ribalda I*, que exigía el conocimiento de la existencia de las cámaras de videovigilancia -utilizadas como medio fundamental o principal de prueba-, pero también la información al trabajador de la posible finalidad disciplinaria de su establecimiento y emplazamiento.

En todo caso, en el presente supuesto analizado, la sentencia recurrida parte de que "el sistema de videovigilancia era conocido por el trabajador por evidente y notorio". El deber de información del art. 5 LOPD de 1999 (aplicable por entonces el caso) permite al trabajador ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. *La base jurídica del tratamiento de datos está más bien en la ejecución y cumplimiento del contrato de trabajo y en las consiguientes facultades legales de control del empleador (art. 20.3 ET) y no tanto en el consentimiento del trabajador, y ello por el "desequilibrio claro" que puede existir entre el interesado y el responsable del tratamiento al que hace referencia el considerando 43 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Según el Tribunal Supremo la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia era, así, una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia constitucional y del TEDH. Debe tenerse adicionalmente en cuenta, en este sentido, que es al empresario a quien le corresponde "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo" (art. 105.1 LRJS), por lo que ostenta la facultad de utilizar "los medios de prueba pertinentes para su defensa" (art. 24.2 CE).*

En el presente supuesto, se trataba de unas cámaras de seguridad de acceso al recinto ferial de Ifema, cuya existencia era conocida por el trabajador, que potencialmente podían permitir acreditar el incumplimiento de las normas de seguridad del acceso al recinto por el vigilante de seguridad, cuyo cometido era, precisamente, cumplir con esas normas de seguridad. Securitas tenía un interés legítimo amparado en sus facultades empresariales de control y en la carga de la prueba que sobre ella recaía a la hora de probar la veracidad de los hechos acreditativos del incumplimiento

reprochados al trabajador. Concurrían también intereses públicos de gran importancia derivados del incremento de la amenaza terrorista. Por lo demás, el examen de caso de autos se debe ceñir a si la prueba debió o no admitirse, sin que deba extenderse a si se cumplieron todos los requerimientos de la legislación de protección de datos, tanto desde la perspectiva de la relación de la empresa con el trabajador despedido, como de la relación entre Securitas e Ifema. (Véase STS 817/2021, de 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018, sobre despido disciplinario de vigilante de seguridad en el recinto ferial por incumplimiento grave y culpable basándose en imágenes grabadas por las cámaras de control de Ifema).

Por su parte, la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (*López Ribalda II*), destaca el hecho de que, como igualmente ocurría en el supuesto enjuiciado por el TEDH, la prueba no fuera nula desde la perspectiva de la impugnación judicial de la sanción disciplinaria impuesta al trabajador, no impide que la empresa pueda ser responsable en el ámbito de la legislación de protección de datos, de manera que las allí demandantes tenían otras medidas a su disposición, como la denuncia ante la agencia o el órgano responsable de la protección de datos o el ejercicio de acciones judiciales, pues la protección de datos en el marco de la videovigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios, que pueden corresponder sin duda al Derecho laboral, pero también al Derecho administrativo, civil o penal, medios estos últimos que las allí demandantes optaron por no utilizar^[2].

Se está ante un problema de aplicación e interpretación del grupo normativo regulador de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y del uso legítimo los poderes directivos del empleador (véase el apartado 5, sobre la normativa aplicable al caso).

Por ello mismo, la prueba de videovigilancia para despedir o sancionar disciplinariamente al trabajador está sometida a un sistema de límites y condiciones de validez y admisibilidad. Veámoslo:

1º. El sistema de videovigilancia para uso empresarial y para la vigilancia y el control de la actividad laboral puede ser admisible al amparo del poder de dirección ex art. 20.3 del ET, conforme al 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 de su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

2º. En el referido precepto encontramos ya un límite general explícito, a saber: “guardando en su adopción y aplicación la consideración debida de su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad” (art. 20.3 del ET). Atendiendo a que la dignidad constituye el eje del sistema de derechos y libertades fundamentales garantizadas en la Constitución en el marco del estándar multinivel de los derechos humanos fundamentales (art. 10 CE)^[3], es manifiesto que el ejercicio de vigilancia y control debe ser “ponderado”, sometido a los principios de racionalidad y proporcionalidad y al principio de la buena fe que rige expresamente el ejercicio de todas las facultades que comprende el poder de dirección del empleador (art. 20.2 del ET). En el fondo se ha de cumplir con el triple juicio que ha de observarse en toda medida restrictiva de derechos fundamentales -datos personales, intimidad, imagen, etcétera-, es decir, que la medida debe ser idónea para conseguir el objetivo legítimo, necesaria, que no exista otra medida para esa finalidad y proporcional en términos de equilibrio y ponderación (STC 9/2000, de 10 de abril de 2000, asunto Casino La Toja; con cita de jurisprudencia consolidada de este “triple juicio” de razonabilidad de la medida restrictiva). La falta o el déficit grave en la pertinente observancia de este triple juicio de racionalidad jurídica, privará de legitimidad al sistema de vigilancia y control laboral.

3º. Esto significa, en primer lugar y ante todo, que la captación y grabación de imágenes en el centro de trabajo debe ser necesaria e indispensable para la seguridad y buen funcionamiento de la empresa; y además ha de ser justificada, proporcional y

sujeta al criterio de la menor intervención/invasión posible de los derechos fundamentales del trabajador (señaladamente, la protección de datos personales y la intimidad) (SSTC 98/2000, de 10 de abril –aunque referida a la instalación de aparatos de captación y grabación en el centro de trabajo–; 186/2000, de 10 de julio; 241/2012, de 17 de diciembre; 29/2013, de 11 de febrero; 170/2013, de 7 de octubre, de 7 de octubre; 212/2013, de 16 de diciembre; entre otras). No toda empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma requiere de estas técnicas de vigilancia y control, pues dependerá de las condiciones y circunstancias concretas de la empresa y del sistema de organización del trabajo. La carga de la prueba de esta “necesariedad” y adecuación (principio de justificado motivo en la introducción de la medida de videovigilancia) corresponde evidentemente a la dirección de la empresa o del complejo empresarial. La vigilancia y control no puede ser un expediente generalizable y sin justificación y, tras está, sin criterios de proporcionalidad y ponderación entre los derechos en juego. Por lo demás, en caso de su utilización instrumental a efectos de despido disciplinario, es al empleador a quien le corresponde “la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo” (art.105.1 LRJS), por lo que en coherencia está facultado para utilizar “los medios de prueba pertinentes para su defensa” (art. 24.2 CE), pero siempre que con ello se respeten los principios de necesidad, adecuación (principio de intervención mínima) y proporcionalidad de la medida para los fines perseguidos, siendo necesario ponderar los derechos y bienes constitucionales en situación de conflicto; esto es, el derecho a la protección de datos de la persona trabajadora y el poder de dirección del empleador para fines empresarial y laborales.

4º. El art. 20bis del ET (ubicado sistemáticamente, de manera harto significativa, precisamente después del art. 20 del ET) garantiza el derecho de los trabajadores a la intimidad, estableciendo que los trabajadores tienen derecho 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”. En este sentido el art. 87 (“derecho a la intimidad...”) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), garantiza el derecho a la intimidad en relación con un el entorno digital. Por su parte, las personas trabajadoras (en el ámbito del empleo privado y público) tienen, conforme al art. 89 de Ley Orgánica 3/2018, “derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo” (cfr. Art. 90, respecto al “derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”), indicando, entre otras cuestiones, que “los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videovigilancia para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o empleados públicos previstas respectivamente, en el art. 20.3 del ET y en la legislación de función pública, 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 o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida*” (cfr. Art. 64.5.f) del ET^[4]). Se añade que “en el supuesto de que se haya captado la comisión fragante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos 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” (apartado 1 del art. 89.1)^[5]. No sólo la Sentencia aquí analizada, sino también otras como la STS, Sala de lo Social, núm.1003/2021, de 13 de octubre, recud, 3715/2018, sobre la posible licitud de la prueba de videovigilancia y su uso finalista para los despidos y sanciones disciplinarias. Para el Tribunal Supremo la medida empresarial de vigilancia y control se resuelve en la predisposición de los medios técnicos para verificar el cumplimiento por la persona que trabaja de sus obligaciones y deberes jurídico-laborales al amparo del art. 20.3 del ET, en relación con el art. 1.1 del mismo cuerpo legal. Es lícita la prueba de videovigilancia y grabación cuando los trabajadores conocían la instalación de cámaras y existían carteles advirtiendo de su presencia; sin ser necesario especificar la finalidad concreta que se ha atribuido a la videovigilancia y el control de imágenes que permite^[6].

El art. 90 de la Ley Orgánica 3/2018^[7] (en relación con el art. 5. “Deber de confidencialidad” de la LOPD) deja sentado la exigencia del conocimiento previo del trabajador como regla general de orden público inexcusable; recae en la dirección de la empresa facilitar esa información y su finalidad^[8]. Esa información debe atender al principio de transparencia el cual exige que la información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender (comprensible), y que se utilice un lenguaje comprensible.

5º. Límites también explícitos se recogen en la regulación legal, cuando se establece que “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 empleados públicos, tal como vestuarios, aseos, comedores o análogos” (art. 89.2 Ley Orgánica 3/2018).

6º. En cualquier caso, la utilización de estos sistemas de vigilancia y control en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en el sistema legal (SSTS 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018; y de 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018). Su condición de validez también depende de la transparencia y visibilidad, con la información (de su existencia y finalidad) al trabajador y a los representantes legales y con carteles que indiquen que existe una cámara de visualización y grabación. Esto precisamente garantiza su posible efecto disuasorio y persuasivo para la tutela de los fines legítimos perseguidos con su instalación. Si la prueba de videovigilancia ha sido ilícita, por incumplir los deberes de motivación/justificación de la medida, información, transparencia y visibilidad –aparte del principio de proporcionalidad en la adopción de la medida sancionadora-, el eventual despido disciplinario de la persona que trabaja deviene ilegítimo, el cual de ordinario deberá calificarse de despido nulo al acreditarse que la prueba de videovigilancia –exclusiva o principal para motivar el despido disciplinario- ha sido ilícita con vulneración de derechos fundamentales (doctrina, de origen anglosajón, del “fruto del árbol envenenado”), con los efectos contractuales e indemnizatorios cualificados pertinentes (artículos 55, apartados 5 y 6, del ET y 108.2 de la LRJS). Si la prueba de videovigilancia es lesiva del derecho fundamental y el fundamento exclusivo o principal del despido éste debe ser declarado nulo con todas las consecuencias jurídicas anudadas a dicha calificación tipológica (La STC 61/2021, de 15 de marzo, no entró -incorrectamente- en esta cuestión de la calificación por entender que era una decisión de legalidad ordinaria que correspondería enjuiciar por ello a la jurisdicción ordinaria)^[9]. En cualquier caso, si se declara judicialmente que la prueba es ilícita por vulneración del derecho fundamental de la persona trabajadora ello exigirá el correspondiente resarcimiento del daño moral o perjuicio sufrido por el trabajador con independencia de que finalmente el despido sea calificado en sí como improcedente o nulo, y con carácter *adicional* a la indemnización tasada que le pueda corresponder al trabajador por el despido ilegítimo (*in fine* el grupo normativo formado por los artículos 178.2, 183.3 y 184 de la LRJS)^[10].

7º. El deber de informar al trabajador (y, pero no debería de excluirse a los representantes legales de la empresa o centro de trabajo, en caso de que los hubiera) tiene una importante excepción en los supuestos de *cámara oculta*, por sospecha fundada en elementos indiciarios de que la persona que trabaja pudiera estar llevando a cabo una conducta desleal o ilícita. (Hay que tener en cuenta que en el caso de autos al trabajador no le fue notificada la realización de captación de su imagen durante el desempeño laboral ni la utilización de la misma con finalidad específica disciplinaria). La STC 39/2016, 3 de marzo de 2016, entiende que, si el trabajador sabe de la existencia del sistema de videovigilancia, no es obligado especificar la finalidad exacta asignada a ese control.

Ese es el caso y la doctrina establecida por el TEDH en STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II), que hace

notar que en el caso se considera que el uso como prueba de las imágenes obtenidas por videocámara oculta no socava sin más la imparcialidad del proceso ni el derecho a la intimidad ni al más amplio derecho a protección de datos personales. La sospecha ha de ser fundada, y no tratarse de simples suposiciones. Se rectifica y corrige en gran medida la STEDH (Gran Sala) 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda I c. España), que inadmitió la prueba por tratarse de una videovigilancia oculta o encubierta sin una justificación razonable y sin atender a otros elementos de acreditación de los hechos. La *regla general continúa siendo que el sistema de videovigilancia sea conocido por el trabajador* (y de ordinario por sus representantes legales de existir éstos), aunque no sea obligado especificar la finalidad exacta asignada a esa vigilancia y control. El conocimiento/información (que a menudo se obtiene por el hecho de la notoriedad y visibilidad del sistema de videovigilancia y control de la seguridad de los centros o instalaciones^[11]) no puede identificarse con la exigencia de consentimiento o veto por parte del trabajador^[12]. El empleador no está obligado a requerir el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas mediante las cámaras instaladas en la organización empresarial con la finalidad de seguro o control laboral. Tampoco se exige el consentimiento de la representación legal de los trabajadores.

Ahora bien, el tratamiento de las imágenes tiene una *adscripción finalista*, pues no pueden utilizarse para fines ajenos al control de las relaciones de trabajo (exclusivamente en los términos previstos, entre otros, en el art. 20.3 del ET). De no ser así, estaríamos ante una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de los trabajadores afectados por la medida de videovigilancia con todas las consecuencias jurídicas en términos de responsabilidad empresarial (art. 18 CE). Por otra parte, ha de ser una medida de vigilancia y control necesaria –como se indicó– y ha de cumplir con los principios de justificación, adecuación y proporcionalidad, como elementos de racionalidad jurídica exigibles para que la medida de videovigilancia sea realmente respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes de vigilancia y control atribuidos al empresario (art. 20.3 del ET). Los poderes directivos del empleador –fundados en el contrato de trabajo o, en su caso, en la relación estatutaria de Derecho público y en el principio de la libertad de empresa ex art. 38 CE–, han de respetar los derechos de la persona trabajadora (como la protección de datos personales, la intimidad, etcétera), y tales principios de justificación, adecuación y proporcionalidad se infieren ya de la propia Constitución que los reconoce dentro del sistema de límites recíprocos que se impone deducir del estándar de derechos y libertades que nuestra Norma Fundamentales garantiza en su sistema interno, el cual se dota de la pertinente apertura al estándar multinivel de garantía de derechos fundamentales (artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución).

Para superar el juicio de proporcionalidad en la instalación *excepcional* de las *cámaras ocultas* (videovigilancia oculta) es necesario, como mínimo, los siguientes requisitos: 1) Que la cámara o el circuito de grabación esté instalado durante unos pocos días (por tanto, no puede ser una medida permanente, sino temporal y adaptada a los fines legítimos). 2) Igualmente, la cámara o el circuito de grabación deberá de enfocar solo el puesto de trabajo de la persona de la que se sospecha (deben ser sospechas razonables con indicios acreditados). 3). Tratándose de una excepción al deber de informar con carácter previo a la introducción de la medida, sólo se permite no cumplirlo cuando se acrediten “sospechas razonables” de que se está produciendo (no tiene un carácter preventivo genérico e indiferenciado) un incumplimiento laboral que incida negativamente en los intereses de la organización empresarial y siempre con no se disponga de otros medios eficaces alternativos que sean menos invasivos sobre la esfera privada de la persona que trabaja. De este modo la vigilancia o controles ocultos no puede realizarse por una mera sospecha de la comisión de un acto ilícito por parte del trabajador, pues se ha de acreditar que existe una “sospecha razonable” *aportando indicios* de que se está cometiendo una infracción grave que incida negativamente en los intereses de la empresa o del empleador. 4) La grabación o videovigilancia también deberá superar la idoneidad necesaria del juicio de proporcionalidad (STC 186/2000). Esto significa que dicha grabación deberá de tener la finalidad de detectar el incumplimiento o la irregularidad

que se pretende evitar y de que se tiene sospechas razonables (se insiste, no caben meras sospechas o intuiciones, pues es obvio que dichas justificaciones no superarían el juicio de proporcionalidad). Para el cumplimiento de tal finalidad se debería acreditar mediante cualquier tipo de documento o indicio que permita verificar la existencia de estas sospechas razonables en términos jurídicos. Los indicios sustentan una conclusión sobre el *factum probandum*^[13]. No se puede eximir de ellos –de esa aportación indiciaria-, porque se estaría no ante actos meramente discrecionales, sino decididamente arbitrarios sin justificación “a priori” alguna en el desenvolvimiento de las relaciones intersubjetivos de trabajo, las cuales están basadas, precisamente, en la confianza legítima y en el principio de la buena fe (inherentes a las obligaciones jurídicas de cooperación en las relaciones contractuales o estatutarias de trabajo). La cooperación debida (a la que sirve la relación obligatoria) presupone, de suyo, la buena fe contractual y, en general, en el actuar jurídico.

Con estos límites se puede utilizar la prueba de videovigilancia, sin que ello por sí mismo implique una lesión del derecho constitucional a la intimidad o del más amplio derecho a la protección de datos personales (art. 18 CE^[14]; interpretado conforme canon hermenéutico establecido ex art. 10.2 de la misma Norma Fundamental) De manera que a efectos del despido disciplinario (art. 54 del ET) o sanción ex art. 58 del ET los hechos pueden ser objeto de prueba válida grabada a través del sistema de videovigilancia. Pero estamos en el campo donde la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales en tensión exige que la dinámica de la empresa no pueda derivar en una organización interna de poder de dominio y vigilancia prácticamente ilimitado sobre las personas que prestan servicios profesionales bajo condiciones de dependencia o subordinación organizacional. Si se aceptara su “normalización jurídica” sin límites precisos la vigilancia y control de las personas que trabajan entonces pasamos del trabajo como “mercancía sui generis” (“mercancía ficticia”, porque la personas no lo son como señalara Karl Polanyi^[15]) a la dominación directa de la persona del trabajador y la neutralización funcional/instrumental de sus derechos personalísimos en el marco de las relaciones de trabajo. Esto es, se transitaría de la simple subordinación o dependencia contractual al más amplio poder instrumental de un tipo de subordinación capaz de incidir en la naturaleza humana. Se arrebataría (o más exactamente se invadiría) al trabajador lo que le es más íntimo, esto es, la esfera inherente a su personalidad. Es un poder (poder biopolítico neopañóptico normalizado que sobrepasaría a la formulación originaria del poder biopolítico empresarial que realizara Michel Foucault^[16]) que presentaría el riesgo de incrementar la disciplina y el principio de autoridad más allá de lo que pueda resultar razonable en una relación jurídica contractual o estatutaria en un régimen de democracia constitucional. La idea de poner freno a formas de organización y vigilancia de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo que incrementan los poderes exorbitantes de la dirección de la empresa y la intrusión en la esfera personalísima de los trabajadores es una exigencia del propio sistema democrático de relaciones laborales^[17], pues pone en cuestión el disfrute de los derechos de la persona como ciudadano en la empresa u organización productiva. La formas de organización empresarial propias de un reforzado orden de dominio de la vigilancia y control laboral invasivo “abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas”, expropia datos personales y posibilita la elaboración de modelos predictivos conductuales que limitan la esfera de libertad real de la persona que trabaja y la hacen más vulnerable frente al poder del empleador^[18].

BIBLIOGRAFÍA

ARRÚE MENDIZÁBAL, M.: *El derecho a la propia imagen de los trabajadores*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2019.

CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.

BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, Ed. Wolters Kluwer España, 2019.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *El derecho del trabajo a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa "neopanóptica"*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2021.

GUINDO MORALES, S.: *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Murcia, Laborum, 2020.

GOÑI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Protección en caso de despido injustificado (Artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.(DIRS): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derecho a protección en caso de despido (Artículo 24 de la Carta Social Europea revisada)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.(DIRS): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: "Forma y procedimiento del despido disciplinario. El despido nulo (artículos 55 del ET y concordantes. Estudio especial del despido nulo)", en VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido*, Tomo II, BORRAJO DACRUZ, E. (DIR.), Madrid, EDESA, 1994.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: "Despido nulo", en MONEREO PÉREZ, J.L. (DIR.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (COORDS.), Granada, Ed. Comares, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: "Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8/2019.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Videovigilancia sin información ni carteles: sobre cómo el incumplimiento de los requisitos formales de un recurso extraordinario impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la calificación del despido disciplinario basado en prueba lícita", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2022.

ORTEGA LOZANO, P.G.: *Las consecuencias jurídicas del despido procedente, improcedente y nulidad*, Murcia, Ed. Laborum, 2018.

PRECIADO DOMÈNEZ, C.H.: *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo: adaptación al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2017.

RIVAS VALLEJO, P.: "El efecto Ribalda II en la admisión de prueba de videovigilancia en un despido disciplinario", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8/2021.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2019.

RUIZ GONZÁLEZ, C.: *La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2018.

VVA.AA.: *De la economía digital a la sociedad de e-work decente: condiciones sociolaborales para una industrial 4.0 justa e inclusiva*, MOLINA NAVARRETE, C., VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (Dir.) y GONZÁLEZ COBALEDA, E. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2021.

ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Ed. Paidós, 2020.

Referencias:

1. ^ CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, págs. XXIII-XXIV
2. ^ La STS de 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018, dictada en un supuesto idéntico al enjuiciado en la STS de 21 de julio de 2021, ha reiterado su doctrina. Y lo mismo cabe decir de las SSTS de 13 de octubre de 2021, rec. 3715/2018, y 91/2022, de 1 de febrero, rcud, núm. 3482/2019, etcétera.
3. ^ En este sentido y abundando en ello, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La dignidad de la persona como eje del sistema de derechos fundamentales (artículo 10.1 CE y normas concordantes)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F. y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.): *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2020, pp. 1-186.; *Ibid.*, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019, pp. 9 y ss.
4. ^ Esta disposición establece un derecho de consulta-informe de los representantes de los trabajadores, los cuales tendrán derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: “[...] f) La implantación y previsión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”. Hay que tener en cuenta que el art. 64.1, párrafo segundo, del ET define la consulta entendiendo por tal “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”; añadiendo que “En la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores (art. 64.1, párrafo tercero, del ET). Hay que tener en cuenta que el incumplimiento del procedimiento de “consulta-informe” puede cuestionar la validez de la medida empresarial adoptada. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, espec., págs. 255-263 (“La responsabilidad empresarial por incumplimiento de los deberes de información y consulta a cargo del empresario”). Estos derechos de “consulta-informe” – incluido, pues, el art. 64.5.f) del ET– pueden, y en puridad deberían, ser objeto de concreción y mejora por parte de la autonomía colectiva, según se prevé en el propio sistema legal ex art. 91 (“Derechos digitales en la negociación colectiva”) de la Ley Orgánica 3/2018, conforme al cual, “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el

tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”.

5. *^ Conforme al art. 22.4 de la Ley Orgánica 3/2018 (“Tratamientos con fines de videovigilancia”) “el deber de información previsto en el art. 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información”. Resulta de interés la STS, Sala de lo Penal, 569/2020, de 20 de octubre de 2020, sobre Cámaras de videovigilancia en el Hospital e investigación de delitos. Las cámaras se colocaron en el pasillo de distribución y acceso a las habitaciones del hospital, por lo que no alcanzaban espacios donde pueda concurrir un ámbito de privacidad intenso como el interior de las habitaciones, aseos o de zonas comunes y despachos o cuartos de los profesionales sanitarios y del personal del centro. En suma, las cámaras solamente controlaban el flujo de personas que transitan por el pasillo, por lo que la medida se considera ponderada.*
6. *^ SSTS 7 de julio de 2016, rec. 3233/2014, y 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018, entre otras.*
7. *^ Según el art. 90 (“Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”), apartado 1, “los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el art. 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. 2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión”.*
8. *^ El Alto Tribunal en STC 39/2016 de 3 de marzo, declaró la admisibilidad de la prueba de videovigilancia al considerar que “teniendo el trabajador la información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE o derecho a la intimidad”. La STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, examina la LOPD de 1999, concluye que el tratamiento de datos de carácter personal del trabajador consecuencia de la videovigilancia no requiere el consentimiento del trabajador del art. 6 LOPD de 1999, pero sí del deber de información del art. 6 LOPD de 1999, en los términos que ya se han expuesto. El deber de información del art. 5 LOPD de 1999 permite al trabajador ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Sin entrar ahora en mayores detalles, la base jurídica del tratamiento de datos está más bien en la ejecución y cumplimiento del contrato de trabajo y en las consiguientes facultades legales de control del empleador (art. 20.3 del ET) y no tanto en el consentimiento del trabajador; y ello por el “desequilibrio claro” que puede existir entre el interesado y el responsable del tratamiento al que hace referencia el considerando 43 del Reglamento (UE) 2016/678 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la*

- protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
9. ^ Se ha señalado que la STC 61/2021, avaló la constitucionalidad de la desvinculación entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora en su realización y la nulidad del despido. Esta doctrina constitucional abordó la controversia jurídica relativa a la interpretación del art. 55.5 del ET desde el punto de vista del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), calificando la misma como mera cuestión de legalidad ordinaria. En ella se abandona la interpretación de la legalidad en atención a la efectividad de los derechos fundamentales y su tutela en la dirección de la reparación integral de la lesión. El Tribunal Constitucional otorga parcialmente el amparo a la trabajadora al considerar vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sólo en la medida en que la sentencia impugnada no le reconoció una indemnización por la lesión de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba ilícita. Esta sentencia tiene un voto particular de la magistrada M^ª Luisa Balaguer Castejón. El impacto negativo singular de esta sentencia del Alto Tribunal sobre la tutela efectiva y las pruebas tecnológicas (como es el caso de la prueba de videovigilancia) es analizado en CASAS BAAMONDE, M.E.: “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021, y BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la STC 61/2021, de 15 de marzo, sala 1^ª, rec. Amparo 6838-2019)”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 2, 2022, pp. 143-152.
 10. ^ Reténgase, al efecto, que la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (López Ribalda II), el hecho de que, como igualmente ocurría en el supuesto enjuiciado por el TEDH, la prueba no fuera nula desde la perspectiva de la impugnación judicial de la sanción disciplinaria impuesta al trabajador, no impide que la empresa pueda ser responsable en el ámbito de la legislación de protección de datos, de manera que las allí demandantes tenían otras medidas a su disposición, como la denuncia ante la agencia o el órgano responsable de la protección de datos o el ejercicio de acciones judiciales, pues la protección de datos en el marco de la videovigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios, que pueden corresponder sin duda al derecho laboral, pero también al derecho administrativo, civil o penal, medios estos últimos que las allí demandantes optaron por no utilizar”.
 11. ^ Un supuesto típico en el que el sistema de videovigilancia era conocido por el trabajador “por evidente y notario”, es el caso de autos contemplado en la STS 817/2021, de 21 de julio de 2021, recud. 4877/2018. Implícitamente este criterio podría estar establecido en la STDH de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), que admite la prueba válida para acreditar el incumplimiento del trabajador a través de las imágenes obtenidas de cámaras de videovigilancia, siempre que la persona trabajadora concernida conociera de su existencia; y entendiendo que no resulta necesario indicar la finalidad específica que motivó su implantación en el lugar de trabajo. No obstante, no se olvide que en el supuesto de la sentencia López Ribalda II se trataba no de un supuesto general, sino de “cámaras ocultas”: se justificaba la grabación con cámaras ocultas en el

- centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves.
12. ^ Véase SSTS 2 de febrero de 2017, rec. 554/2016, y STS, Sala de lo Social, núm.1003/2021, de 13 de octubre, recud, 3715/2018.
 13. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)”, en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 8/2019.
 14. ^ MERCADER UGUINA, J.R.: *Protección de datos en las relaciones laborales*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2019.
 15. ^ POLANYI, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989, pp. 121 y ss., y 267 y ss.
 16. ^ FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1978, espec., pp. 139 y ss.
 17. ^ No es baladí hacer notar que la Comisión Europea haya propuesto una Declaración que establezca que las tecnologías digitales, en general, deben garantizar la protección de los derechos de las personas y reforzar la democracia. Cfr. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Formulación de una Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, Bruselas, 26.1.2022 COM(2022) 27 final.
 18. ^ ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Ed. Paidós, 2020, págs. 657 y sigs. *La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa “neopanóptica”, la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral. Se reabre la figura de un contrato de trabajo intervenido que establezca los límites del uso de las nuevas tecnologías y su compatibilidad con los derechos fundamentales del trabajo y el derecho a la autodeterminación informativa. Véase FERNÁNEZ RAMÍREZ, M.: *El derecho del trabajo a la autodeterminación informativa en el marco de la empresa “neopanóptica”, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2021, espec., pp. 27 y ss., y 157 y ss.**

§ 40 **Sucesión de contratatas y transmisión de empresa: determinación de la empleadora que debe hacerse cargo de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido.**

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *En un supuesto de sucesión de contratatas, no constitutivo de transmisión de empresa con arreglo a la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 ET, donde la empresa saliente es un centro especial de empleo y la entrante una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio, sin que exista convenio colectivo sectorial aplicable a la actividad objeto de la contrata, la subrogación empresarial no puede imponerse por el convenio colectivo de centros especiales de empleo a la empresa entrante, al no estar incluida en su ámbito funcional, por lo que es la empresa saliente la que debe hacerse cargo de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido.*

Palabras clave: *Sucesión de contratatas. Transmisión de empresa. Centros especiales de empleo. Empresas multiservicio. Convenio colectivo.*

Abstract: *In a case of succession of contracts, that is not a transfer of undertaking according Directive 2001/23/EC and art. 44 ET, where the outgoing company is a special employment center and the incoming company is a multi-service company without own collective agreement, and there isn't any sectoral collective agreement applicable to the activity that is the subject of the contract, business subrogation cannot be imposed by the collective agreement for special employment centers to the incoming company because it is not included in its functional scope.*

Keywords: *Succession of contracts. Transfer of undertaking. Special employment centers. Multi-service company. Collective agreement.*

I. Introducción

Nuestra jurisprudencia viene manteniendo desde hace tiempo, en consonancia con doctrina reiterada del TJUE, que la sucesión de empresa procede, no solo cuando existe transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos de continuidad en la actividad empresarial en los que el nuevo adjudicatario del servicio asume una parte significativa de la plantilla de la empresa saliente (sucesión de plantillas)^[1]; pero si no hay transmisión patrimonial –hecho frecuente en actividades que no precisan para su desenvolvimiento una infraestructura importante- y la nueva contratista tampoco se hace cargo de los trabajadores de la anterior, la sucesión ex. art. 44 ET es inexistente^[2]. También se ha precisado que en aquellas actividades que no descansan fundamentalmente en mano de obra, la mera asunción por la nueva adjudicataria de un número relevante de personas que vinieran trabajando para la anterior no basta para apreciar la existencia de sucesión empresarial, siendo necesaria la transmisión de activos (materiales o inmateriales)^[3].

En el supuesto ahora considerado por la Sala Cuarta del TS, lo que procede determinar es si ha existido subrogación, no por imperativo legal (cosa que se descarta), sino por imposición de algún convenio colectivo (sucesión convencional). La clave estriba entonces en identificar cuál sea, si es que existe, ese convenio colectivo, en un caso en el que la empresa saliente es un centro especial de empleo, pero la entrante es una empresa multiservicios que no reviste tal condición jurídica. La cuestión es relevante porque, si se entiende que la empresa entrante no está obligada a subrogarse, será la saliente la que tenga asumir las consecuencias de la extinción improcedente de los contratos.

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: 286/2022, de 30 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: rcud. núm. 2375/2020.

ECLI: ES:TS:2022:1246

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema litigioso que se dirime en la sentencia objeto de este comentario consiste en determinar si existe o no sucesión de empresas cuando en un relevo de contratistas en el sector público se dan las siguientes circunstancias: a) la empresa saliente es un centro especial de empleo, b) la empresa entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio, y c) no existe convenio sectorial aplicable a la actividad objeto de la contrata (las trabajadoras demandantes fueron contratadas para trabajar en un centro de trabajo de la empresa principal, el CSIC, como porteras-recepcionistas).

Cuando se produce el cambio de adjudicataria, la empresa saliente, un centro especial de empleo adscrito al XIV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, proporciona a la entrante la documentación prevista en el art. 27 del referido convenio, a fin de que la misma pueda subrogarse en los contratos del personal que venía desarrollando el servicio de portería-recepción en el marco de la contrata.

La empresa entrante rechaza subrogarse en la relación laboral que la empresa saliente mantenía con las personas trabajadoras que venían prestando sus servicios en el centro objeto de la adjudicación, aduciendo que: a) carece de la calificación de centro especial de empleo, pues se trata de una empresa multiservicios; b) no existe convenio colectivo sectorial que imponga el deber de subrogación; c) no estamos ante el supuesto de transmisión legal del art. 44 ET.

El Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid dicta sentencia estimando parcialmente la demanda por despido interpuesta por cuatro empleadas de la primera contratista contra su empleadora, contra la empresa principal y frente a la nueva adjudicataria del servicio, condenando a la última a pasar por las consecuencias de declaración de improcedencia de los despidos al no haberse subrogado en los contratos, con absolución de las otras dos codemandadas.

Este pronunciamiento fue recurrido en suplicación, dictándose por el TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sentencia de fecha 22 de mayo de 2020, que absuelve a la empresa entrante, confirma el pronunciamiento absolutorio respecto de la empresa principal y condena a la empresa saliente a estar y pasar por las consecuencias de la

declaración de improcedencia del despido establecidas en la sentencia de instancia. Argumenta el Tribunal que la nueva adjudicataria es una empresa multiservicios en la que no consta cuál es la actividad preponderante, que no ha tenido lugar una sucesión legal amparada en el art. 44 ET, y que tampoco existe previsión convencional aplicable en este caso que imponga la subrogación.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación para la unificación de doctrina la empresa saliente.

IV. Posición de las partes

1. Posición de la parte recurrente

El centro especial de empleo recurrente formula un único motivo de recurso en el que denuncia la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 27 del XIV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad y con el art. 130.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, alegando que la empresa entrante debe subrogarse en las relaciones laborales de las demandantes.

2. Posición de la parte recurrida

El Abogado del Estado y la nueva contratista presentaron escritos de impugnación del recurso, negando que concurra el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial, y argumentando que la sentencia impugnada no vulnera las normas invocadas por la parte recurrente.

3. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal informa en el sentido de que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción o, subsidiariamente, declarado improcedente.

4. La existencia de contradicción

La parte recurrente aporta como sentencia de contraste una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, de 22 de junio de 2017.

Tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se enjuicia el despido de empleados de un centro especial de empleo que estaban prestando servicios de portería en virtud de una contrata. La nueva contratista era una empresa multiservicios, que se negó a subrogarse en sus relaciones laborales. Los trabajadores formularon demanda de despido contra el centro especial de empleo y la empresa multiservicios. La sentencia recurrida niega que se haya producido sucesión empresarial, por lo que condena al centro especial de empleo; mientras que la sentencia referencial sí que considera que existió una sucesión empresarial, condenando a la empresa multiservicios y absolviendo al centro especial de empleo. Se observa que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales la sentencia recurrida y la de contraste llegan a pronunciamientos distintos que deben ser unificados.

V. Normativa aplicable al caso

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

- Art. 44 ET.

- Art. 27 del XIV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 04.07.2019), que establece, como mecanismo de estabilidad en el empleo, la obligación, para quienes sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, de subrogarse en los contratos de trabajo de las personas

trabajadoras que estuvieran adscritas a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en dicho artículo.

- Se descarta la aplicación al supuesto enjuiciado del art. 130.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por haberse producido el cambio de contratista antes de su entrada en vigor.

VI. Doctrina básica

La doctrina jurisprudencial sostiene que, cuando se produce una sucesión en una contrata, pública o privada, en la que la empresa saliente tiene la condición de centro especial de empleo y la empresa entrante no, actúa la subrogación contractual cuando así lo disponga el convenio colectivo sectorial que rige la actividad objeto de la contrata, en cuyo caso la empresa entrante deberá asumir a las personas trabajadoras con discapacidad de la empresa saliente, que sí ostenta la referida condición^[4]. Y lo mismo sucede en el caso contrario: si una empresa reconocida como centro especial de empleo concurre a una contrata de limpieza, actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, por lo que se le aplica la cláusula de subrogación por sucesión de contratas prevista en el convenio colectivo de esa actividad, aunque ello implique la asunción de trabajadores sin discapacidad de la empresa saliente que no tiene la condición de centro especial de empleo^[5].

En el supuesto enjuiciado por la STS 286/2022, se da la circunstancia de que la empresa entrante es una empresa multiservicios que no dispone de convenio colectivo propio, teniendo la contrata como objeto el servicio de portería-recepción de un centro dependiente del CSIC al que no resulta aplicable, conforme a las reglas establecidas en el Título III del ET, ningún convenio colectivo sectorial.

En el contexto descrito, no opera el mecanismo subrogatorio. De un lado, no puede declararse la existencia de sucesión legal, al amparo del artículo 44 del ET (que traspone a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/23/CE) al no haberse acreditado la transmisión de una unidad productiva autónoma entre la empresa saliente y la entrante (no ha operado la sucesión de plantillas, pues, tratándose de una actividad “desmaterializada”, la nueva contratista no se ha hecho cargo de una parte significativa del personal que venía atendiendo el servicio). De igual forma, aunque se solicite la aplicación de la subrogación contractual al amparo del artículo 27 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, esta pretensión no puede atenderse, ya que dicha norma colectiva se aplica a los centros especiales de empleo, condición que no reviste la empresa entrante (una empresa multiservicios); y no existe ningún otro convenio sectorial que pueda aplicarse a la actividad objeto de la contrata, por lo que tampoco opera en este supuesto la sucesión convencional, y es la empresa saliente (el CEE) la que debe hacerse cargo de las consecuencias inherentes a la declaración de improcedencia de los despidos de las trabajadoras demandantes.

VII. Parte dispositiva

En la sentencia objeto de este comentario, la Sala Cuarta acuerda:

“1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados, Centro Especial de Empleo SL, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 22 de mayo de 2020, recurso 1317/2019.

2.- Con imposición de costas a la parte vencida en la cuantía de 1.500 euros por cada una de las impugnaciones verificadas. Se acuerda la pérdida de los depósitos y el mantenimiento de las consignaciones para recurrir, a los que se dará el destino legal.”

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos medulares que determinan la decisión del recurso se contienen en el apartado 4 del FJ 3 de la sentencia que se comenta. Son:

- “En el supuesto enjuiciado, la empresa entrante es una empresa multiservicios sin convenio colectivo propio. La contrata tenía como objeto el servicio de portería-recepción de un centro de física. Su objeto no consistía en la prestación de servicios de limpieza, ni de jardinería, ni de seguridad privada, por lo que no resulta aplicable ningún convenio colectivo sectorial.”

- “La parte recurrente solicita que se declare la aplicación de la subrogación contractual al amparo del art. 27 del XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Pero dicha norma colectiva se aplica a los centros especiales de empleo, condición que no tiene la empresa entrante, por lo que no opera la sucesión convencional.”

- “Tampoco puede declararse la existencia de sucesión legal, al amparo del art. 44 del ET, al no haberse acreditado la transmisión de una unidad productiva autónoma entre la empresa saliente y la entrante.”

IX. Comentario

No operando la sucesión en los contratos de trabajo con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE y en el art. 44 ET, que constituye vía preferente e indisponible, habrá de estarse a lo previsto en el convenio colectivo que resulte de aplicación, el cual puede imponer a las empresas incluidas en su ámbito funcional (pero no a otras) la obligación de subrogarse en las relaciones laborales de las personas trabajadoras que vinieran realizando el servicio para la contratista saliente, en los términos y condiciones que la propia regulación convencional establezca.

La clave reside, por tanto, una vez descartada la existencia de sucesión de empresa *ope legis*, en determinar si, subsidiariamente, dicha subrogación ha actuado por vía contractual o convencional, problema que la Sala Cuarta afronta y resuelve de forma certera en esta sentencia.

A este respecto, se indica que el art. 1.1 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, vigente en la fecha de autos, delimitaba su ámbito funcional expresándose en los siguientes términos:

“El presente convenio regula las condiciones de trabajo entre las empresas y los trabajadores y trabajadoras de los centros de trabajo, de titularidad privada, y de los servicios de atención a personas con discapacidad que tienen por objeto la atención, diagnóstico, rehabilitación, formación, educación, promoción e integración laboral de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, independientemente de la fórmula de financiación de las plazas disponibles (concertadas, subvencionadas, totalmente privadas o mixtas) así como las asociaciones e instituciones constituidas con esa finalidad.”

Por otro lado, en su art. 27, el citado convenio disponía lo siguiente en materia de subrogación empresarial:

“Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo.”

La empresa que releva al CEE en la prestación del servicio de portería-recepción es una empresa multiservicios, no incluida en el ámbito de aplicación del XIV convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, por lo que acierta de lleno la Sala Cuarta al concluir que no queda vinculada por el compromiso de subrogación que establece dicho convenio. El hecho de que la empresa saliente sí se hubiera subrogado en su momento en los contratos del personal de la anterior empresa encargada de gestionar el servicio, por aplicación del citado art. 27, no implica que la nueva empresa deba hacer lo mismo, toda vez que no reviste la condición de CEE.

Pero podría ocurrir que el deber de subrogación contractual viniera impuesto en otro convenio sectorial o de empresa que sí resultase de aplicación a la empresa entrante. Sin embargo, tampoco por esta vía se habría activado el mecanismo subrogatorio.

En primer término, porque la empresa multiservicio carece de un convenio propio que recoja dicha obligación.

Y, en segundo lugar, porque si bien la empresa multiservicios tiene un objeto social plural, que podría determinar su adscripción a diversos convenios sectoriales (tantos como contrata con objetos sociales diversos concierte: limpieza, jardinería, vigilancia...), los cuales sí pueden haber previsto la sucesión, lo cierto es que ninguno de ellos resulta de aplicación en el presente caso, pues no existe ningún convenio cuyo ámbito funcional y territorial comprenda la actividad de portería-recepción que llevaban a cabo las accionantes en el marco de la contrata.

A este respecto, como nos recuerda la Sala Cuarta, el TS siempre ha mostrado una especial preocupación por garantizar la aplicación de, como mínimo, un convenio sectorial a las personas trabajadoras de las empresas multiservicios, sea recurriendo al criterio de la actividad principal o preponderante de la empresa contratista, en un supuesto en que no existía convenio sectorial específico para la actividad (auxiliar de información) objeto de la contrata (STS de 17 marzo 2015, rcud. 1464/2014); sea aplicando, como ha sostenido más recientemente la jurisprudencia, el convenio sectorial correspondiente a la real y verdadera actividad desarrollada por la empresa multiservicios para la empresa cliente en el marco de la contrata, aunque el resultado sea tener que aplicar en la misma empresa una pluralidad de convenios colectivos sectoriales (STS de 11 junio 2020, rcud. 9/2019), y sin que las empresas contratistas o subcontratistas estén obligadas legalmente a aplicar las condiciones previstas en el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de dicha empresa (SSTS de 12 febrero 2021, rcud. 2839/2019, y 11 noviembre 2021, rcud. 3330/2019). Este criterio delimitador del convenio colectivo aplicable en las contrata y subcontrata es el que finalmente ha integrado el RDL 32/2021 en la nueva redacción del apartado 6 del art. 42 ET (con la consiguiente reordenación del resto de apartados del precepto), para indicar que el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas –con la salvedad de los centros especiales de empleo - “será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica”, esto es, tanto si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio como si se trata de una empresa multiservicios. Esta regla conoce dos excepciones: a) que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III (pasaje críptico, que probablemente esté pensando en la aprobación de un futuro, aunque improbable, convenio sectorial específico para las empresas auxiliares y multiservicio); b) cuando la empresa contratista cuente con un convenio propio, que se aplicará en los términos que resulten del también reformado art. 84 ET.

X. Apunte final

La subrogación convencional es un instrumento favorecedor de la estabilidad en el empleo al que recurren muchos convenios colectivos del sector servicios (limpieza, vigilancia...), cuando por las características de la actividad y el modo en que se

produce el cambio en la titularidad de la contrata, no se desencadenan los efectos laborales propios de la transmisión de empresa al amparo de la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 ET. Pero presupuesto inexcusable para que la sucesión convencional actúe es que la empresa entrante quede vinculada por el convenio que impone la subrogación.

Es importante señalar que la sentencia recurrida mantiene como hecho probado que no consta acreditada la actividad preponderante a la que se dedicaba la nueva empresa adjudicataria del servicio, pues de lo contrario, en defecto de convenio sectorial correspondiente a la actividad objeto de la contrata, y no siéndole de aplicación el convenio específico de los centros especiales de empleo, podría haberse reflexionado sobre la eventual aplicación del convenio sectorial en que se incardina dicha actividad principal (a no ser que se entienda definitivamente superada la doctrina contenida en la STS de 17 marzo 2015) y comprobar si dicho convenio colectivo impone algún compromiso de subrogación en los casos de relevo en las contratas.

Por último, interesa recordar que, tras el cambio doctrinal realizado por la STS 983/2017, de 12 de diciembre, junto con la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los pliegos de condiciones de los contratos ya no pueden imponer al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. El art. 130 de la nueva LCSP solo impone a la Administración pública contratante la obligación de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, siendo necesario para que opere la sucesión que concurren los requisitos (objetivos y subjetivos) descritos en el art. 44 del ET, o bien que lo imponga un convenio colectivo.

Referencias:

1. ^ *Por todas, SSTS de 20 octubre 2004, rcud. 4424/2003; 31 enero 2005, rcud. 6025/2003; 12 julio 2010, rcud. 2300/2009; 28 febrero 2013, rcud. 542/2012; 5 marzo 2013, rcud. 3984/2011.*
2. ^ *STS de 4 abril 2005, rcud. 2423/2003.*
3. ^ *SSTS de 28 abril 2009, rcud. 4614/2007; 23 octubre 2009, rcud. 2684/2008 y 7 diciembre 2009, rcud. 2686/2008.*
4. ^ *SSTS de 17 de abril de 2013, rcud. 710/2012, y 22 de abril de 2013, rcud. 748/2012.*
5. ^ *Por todas, SSTS de 4 de octubre de 2011, rcud. 4597/2010; 7 de febrero de 2012, rcud. 1096/2011; y 9 de abril de 2013, rcud. 304/2012.*

- § 41 **Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial ("pre-pack").**

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: Resulta relevante atender la finalidad de la excepción establecida en el art. 5 Directiva 2001/23 en relación con el procedimiento de "pre-pack" (en síntesis: procedimiento anticipado encaminado a la preparación de las operaciones de venta de la empresa o de una parte autónoma de esta en el marco de un procedimiento de insolvencia cualificado que queda a cargo de un "síndico predesignado" nombrado por el tribunal competente), pues el objetivo de la excepción al mantenimiento de los derechos de los trabajadores es descartar el grave riesgo de deterioro del valor de la empresa transmitida o de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, mientras que el un procedimiento "pre-pack" seguido de un procedimiento de quiebra consiste en obtener el mayor reembolso posible para el conjunto de los acreedores y conservar en la medida de posible los puestos de trabajo. El Tribunal de Justicia entiende que recurrir a un procedimiento de "pre-pack", a efectos de la liquidación de una sociedad, aumenta las posibilidades de satisfacción de los intereses de los acreedores. Por tanto, puede considerarse que los procedimientos de "pre-pack" y de quiebra, considerados conjuntamente, tienen por objeto la liquidación de la empresa en el sentido del art. 5.1 de la Directiva 2001/23, siempre que el "pre-pack" se rija por disposiciones legales o reglamentarias con el fin de cumplir el requisito de seguridad jurídica. Por otra parte, el Tribunal de Justicia declara que puede entenderse que el procedimiento de "pre-pack" de que se trata en el litigio principal se desarrolló, en todo momento, bajo la supervisión de una autoridad pública competente, como exige la excepción establecida en el art. 5 de la Directiva 2001/23, siempre que dicho procedimiento se rija por disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, se cumplen los requisitos del art.5 de la Directiva 2001/23; y concurriendo la excepción prevista en dicha disposición, no se aplicaban las garantías de mantenimiento de los derechos los trabajadores por subrogación empresarial prevista en los artículos 3 y 4 de la referida Directiva.

Palabras clave: Transmisión de empresa. Centro de trabajo. Unidad productiva autónoma de la empresa. Procedimientos de insolvencia (extra-concursal o no concursal). Procedimientos concursales. Venta de empresa o unidad productiva en procedimiento concursal. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores y sus excepciones.

Abstract: *It is relevant to consider the purpose of the exception established in Article 5 of Directive 2001/23 in relation to the "pre-pack" procedure (in short, the "pre-pack" procedure): advance procedure aimed at the preparation of the sale of the company or an autonomous part of it in the context of a qualified insolvency proceeding, which is carried out by a "pre-appointed liquidator" appointed by the competent court), since the purpose of the exception to the maintenance of employees' rights is to avoid a serious risk of deterioration in the value of the undertaking transferred or in the living and working conditions of the employees, whereas the purpose of a pre-pack procedure followed by bankruptcy proceedings is to obtain the highest possible repayment for all the creditors and to preserve jobs as far as possible. The Court of Justice considers that recourse to a pre-pack procedure, for the purposes of the liquidation of a company, increases the chances of satisfying the interests of the creditors. Therefore, pre-pack and bankruptcy proceedings, taken together, may be regarded as having as their object the liquidation of the company within the meaning of Article 5(1) of Directive 2001/23, provided that the pre-pack is governed by statutory or regulatory provisions in order to satisfy the requirement of legal certainty. Moreover, the Court holds that the pre-pack procedure at issue in the main proceedings may be deemed to have been carried out, at all times, under the supervision of a competent public authority, as required by the exception provided for in Article 5 of Directive 2001/23, provided that that procedure is governed by legal or regulatory provisions. However, the requirements of Article 5 of Directive 2001/23 are met; and, in view of the derogation provided for in that provision, the guarantees of maintenance of workers' rights through subrogation by the employer, as provided for in Articles 3 and 4 of that Directive, did not apply.*

Keywords: *Transfer of company. Work center. Autonomous productive unit of the company. Insolvency proceedings (extra-bankruptcy or non-bankruptcy). Bankruptcy proceedings. Sale of company or productive unit in bankruptcy proceedings. Maintenance of workers' rights and their exceptions.*

I. Introducción

El asunto C-237/20, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos), mediante resolución de 29 de mayo de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de junio de 2020, en el procedimiento entre Federatie Nederlandse Vakbeweging y Heiploeg Seafood International BV, Heitrans International BV.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3 a 5 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO 2001, L 82, p. 16).

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre, por un lado, la Federatie Nederlandse Vakbeweging (Federación del Movimiento Sindical Neerlandés; en lo sucesivo, «FNV»), una organización sindical neerlandesa, y, por otro lado, Heiploeg Seafood International BV y Heitrans International BV (en lo sucesivo, conjuntamente, «nueva Heiploeg»), sociedades neerlandesas, en relación con el mantenimiento de los derechos de los trabajadores adscritos a dichas sociedades con posterioridad a una transmisión de una empresa cuando el cedente haya sido objeto de un procedimiento de quiebra.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

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

Fecha de la sentencia: 28 de abril de 2022.

Fuente: ECLI:EU:C:2022:321.

Abogado General: Sr. G. Pitruzzella.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1ª). Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente (Tribunal Supremo de los Países Bajos) pregunta, en esencia, si el art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no son aplicables a las transmisiones de empresas cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente», se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara, antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de *pre-pack*, cuyo objetivo consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento (*going concern*) que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo.

2ª). Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art.5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad cuando el procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo de que es objeto el cedente «est[é] bajo la supervisión de una autoridad pública competente», se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra por un «síndico predesignado» bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado» y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente.

IV. Posiciones de las partes

1º. Posición de la empleadora

Las sociedades neerlandesas (adquirentes de activos del antiguo grupo de sociedades Heiploeg; en lo sucesivo, “nueva Heiploeg”) entienden que la quiebra era inevitable y, por consiguiente, era aplicable al caso de autos una *excepción* al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Por tanto, la nueva Heiploeg no estaba vinculada por las condiciones laborales y de empleo aplicables antes de la transmisión.

2º. Posición de la parte social

La Federación Nederlandse Vakbeweging (Federación Sindical Neerlandés; FVN) interpuso un recurso de apelación contra la sentencia por la que se declaró la quiebra del antiguo grupo Heiploeg. [...] Entiende que no concurren los requisitos de la excepción prevista en el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE. Sin embargo, dicho recurso fue desestimado por entenderse que dicha quiebra era inevitable y, por consiguiente, era aplicable al caso de autos una excepción a la obligación jurídica subrogatoria de mantener los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas o partes autónomas viables de la misma.

procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra, por un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado», y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

VII. Parte dispositiva

De conformidad con el razonamiento expuesto en la sentencia, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo «abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente», se cumple cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara, antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* cuyo objetivo principal consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

2) El art.5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad cuando el procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo de que es objeto el cedente «est[é] bajo la supervisión de una autoridad pública competente», se cumple cuando la transmisión de la empresa o de una parte de esta se prepara, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra, por un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado», y el contrato sobre esa transmisión se celebra y ejecuta una vez que se haya declarado la quiebra, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente, siempre que dicho procedimiento de *pre-pack* se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

VIII. Pasajes decisivos

La controversia jurídica planteada hace referencia a varias cuestiones, según queda expuesto aquí (y con mayor detenimiento, lógicamente en los fundamentos jurídicos de esta importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.) De entre ellas se puede destacar las siguientes (con carácter muy selectivo dado los límites de espacio asignados a este estudio jurisprudencial):

1º. Del tenor literal del art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 se desprende que el ámbito de aplicación de esta disposición y, por consiguiente, la excepción que establece no se limita a las empresas, centros de actividad o partes de empresas o de centros de actividad cuya actividad haya cesado definitivamente antes o después de la transmisión. En efecto, dado que establece que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión no se transfieren al cesionario cuando se cumplan las condiciones establecidas en dicha disposición, el art.5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 implica que una empresa o parte de una empresa todavía en funcionamiento debe poder ser transmitida al amparo de la excepción prevista en dicha disposición. Al proceder de este modo, la Directiva 2001/23 previene el riesgo de que la empresa, el centro de actividad o la parte de empresa o de centro de actividad de que se trate se

devalúen antes de que el cesionario se haga cargo, en el marco de un procedimiento de quiebra abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, de una parte de los activos o actividades del cedente considerados viables. Así pues, esta excepción tiene por objeto descartar el grave riesgo de deterioro, desde el punto de vista global, del valor de la empresa transmitida o de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en contradicción con los objetivos del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros, C-362/89, EU:C:1991:326, apartado 31 y jurisprudencia citada.).

Esta interpretación del art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 no queda desvirtuada por el hecho de que la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad, realizada durante un procedimiento de quiebra o un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, haya sido preparada antes de la apertura de dicho procedimiento, puesto que esta disposición no se refiere al período anterior a la apertura de los procedimientos de quiebra o de insolvencia de que se trate. Esta constatación se ve corroborada por el apartado 2 de dicho art.5, del que se desprende claramente que las excepciones que prevé se refieren a los supuestos en que los artículos 3 y 4 de dicha Directiva se aplican a una transmisión efectuada «durante» un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente. Así, cuando el objetivo principal de un procedimiento de *pre-pack* seguido de un procedimiento de quiebra consiste en obtener, a raíz de la constatación de insolvencia del cedente y de su liquidación, el mayor reembolso posible para el conjunto de los acreedores, dichos procedimientos, considerados conjuntamente, cumplen, en principio, el segundo requisito del art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23.

2º. Debe considerarse que el hecho de que la transmisión de la empresa o de una parte de esta se prepare en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra por un «síndico predesignado», sometido a la supervisión de un «juez de la quiebra predesignado», no obsta a que se cumpla el segundo requisito del art.5, apartado 1, de la Directiva 2001/23. Respondiendo a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que el art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que el requisito que prevé, según el cual los artículos 3 y 4 de dicha Directiva no se aplican a la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de una empresa o de un centro de actividad cuando el procedimiento de quiebra o de insolvencia análogo de que es objeto el cedente esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente, se cumple cuando la transmisión de la empresa o de una parte autónoma viable de esta se prepara, en el marco de un procedimiento de *pre-pack* previo a la declaración de quiebra, por un «síndico predesignado», bajo el control de un «juez de la quiebra predesignado».

IX. Comentario jurídico-crítico

Respecto al objeto de la transmisión en la Directiva 2001/23, cabe decir que se consagra un modelo normativo comunitario caracterizado por su carácter abierto y flexible. De este modo la delimitación normativa del objeto de la transmisión adquiere una *textura abierta*, en cuanto capaz de comprender diversos ámbitos de la realidad empresarial bien diferentes, pero igualmente relevantes para los objetivos específicos de la Directiva en cuestión^[1]. Esta textura abierta –confirmada en la interpretación reiterada del TJUE- se comprueba en la redacción del art.1 de la Directiva 2001/23 dispone, en su apartado 1, letras a) y b): que se aplica aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. Y que se considerará transmisión a efectos de la Directiva la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.».

Por su parte, el art. 3.1 establece una subrogación del nuevo titular en la posición jurídica de anterior, siendo el supuesto calificable de sucesión legal en las relaciones

jurídico-laborales atendiendo al sistema integral de fuentes que la regulan^[2]. Ello se puede percibir de manera visible cuando dicha disposición establece que «Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de [la transmisión], serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal [transmisión].» Por su parte, el art. 3,3 establece que «Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio».

Que las relaciones laborales continúan objetivamente inalteradas por el sólo hecho de la transmisión, en correspondencia con el efecto subrogatorio o sucesorio preordenado en la norma, lo confirma también la prohibición de despedir ex art. 4.1 de la Directiva 2001/23, a cuyo tenor: «[La transmisión] de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de estos no constituirá en sí mism[a] un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.».

El art. 5 de dicha Directiva establece una excepción al efecto subrogatorio o sucesorio legal del nuevo empleador adquirente de la empresa o unidad productiva; y como tal su alcance ha de ser restrictivo:

«1. Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a [las transmisiones] de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y estos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente).

“2. En el supuesto de que los artículos 3 y 4 se apliquen a [una transmisión] durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedimiento se haya iniciado para liquidar los activos del cedente) y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas determinado por la legislación nacional), un Estado miembro podrá disponer que:

a) no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3, no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de las relaciones laborales, que puedan existir antes de la fecha [de la transmisión] o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario [DO 1980, L 283, p. 23]^[3], y, o alternativamente, que:

b) el cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad. [...].

“3. Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial, siempre que dicha disposición ya

existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998. La Comisión presentará un informe sobre los efectos de la presente disposición antes del 17 de julio de 2003 y presentará al Consejo las propuestas que corresponda.

“4. Los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos resultantes que en virtud de la presente Directiva les asisten.». Pero, aparte de esta última obligación, la posible admisión de aquella excepción a la subrogación o sucesión legal del nuevo titular no priva completamente de protección a los trabajadores afectados, toda vez que:

En primer lugar: conforme al art. 3.b) de la Directiva 2001/23 “Aun cuando los Estados miembros no establezcan, de conformidad con la letra a), que los apartados 1 y 3 serán aplicables a tales derechos, adoptarán, no obstante, las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en la letra a)”^[4].

En segundo lugar: “cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y estos estén bajo el control de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente), los Estados miembros podrán tomar las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados estén representados adecuadamente hasta que tenga lugar una nueva elección o designación de los representantes de los trabajadores” (art. 6.1, párrafo 3º de la Directiva).

Es necesario atender a que la introducción normativa de la excepción prevista en el art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 *constituye una codificación de la jurisprudencia* del Tribunal de Justicia. En efecto, aun cuando la Directiva 77/187 no contenía ninguna disposición específica a este respecto, el Tribunal de Justicia, en particular en sus sentencias de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), y de 25 de julio de 1991, d’Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), había admitido —habida cuenta de la especificidad, en relación con el Derecho social, del Derecho de quiebra, que se caracteriza por procedimientos especiales que tienen por objeto ponderar los diversos intereses, especialmente los de las diferentes categorías de acreedores— la posibilidad de reconocer una excepción a la aplicación del régimen de protección individual de los trabajadores en el supuesto de que una empresa transmitida, o una parte de la misma, sea objeto de un procedimiento de liquidación de los bienes del cedente.

Teniendo en cuenta la excepción a la subrogación o sucesión laboral en el marco de procedimientos concursales, es necesario distinguir y delimitar técnicamente dos supuestos transmisivos diferentes que condicionan la aplicación de la normativa subrogatoria o sucesoria “ex lege”:

1º). En primer lugar, aquellos *procedimientos de transmisión de empresas o unidades productivas autónomas viables orientados exclusivamente —o con preferencia absoluta— a la satisfacción de los acreedores como masa indiferenciada, en los que la transmisión de empresa, siquiera en breve continuidad (o continuidad provisional o temporal), que son estrictamente instrumentales a una liquidación de la empresa para satisfacer los intereses del concurso sin pretensión de atenderse a un principio de continuidad de futuro de la empresa o unidad productiva.*

En este caso, según criterio del TJUE en interpretación de la Directiva 2001/CE, se aplica la excepción a la subrogación o sucesión laboral del nuevo titular en las obligaciones laborales del precedente (en el marco de un concurso de acreedores y del procedimiento de liquidación sin miras a una continuidad de la empresa objeto de la transmisión o cambio de titularidad).

En este sentido el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 25 de la sentencia de 7 de diciembre de 1995, Spano y otros (C-472/93, EU:C:1995:421), que la Directiva 77/187 no se aplicaba a las transmisiones efectuadas en el marco de procedimientos destinados a *liquidar los bienes* del cedente, como el procedimiento de quiebra controvertido en la sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55) o el procedimiento de liquidación forzosa administrativa del Derecho italiano, objeto de la sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), *pero, en cambio, sí se aplicaba a la transmisión de empresas sujetas a procedimientos que tienen por objeto la prosecución de la actividad de la empresa.*

Al respecto es pertinente recordar que, como señaló el Abogado General en los puntos 44 y 45 de sus conclusiones, la introducción normativa de la excepción prevista en el art.5, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE constituye una *codificación de la jurisprudencia* del Tribunal de Justicia. En efecto, aun cuando la Directiva 77/187 no contenía ninguna disposición específica y explícita a sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia, en particular en sus sentencias de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), y de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), había admitido —habida cuenta de la especificidad, en relación con el Derecho social, del Derecho de quiebra, que se caracteriza por procedimientos especiales que tienen por objeto ponderar los diversos intereses, especialmente los de las diferentes categorías de acreedores— la posibilidad de reconocer una excepción a la aplicación del régimen de protección individual de los trabajadores en el supuesto de que una empresa transmitida, o una parte de la misma, sea objeto de un procedimiento de liquidación de los bienes del cedente.

Des así que el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 25 de la sentencia de 7 de diciembre de 1995, Spano y otros (C-472/93, EU:C:1995:421), que la Directiva 77/187 no se aplicaba a las transmisiones efectuadas en el marco de procedimientos destinados a liquidar los bienes del cedente, como el procedimiento de quiebra controvertido en la sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55) o el procedimiento de liquidación forzosa administrativa del Derecho italiano, objeto de la sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), *pero, en cambio, sí se aplicaba a la transmisión de empresas sujetas a procedimientos que tienen por objeto la prosecución de la actividad de la empresa.*

Es necesario precisar que, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), el Tribunal de Justicia debía examinar, en relación con la cuestión de si los trabajadores conservaban, en una transmisión de empresa, los derechos derivados de la antigüedad adquirida antes de la transmisión, una normativa nacional que preveía un procedimiento de administración extraordinaria de empresas con dos tipos de efectos sobre estas últimas. Ese asunto se caracterizaba por el hecho de que, por un lado, la empresa transmitida podía quedar sometida a un régimen de liquidación forzosa administrativa cuyos efectos eran comparables a los de la quiebra y, por otro lado, podía decidirse que continuaran las actividades de la empresa mientras estuviera sometida a dicho régimen bajo la dirección de un comisario, por un período cuyas modalidades de cálculo determinaba la ley. En este último caso, el comisario debía prever un programa cuya ejecución tenía que autorizar la autoridad de control y que debía contener, en la medida de lo posible y teniendo en cuenta los intereses de los acreedores, un plan de saneamiento, compatible con las grandes líneas de la política industrial, en el que se indicaran de un modo específico las instalaciones que debían volver a entrar en funcionamiento y las que hubieran de ser completadas, así como las instalaciones y unidades productivas de la empresa que debían ser transferidas. Por lo tanto, dicha normativa presentaba características diferentes según que la orden ministerial que impusiera la liquidación forzosa administrativa decretara o no la continuación de las actividades de la empresa (sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros, C-362/89, EU:C:1991:326, apartados 27 a 30).

El Tribunal de Justicia consideró que el primero de esos efectos era comparable a una quiebra, ya que tenía por objeto la liquidación de los bienes del deudor con vistas

al resarcimiento de todos los acreedores, de manera que las transmisiones efectuadas dentro de ese marco jurídico estaban excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 (sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros, C-362/89, EU:C:1991:326, apartado 31). En cambio, consideró que, cuando se perseguía el segundo efecto, la finalidad del expediente de administración extraordinaria consistía, principalmente, en proporcionar a la empresa un equilibrio que hiciera posible garantizar su actividad en el futuro. El objetivo económico y social así perseguido no puede explicar ni justificar que, cuando la empresa de que se trate sea objeto de una transmisión total o parcial, sus trabajadores se vean privados de los derechos que les reconocía la Directiva con sujeción a las condiciones que la misma especifica (sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros, C-362/89, EU:C:1991:326, apartado 32)^[5].

Este tipo de procedimientos transmisivos de carácter instrumental evita que la empresa, centro de actividad o unidad productiva de que se trata ("partes de empresas o de centros de actividad" en los términos de la Directiva 2001/23) de que se trate cese total o parcialmente en su actividad después de la declaración de quiebra, siquiera sea brevemente, y obtener, mediante la transmisión de la empresa o de una parte autónoma de esta que se haya mantenido en funcionamiento (*going concern*), el mejor precio de transmisión para esta última con el fin de satisfacer los intereses de los acreedores de la mejor manera posible; importando aquí la obtención preferente de recursos con indiferencia en la continuidad de futuro de la organización productiva.

Precisamente el "Procedimiento de pre-pack" del Derecho neerlandés) es una práctica nacional de origen jurisprudencial que permite, en el marco de la liquidación de los bienes de un deudor, preparar la venta de una empresa o de una parte de esta, perteneciente al patrimonio de aquel, con el fin de aumentar las posibilidades de que los acreedores sean reembolsados íntegramente. Tiene por objeto evitar el cese abrupto de las actividades de la empresa en la fecha de la declaración de quiebra, de manera que la preparación de la transmisión de la empresa o de partes autónomas viables de la misma permite preservar tanto el valor económico de dichas empresas como como los puestos de trabajo, aunque sea de manera no definitiva o provisional. Los preparativos de venta consisten, en particular, en negociar con uno o varios candidatos un contrato en virtud del cual se les transmitirá la empresa en cuestión o una parte de esta, tras la declaración de quiebra del deudor. El *pre-pack* se distingue de otras operaciones de venta previas a una declaración de quiebra en el sentido de que las operaciones de venta organizadas en el marco del mismo son preparadas por un síndico, denominado «síndico predesignado», bajo el control de un juez de la quiebra, denominado «juez de la quiebra predesignado». Estos son nombrados por el tribunal competente y sus estatutos, así como sus funciones, están determinados por la jurisprudencia del Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo de los Países Bajos). La misión del «síndico predesignado», al igual que el síndico en el procedimiento de quiebra, debe tener en cuenta, en la fase previa a la declaración de quiebra, los intereses del conjunto de los acreedores, así como los intereses sociales, incluidos los relativos al mantenimiento de los puestos de trabajo. Incumbe al «síndico predesignado» y al «juez de la quiebra predesignado» preparar la transmisión de la empresa o de una parte de esta, antes de la declaración de quiebra de la persona jurídica a cuyo patrimonio pertenece dicha empresa, teniendo en cuenta el interés del conjunto de los acreedores y los intereses sociales. Tras la declaración de quiebra, y con independencia de su grado de participación previa a la declaración de quiebra, están obligados, como síndico y juez de la quiebra, a apreciar si esa transmisión satisface dichos intereses y, en caso negativo, a no proceder a dicha transmisión.

Para el TJUE un procedimiento de estas características cumple con los tres requisitos de aplicación de la *excepción* ex art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23, y que, por tanto, la nueva empresa adquirente no estaba vinculada por las condiciones laborales y de empleo aplicables a sus trabajadores antes de la transmisión. La empresa (grupo empresarial), en primer lugar, estaba incurso en un procedimiento de quiebra; en segundo lugar, dicho procedimiento tenía por objeto la liquidación de los bienes del cedente y, en tercer lugar, el mismo procedimiento quedaba sometido a la supervisión de una autoridad pública (art. 5, apartado 1).

En estos casos se impone la lógica específica del Derecho concursal (“Derecho de quiebra”) frente a la lógica del Derecho social. El Derecho concursal se caracteriza por procedimientos especiales que tienen por objeto ponderar los diversos intereses, especialmente los de las diferentes categorías de acreedores. En este marco se abre la posibilidad de reconocer una excepción a la aplicación del régimen de protección individual de los trabajadores en el supuesto de que una empresa transmitida, o una parte de la misma, sea objeto de un procedimiento de liquidación de los bienes del cedente.

Es de hacer que, en la STJUE de 22 de junio de 2017, dictada en el asunto C-126/16 *Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros/Smallsteps BV*, el Tribunal de Justicia parecería adoptar un criterio matizadamente distinto, pues concluyó que una operación de “pre-pack” como la controvertida en este asunto no cumple todos los requisitos establecidos en la Directiva y que, por tanto, no puede suponer una excepción al régimen de protección establecido en la Directiva 2001/23. Pero en la STJUE (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022, asunto C-237/20, el Tribunal de Justicia distingue entre el procedimiento de “pre-pack” de que se trata y el del asunto que dio lugar a la STJUE de 22 de junio de 2017 (C-126/15:C:2017;489), señalando que este último no tenía por objeto la liquidación de la empresa de que se trataba. En efecto, el Tribunal de Justicia señala, en relación con el requisito relativo a la apertura del procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, que, en el caso de autos, la insolvencia del cedente era inevitable y que tanto el procedimiento de quiebra como el procedimiento de “pre-pack” que lo precedía tenía por objeto la liquidación de sus bienes, que fue decretada. Además, la transmisión de la empresa se produjo durante ese procedimiento de quiebra. El Tribunal de Justicia declara que puede considerarse que el procedimiento de “pre-pack” de que se trata en el litigio principal (asunto C-237/20) se desarrolló bajo la supervisión de una autoridad pública competente, como exige el art. 5 de la Directiva 2011/23, siempre que dicho procedimiento se rija por disposiciones legales o reglamentarias. Efectivamente, el “síndico predesignado” y el “juez de la quiebra predesignado” son nombrados por el Tribunal competente para el procedimiento de “pre-pack”, que define sus funciones y procede, en el momento de la posterior apertura del procedimiento de quiebra, al control de su ejercicio, decidiendo nombrar o no a esas mismas personas en calidad de síndico y de juez de la quiebra. Por otro lado, la transmisión preparada durante el procedimiento de “pre-pack” únicamente se ejecuta una vez iniciado el procedimiento de quiebra y el síndico y el juez de la quiebra pueden negarse a proceder a dicha transmisión si consideran que es contraria al interés de los acreedores del cedente. Adicionalmente, el “síndico predesignado” no sólo debe rendir cuentas de su gestión de la fase preparatoria en el acta de la quiebra, sino que también puede incurrir en responsabilidad en las mismas condiciones que el síndico de la quiebra.

Relevante es atender al elemento finalista de la excepción ex art. 5 Directiva 2001/23 en relación con el “pre-pack”, pues el objetivo de la excepción al mantenimiento de los derechos de los trabajadores es descartar el grave riesgo de deterioro del valor de la empresa transmitida o de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, mientras que el un procedimiento “pre-pack” seguido de un procedimiento de quiebra consiste en obtener el mayor reembolso posible para el conjunto de los acreedores y conservar en la medida de posible los puestos de trabajo. El Tribunal de Justicia entiende que recurrir a un procedimiento de “pre-pack”, a efectos de la liquidación de una sociedad, aumenta las posibilidades de satisfacción de los intereses de los acreedores. Por tanto, puede considerarse que los procedimientos de “pre-pack” y de quiebra, considerados conjuntamente, tienen por objeto la liquidación de la empresa en el sentido del art.5.1 de la Directiva 2001/23, siempre que el “pre-pack” se rija por disposiciones legales o reglamentarias con el fin de cumplir el requisito de seguridad jurídica. Por otra parte, el Tribunal de Justicia declara que puede entenderse que el procedimiento de “pre-pack” de que se trata en el litigio principal se desarrolló, en todo momento, bajo la supervisión de una autoridad pública competente, como exige la excepción establecida en el art. 5 de la Directiva 2001/23, siempre que dicho procedimiento se rija por disposiciones legales o reglamentarias.

2º). En segundo lugar, están aquellos *procedimientos de transmisión en el marco de un procedimiento concursal o de insolvencia orientados a la continuidad actual y de futuro de la empresa o unidad productiva autónoma; y por tanto con vocación de permanencia no limitada teleológicamente a la satisfacción exclusiva de los acreedores mediante la venta de los bienes de la organización productiva*, sino para que la organización productiva continúe en una perspectiva de futuro. El objetivo económico y social así perseguido no puede explicar ni justificar que, cuando la empresa de que se trate sea objeto de una transmisión total o parcial, sus trabajadores se vean privados de los derechos que les reconocía la Directiva con sujeción a las condiciones que la misma especifica (sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros, C-362/89, EU:C:1991:326, apartado 32). El Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 25 de la sentencia de 7 de diciembre de 1995, Spano y otros (C-472/93, EU:C:1995:421), que la Directiva 77/187 no se aplicaba a las transmisiones efectuadas en el marco de procedimientos destinados a liquidar los bienes del cedente, como el procedimiento de quiebra controvertido en la sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55) o el procedimiento de liquidación forzosa administrativa del Derecho italiano, objeto de la sentencia de 25 de julio de 1991, d'Urso y otros (C-362/89, EU:C:1991:326), *pero, en cambio, sí se aplicaba a la transmisión de empresas o unidades productivas sujetas a procedimientos que tienen por objeto la prosecución de la actividad de la empresa*. De ahí la importancia del elemento finalista en la transmisión de empresa o parte autónoma de la misma: se ha de cumplir con el requisito de estar ante un procedimiento que tenga por objeto la prosecución –o supervivencia- de la actividad de la empresa de que se trate.

Hay que precisar que la finalidad y objetivo de la excepción -contemplada en el art. 5 de la Directiva 2001/23- al mantenimiento de los derechos de los trabajadores es descartar el grave riesgo de deterioro del valor de la empresa transmitida o de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, mientras que el de un procedimiento de “pre-pack” seguido de un procedimiento de quiebra consiste en obtener el mayor reembolso posible para el conjunto de los acreedores y conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo. El Tribunal de Justicia –en sentencia de 28 de abril de 2022- añade que recurrir a un procedimiento de “pre-pack”, a efectos de la liquidación de una sociedad, aumenta las posibilidades de satisfacción de los intereses de los acreedores. En consecuencia, puede entenderse que los procedimientos de “pre-pack” y de quiebra, considerados conjuntamente, tienen por objeto la liquidación de la empresa en el sentido del art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23, siempre que el “pre-pack” se rija por disposiciones legales o reglamentarias con el fin de cumplir el requisito de seguridad jurídica. No obstante, la navaja analítica aquí tiene que ser muy precisa atendiendo al caso por caso real, sin descartar situaciones intermedias o incluso la existencia en el caso de autos de posibles zonas grises y difusas. Por otra parte, los conceptos o categorías jurídico-económicas que delimita el objeto de la transmisión son concepto de textura abierta, instrumentales y estipulativos con arreglo a la función jurídica típica que asume en el grupo normativo regulador^[6]. Lo mismo acontece con categorías jurídicas delimitadas por el Derecho social comunitario como la noción estipulativa y función de “entidad económica”^[7].

X. Un lectura hermenéutica de la Directiva 2001/23/CE y de la doctrina del TJUE en interconexión con la legislación concursal y laboral española

En nuestro país la materia objeto de tratamiento en el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE y referida en la sentencia objeto de comentario encuentra su regulación principal en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante LC), en relación con el art. 44 del ET y normas concordantes. Conforme al art. 57 (“Procedimiento concursal” del ET; dentro de la Sección 5 del Capítulo III del Título I del ET): “En caso de concurso, a los

supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal^[8].

La Subsección 3 del Capítulo II de la vigente LC, regula “las especialidades de la enajenación de unidades productivas”, y a estos fines se conforma un grupo normativo regulador con incidencia directa en las relaciones laborales y de Seguridad Social.^[9]

De este grupo normativo interesa llamar la atención sobre el dato normativo de que es la propia LC la que establece el efecto subrogatorio en las obligaciones laborales y en las obligaciones de Seguridad Social, al disponer que en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa (art.221 Sucesión de empresa).

En esa lógica de racionalidad jurídica se impone la subrogación o sucesión legal del adquirente de la empresa o unidad productiva autónomas de la misma. En tal sentido, en caso de transmisión de una o varias unidades productivas, efectivamente el adquirente quedará subrogado en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte (aunque por excepción a lo establecido en el apartado anterior, la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público”). Por lo demás, cuando el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones, también quedará subrogado en las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que formen parte de la unidad productiva (art. 222 Subrogación del adquirente)^[10].

De este modo, la regla general en la transmisión de empresa o unidad productiva autónoma de la misma es la aplicación de la normativa subrogatoria o sucesoria laboral (es decir, el eje del grupo normativo iuslaboral constituido por el art. 44 del ET y normas concordantes), sin perjuicio del establecimiento de las peculiaridades señaladas en dicho precepto.

No obstante, hay que tener en cuenta que está en fase de tramitación parlamentaria actualmente un importante Proyecto de Ley en materia concursal: 121/000084 Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)^[11] (en lo sucesivo Proyecto de LC).

El art. 49 del Proyecto de LC, modifica el art. 221 de la vigente LC, que queda redactado como sigue: «Art. 221. Sucesión de empresa. 1. *En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa.* 2. El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa, así como delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que la componen. 3. En estos casos el juez podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativo a las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de seguridad social relativas a estos trabajadores. El informe deberá emitirse por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el plazo improrrogable de diez días.»

En cualquier, ya antes, en caso de apertura del procedimiento se puede valorar la conveniencia de preservar el valor de la empresa en funcionamiento hasta que se

alcance un plan de continuación o la venta de la unidad productiva. Pero también lo contrario, acordando su extinción como mejor opción para la satisfacción de los intereses del conjunto de los acreedores. Reténgase que, en principio, la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (art. 111 LC vigente). Pero puede procederse al cierre de las oficinas y establecimientos (art. 114 LC vigente). También se regulan los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos (artículos 169-189 LC vigente). Con la garantía del mantenimiento de los contratos y convenios y el mandato y funciones de los representantes de los trabajadores (artículos 169 y ss. LC vigente).

También conviene recordar que conforme al art. 8 de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, la “Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores”^[12]. Por lo demás, *la excepción prevista ex art. 5 de la Directiva tiene un carácter supletorio para los Estados miembros en su legislación de transposición* (la Directiva es nítida en la dicción del art. 5. «1. *Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros*, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a [las transmisiones] ...”).

Es posible pensar en soluciones flexibilizadoras en los supuestos de transmisión de empresas en crisis o en dificultad. Las nuevas reglas y categorías jurídicas flexibles (siempre nuevas en relación a las necesidades sociales), halladas por la ciencia jurídica, deben adaptarse a través de la técnica jurídica a las necesidades prácticas y a la legislación. Con todo, para seguir cumpliendo su función de adaptar y de incorporar en el Derecho la vida concreta. Es necesario que los nuevos elementos constitutivos y las nuevas exigencias de funcionamiento de la empresa contemporánea sean *reintroducidos* en la ciencia jurídica. De tal modo que el Derecho de la empresa en crisis sea un Derecho *multisectorial en el orden jurídico y estar orientado hacia la solución de los problemas de la empresa en crisis y del empleo*, integrando en calidad de tal, señaladamente, a los grupos normativos concursales y laborales^[13].

El modelo normativo concursal actual ha aprendido lentamente de la experiencia de un fracaso en décadas precedentes respecto a la conservación de empresas o unidades productivas autónomas que podrían ser viables si se hubieran adoptado medidas de “refinanciación”, medidas “pre-concursales”, etcétera. Un cambio harto significativo fue el proceso de reforma concursal de los años 2014-2015 que trató de favorecer la viabilidad de las empresas y la conservación del empleo. Pero, ciertamente, la reacción legislativa para *tomarse en serio la conservación de las empresas o unidades productivas vía reestructuración y saneamiento* ha venido siendo excesivamente *tardía*, porque desaparecieron ya numerosas empresas en crisis o en situaciones de insolvencia que se podrían haberse mantenido en el mercado a través de la predisposición de razonables medidas “pro-activas” o, en su caso, “preventivas” encaminadas a su reestructuración y saneamiento. No obstante, aunque tardía, esta relativa reorientación del modelo concursal debe ser objeto de una valoración positiva en términos de conjunto^[14]. En el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, se visibilizó este tipo de reformas alternativas a la simple desaparición de la empresa o unidad productiva autónoma de la misma, a través de la reestructuración, el saneamiento y la las transmisión de la empresa viable en el marco del procedimiento concursal.

La experiencia, de nuevo, ha evidenciado que era preciso operar un giro relevante en la organización jurídica de las situaciones concursales y la posible continuidad de las empresas y partes autónomas de la misma para reestructurarlas y sanearlas, siempre que fueran objetivamente viables atendiendo al interés del concurso y del mantenimiento en lo posible del empleo. La reestructuración/saneamiento se realiza

tanto internamente como a través de mecanismos externo y promocional de refinanciación y de la posible opción por la transmisión de la empresa como un complejo unitario en todo o partes autónomas de la misma. En esa dirección se inserta el Proyecto de Ley de Reforma de la LC en curso avanzado de tramitación parlamentaria^[15].

Los sistemas de insolvencia tienen como finalidad económica y financiera procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de la LC). En el caso de actividades económicamente viables, pero con dificultades financieras, estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa. En el caso de actividades inviables, el procedimiento trata de extraer el mayor valor de los activos para devolver a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos, siguiendo un orden de prelación. Cuando el deudor insolvente es una persona física, el concurso pretende identificar a los deudores de buena fe y ofrecerles una exoneración parcial de su pasivo insatisfecho que les permita beneficiarse de una segunda oportunidad, evitando su paso a la economía sumergida o a una situación de marginalidad. El sistema de insolvencia está integrado, por una parte, por los denominados instrumentos preconcursales. Son procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras. El Proyecto de ley, en avanzada tramitación parlamentaria, afronta el conjunto de limitaciones mediante una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia. En primer lugar, se introducen los denominados planes de reestructuración, un instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla^[16], que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos preconcursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia.

En el Proyecto de Ley se presta especial atención a las *microempresas*, que constituyen en torno al noventa y cuatro por ciento de las empresas españolas, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: los acuerdos extrajudiciales de pago han tenido un uso escaso y el concurso tiene unos elevados costes fijos que detraen los escasos recursos disponibles para los acreedores. Por ello, la Proyecto de Ley introduce un procedimiento de insolvencia único, en el doble sentido de que pretende encauzar tanto las situaciones concursales (de insolvencia actual o inminente) como las preconcursales (probabilidad de insolvencia) y que se aplicará de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Este procedimiento está especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizándose, por tanto, por una simplificación procesal máxima. Por otra parte, el Proyecto de Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales. Tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Para ello, lleva a cabo una importante reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que constituye la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática la transposición. Esta reforma legislativa va a suponer el detonante de un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son. Estos cambios normativos devienen, si cabe, más esenciales todavía como herramientas para afrontar la actual situación empresarial derivada de la pandemia de la Covid-19 y la persistencia de las crisis y de los procesos de reestructuración permanentes. La necesaria armonización de las diferencias entre las normativas nacionales fue el objeto de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, para contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar

los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento. Los ejes de la reforma que conlleva esta Directiva son tres: garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad^[17]; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración. Se trata de una ley muy ambiciosa, inspirada con el objetivo de conseguir, de acuerdo a los ejes de reforma marcados por la Directiva, cuando sea objetivamente posible, una reestructuración de activos y pasivos para evitar la insolvencia o solucionar la ya acaecida.

En cualquier caso, todo apunta a que la LC resultante –con antecedente más tímido en reformas como la de 2014-2015- de la culminación de esta reforma (y no se olvide que viene impulsada con carácter imperativo por el Derecho de la Unión Europea que pretende armonizar esta materia) parece que se va a preocupar de la configuración del Derecho Concursal con arreglo a los actualmente significan los procedimientos concursales en orden del mercado regulado (y más ampliamente los procedimientos que atienden a la situación de las empresas en dificultad), esto es, procedimiento de gestión técnica y colectiva de la crisis de insolvencia empresarial cualificada; ya no concebidos de manera reductiva exclusivamente como procedimientos de solución de conflictos patrimoniales a través de la asignación más ordenada y equitativa posible (a ser posible convencional, en términos de justicia contractual) de los bienes y derechos patrimoniales del deudor a los acreedores. Se ha de atender efectivamente a la complejidad de intereses en el seno de los procesos concursales y los procesos de reestructuración, saneamiento y posible transmisión de empresas o unidades productivas objetivamente *viables*. En esta perspectiva no debe existir una antítesis absoluta entre reestructurar/sanear y liquidar para los fines e intereses plurales del concurso. No deberían dominar enfoques unilaterales en la organización y diseño finalista del concurso y respecto a la oportunidad de reestructurar/sanear o transferir la empresa o unidad productiva atendiendo a la satisfacción de los intereses en juego.

En este orden de ideas, debería darse un mayor protagonismo a la autonomía colectiva no solo en los procedimientos extraconcursales de reestructuración y tratamiento de las situaciones de insolvencia (modelo normativo seguido, en gran medida, por la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y por el art. 51 ET y normas concordantes de transposición), sino también *dentro* del procedimiento concursal, de tratamiento de las situaciones de insolvencia agravada; algo que viene siendo reclamado desde hace tiempo por la doctrina. La lógica de racionalización jurídica es más compleja y pluralista, por lo que se pone en valor la gestión participada y consensuada^[18]. Un modelo racionalizar y de gestión participada que oriente los problemas del concurso y del lugar de la empresa dentro de él hacia la pluralidad de los interesados y partícipes (enfoque *stakeholder*); y, desde luego, presidiendo una idea u objetivo de sostenibilidad que avance en la construcción de un cambio de paradigma de la dirección empresarial que vaya más allá de la visión meramente financiera-instrumental (aunque sin desconocerla, evidentemente), la cual resulta excesivamente reduccionista y por ello deficiente en confrontación con una realidad económico-jurídica que muestra la pluralidad de intereses concurrentes y coexistentes en la empresa (también cuando esta es objeto de tráfico jurídico-económica a través de su transmisión como un todo o en partes autónomas viables, esto es, como unidades productivas diferenciadas sostenibles en una perspectiva de futuro).

Referencias:

1. ^ En este sentido, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, IBIDEM ediciones, 1999, pp. 9 y ss. (“El sentido del objeto de la transmisión en la Directiva modificada. El modelo normativo comunitario: su carácter abierto y flexible”).
2. ^ Sobre el sentido y alcance de la “sucesión legal del empleador en la relación de trabajo” como fenómeno de subrogación o sucesión unitaria “ope legis” y el carácter diferencial con otras figuras análogas del Derecho privado general, véase MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, Cap. II, pp. 135 y sigs., espec., pp. 171 y ss., y 284 y ss. (“El efecto sucesorio: el cambio del sujeto empresario y la identidad de la relación de trabajo modificada subjetivamente”). Precisamente por encima de lo que pudiera pensarse la opción legislativa de referirse no tanto a la permanencia del contrato como a la continuidad de la relación laboral reviste un pronunciamiento concreto respecto al alcance de la propia sucesión legal. La subrogación comprende el subingreso del nuevo titular en la posición del precedente, esto es, del estatuto regulador de las relaciones laborales en curso: “Por tanto cuando el art. 44.1 ET hace referencia a la “relación laboral”, no se abarca únicamente a la reglamentación de intereses que se opere en el contrato de trabajo, sino a todo el régimen jurídico privado, colectivo y público que rige en su complejo aquélla relación” (Ibid., p. 286). Esta operativa en el marco los procedimientos de insolvencia y de los procedimientos concursales, en MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 2006, espec., pp. 172 y ss.
3. ^ Entiéndase referida a la Directiva 2008/94/CE de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (versión codificada).
4. ^ En este sentido la mirada atenta y crítica de ROJO TORRECILLA, E., “Transmisión de empresa. Limitación de los derechos de las personas trabajadoras por aplicación del art.5 de la Directiva 2001/23/CE. Notas a la sentencia del TJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-237/20)”, en Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. Disponible:<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/transmision-de-empresa-limitacion-de.html>
5. ^ Para todo esta problemática puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 2006, espec., pp. 159 y ss.
6. ^ Para la delimitación conceptual de los conceptos de empresa, centro de trabajo y unidad productiva de la empresa o de parte autónoma de la empresa, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 202 y ss., y más ampliamente, Ibid., “La transmisión parcial de empresa: el “centro de trabajo” y la “unidad productiva autónoma de la empresa”, en Documentación Laboral, núm. 52 (1997), pp. 57-87; Ibid., “El concepto de centro de trabajo (artículo 1.5 del ET)”, en VV.AA., *El Nuevo Estatuto denlos Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 51 y ss.; Ibid., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, IBIDEM ediciones, 1999, pp.19 y ss., y 39 y ss (sobre

la noción de empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma de la empresa en el sistema del art. 44 del ET desde una “teoría laboral” de la empresa objeto de transmisión). Los artículos 1, apartados 1 y 5, y 44.1 del ET, configuran legalmente un tipo normativo abierto y flexible –de textura abierta a la realidad proteiforme del tejido empresarial- que permiten “tener en cuenta la multiplicidad de modelos económicos-sociales de empresa, en atención a los distintos sectores y subsectores de actividad económica” (Ibid., p. 41). Sobre la “noción de empresa y de unidad productiva transferida en el marco de los procedimientos concursales”, véase MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 2006, espec., pp. 134-150.

7. [^] Del carácter estipulativo e instrumental da cuenta la cualidad del objeto de la transmisión cuando -tras indicar que la Directiva se aplicará a los transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario- establece que se considerará transmisión “a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio” (art. 1.b) de la Directiva 2001/23/CE). En instrumento de transposición ex art. 44.2 ET. Pero es un concepto muy flexible, pues de aptarse en función de la actividad ejercida o del tiempo empresa materializada o desmaterializada. Véase, al respecto, SSTJUE de 18 de marzo de 1986, asunto Spijkers, 11 de marzo de 1997, asunto Sützen, 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal, 10 de diciembre de 1998, asunto Sánchez Hidalgo, 24 de enero de 2002, asunto Temco, 20 de noviembre de 2003, asunto Abler, etcétera. Un concepto de textura abierta y flexible que ya destacaría la pionera STJUE de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95 Sützen, cuando indicó que “aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios que han de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente una transmisión de empresa, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión”. Pero, además, nos ofrece un concepto funcional al dejar sentado que “el concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de un una actividad económica que persigue un objeto propio” (ffº.13). Sobre esta configuración jurídica y sus consecuencias para la delimitación omnicomprendiva del objeto de la transmisión exigido por la Directiva 2001/23, véase MONEREO PÉREZ, J.L., *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, IBIDEM ediciones, 1999, pp. 106 y ss. Así, “en el modelo de empresa terciaria el concepto de “empresa” radica menos en los elementos y medios materiales de producción, que en el efectivo despliegue de una actividad organizada y en los contactos sociales...” (Ibid., p. 113).
8. [^] Contenido equivalente al regulado con anterioridad en art. 57bis del RD-Leg. 1/1995 de 24 Marzo (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Actualmente, el vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadi, 2006, espec., pp. 70 y ss., 118 y ss., y 159 y ss.
9. [^] Art. 218 Contenido de las ofertas. “Cualquiera que sea el sistema de enajenación, las ofertas deberán tener, al menos, el siguiente contenido:
1.º La identificación del oferente y la información sobre su solvencia

económica y sobre los medios humanos y técnicos a su disposición. 2.º La determinación precisa de los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta. 3.º El precio ofrecido, las modalidades de pago y las garantías aportadas. En caso de que se transmitiesen bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, deberá distinguirse en la oferta entre el precio que se ofrecería con subsistencia o sin subsistencia de las garantías. 4.º La incidencia de la oferta sobre los trabajadores”. El art. 219 establece la Regla de la preferencia: En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores”. Por su parte, el art. 220 regula la Audiencia de los representantes de los trabajadores: “1. Las resoluciones que el juez adopte en relación con la enajenación de la empresa o de una o varias unidades productivas deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, si existieran. 2. En el caso de que las operaciones de enajenación implicaran la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contrato o la reducción de jornada de carácter colectivo, se estará a lo dispuesto en esta ley en materia de contratos de trabajo”.

10. ^ Como se ha señalado, los artículos 215 y ss. de la LC vigente se ocupan de las especialidades de la enajenación de unidades productivas. Aspectos particulares se contemplan en los artículos 223 y 224 LCE. La transmisión de una unidad productiva no implicará la subrogación del cesionario respecto de aquellas licencias, autorizaciones o contratos no laborales en los que el adquirente, al formular la oferta, haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse (art. 223 Exclusiones a la subrogación por voluntad del adquirente). El art. 224 regula los efectos sobre los créditos pendientes de pago: 1. La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos: (...). 1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación. 2.º Cuando así lo establezca una disposición legal. 3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el ET. 2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado”. Esta última previsión permite aligerar las obligaciones y cargas del efecto subrogatorio en la responsabilidad por las deudas contraídas (laborales y de Seguridad Social) por el anterior titular.
11. ^ El Proyecto presta especial atención a las soluciones preconcursales como mecanismos alternativos que faciliten eludir la necesidad de ir a concurso y ofrece una salida a la situación de insolvencia del deudor, lo que permitirá descongestionar los Juzgados de lo Mercantil. Este Proyecto de reforma de la LC en su tramitación parlamentaria ha sido objeto de numerosas Enmiendas, algunas de las cuales inciden sobre la sucesión de

- empresa y sus efectos en las relaciones laborales. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF
12. ^ Cfr. Auto del TJUE de 28 de enero de 2015.
 13. ^ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Granada, Comares, 1999, p. 332.
 14. ^ MONEREO PÉREZ, J. L.: "Reestructuración y "saneamiento" de empresas en situaciones concursales como alternativa a su extinción: tratamiento jurídico después de las últimas reformas legislativas (I y II), en *Trabajo y derecho*, números 21-22 (2016), pp. 92.109 y 96-114, respectivamente.
 15. ^ 121/000084 Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Reténgase como esta ordenación normativa camina hacia la elaboración de un Derecho europeo de empresas en dificultad y de tratamiento de los procedimientos de reestructuración e insolvencia; proceso, éste, ciertamente inacabado en la coyuntura actual.
 16. ^ Sobre esta problemática puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: "Reestructuración y "saneamiento" de empresas en situaciones concursales como alternativa a su extinción: tratamiento jurídico después de las últimas reformas legislativas (I y II), en *Trabajo y derecho*, números. 21-22 (2016), pp. 92.109 y 96-114, respectivamente.
 17. ^ La doctrina ha venido denunciado que, hasta el momento, ha existido "un marco insuficiente para la realización de la función preventiva de las "crisis concursales"". En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L., *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, Lex Nova/Aranzadí, 2006, espec., pp.61 y ss., y 193 y ss. (Cap. III. "El modelo concursal: perspectiva jurídico-crítica").
 18. ^ MONEREO PÉREZ, J. L., *Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Granada, Comares, 1999, pp. 102 y ss. (sobre "la dialéctica existente entre conservación-reestructuración y liquidación judicial", y "la intervención de los trabajadores y la posible negociación sobre la continuación de la empresa y la gestión y ajuste de personal"), y pp. 207 y ss. (Cap. V. "La posibilidad de adaptar el modelo normativo de regulación a las exigencias de tratamiento pluralista de las empresas en crisis. Consideraciones jurídico-críticas"); *Ibid.*, in extenso, *La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006, espec., Parte II, cap. II. (Por una gestión participada y concertada de la reestructuración de la empresa y la organización de su continuidad), pp. 181 y ss., *passim*. El modelo del Derecho francés viene desde hace tiempo orientándose hacia una valorización de reestructuración en las empresas en dificultad, pero también en el fomento de una mayor participación de las representaciones de intereses en el proceso de elaboración de la toma de decisiones. Véase, por ejemplo, SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des*

entreprises en difficulté, 2^a ed. (existe ed., posterior de 2013), París, Montchrestien, EJA, 1996, pp. 55 y ss. (prevención y tratamiento de las dificultades de las empresas), 175 y ss. (observación de la empresa y sus modalidades), y pp. 491 y ss. (dialéctica dinámica: plan de reestructuración/restablecimiento-plan de continuación-plan de cesión-liquidación judicial, etcétera).

§ 42 Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro estado miembro de la Unión.

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 considera contraria a las reglas comunitarias la normativa nacional que excluye, en el proceso de valoración de la antigüedad para la evaluación de la carrera profesional en el sistema de salud, la experiencia profesional desarrollada en otro país de la Unión.*

Palabras clave: *Libertad de circulación de trabajadores. Discriminación por razón de la nacionalidad. Antigüedad. Carrera profesional. Experiencia adquirida en otro estado miembro.*

Abstract: *The national legislation that excludes, in the process of assessing seniority for the evaluation of the professional career in the health system, the professional experience developed in another country of the Union is considered contrary to community rules.*

Keywords: *Freedom of movement of workers. Discrimination based on nationality. Antiquity. Career. Experience acquired in another member state.*

I. Introducción

La cuestión fundamental que aborda la resolución es si puede tenerse en consideración, a efectos de la valoración de la carrera profesional en el sistema de salud de una Comunidad Autónoma (Castilla y León), los periodos de actividad profesional que la trabajadora ha desarrollado en otro país perteneciente a la Unión Europea. Aunque la respuesta afirmativa se presenta como intuitiva, se trae a colación su análisis por dos razones. En primer lugar, porque la fundamentación de las alegaciones de las partes lo merece, y, sobre todo, porque la resolución del Tribunal, aun siendo contundente para este caso concreto, enuncia los supuestos y circunstancias en las que la restricción a un Derecho de la Unión podría consentirse, aspecto este no usualmente traído a colación en los comentarios a las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo.

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: de 28 de abril de 2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Asunto C 86/21

ECLI:EU:C:2022:310

Fuente: Curia

Ponente: A. Arabadjiev

Votos Particulares: Carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La petición de decisión prejudicial comunitaria se suscita en el pleito que mantiene la trabajadora contra la gerencia regional de salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en relación con la negativa de ésta a tener en consideración la experiencia profesional que desarrolló hace años la trabajadora en otro país de la Unión (en Portugal) para valorar la antigüedad en el desarrollo de su carrera profesional.

Por resolución de octubre de 2017 se convocó para el personal interino de larga duración un proceso ordinario de contratación, abriéndose el plazo para la presentación de solicitudes de acceso al 'grado I' de la carrera profesional. Esta solicitud de acceso sólo podía ser presentada por el personal interino de larga duración que acreditase cinco años de ejercicio profesional como personal estatutario y/o personal sanitario funcionario en el Servicio de Salud de Castilla y León en la misma categoría desde la que se pretendiera acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional.

La demandante presentó la correspondiente solicitud de acceso a la categoría, "*alegando haber prestado servicios en esta durante diez años y tres meses a fecha 31 de diciembre de 2010*", figurando entre tales servicios "*los prestados en el Hospital Santa María de Lisboa (Portugal)*" desde noviembre de 2000 hasta julio de 2007 (§ 10).

La Gerencia Regional de Salud sí computó los años de ejercicio profesional desarrollados en el Sistema Nacional de Salud español, pero desestimó computar los prestados por la interesada en el sistema público portugués, "*al no estar previsto en el sistema de reconocimiento de la carrera profesional de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*" (§ 11), aun a pesar de que dicho período sí había sido tenido en consideración por la propia Gerencia para el cálculo de los trienios del personal estatutario temporal. Es decir, sí había considerado ese período de tiempo para la producción de unos efectos (económico retributivos), pero no lo considera ahora para otros (la antigüedad para el reconocimiento de la carrera profesional).

La demandante interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución, solicitando, básicamente, que se tuviesen en consideración para el cálculo de la requerida antigüedad en el marco del reconocimiento de la carrera profesional los años de servicios prestados para el Sistema Nacional de Salud portugués.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo encargado de la resolución del asunto estimó la pretensión de la actora, recurriéndose la decisión ante el Tribunal Superior de Justicia funcionalmente competente, que es quien plantea la presente cuestión prejudicial porque le surge la duda de si la normativa nacional no provoca una discriminación indirecta, así como una lesión al principio de libre circulación de los trabajadores y del principio de igualdad de trato, principios asumidos por la normativa comunitaria como rectores de su política laboral y social.

Plantea en concreto dos cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si la normativa comunitaria se opone a la disposición nacional (de la Comunidad Autónoma) que

impide reconocer los servicios profesionales prestados en un servicio de salud de otro país miembro de la Unión. Y, en segundo lugar, si el reconocimiento de los servicios prestados en otro Estado miembro podría condicionarse a que previamente se aprobasen unos criterios generales de homologación de dicha experiencia para todos los sistemas de la carrera profesional del personal de los servicios de salud de los estados miembros.

IV. Posición de las partes

La demandante entiende que el proceder administrativo la discrimina, lesionándola en su derecho a circular libremente y sin obstáculo por el territorio de la Unión para el desarrollo de su carrera profesional.

La Gerencia de Salud organiza tres líneas de defensa.

En primer lugar, en relación con las limitaciones a la libertad de circulación, entiende que su proceder administrativo no solo excluye del cálculo de la antigüedad los períodos trabajados en otros Estados miembros de la Unión, sino que también alcanza a aquellos períodos prestados en España en instituciones sanitarias no integradas funcional y orgánicamente en el servicio público de salud español, interpretación de la que deduce que ningún trabajador de otro Estado miembro es tratado de un modo distinto a como es tratado un trabajador español en relación con la carrera profesional. Pone el acento, en este sentido, en que la normativa autonómica que regula la cuestión no impide a los trabajadores de cualquier otro estado miembro de la Unión acceder a la categoría profesional de que se trata en el litigio principal sin resultar discriminado, pues la medida se aplica incondicionadamente también a los trabajadores españoles (§ 20).

En segundo lugar, en relación con la justificación que se arguye para excluir del cálculo de la antigüedad las prestaciones de servicios en otros países miembros, que el objeto del reconocimiento de la carrera profesional es la evaluación de las funciones propias de la categoría profesional en que se prestan los servicios en el sistema público de salud, y que las funciones desempeñadas fuera del sistema de salud español pueden responder a unos estándares de calidad inferiores a los que exige el sistema de salud autonómico, por lo que la toma en consideración de estas últimas funciones supondría reconocer la carrera profesional a personal que ha realizado unos servicios que no alcanzan los estándares mínimos de calidad requeridos por la norma autonómica (§ 38).

Y, en tercer lugar, que la ausencia de normativa de la Unión para la toma en consideración conjunta entre estados de la experiencia profesional en los sistemas de salud, implementando para ello criterios de comparación apoyados en estándares homologables, consiente la creación de mecanismos nacionales que valoren dicha experiencia en atención a sus propios estándares (§ 39).

V. Normativa aplicable al caso

Derecho de la Unión.

- Art. 7.1 del Reglamento núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, establece: *“En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo”*.

Derecho nacional.

- Art. 44 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: “1. Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud. 2. El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley”.

- Real Decreto 184/2015, de 13 de marzo, por el que se regula el catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud y el procedimiento de su actualización prevé una tabla de equivalencias de categorías profesionales que permite que el personal estatutario pueda acceder a plazas vacantes de otros servicios de salud, mejorando la calidad de la asistencia y haciendo efectiva la garantía de su movilidad en todo el Sistema Nacional de Salud.

- Art. 43 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, titulado “Movilidad de los profesionales”, dispone: “La garantía de movilidad del personal en todo el Sistema Nacional de Salud es uno de los aspectos esenciales de su cohesión, por lo que deberá buscarse un desarrollo armónico de los concursos de traslados convocados por los distintos servicios de salud. Mediante real decreto, tras acuerdo en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, previo informe del Foro Marco para el Diálogo Social, se establecerán los criterios básicos y las condiciones de las convocatorias de profesionales y de los órganos encargados de su desarrollo que aseguren su movilidad en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a las Administraciones sanitarias”.

- Art. 37 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en su versión aplicable al litigio principal, dispone: “1. Se constituye el sistema de reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios a que se refieren los artículos 6 y 7 de esta ley, consistente en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios. [...] 3. Podrán acceder voluntariamente al sistema de desarrollo profesional los profesionales que estén establecidos o presten sus servicios dentro del territorio del Estado”.

- Art. 38 de la Ley 44/2003 dispone: “1. Las Administraciones sanitarias regularán, para sus propios centros y establecimientos, el reconocimiento del desarrollo profesional, dentro de los siguientes principios generales: [...] b) La obtención del primer grado, y el acceso a los superiores, requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, en relación a sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación. La evaluación habrá de tener en cuenta también los resultados de la actividad asistencial del interesado, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores de los indicadores de la valoración se hayan establecido, así como su implicación en la gestión clínica definida en el artículo 10 de esta ley”.

Derecho de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

- Art. 6 del Decreto 43/2009, de 2 de julio, por el que se regula la carrera profesional del Personal Estatutario de los Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León establece: “1. La carrera profesional en el Servicio de Salud de Castilla y León se estructura en cuatro grados. 2. Se establecen como requisitos para obtener el primer grado de la carrera profesional o para acceder a cada uno de los grados superiores, los siguientes: a) Ostentar la condición de personal estatutario fijo, en la categoría profesional en la que se pretenda acceder al primer grado o sucesivos de la correspondiente modalidad de carrera profesional y desempeñar sus funciones en el Servicio de Salud de Castilla y León. b) Presentar la solicitud para obtener el primer grado de la carrera profesional o para acceder a cada uno de los grados superiores, en el plazo y en la forma que se determine en las

correspondientes convocatorias. c) *Acreditar el número de años de ejercicio profesional, a fecha de cada convocatoria, como personal estatutario en centros e instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud establecidos en cada una de las modalidades de carrera para obtener el primer grado, así como los establecidos para acceder a los grados superiores, de acuerdo con la siguiente escala: i. Para obtener el grado I será necesario acreditar 5 años de ejercicio profesional como personal estatutario en el Sistema Nacional de Salud, en la misma categoría profesional desde la que se pretenda acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional*'.

VI. Doctrina básica

Cuatro cuestiones jurídico técnicas analiza la resolución: la incidencia de la normativa autonómica sobre la libertad de circulación de trabajadores; si se ha producido algunas discriminación por razón de nacionalidad en el proceder administrativo que excluye de la experiencia profesional la desarrollada en otro país de la Unión; si la limitación que se deduce de la normativa puede considerarse razonable y se encuentra justificada en atención a la protección de bienes o intereses legítimos; y si la ausencia de normativa estandarizada de la Unión en relación con la comparación de la experiencia profesional en los distintos países de la Unión permite la organización de un sistema propio que excluya la experiencia adquirida en otros países de la Unión.

Con respecto a la libertad de circulación recuerda el Tribunal que de su jurisprudencia se deduce claramente que se consideran contrarias a dicha libertad aquellas prácticas o disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador de abandonar su país de origen para desarrollar su carrera profesional en otro país de la Unión, pormenorizando también que lesiona la libertad comunitaria una normativa nacional que no tenga en consideración la totalidad de los períodos anteriores de actividad equivalente realizados en un Estado miembro distinto al de origen del trabajador. No tiene dudas en afirmar que la normativa controvertida en el litigio puede, efectivamente, disuadir al trabajador de ejercer su derecho a la libre circulación previsto en los textos fundacionales de la Unión, porque los trabajadores españoles que tengan la intención de ejercer su profesión en una institución o centro sanitario ubicado en un Estado miembro distinto del propio *“se verán disuadidos de hacerlo si la experiencia profesional equivalente que adquieran allí no se toma en consideración al evaluar su carrera profesional a su regreso a España”* (§ 28).

En definitiva, la normativa controvertida constituye una restricción a la libre circulación de los trabajadores, básicamente porque el trabajador migrante se verá perjudicado en relación con el trabajador español si no se toma en consideración la experiencia profesional desarrollada en otro país de la Unión. El Tribunal señala que la aparente neutralidad de una norma aplicable a todos los trabajadores con independencia de su nacionalidad puede provocar una discriminación indirecta cuando, por su desarrollo aplicativo, afecte más a los trabajadores nacionales de otros estados miembros que a los trabajadores del Estado propio (§ 31).

El obstáculo objetivo que implementa la norma en presencia no puede considerarse legítimo ni razonable desde el punto de vista de la normativa de la Unión. Sin negar radicalmente la posibilidad de que una norma nacional pueda implementar una restricción a las normas de la Unión justificándose en el propósito de garantizar unos parámetros de calidad y la organización eficiente de los servicios de salud, recuerda que para que dichas restricciones puedan considerarse justificadas es preciso que sean adecuadas *“para garantizar la realización del objetivo planteado y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”* (§ 42), pareciendo evidente en este caso que el objetivo pretendido (el aseguramiento de estándares aceptables de experiencia profesional) no puede alcanzarse desde la valoración de la antigüedad en la carrera profesional.

En relación con la argumentación de la Gerencia de salud relativa a que la ausencia en la Unión de sistemas de homologación de la experiencia profesional

podiera consentir la organización de mecanismos propios de validación para garantizar la calidad en la prestación del servicio el Tribunal entiende que, para la correcta respuesta a esta argumentación, debe partirse de tres premisas. En primer lugar, de que *“la experiencia profesional adquirida por el trabajador en cuestión en el sistema de salud de otro Estado miembro no puede considerarse, con carácter general, un obstáculo para la consecución...”* del objetivo pretendido en la norma de únicamente tener en consideración aquella experiencia profesional desarrolla con estándares de calidad homologables (§ 44). En segundo lugar, que lo razonable es que el mecanismo de validación de dicha experiencia ofreciese *“al interesado la posibilidad de demostrar la equivalencia de su experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros”* (§ 45), tal y como sucede en la normativa controvertida en relación con el reconocimiento de trienios. Y, en tercer lugar, que corresponde al Tribunal interno verificar que el Estado cumple con sus obligaciones en relación con el reconocimiento de cualificaciones profesionales (§ 46), en relación, particularmente, con la exigencia de tener en consideración, si el sistema de contratación o nombramiento requiere períodos mínimos de experiencia profesional previa, toda la que el trabajador haya acumulado en cualquier país de la Unión (§ 47).

VII. Parte dispositiva

La normativa de la Unión relativa a libre circulación de trabajadores debe interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional (autonómica, en este caso) que impide tomar en consideración para la valoración de la carrera profesional la experiencia profesional adquirida en un servicio público de salud de otro Estado miembro, *“a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”* (§ 50).

VIII. Pasajes decisivos

§ 27 *“Por consiguiente, procede señalar que una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, que solo permite tomar en consideración la experiencia profesional que el trabajador que solicite el reconocimiento de su carrera profesional haya adquirido en los servicios de salud españoles, en la misma categoría profesional desde la que pretenda acceder a la modalidad correspondiente de carrera profesional, puede disuadir a este de ejercer su derecho a la libre circulación previsto en el artículo 45 TFUE. El trabajador se verá disuadido de abandonar su Estado miembro de origen para trabajar o establecerse en otro Estado miembro si con ello se le priva de la posibilidad de que se tome en consideración su experiencia profesional adquirida en ese otro Estado miembro”*.

§ 33 *“En el caso de autos, al no tomar en consideración la experiencia profesional adquirida por un trabajador migrante en los servicios de salud de un Estado miembro distinto del Reino de España, la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede afectar en mayor medida a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales, perjudicando particularmente a los primeros, en la medida en que estos habrán adquirido muy probablemente una experiencia profesional en un Estado miembro distinto del Reino de España antes de incorporarse a los servicios de salud de este último Estado miembro. Así pues, el trabajador migrante que haya adquirido al servicio de empleadores establecidos en Estados miembros distintos del Reino de España una experiencia profesional pertinente y de la misma duración que la adquirida por el trabajador que haya trabajado siempre en los correspondientes servicios de salud españoles se verá perjudicado, al no tomarse en consideración esa experiencia profesional a efectos de su acceso a un grado en el marco del reconocimiento de su carrera profesional”*.

§ 43 “A la vista de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia y sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente verifique este extremo, no parece que la toma en consideración de la antigüedad del profesional sanitario de que se trate y del desarrollo individual alcanzado por este en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización afectada, pueda considerarse una medida inadecuada para alcanzar el objetivo relativo a una garantía reforzada de la protección de la salud que dicha medida parece perseguir”.

§ 48 “Así pues, si el examen comparativo de los títulos permite constatar que los conocimientos y las cualificaciones acreditados por el título extranjero equivalen a los exigidos por las disposiciones nacionales, el Estado miembro de acogida está obligado a reconocer que ese título cumple los requisitos que tales disposiciones establecen. Si, por el contrario, la comparación solo pone de manifiesto una correspondencia parcial entre tales conocimientos y cualificaciones, dicho Estado miembro tiene derecho a exigir que el interesado demuestre que ha adquirido los conocimientos y las cualificaciones que faltan”.

IX. Comentario

El criterio técnico de la resolución parece de lo más razonable, tanto desde el punto de vista de garantizar la libertad de circulación de los trabajadores por los países interiores de la Unión, como desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de nacionalidad. La protección de esos dos intereses comunitarios informa el sentido del fallo y la doctrina que se desprende de su razonamiento. Cualquier obstáculo (normativa, práctica administrativa, cláusula convencional, etc.) que se implementen en los ordenamientos nacionales para entorpecer o dificultar la movilidad de trabajadores debe ser observado con recelo por el garante de las libertades comunitarias, bien se proyecte sobre las titulaciones habilitantes para desarrollar una profesión u oficio, bien se conciba sobre la necesaria experiencia profesional previa para adquirir, desarrollar o progresar en un empleo, asalariado o funcionario. El relato de la resolución es impecable.

Sin embargo, es importante destacar que la resolución no impide, en puridad, que los ordenamientos internos, básicamente los poderes normativos, puedan implementarse mecanismos que limiten la libertad de circulación o confeccionen algún tipo de privilegio para los trabajadores nacionales. Se es consiente de esta posibilidad, pocas veces articulada, aunque bien es cierto que sometiéndola a las tres condiciones que enuncia la propia resolución en su § 50, que no son fáciles de llevar a la práctica.

En primer lugar, que la restricción a la libre circulación que se deduzca de la normativa “*responda a un objetivo de interés general*”, es decir, que la restricción que sufre el derecho (en este caso la libertad comunitaria) se justifique por la protección de un bien jurídico de superior calado que afecte a la comunidad política y jurídica a la que va destinada la norma, socializando, de alguna manera, el perjuicio que experimenta el desarrollo del derecho individual, en aras de un bien colectivo de superior entidad.

En segundo lugar, que la medida restrictiva “*permita garantizar la realización de ese objetivo*”, es decir, que el instrumento en cuestión (normativa, medidas administrativa, convenio colectivo, etc.) sea idóneo para la consecución de ese bien superior común, desarbolando aquellas pretensiones caprichosas, arbitrarias o meramente ineficaces en relación con la satisfacción de dicho bien común. Este segundo criterio es el fiel de la balanza de la idoneidad de la medida propuesta, en el sentido de asegurarse el ordenamiento comunitario que la restricción se produce porque, efectivamente, la medida restrictiva contribuye al bien común.

Y, en tercer lugar, que la medida “*no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo*”, es decir, que en la proyección de su eficacia práctica se asegure que no

lesione el derecho restringido más allá de lo estrictamente imprescindible para la consecución del objetivo común pretendido.

Lo interesante de la enunciación de estas medidas es que recuerdan, y mucho, a los mecanismos hermenéuticos que nuestro ordenamiento jurídico implementa para la modulación del ejercicio de los derechos fundamentales mediante la apreciación, para cada caso concreto, de los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad mediante los cuales se enjuician las restricciones (en nuestro caso empresariales) al ejercicio de un derecho fundamental por parte de las personas trabajadoras. Mediante ellos se pretende limitar en lo posible las restricciones al ejercicio de un derecho fundamental, consintiendo que dicha restricción sólo acaezca si la medida es estrictamente imprescindible para la consecución de un objetivo de superior entidad jurídica, garantizándose, en todo caso, que dicha limitación de ejercicio se conduce de la manera menos gravosa para el derecho fundamental coartado o limitado.

De esta manera, el juicio de proporcionalidad cuestiona si la restricción al ejercicio del derecho fundamental es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, entre ellos el derecho lesionado. El juicio de idoneidad, por su parte, pretende asegurar que la medida restrictiva operada es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, en el sentido de ser técnicamente operativa para ello, y no inoportuna o arbitraria. Mientras que el juicio de necesidad pretende asegurar que entre el abanico de opciones disponibles para la restricción se ha elegido la que menos lesiona el derecho fundamental en cuestión, debiendo emplearse de entre todas las posibles, en definitiva, la que menos haga sufrir al derecho tensionado.

Como fácilmente se aprecia, las tres exigencias que se enuncian en la resolución - que no son excepción en este fallo, sino, antes al contrario, tónica general en los pronunciamientos del TJUE- caminan por la senda del principio de proporcionalidad patrio. Tienen el mismo objetivo, implementan reglas de garantía prácticamente idénticas, y operan con técnicas jurídicas bastantes similares. No de otra forma puede acontecer para la salvaguarda de derechos -constitucional y de la Unión- que requieren el más algo grado de protección jurídica. Sería interesante, con todo, repensar la eficacia general de esos principios en el orden comunitario para darle corporeidad y aplicación técnica en la práctica jurisdiccional patria diaria, intentando hacerlo compatible con nuestro principio de proporcionalidad, y funcionalmente operativo en el foro.

X. Apunte final

Una cuestión prácticamente idéntica ya tuvo ocasión de resolverse por la STS-CON 1203/2021, de 4 de octubre. Aunque la *ratio decidendi* no transitaba exactamente por la senda que traza la resolución que comentamos, sí es interesante traerla a colación, sobre todo para mostrar que la práctica viciosa sancionada por la resolución del TJUE no es una excepción en nuestras Comunidades Autónomas, reticentes a asumir la realidad de un principio tan claro en su enunciado como beneficioso en su práctica.

En un procedimiento selectivo de acceso a plaza de facultativo especialista de un área médica concreta, el servicio de salud del principado de Asturias, en la valoración de los méritos de la ahora recurrente en casación, no tiene en consideración la experiencia profesional que había desarrollado durante años en un país extranjero no perteneciente a la Unión ni al espacio Económico Europeo (Suiza). Después de ver denegada su contestación administrativa y su recurso jurisdiccional por sentencia del TSJ de Asturias de 14 de octubre de 2019, implementa el recurso de casación que se resuelve a su favor mediante la resolución citada.

La cuestión objeto de recurso es apreciar si se vulnera el derecho a la igualdad y a la libertad de circulación de personas por la exclusión que realiza la Gerencia de salud de los méritos de la recurrente que tiene que ver con el desarrollo de la práctica

profesional en el sistema de salud de un Estado extranjero. La resolución entiende, en virtud de la eficacia jurídica del Anexo I del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus estados miembros y la confederación Suiza hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que la prestación de servicios por una nacional española en una institución sanitaria pública de Suiza debe ser tomada en consideración como mérito evaluable un proceso selectivo puntuando como experiencia profesional, al igual que acontece con los méritos relativos a investigación y a la formación, que también deben ser tenidos en consideración en idénticas condiciones que si se hubieran desarrollado en España.

La *ratio decidendi* se apoya, por tanto, en la aplicación para esta nacional del Acuerdo suscrito entre la Unión Europea y la Confederación Suiza, no realizando consideraciones de otro tipo, ni siquiera a mayor abundamiento o *a fortiori*. Pero se trae a colación esta resolución para mostrar los argumentos que despliegan tanto la demandante como, sobre todo, la Gerencia del servicio de salud, que son de idéntica cerrazón que en el caso anteriormente resuelto.

La demandante pone de manifiesto que su estancia en Suiza vino propiciado por un programa de investigación avalado por un Instituto público de salud español en atención a los convenios de colaboración de este tipo que se producen entre instituciones sanitarias europeas. Pero, sobre todo, el argumento que más llama la atención es el que el tratamiento diferencial es tan manifiesto a su juicio que *“matemáticamente, un candidato que no haya desarrollado su labor profesional en Asturias, puede perder hasta 55 puntos en la fase de concurso, más los no apreciables en cuanto a la formación e investigación, aunque cuente con una experiencia de años en la red sanitaria de otro país.../... sin que en ningún caso se justifique tal discriminación por algún motivo de los permitidos por la normativa española”*. Es decir, a juicio de la recurrente, el baremo de méritos que se implementa en la norma autonómica impide, de manera radical y absoluta, que sea valorada y tenida en consideración la experiencia profesional de cualquier candidato que *“no haya desarrollado su labor profesional en Asturias”*.

Este argumento (prácticamente acusación) es soslayado por la respuesta que evacua la Gerencia del Servicio de Salud, que se detiene en escudriñar el Anexo I referenciado para excepcionar la aplicabilidad del principio de libertad de movilidad de trabajadores cuando se trate de *“ocupar un empleo en la Administración Pública vinculado al ejercicio de la potestad pública y destinada salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas”*, entendiéndolo, en definitiva *“que en el ámbito del empleo público el acuerdo internacional que se invoca de adverso en modo alguno consagra ese principio o derecho de movilidad que efectivamente sí rige en el ámbito de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, del que Suiza no forma parte”*. Nunca imaginé, siguiendo la lógica de la Gerencia de Salud, que el Estado se encarnase con tanta crudeza en un profesional médico, como sí es fácil de imaginar en un embajador, en un militar y en un Magistrado.

Es significativo, en definitiva y por eso se trae a colación, que dos sistemas de salud autonómicos hayan topado con la misma problemática de reconocimiento de experiencia profesional en otros países europeos y que hayan respondido de similar manera, en vez de asumir que los ‘provincianismos’ están fuera del ámbito de tutela de la Unión para el desarrollo de una actividad profesional o un empleo. No extraña tanto, antes al contrario: reconforta, que la respuesta del TJUE y del TS haya sido, sustancialmente idéntica.

§ 43 **Inocuidad de los salarios de tramitación a efectos del reconocimiento 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 si el tiempo durante el que se devengan salarios de tramitación puede considerarse equivalente a servicios prestados a efectos del reconocimiento de antigüedad, todo ello en el ámbito del empleo público. La cuestión exige combinar reglas de Derecho Administrativo (sobre reconocimiento de servicios previos), de Derecho del Trabajo (acerca de la naturaleza y devengo de los salarios de tramitación) y de Derecho de la Seguridad Social (cobre cotización y sus consecuencias) El Tribunal Supremo se inclina por rechazar la equivalencia de ese periodo al de servicios efectivos prestados, aunque un robusto Voto Particular disiente de esa solución.*

Palabras clave: *Salarios de tramitación. Ocupación efectiva. Servicios previos. Despido improcedente.*

Abstract: *It is discussed whether the time during which processing salaries are earned can be considered equivalent to services provided for the purposes of recognition of seniority, all in the field of public employment. The issue requires combining rules of Administrative Law (on recognition of previous services), Labor Law (on the nature and accrual of processing wages) and Social Security Law (payment of contributions and their consequences) The Supreme Court is inclined to reject the equivalence of that period to that of effective services rendered, although a robust Private Vote disagrees with that solution.*

Keywords: *Processing salaries. Effective occupation. Previous services. Unfair dismissal.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión puede resumirse fácilmente. Se trata de determinar si el tiempo posterior a un despido y durante el que hay condena al abono de salarios de tramitación puede equivaler al de efectiva actividad desempeñada, todo ello en el ámbito del empleo público, a efectos del ulterior reconocimiento de servicios prestados.

Como punto de partida debe recordarse que el devengo de tales salarios (junto con la cotización a la Seguridad Social) pretende llevar a cabo una recomposición del vínculo laboral ilegalmente finalizado por el empleador. Ahora bien, que así suceda no despeja la incógnita de si la equiparación de ese lapso a periodos de ocupación cotizada implica que también han de tomarse como equivalente al trabajo

desempeñado a los efectos de sumar experiencia y aumentar los derechos de promoción económica.

La confrontación de las dos tesis en cuestión aparece claramente en la resolución comentada; no solo casa la dictada por el Juzgado, sino que también cuenta con un Voto Particular. Al tiempo, se pone de relieve (una vez más) que las diversas instituciones jurídicas (aquí, el periodo de salarios de tramitación) pueden contemplarse desde perspectivas diversas y complementarias.

Desde estas elementales consideraciones, tiene mucho interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia 334/2022 de 16 de marzo de 2022.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación 1676/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1099

Fuente: Cendoj.

POnente: Sra. Pilar Teso Gamella.

Votos Particulares: Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, al que se adhiere don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos y antecedentes relevantes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar las consecuencias de que quien ha prestado servicios laborales para la Administración y devengado (como consecuencia a de un despido improcedente) salarios de tramitación acceda, posteriormente, a un empleo estable (funcionario) e interese que el tiempo de referencia se considere como de efectiva actividad (reconocimiento de servicios previos).

Los hechos y antecedentes a tener en cuenta son del todo sencillos:

A) Con fecha 11 de febrero de 2004 la trabajadora inicia su prestación, en régimen laboral, para la Junta de Andalucía.

B) Disconforme con su cese (acaecido el 26 de noviembre de 2009), presenta demanda por despido y el Juzgado de lo Social dicta sentencia que se notifica el 18 de marzo de 2010 (confirmada en suplicación), optando la empleadora por el abono de la indemnización.

C) Posteriormente la trabajadora accede a una plaza funcionario de la propia Comunidad Autónoma e interesa el reconocimiento de los servicios prestados en régimen laboral, incluyendo el tiempo en que había devengado salarios de tramitación.

D) La Administración (27 abril 2017) deniega la solicitud formulada de reconocimiento de servicios previos prestados como personal laboral para la misma Administración Pública. Sostiene que “los servicios prestados” ya habían sido

indemnizados en fase de ejecución de la sentencia que declaró el despido como improcedente. Se basa en el art. 1.2 RD 1461/1982.

2. Juzgado de lo contencioso.

Mediante sentencia de 5 noviembre 2019 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Málaga estima el recurso interpuesto (rec. 558/2017) y declara el derecho de la actora a que se le sean reconocidos como servicios previos los prestados como personal laboral por todo el tiempo reclamado. Su argumentación crucial es la siguiente:

- Que la trabajadora percibiese la indemnización del despido improcedente no supone renuncia al derecho al reconocimiento de los servicios previos, renuncia que tampoco ha sido acreditada de ninguna otra forma y que, en todo caso sería muy dudosamente válida (artículo 6.2 del Código Civil).
- El art. 286 LGSS prescribe el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

3. Admisión del recurso contencioso-administrativo

Mediante Auto de 13 de mayo de 2021 la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:6335A) acuerda admitir a trámite el recurso preparado por la Junta de Andalucía y fija como cuestión de interés casacional determinar si resulta procedente, en el caso de reconocimiento de servicios previos prestados como personal laboral como consecuencia de sentencia judicial que declara el despido improcedente, el cómputo del período transcurrido hasta la notificación de la sentencia dictada en el procedimiento de despido o, por el contrario, dicho cómputo debe tener lugar hasta la fecha de cese.

IV. Posición de las partes

1. Recurso de la Administración Empleadora

La Administración recurrente sostiene que los servicios a los que se refiere la Ley 70/1978 son los servicios efectivos prestados. De modo que deben excluirse de tal reconocimiento aquellos servicios que no hayan sido prestados. Sin que pueda mezclarse, a estos efectos, la prestación del servicio con la cotización a la Seguridad Social, que tendría el carácter de ocupación cotizada a los efectos del artículo 286.6 del TRLGSS. Alega, además, que la extensión que hace la sentencia recurrida respecto de los servicios no prestados puede alargarse en función de vicisitudes posteriores, y ajenas, a la cesación de la prestación del servicio.

En definitiva, aduce que a los efectos de la Ley 70/1978 sólo pueden ser considerados como días de servicios efectivamente prestados, los transcurridos desde el inicio de la relación laboral hasta el cese efectivo de la misma, sin que puedan ser incluidos los días transcurridos más allá del cese y hasta que se dicte o notifique una sentencia judicial. La solución acogida por el Juzgado, en suma, estaría equiparando erróneamente un supuesto de servicios prestados con un supuesto de ocupación cotizada (que no de ocupación efectiva).

2. Oposición de la trabajadora (funcionaria).

La parte recurrida alega que la naturaleza unilateral y la calificación jurídica del acto de despido, además de efectos no queridos a la parte afectada, produce el efecto extensivo en la interpretación de los servicios prestados. Por eso considera que el artículo 286.6 LGSS/2015 expresa una voluntad de protección al trabajador que ha sido objeto de un despido improcedente.

La Administración no puede legítimamente aprovecharse ni obtener ninguna ventaja (como sería el acortamiento del tiempo a computar como servicios anteriormente prestados) de un acto ilícito cometido por ella; es decir, del despido, que fue declarado improcedente por la jurisdicción social. En consecuencia, concluye, no es ajustada a Derecho la interpretación de la Administración.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley 70/1978.

Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública reconoce a los funcionarios de carrera de las diversas Administraciones "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" (art. 1.1).

Asimismo, aclara que "los derechos individuales de naturaleza económica que resulten de lo establecido por la presente Ley deberán ser computados por las respectivas Unidades o Jefaturas de Personal a instancia de parte, justificando ésta su pretensión mediante certificación acreditativa de los servicios prestados, que deberán extender las autoridades competentes haciendo constar los años, meses y días de servicios prestados" (DA Primera).

2. Real Decreto 1461/1982.

El RD 1461/1982, de 25 de junio, dicta normas de aplicación de la Ley 70/1978, estando entre ellas las siguientes:

- A efectos de perfeccionamiento de trienios, se computarán todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualquiera de las Administraciones públicas citadas en el artículo primero de la Ley setenta/mil novecientos setenta y ocho, de veintiséis de diciembre, sea el que fuere el régimen jurídico en que los hubieran prestado, excepto aquellos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias (art. 1.Uno).
- No serán computables los servicios prestados en régimen de contratación administrativa o laboral cuando, al romperse el vínculo jurídico con la Administración y recibir la indemnización correspondiente, renunció el interesado a cualquier otro derecho que pudiera derivarse de tales servicios (art. 1.Dos).
- Cualquier período de tiempo de servicios que haya sido tenido en consideración para determinar pensión de cualquier naturaleza no puede ser nuevamente reconocido a los efectos previstos en la Ley (art. 1.Tres).

3. Estatuto de los trabajadores.

A) Cuando acaece el despido (finales de 2009) y se notifica la sentencia (marzo 2010) la regulación sobre despido improcedente contenía las siguientes previsiones en el artículo 56.1 del ET/1995:

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, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla:

a) Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

B) Cuando la Administración dicta el acto administrativo sobre reconocimiento de servicios previos (2017), el artículo 56 vigente a partir de 2012 dispone lo siguiente:

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 períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

4. Ley General de la Seguridad Social

A) En la fecha en que se produce el despido y se dicta la sentencia declarándolo improcedente el art. 209.6 LGSS/1994 disponía que “en los supuestos a los que se refiere el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”.

B) Cuando la Administración dicta el acto administrativo sobre reconocimiento de servicios previos (2017), el artículo 268.6 LGSS/2015

En los supuestos a los que se refiere el artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

En los supuestos a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior, el empresario (*que optó por la readmisión*) deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada^[1], pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica y a que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la sentencia recurrida, posee una fundamentación tan básica como concluyente. Veamos sus pasajes fundamentales

1. Servicios “prestados”

La expresada Ley 70/1978 reconoce a los funcionarios de carrera la totalidad de los “servicios indistintamente prestados” por los mismos con anterioridad en las

Administraciones Públicas (artículos 1.Uno y 2.Uno). Esos servicios previos prestados han de ser, además, “servicios efectivos” según dispone en artículo 1.Dos de la misma Ley. Siendo indiferente, a estos efectos, que se hayan prestado en calidad de funcionario de empleo, eventual o interino, o en régimen de contratación administrativa o laboral, que es el caso examinado, toda vez que la funcionaria de carrera de la Administración autonómica pretende que se reconozcan sus servicios prestados con anterioridad como personal laboral en dicha Administración y antes de adquirir la condición de funcionaria de carrera.

Esta exigencia sobre la cualificación de los servicios, que hayan sido *prestados* y que se trate de servicios *efectivos*, se ve también confirmada por la disposición adicional primera de la misma Ley 70/1978, al advertir que la justificación de dicha prestación debe acreditarse mediante “certificación acreditativa de los *servicios prestados*, que deberán extender las autoridades competentes haciendo constar los años, meses y días de *servicios prestados*”. No se trata de servicios, por tanto, que hubieran debido prestarse o no, se trata de los servicios efectivamente prestados.

Esta insistencia de la Ley en relación con los servicios que han sido prestados, de modo que no puedan presumirse ni extenderse sin previsión legal expresa, también se reitera en el RD 1461/1982, que tiene la decidida finalidad, según expresa en su preámbulo, de resolver las “dudas en la aplicación de la citada Ley 70/1978”, por lo que se establecen unos criterios uniformes para el cómputo y valoración de los servicios que se han de reconocer. Criterios que, aunque no contemplan el caso examinado sobre el tiempo de duración del procedimiento judicial posterior ante la jurisdicción social, no puede interpretarse de modo contradictorio con la expresada Ley.

2. Finalidad del reconocimiento

El cómputo que diseñan la Ley 70/1978, y el Real Decreto de aplicación, tiene por finalidad valorar la experiencia de aquellos que ya hayan prestado servicios ante la Administración Pública, con independencia de la concreta Administración y del tipo de vinculación que, en este caso, fue como personal laboral. Y lo cierto es que esta experiencia únicamente se adquiere mediante el desempeño efectivo de la función, mediante esa prestación de servicios efectivos.

3. Sentido de la regla de Seguridad Social

La regulación contenida en la LGSS/2015, que constituye la “ratio decidendi” de la sentencia que se impugna, no proporciona cobertura, a los efectos del reconocimiento de los servicios previos ante la Administración, cuando tales servicios ya concluyeron, pues su prestación no fue más allá del cese de la relación. De modo que si no se han prestado tales servicios mal pueden ser considerados como servicios “efectivos”. Por tanto, las normas contenidas en el citado texto refundido, y en concreto en el artículo 268.6, lo que pretenden es la protección completa del trabajador, en este caso mediante la cobertura en la cotización durante el periodo en el que se abonan los salarios de tramitación que terminan con la decisión de la jurisdicción social. Se considera, en definitiva, que dicho periodo es una ocupación cotizada a todos los efectos relativos y previstos en el la LGSS, mediante una cotización que comprende todos los conceptos.

En todo caso, la LGSS no deroga, ni desplaza, ni interfiere en la aplicación de una Ley específica prevista precisamente para regular el reconocimiento a los funcionarios públicos de los servicios previos prestados con anterioridad en las Administraciones Públicas, como es la Ley 70/1978, cuya finalidad es tomar en consideración, como antes señalamos y ahora insistimos, la experiencia adquirida anteriormente que se deriva de los servicios previos prestados ante la Administración, y que tiene su correspondiente traducción económica a los efectos del cómputo de la antigüedad.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, y dejando de lado el tema de las costas procesales, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado:

- Estima el recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, casando y anulando la sentencia de instancia.
- Resolviendo el debate originario, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la funcionaria y confirma el criterio acogido por la correspondiente Consejería de la Junta de Andalucía.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Cuarto de la sentencia es el que alberga la respuesta frontal a la cuestión de interés casacional:

En definitiva, los servicios en la Administración Pública, a tenor de la indicada Ley 70/1978 y Real Decreto 1461/1982, deben de haberse prestado de forma efectiva, y se prolongan hasta que se produce el cese de la relación de servicios, que tiene lugar, en este caso, por el cese por despido, en cualquiera de sus modalidades, con independencia de las actuaciones posteriores que se hayan podido seguir ante la jurisdicción social y del resultado de las mismas.

IX. Comentario

1. Un tema procesal

No puede dejar de advertirse que de las dos razones (independientes) que la sentencia del Juzgado esgrimió para justificar su decisión (que cobrar la indemnización no comporta renunciar a la toma en cuenta el tiempo de salarios de tramitación; que la LGSS equipara ese lapso temporal a periodos de ocupación) el recurso casacional solo afronta una de ellas.

Como queda expuesto, la Junta de Andalucía (invocando las expuestas normas) defiende que no cabe confundir “servicios prestados” con el supuesto de “ocupación cotizada u ocupación a los efectos de cotización (que no de ocupación efectiva)”, atribuyendo a la previsión establecida en el artículo 268.6 LGSS/2015 una naturaleza tuitiva de los efectos derivados del despido y solo a efectos de cotización y prestación por desempleo.

Desde esta perspectiva, bien podría pensarse que un recurso extraordinario que deja incólume una de las ratios decidendi de la resolución recurrida está abocado al fracaso^[2].

Cabe pensar (aunque el tema queda inédito en la sentencia examinada) que el presupuesto y finalidad que posee el recurso de casación en casos como el presente está en la base de esa relativa separación entre el planteamiento realizado ante la Sala Tercera y su margen de maniobra^[3] al dictar la sentencia^[4].

Analógicamente, estaríamos ante un supuesto similar al que concurre con las sentencias dictadas por la Sala Cuarta del TS en unificación de doctrina. En principio, el Tribunal ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de las no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario; el órgano judicial no puede, de oficio, sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida. Pero cuando no coincida exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que aplique la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar

una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada»^[5]. Esta interpretación del papel que corresponde al TS cuando resuelve el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina: “Resulta claro 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/Junio, FJ 3).

2. La selección de la norma aplicable

Al dar cuenta de las normas aplicables al caso (apartado V) queda evidenciado que el despido de que traen causa los salarios de tramitación es muy anterior a los importantes cambios introducidos en la materia por el RDL 3/2012 así como a la promulgación de los textos refundidos de 2015 para el ET y la LGSS.

Tal y como el VP pone de relieve, el contenido material de los diversos preceptos de la LGSS es similar, pero no sucede lo mismo con el del ET referido a los salarios de tramitación. Mientras antes de 2012 los salarios de tramitación eran consecuencia de la declaración de despido improcedente (sin perjuicio de que en determinada etapa pudieren neutralizarse mediante la consignación de su importe, en determinadas condiciones), a partir de ese momento solo surgen cuando la empresa opta por la readmisión. La Reforma laboral de 2012 introdujo cambios muy trascendentales en el despido disciplinario: con carácter general se suprimen los salarios de tramitación. Únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores que opta por ésta.

Sabiendo que la empleadora no optó por readmitir sino por indemnizar, y dejando al margen el eventual desajuste de esa voluntad con las previsiones del EBEP, hay que poner de relieve que la prolongación de los efectos del contrato de trabajo (materialmente extinguido por la empleadora) hasta el momento de la sentencia que declara su improcedencia constituye una opción legislativa relevante y coetánea con el momento en que se produce el despido examinado.

Sorprende que a lo largo del recurso y de la sentencia se realicen referencias al tenor de la norma del ET vigente después de las modificaciones de 2012 (en concreto, adoptando como texto el refundido de 2015).

3. Apunte sobre los salarios de tramitación.

A) El tema de su naturaleza es tan vidrioso que la propia jurisprudencia varió su criterio, pues comenzó afirmando que los salarios de tramitación poseen naturaleza salarial y no indemnizatoria^[6] y acabo sosteniendo que los salarios de tramitación no poseen naturaleza salarial, sino indemnizatoria o *sui generis*^[7]. Se entiende que así deriva de su finalidad (compensar al trabajador del perjuicio que comporta no percibir sus retribuciones) y límite (compensación con otros ingresos): si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento^[8].

Indirectamente relacionado con esa tesis está el criterio de que el período durante el cual se devengan salarios de tramitación no puede considerarse como de prestación de servicios; así se desprende del carácter constitutivo del despido, la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación y la posibilidad de que no todo el tiempo de vinculación profesional compute a efectos de antigüedad^[9].

B) Dispone el ET que los salarios de tramitación se abonan al trabajador “hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia

y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación". Son muchos los criterios interpretativos auxiliares que se consideran válidos para aquilatar el alcance de esta obligación, en sus actuales términos:

- Los salarios de tramitación se deben desde el día del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia que declaró su improcedencia, y no hasta la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación extrajudicial^[10].
- El módulo regulador de los salarios es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción y no el inferior que realmente viniera percibiendo, lo que implica la eventual aplicación retroactiva del convenio colectivo^[11].
- El trabajador temporal que es cesado improcedentemente antes de la expiración del plazo pactado tiene derecho a la indemnización por año de servicios, más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la que se pactó como término del contrato, aunque la calificación judicial de despido improcedente recaiga con posterioridad a ésta^[12].
- La empresa absuelta en instancia y condenada en suplicación ha de abonar los salarios de tramitación por el tiempo transcurrido hasta la notificación de la segunda sentencia^[13].
- Procede descontar de los salarios de trámite que debe satisfacer la empresa los emolumentos percibidos por el trabajador en el desempeño de un trabajo por cuenta ajena durante la tramitación del proceso de despido, no siendo atendible el argumento de que el trabajador podría haber compatibilizado ambos empleos al tener horarios distintos^[14].
- El descuento ha de realizarse en función del número de días en que se trabaja y no en función de la cuantía global percibida^[15].
- Cuando se acredita el empleo en otra empresa pero no el monto de lo percibido se presume que equivale al salario mínimo interprofesional^[16].
- La carga de prueba tanto de la prestación de servicios para otro empresario, como del importe de lo percibido en esa otra empresa, corresponde al empleador^[17].
- Los salarios de trámite se abonan únicamente hasta la fecha de la sentencia de instancia que extinguió el contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 50 del ET^[18].
- Si se solicita la aclaración de la sentencia, los salarios de trámite se extienden hasta la notificación del auto que aclara la misma^[19].
- Cuando son los trabajadores los que reclaman directamente al Estado, por insolvencia de su empleador, los salarios de trámite que excedan de 60 (ahora 90) días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda y el día en que la sentencia declaró la improcedencia del despido, corresponde a los trabajadores el *onus probandi* de los salarios percibidos en el nuevo empleo, aplicándose en caso contrario el descuento de la suma salarial total (y no meramente del salario mínimo interprofesional) que percibían en la empresa que los despidió^[20].
- Los salarios de tramitación en caso de despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos sólo se extienden hasta la fecha en que habría terminado la actividad cíclica que motiva el contrato^[21].
- No procede el descuento en los salarios de trámite del periodo en que el proceso estuvo suspendido para subsanar defectos en la demanda, aunque la solicitud fuera presentada por el trabajador, cuando en su actuación no se aprecia abuso de derecho y el alegato de indefensión de la empresa no queda justificado^[22].

- Los salarios de trámite se deben desde el día del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia que declaró su improcedencia, y no hasta la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación extrajudicial^[23].
- Procede descontar de los salarios de trámite que debe satisfacer la empresa los beneficios obtenidos como trabajador autónomo durante la tramitación del proceso de despido^[24].
- No procede efectuar descuento alguno en los salarios de trámite en el caso de ingresos derivados de una actividad por cuenta propia existente con anterioridad al despido^[25].
- Es posible que la empresa alegue, con éxito, la realización de otro trabajo (anterior al juicio) en fase de ejecución^[26].
- El mismo criterio es aplicable a la IT por la que haya atravesado el trabajador^[27].

C) Con la Reforma de 2012 los salarios de tramitación se suprimen con carácter general y únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores (sea cual sea su opción, conforme al artículo 56.4 ET). La justificación de la supresión de estos salarios se busca en varios argumentos:

- El tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.
- Los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.
- En caso de despido improcedente sin readmisión, la retribución en metálico del tiempo proporcional de vacaciones no disfrutadas se extiende sólo hasta la fecha del despido y no al período, que se corresponde con el percibo de los salarios de tramitación, entre esta fecha y la de notificación de la sentencia que reconoce la improcedencia^[28].
- Posee escasa coherencia que recaiga sobre la empresa el coste de un período intermedio en el que no hubo prestación efectiva de servicios ni readmisión posterior, por lo que no hay daño adicional que resarcir al trabajador.

D) Por otro lado, el artículo 57 ET prescribe que cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de cierto número de días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de tales salarios de tramitación “correspondiente al tiempo que exceda”. Así como precedentemente se fijaba en sesenta días hábiles el umbral de responsabilidad soportable por el empleador, el RDL 20/2012 eleva hasta noventa días hábiles el tiempo durante el cual ha de afrontar tal abono.

El plazo de 90 días es en realidad algo más duradero. La cuenta se comienza, no con el despido, sino con la presentación de la demanda (bien que, caso de sentencia estimatoria, los salarios de trámite arranquen de aquél). Se incluyen solamente los días hábiles (tégase en cuenta que en despidos el mes de agosto es hábil: LRJS, art. 43.4). En el proceso especial, instrumentado para reclamar al Estado, cabe establecer acontecimientos y circunstancias que implican una reducción de la responsabilidad pública (art. 119); curiosamente, se autoriza al Juez para que prive al trabajador de su

derecho «si se apreciase que en su actuación procesal (se refiere al pleito de despido) ha incurrido en manifiesto abuso de Derecho», supuesto de lo más extraño, pues -salvo la reclamación del obrero por insolvencia del empresario- será este último quien normalmente pague al trabajador y luego solicite el reembolso del exceso con cargo a las arcas públicas.

4. Alcance de las normas interpretadas.

Para decidir si el periodo comprendido entre el despido y la fecha de notificación de la sentencia que lo calificó como improcedente debe considerarse como de servicios efectivamente prestados a todos los efectos y, por tanto, no excluidos a efectos de la Ley 70/1978 resulta imprescindible estar al tenor de esta norma.

A) La interpretación teleológica podría subrayar que el despido improcedente comporta una decisión unilateral del empresario que extingue ilegalmente la relación laboral y que el ET solo atiende a los perjuicios inmanentes al contrato terminado. Es claro el perjuicio sufrido por culpa del empresario que le había impedido continuar trabajando como consecuencia del despido declarado en la sentencia improcedente.

Desde esa finalidad, probablemente tiene razón la funcionaria cuando sostiene que hasta ese momento final debe considerarse que existió el vínculo jurídico-laboral al servicio de una esfera de la Administración Pública y que, como tal, debe computarse en la vida laboral del empleado.

B) La indemnización tasada del artículo 56.1 ET no atiende a la existencia de daños y perjuicios diversos a los derivados de la ilegal pérdida del empleo, de modo que difícilmente su percepción puede comportar que se haya renunciado de forma tácita a que el tiempo de salarios de tramitación se tome en cuenta a efectos de antigüedad.

C) La interpretación sistemática aconsejaría examinar si en los periodos de servicios certificados y computados se incluye, de modo pacífico, algún otro tiempo en que no haya habido efectiva prestación de actividad laboral pero sí cotización a cargo de la empresa, cual sucede en la incapacidad temporal.

D) Es verdad que el texto de la LGSS no resuelve la cuestión suscitada, pero sus referencias a que el periodo de salarios de tramitación constituye ocupación cotizada "a todos los efectos" tampoco juega en favor de la tesis acogida por la Administración.

E) La interpretación más flexible de las normas (preconizada en el VP) bien podría entroncar con derechos y valores constitucionales como el de la promoción profesional y económica.

X. Apunte final

La jurisprudencia laboral viene manteniendo un largo debate acerca de los confines de los salarios de tramitación, bien que atenuado tras drástica reducción a partir de 2012. Que uno de tales ecos aflore ahora en el ámbito contencioso es la enésima prueba de que los compartimentos estanco casan mal con la unidad del ordenamiento.

El valor que tiene la sentencia comentada es que no atiende solo al tenor de las normas administrativas, sino que se adentra en el alcance de las reglas que imponen el deber de abonar salarios de tramitación y de cotizar por ellos. Se comparta o no su criterio, se trata de un buen enfoque metodológico.

Referencias:

1. ^ En el mismo sentido, STS-CONT 349/2022 de 17 marzo, ECLI:ES:TS:2022:1158.

2. *^ El VP subraya esta circunstancia ("la impugnación deja incólume el argumento central de la sentencia, que era el que rechazaba la razón de decidir empleada por la Administración en vía administrativa: los servicios prestados durante el periodo reclamado y ya indemnizados") y aventura la conclusión ("pese a la doctrina que pudiera llegar a fijarse al responder a la cuestión de interés casacional, que sería ya irrelevante, procedería la desestimación del recurso de casación").*
3. *^ El art. 86.1.II LJCA prescribe que en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.*
4. *^ Art. 93.1 LRJS: la sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos.*
5. *^ Por topas, SSTS/SOC 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013), 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno), 91/2020 de 31 enero (rcud.3166/2017) o 606/2020 de 7 julio (rcud. 544/2019).*
6. *^ STS 7 julio 1994 (RJ 1994, 6351).*
7. *^ SSTS 14 julio 1998 (RJ 1998, rec. 3482/1997) y 9 diciembre 1999 (RJ 1999, rec. 1116/99).*
8. *^ Aunque esta doctrina posee el innegable valor de clarificar la cuestión, se echa de menos en ella una reflexión explícita y frontal acerca del papel que los salarios de tramitación poseen, de su finalidad, génesis y configuración dogmático-jurídica; quizá algo haya podido influir en esta carencia que la cuestión se abordase de forma previa a la determinación de si la empresa principal respondía de las cantidades adeudadas en tal concepto por la empresa contratista y que se tuviese cierta "prisa" por zanjar el tema e implicar a la primera en el abono de los dichos salarios, como una más de las "obligaciones de naturaleza salarial" (art. 42.2 ET).*
9. *^ STS 21 octubre 2004 (RJ 2004, 7029).*
10. *^ STS 25 junio 2013 (RJ 2013, 5747).*
11. *^ SSTS 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1441); 8 junio 1998 (RJ 1998, 5114).*
12. *^ SSTS 29 enero 1997 (RJ 1997, 641; Sala general); 19 septiembre 2000 (RJ 2000, 8209); 10 marzo 2005 (RJ 2005, 3866).*
13. *^ STS 30 septiembre 2003 (RJ 2003, 8562).*
14. *^ STS 1 marzo 2004 (RJ 2004, 3398).*
15. *^ STS 18 abril 2007 (RJ 2007, 3540)).*
16. *^ SSTS 2 junio 1992 (RJ 1992, 4511); 31 enero 1996 (RJ 1996, 490).*
17. *^ SSTS de 10 octubre 2007 (RJ 2007, 8488) y 21 julio 2011 (RJ 2011, 6822).*
18. *^ STS 18 febrero 2003 (RJ 2003, PROV. 118386).*
19. *^ STS de 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 8476).*
20. *^ STS de 29 septiembre 2010 (RJ 2010, 7584).*
21. *^ SSTS de 23 marzo 2011 (RJ 2011, 3565); 4 abril 2011 (RJ 2011, 3695) y 24 septiembre 2012 (RJ 2012, 10285).*
22. *^ STS de 10 diciembre 2012 (RJ 2013, 1095).*
23. *^ STS de 5 febrero 2013 (RJ 2013, 2859).*
24. *^ STS 22 marzo 1999 (RJ 1999, rec. 2812/98).*
25. *^ STS de 12 marzo 2013 (RJ 2013, 3650).*

26. ^ STS 5 mayo 2004 (RJ 2004, 4364).
27. ^ STS 24 mayo 2004 (RJ 2004, 5025).
28. ^ STS de 12 junio 2012 (RJ 2012, 8122).

§ 44 **Acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas: la jurisprudencia contenciosa se reencuentra con la social.**

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: Desmarcándose de la solución adoptada en su sentencia de 7 de abril de 2021 (recurso de casación 2479/2019), en la STS-CA 372/2022, de 24 de marzo, la Sala Tercera del TS recupera su doctrina general -coincidente con la mantenida por la Sala Cuarta- asertiva de que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante los medios expresamente señalados en el art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante documento público, formalización de la pareja de hecho que debe ser anterior, al menos, en dos años al fallecimiento del causante. Reitera doctrina de la sentencia de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación 6304/2017) y aclara que la diferente solución que aplica la STS-CA 480/2021, de 7 de abril, responde a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Palabras clave: Pareja de hecho. Pensión de viudedad. Clases pasivas. Medios de prueba. Igualdad en la aplicación de la ley.

Abstract: Distancing from the solution adopted in its judgment of April 7, 2021 (appeal number 2479/2019), in STS-CA 372/2022, of March 24, the Third Chamber of the Spanish Supreme Court recovers its general doctrine which states that the existence of a unmarried partner, in order to obtain the widow's pension, can only be proved by the means expressly indicated in article 38.4 of Royal Legislative Decree 670/1987, which approves the revised text of the Law on Passive Classes of the State: registration in a specific regional or municipal registry of the place of residence or by public document, formalization of the non marital couple that must be earlier, at least two years after the death of the deceased. The Supreme Court confirms the doctrine of the judgment of May 28, 2020, and clarifies that the different solution applied by STS-CA 480/2021, of April 7, responds to the concurrent circumstances in the specific case.

Keywords: Domestic partner. Widow's pension. Passive classes. Means of proof. Equality in the application of the law.

I. Introducción

El problema que aborda la sentencia objeto de este comentario es, una vez más, la cuestión relativa a las vías de acreditación de la existencia de pareja de hecho, con

una antigüedad mínima de dos años (computados desde la fecha del óbito), para que el miembro superviviente de la pareja pueda tener derecho a una pensión de viudedad, ahora en el Régimen de Clases Pasivas. No se discute la forma de acreditar la convivencia y su carencia de al menos cinco años como pareja de hecho.

Quien esto lea comprobará cómo se ha ido conformando en torno a esta materia una doctrina compartida por los órganos que ocupan la cúspide de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo; un planteamiento común que se vio interrumpido, por decisión de la Sala Tercera del TS, durante casi un año, hasta que la STC-CA 372/2022 ha vuelto a propiciar el encuentro entre ambas jurisdicciones.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 372/2022, de 24 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación contencioso-administrativo núm. 3981/2020

ECLI: ES:TS:2022:1290

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Se suscita un problema de índole estrictamente jurídica, referido a la forma de acreditar la existencia de pareja de hecho para devengar derecho a la pensión de viudedad cuando fallece uno de sus integrantes, funcionario causante del régimen de clases pasivas, tras haber convivido ininterrumpidamente con la solicitante de la pensión de viudedad durante seis décadas -desde 1965 hasta el 8.4.2019 (fecha de la muerte), convivencia acreditada mediante certificado de empadronamiento- y tras haber tenido cuatro hijos biológicos en común -de lo que dan fe las respectivas partidas de nacimiento-, pero sin haber registrado dicha pareja ni haberla constituido mediante documento público. La solicitante tenía 89 años en la fecha de la solicitud de la pensión.

La Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, mediante resolución de 11 de julio de 2019, acuerda denegar la pensión de viudedad solicitada en aplicación del artículo 38.4 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (TRLCPPE), por considerar que no se había acreditado la existencia de pareja de hecho aportando alguno de los medios de prueba taxativamente fijados por ese precepto legal.

2. Sentencia del TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo

La superviviente interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la pensión de viudedad, el cual fue desestimado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Autónoma mediante sentencia de 4 de marzo de 2020, por considerar la denegación ajustada a Derecho.

Esta sentencia, ahora recurrida, confirma la decisión de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas por ausencia de formalización de la pareja de hecho conforme a lo exigido por el artículo 38.4 TRLCPE, afirmando que la efectiva acreditación de la convivencia desde 1965, unida a la existencia de cuatro vástagos comunes y la adquisición conjunta de una vivienda, no son suficientes para el reconocimiento del derecho a la pensión por no ser medios adecuados para acreditar la existencia de la pareja de hecho.

En su Fundamento de Derecho Tercero, el TSJ madrileño concluye que “en cuanto a la falta de acreditación de la existencia de inscripción en el registro correspondiente como pareja de hecho de la recurrente y la persona del causante de la pensión, es cierto que por la parte demandante se ha aportado diversa documentación que, a su juicio, acreditaría la existencia de una convivencia *more uxorio*. Sin embargo, del análisis de dicho acervo probatorio no puede concluirse que se haya acreditado la condición de pareja de hecho entre la hoy recurrente y el causante de la pensión, a los efectos del reconocimiento de la misma ya que falta precisamente el requisito de la inscripción.” En definitiva, se da por acreditada la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal, mediando convivencia estable y dilatada en el tiempo, que ha dado como frutos varios hijos en común, pero no así la constitución de la pareja de hecho en la forma pedida por la Ley para causar derecho a la pensión de viudedad.

Como corolario, recuerda precedentes emitidos por la propia Sala territorial, destacando la sentencia 490/2019, de 17 de julio (procedimiento ordinario 915/2018), donde examina la doctrina constitucional sobre el trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales, y finaliza afirmando, que “tanto el artículo 38.4 del RD Leg 670/1987 como el artículo 174.3 del TRLGSS amplían el ámbito subjetivo de las personas beneficiarias de las pensión de viudedad a determinadas parejas de hecho, pero no a todas, sino sólo a las que reúnan una serie de requisitos y cumplan unas condiciones para el acceso a la prestación”, con apoyo en las sentencias del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 de marzo, y 44/2014, de 7 de abril, en las que fue avalada la constitucionalidad del 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

3. Auto de la Sala de Admisiones del Tribunal Supremo

Contra la sentencia del TSJ fue preparado recurso de casación por la representación procesal de la demandante, y la Sección Quinta de la Sala territorial lo tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo al TS, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

Mediante Auto de 29 de abril de 2021, dictado por la Sección Primera de la Sala Tercera del TS, se acordó admitir a trámite el recurso. En sus razonamientos jurídicos, la Sala de admisiones lleva a cabo una reseña de la doctrina contencioso-administrativa existente hasta el momento sobre la cuestión debatida. De forma sintética se transcribe lo razonado y resuelto en tres recientes sentencias de la Sala Tercera: sentencia de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación núm. 6304/201), sentencia de 9 de junio de 2020 (recurso de casación núm. 289/2018) y sentencia de 7 de abril de 2021 (recurso de casación núm. 2479/2019). El auto de admisión reconoce que, a la vista de estos antecedentes jurisprudenciales, y de la diversa solución a la que llegan concretamente las sentencias de 28 de mayo de 2020 y de 7 de abril de 2021 sobre la forma de acreditar la existencia de una pareja de hecho en aras a generar derecho a la pensión de viudedad, es necesario precisar, aclarar o completar la doctrina de la Sala sobre la materia debatida; de ahí la admisión del recurso.

Asimismo, en el referido Auto de admisión se acuerda:

-Precisar que la cuestión que goza de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar si los medios establecidos en el párrafo cuarto del vigente artículo 38.4 TRLCPE, para acreditar la existencia de la pareja de hecho en

aras a generar un derecho a la pensión de viudedad, son taxativos y exclusivos o si, por el contrario, es posible acreditar su existencia mediante otros medios distintos a los legalmente previstos.

-Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación la contenida el expresado precepto legal, "sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA".

-Remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, a la que corresponde la decisión con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos, procediéndose a su tramitación y señalamiento preferente.

IV. Posición de las partes

Las posiciones mantenidas por las partes del litigio se corresponden por completo con los términos del dilema suscitado. Como ha quedado dicho, el objeto del recurso nos sitúa ante un problema de corte estrictamente jurídico: precisar si los medios previstos en el párrafo cuarto del artículo 38.4 TRLCPE para acreditar la existencia de la pareja de hecho en orden a generar el derecho a la pensión de viudedad son taxativos y exclusivos o si, por el contrario, es posible acreditar su existencia mediante otros medios diversos de los previstos legalmente.

1. Posición de la parte recurrente

La parte promotora del recurso de casación denuncia infracción del artículo 38.4 TRLCPE. Tras realizar una descripción de los antecedentes de hecho, en otro apartado hace referencia a las tres sentencias mencionadas en el auto de admisión como doctrina de la Sala Tercera del TS sobre la materia del recurso, resaltando la similitud de la situación fáctica de este proceso con la de la STS de 7 de abril de 2021, por lo que coherentemente solicita que se aplique la misma doctrina allí fijada y, por tanto, que se admita que la existencia de la pareja de hecho puede acreditarse no solo mediante los medios señalados en el artículo 38.4 TRLCPE, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público, debiendo ser ambos anteriores en al menos dos años a la fecha del fallecimiento, sino también mediante el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca. Termina solicitando que se fije esa doctrina y que, en consecuencia, se le reconozca el derecho a la pensión de viudedad.

2. Posición de la Administración recurrida

En su escrito de oposición, la Administración General del Estado comienza transcribiendo buena parte del auto de admisión, para luego resaltar la función que en el ordenamiento jurídico español cumple la cuestión de inconstitucionalidad cuando un órgano judicial considere que una ley posterior a la Constitución no respeta sus principios básicos, de manera que no pueda resolver cualquier procedimiento sin aplicar la regulación expresa de esa ley. A partir de ahí hace transcripción de las sentencias del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 de marzo, 44 y 51/2014, de 7 de abril, en las que fue avalada la constitucionalidad del 174.3 del texto refundido de la LGSS, en la redacción dada al mismo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

A criterio de la AGE, de estos pronunciamientos constitucionales se desprende que el derecho a la pensión de viudedad exige la necesaria concurrencia de varios presupuestos: a) uno de carácter subjetivo, consistente en que los sujetos no sean impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona; b) otro de carácter material, referido a la convivencia como pareja de hecho estable durante un mínimo de años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante; y, c) otro de carácter formal, *ad solemnitatem*,

consistente en la verificación de que la pareja de hecho se ha constituido como tal en Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal con la anterioridad temporal exigida.

Solicita que, de acuerdo con la doctrina fijada por el TC, se confirme la sentencia impugnada y se declare que la existencia de la pareja de hecho puede acreditarse solo mediante los medios señalados en el artículo 38.4 TRLCPE, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público de constitución de la pareja de hecho.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión planteada comporta la necesidad de interpretar apenas un fragmento del artículo 38.4 del TRLCPE, el que se aloja en su párrafo cuarto, que reza así:

“4. Tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad [...]”

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

Como quiera que la sentencia estudiada apela a la igualdad en la aplicación de la ley, en referencia a la interpretación de una norma de contenido idéntico, el párrafo cuarto del artículo 174.3 de la LGSS (en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre) llevada a cabo por la jurisprudencia social, parece conveniente reproducir el tenor de este precepto legal:

“A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

Los expresados requisitos y condiciones pasaron después al artículo 221.2 del texto refundido de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Este precepto ha sido recientemente modificado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. La reforma -que, de forma inexplicable, no se ha plasmado en el art. 38.4 TRLCPE-

mantiene sin embargo el requisito formal de constitución de la pareja de hecho a través, exclusivamente, de la inscripción registral o del correspondiente documento público.

VI. Doctrina básica

La importancia de la sentencia analizada estriba en que amortiza las expectativas que una sentencia anterior de la misma sala y sección había generado al interpretar de forma flexible la forma de acreditar la existencia de la pareja de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas.

En efecto, la STS-CA 37/2022 recupera la doctrina fijada por la Sala Tercera del TS en sentencia de 28 de mayo de 2020, con arreglo a la cual la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante los medios expresamente señalados en el art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado del Estado, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante documento público, formalización de la pareja de hecho que debe ser anterior, al menos, en dos años al fallecimiento del causante. No se admiten medios de prueba diferentes de los previstos en la norma.

Se aclara que la solución acogida en la STS-CA 480/2021, de 7 de abril, admitiendo la prueba de la existencia de la pareja de hecho a través del certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, fue algo excepcional, obediente a las singulares circunstancias del caso allí considerado y de la prueba practicada (convivencia dilatada e ininterrumpida, patrimonio e hijos en común).

VII. Parte dispositiva

Con independencia del tema de las costas^[1], lo que interesa resaltar es que la sentencia estudiada desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y responde a la cuestión planteada por el auto de admisión, diciendo que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante.

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos molares que condicionan la decisión del recurso se reproducen en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la sentencia que se comenta. Son:

- “En apariencia las sentencias de 28 de mayo de 2020 y de 7 de abril de 2021 fijan una doctrina no coincidente a los efectos de concretar los medios de prueba válidos para acreditar la existencia de la pareja de hecho, pero la diferente solución se explica a la luz de las circunstancias concurrentes que particularizan el asunto resuelto por la sentencia de 7 de abril de 2021 (recurso de casación 2479/2019).”

- “Efectuada esa aclaración procede ya dar respuesta a la cuestión ahora planteada. En tal punto, consideramos que debe ser aplicada la doctrina general fijada en la sentencia de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación 6304/2017), según la cual la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad con los medios

señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante.”

-“[...] como ya se dijo en esa sentencia de 28 de mayo de 2020 partiendo de la doctrina existente en la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 174.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de idéntico o similar contenido que el artículo 38.4 del TRLCPE, “aunque no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto, no parece justificado, en principio, que ante regulaciones idénticas de situaciones idénticas, se llegue a soluciones distintas sin que concurren elementos que lo justifiquen. Los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y de seguridad jurídica se resentirían”. Pues bien, la doctrina de la sentencia de 28 de mayo de 2020 coincide con la fijada por la Sala Cuarta en la interpretación de la misma cuestión”.

-“[...] las sentencias del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 de marzo, 44 y 51/2014, de 7 de abril, han avalado la constitucionalidad del 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, precepto de igual contenido que el 38.4 del TRLCPE. Y lo ha hecho resaltando el carácter formal ad solemnitatem del presupuesto de la existencia de la pareja de hecho, consistente en la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante, exigiendo como prueba de ella certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.”

IX. Comentario

1. Decisiones precedentes de la Sala Tercera sobre la pareja de hecho y el devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas

La Sala Tercera del TS ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la forma de acreditar la existencia de pareja de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad en el Régimen de Clases Pasivas, y según se desprende del contenido del auto de admisión, parece que hubieran sido fijadas por dicha Sala dos interpretaciones diferentes sobre el inciso cuarto que contiene el artículo 38.4 del TRLCPE.

El primer pronunciamiento que se ocupó del tema fue la sentencia de la Sala de 28 de mayo de 2020 (recurso de casación núm. 6304/2017), donde, invocando la tesis mantenida por la Sala Cuarta del TS y la conveniencia de no mantener posturas discrepantes respecto a regulaciones prácticamente idénticas, se fijó la doctrina de que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987, es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante.

En la sentencia dictada el 9 de junio de 2020 (recurso de casación 289/2018), la misma cuestión se resolvió acudiendo a los hechos probados declarados en la sentencia recurrida y a la doctrina consistente en que las cuestiones sobre valoración de la prueba quedan, en principio, excluidas del recurso salvo que se apreciase una valoración arbitraria, ilógica o que conduzca a resultados inverosímiles, haciendo cita de la sentencia de 27 de mayo de 2019 (recurso de casación núm. 577/2017) reiterando lo dicho en sentencia de 6 de junio de 2018, casación 487/2017. Así, ante la falta de acreditación de la irracionalidad o arbitrariedad, se concluyó que la pregunta

relativa a cómo acreditar la existencia de la pareja de hecho a los efectos de obtener pensión de viudedad carecía de proyección sobre la cuestión planteada y, sin más, se desestimó el recurso de casación con confirmación de la sentencia recurrida. Ninguna modificación se produjo respecto a la doctrina contenida en la sentencia de 28 de mayo de 2020.

En cambio, de la doctrina mantenida hasta ese momento, basada en una aplicación literal de la norma, se desmarcó la STS-CA de 7 de abril de 2021 (recurso de casación 2479/2019), que admite otros medios de prueba de la existencia de pareja de hecho para lucrar la pensión de viudedad ("certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca")^[2]. Con esta decisión, la homogeneidad doctrinal que observaban los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo se interrumpe, aunque, como veremos, la ruptura ha sido solo temporal.

2. Doctrina unificada de la Sala Cuarta sobre acreditación de la existencia de pareja de hecho para optar a la pensión de viudedad

A diferencia de la Sala Tercera, la Sala Cuarta del TS ha trazado una línea doctrinal uniforme, sin desvíos ni excepciones, y anterior en el tiempo, en el tema relativo a la acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden al devengo de la pensión de viudedad en los regímenes que integran el sistema público de Seguridad Social.

Resumidamente expuestos, los exponentes doctrinales de la construcción jurisprudencial sobre los medios hábiles para acreditar la constitución de una pareja de hecho a efectos de poder lucrar la pensión de viudedad son:

- La existencia de la pareja de hecho debe acreditarse (exigencia *ad solemnitatem*) mediante inscripción en el registro específico de la Comunidad Autónoma o del Ayuntamiento del lugar de residencia, o a través de documento público, sin que a estos efectos constituyan documento público hábil: el libro de familia donde constan inscritos hijos en común ni las disposiciones testamentarias en favor mutuo^[3]; el documento en que aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria la persona con la que se convive pero sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio^[4]; el certificado de empadronamiento en un mismo domicilio^[5]; una sentencia que da cuenta de la existencia de la pareja de hecho que después se rompió^[6]; o la declaración de su existencia en la escritura de constitución de la comunidad de bienes sobre una vivienda adquirida en común^[7].
- La inscripción en el registro de parejas de hecho autonómico no tiene preferencia sobre los registros habilitados en los Ayuntamientos^[8].
- Cuando el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 diciembre (1 enero 2008), el requisito de inscripción en registro específico o formalización en documento público con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante es inexigible^[9].
- No procede reconocer pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja unida por el rito gitano, por no acreditarse la existencia de pareja de hecho, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de un documento público; sin que resulte aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009 (asunto Muñoz Díaz), por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído, al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez, pues tanto en el libro de familia como en la inscripciones de nacimiento se hace

constar la cualidad de «solteros» de los padres y la naturaleza «extramatrimonial» de los hijos^[10].

3. Reencuentro de la jurisprudencia contenciosa con la social

Conforme se acaba de exponer, hasta que se dictó la STS-CA 480/2021, de 7 de abril, la aplicación del TRLCPE se sometió a los mismos criterios que la de la LGSS en materia de pensión de viudedad en caso de parejas de hecho.

Recordemos lo esencial de esa doctrina común:

- El requisito de convivencia estable y notoria al menos en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante puede ser acreditado, además de mediante el certificado de empadronamiento, por cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que la demuestre de manera inequívoca.
- La prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en la Ley (inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público, ambos anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante).

Posteriormente, la mentada sentencia de 7 de abril de 2021, aunque citará precedentes de la propia Sala, se aparta de ellos para declarar que no resulta imprescindible acudir a alguno de los medios expresamente señalados en el inciso cuarto del artículo 38.4 TRLCPE para acreditar la existencia de pareja de hecho a efectos del devengo de la pensión de viudedad, pudiendo acudirse a todos los medios de prueba admitidos en Derecho.

Y, última estación del trayecto (al menos por el momento), la STS-CA de 24 de marzo de 2022 recupera la doctrina compartida hasta abril de 2021 con el orden jurisdiccional social, con arreglo a la cual la prueba de la existencia de la pareja de hecho solo puede realizarse, a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante documento público, formalización de la pareja de hecho que debe ser anterior, al menos, en dos años al fallecimiento del causante. Las Salas III y IV del TS vuelven a aplicar doctrinas coincidentes en este importante asunto.

X. Apunte final

Parece razonable que el legislador -el cual, como se sabe, no está obligado constitucionalmente a brindar a las uniones de hecho el mismo trato que a las matrimoniales- haya querido revestir de cierta solemnidad formal la constitución de la pareja de hecho, reservando con ello, en el contexto de un sistema de Seguridad Social que no opera con recursos ilimitados, la atribución de la pensión de viudedad a las parejas de hecho regularizadas o “de Derecho”.

Considerando el beneficio en prestaciones que se puede obtener formalizando la pareja en los garantistas términos previstos por el art. 221 LGSS y el art. 38.4 TRLCPE, no parece que tal exigencia legal sea desproporcionada. Y tampoco se trata de una exigencia muy onerosa, pues además del documento público (que implica un coste económico para los otorgantes) también es posible la inscripción gratuita en un registro autonómico o municipal. Y si vamos al caso concreto de la sentencia analizada, no se observa ninguna circunstancia, más allá de la libre y respetable voluntad de los convivientes, que realmente haya impedido o dificultado la adecuación de su situación convivencial a las condiciones exigidas por la legislación de Clases Pasivas.

La STS-CA 377/2022, de 24 de marzo, ha sepultado las expectativas que miles de parejas de hecho se habían forjado (al menos en el ámbito funcionarial) a partir de la muy comentada STS-CA de 7 de abril de 2021, cuando esta reconoció la posibilidad de acreditar la constitución de la pareja de hecho, sin necesidad de inscripción registral o de protocolización en documento público, a partir del certificado de empadronamiento o de “cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca”.

Es bien cierto que esta interpretación aperturista o flexible de la regulación aplicable tenía como soporte fáctico sobre el que proyectarse un caso concreto (en realidad, todos los son), en el que la expareja supérstite había convivido *more uxorio* con el finado durante treinta años en el mismo domicilio adquirido conjuntamente, habiendo tenido tres hijos carnales comunes y presentado declaraciones de IRPF en la modalidad conjunta; en consideración a esta “biografía”, la Sala Tercera, atendiendo nudamente a la prueba sobre la convivencia, dio por existente la pareja de hecho para así poder reconocer la pensión de viudedad.

La Sala sostiene que el caso conocido por la sentencia de abril de 2021 fue “un supuesto límite que aparece perfectamente descrito y que, en modo alguno, se asimila al que alude la anterior sentencia de 28 de mayo de 2020”. No se cuestionan las diferencias con el caso resuelto en esta sentencia, pero lo cierto es que el supuesto que da pie al dictado de la STS-CA 377/2022 se refiere a otra mujer, expareja de un funcionario causante del Régimen de Clases Pasivas, que solicita pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja, con la que había convivido de forma estable e ininterrumpida durante seis décadas, en el mismo domicilio que aparecía escriturado a nombre de ambos y con quien había tenido cuatro hijos en común. Son, como se puede comprobar, antecedentes fácticos muy similares a los que modularon la decisión de la STS-CA de 7 de abril de 2021. Así las cosas, el principio de igualdad en la aplicación de la ley (en este caso, el art. 38.4 TRLCPE) debería haber conducido a la Sala Tercera a adoptar la misma solución que abrazó en esa sentencia, por inconveniente que pudiera resultar la existencia de doctrinas discrepantes sobre un mismo asunto entre diversos órdenes jurisdiccionales.

Sin embargo, la Sala Tercera ha decidido volver sobre sus pasos y recuperar la doctrina que considera correcta, contenida en su primera sentencia de 28 de mayo de 2020, alineándose de nuevo con la doctrina de la Sala Cuarta. Probablemente en el asunto de 2021 se hiciera justicia, pero es ahora cuando la Sala Tercera resuelve en estricta correspondencia con el Derecho vigente (no se olvide, contando con expreso respaldo constitucional). Hay, pues, verdadera rectificación, aunque no se quiera reconocer. Y es que, más que aclarar su doctrina sobre la materia, lo que la sentencia glosada hace es dar un “volantazo” para retomar el camino del que se salió inesperadamente en 2021.

Referencias:

1. ^ *En su fundamento de derecho décimo, la sentencia comentada indica que, a tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No se hace imposición de las de instancia por las dudas de derecho suscitadas por la cuestión controvertida.*
2. ^ Véase el comentario “Acreditación de la pareja de hecho” a efectos de la pensión de viudedad”, de Antonio-V. Sempere Navarro, en el número 5/2021 de esta misma publicación.
3. ^ *Recopilando doctrina recogida en numerosas sentencias anteriores, como más recientes, SSTS, 4ª, de 29 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3957) y 11 mayo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2537).*
4. ^ *STS, 4ª, de 28 abril 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2309).*

5. ^ Entre otras, SSTS, 4ª, de 16 diciembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5603) y 7 diciembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5784).
6. ^ STS, 4ª, de 12 diciembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4784).
7. ^ STS, 4ª, de 13 marzo 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1008).
8. ^ STS, 4ª, de 4 mayo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2097).
9. ^ SSTS, 4ª, de 28 noviembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8809); 22 diciembre 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9329) y 4 noviembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5121).
10. ^ STS, 4ª, Pleno, de 25 enero 2018 (ECLI:ES:TS:2018:294). Aplica su doctrina la STS, 4ª, de 24 junio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2761).

§ 45 **El Ministerio Fiscal y las guardias localizadas de 24 horas: ni son “tiempo trabajo” ni cabe su compensación económica a los efectos de la Directiva 2003/88/CE.**

Juan Martínez Moya

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

Resumen: *La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Contencioso-Administrativo) fija como doctrina en interés casacional que el periodo de guardia de 24 horas de localización permanente que realizan los miembros de Ministerio Fiscal, no pueden calificarse automáticamente de “tiempo de trabajo”, a los efectos de la compensación económica sustitutiva que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE. Corresponde a quien reclama alegar y probar las “limitaciones adicionales” a la capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo.*

Palabras clave: *Fiscales. Guardias localizadas. Tiempo de trabajo. Limitaciones adicionales. Carga de la prueba. Directiva 2003/88/CE.*

Abstract: *L'arrêt de la Cour Suprême (Cour administrative suprême, Espagne) établit comme doctrine pourvoi en cassation que la période de garde de 24 heures de localisation permanente effectuée par les membres du ministère public (procureurs) ne peut pas être automatiquement qualifiée de “temps de travail”, à laquelle effets de la compensation financière de substitution prévue à l'article 3 de la directive 2003/88/CE. Il appartient au demandeur d'alléguer et de prouver les contraintes découlant du régime d'astreinte par rapport à la capacité de gérer avec une certaine liberté le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas requis, et son pouvoir de disposition pendant celui-ci.*

Keywords: *Procureurs. Garde sous régime d'astreinte. Temps de travail. Contraintes découlant du régime d'astreinte. Directive 2003/88/CE.*

I. Introducción

Miembros del Ministerio Fiscal solicitan del Ministerio de Justicia compensaciones económicas por días de descanso no disfrutados posteriores tras jornadas de guardias realizadas (de 24 y 48 horas, así como del día tras cada semana de guardia, según los casos). La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó en parte sus reclamaciones. Ante el Tribunal Supremo (Sala Contencioso Administrativa), la controversia casacional promovida por los reclamantes se centra en decidir si las guardias de 24 horas que desarrollan en régimen de localización permanente, con obligación de personación cuando son llamados, pueden ser consideradas tiempo de trabajo a los efectos de devengar una compensación económica.

La sentencia TS (Sala III) de 29 de marzo 2022 responde a la calificación que recibe este período de alerta localizable con relación al cuerpo de fiscales, teniendo muy presente la más reciente doctrina del TJUE en esta materia. Se acoge a una interpretación conforme a la Directiva 2003/88/CE y a las pautas que marca seguir dicha jurisprudencia en la ponderación casuística de estos casos. Deja claro que no procede realizar una aplicación automática del "tiempo de trabajo"; que existen limitaciones adicionales en las guardias localizadas que podrían matizar la situación y abrir paso a una compensación económica, pero que, en todo caso, tales limitaciones han de ser alegadas y probadas.

La sentencia del TS que seguidamente pasa a comentarse llama la atención al lector en un aspecto metodológico. Se emplea a fondo; pues "reformula" la cuestión de interés casacional que había sido admitida en la resolución que la precede.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Fecha y número de resolución: 29 de marzo 2022, núm. 394/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015), núm. 7946/2020

ECLI: ES:TS:2022:1283

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmá Sra. María del Pilar Teso Gamella

Votos particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1.- Objeto del recurso contencioso-administrativo:

(a) *En el ámbito de la instancia:*

-Es objeto del recurso contencioso-administrativo la desestimación presunta por silencio administrativo de las reclamaciones dirigidas al Ministerio de Justicia por varios miembros del Ministerio Fiscal con destino en diversas ciudades españolas, en las que solicitaban, al amparo de lo previsto en la Directiva Comunitaria 2003/88/CE, la compensación por días de descanso no disfrutados posteriores a cada jornada de guardia, sea de 24 o de 48 horas (11 horas tras cada jornada de guardia de 24 horas) y la compensación económica después de cada semana de guardia (1 día tras cada semana de guardia).

-La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 1 de octubre de 2020^[1], estimó en parte las reclamaciones de aquellos fiscales que solicitaron el derecho a la compensación económica por no haber disfrutado del descanso de un día tras a la salida de la guardia semanal por el tiempo trabajado durante el período anterior al 29 de octubre de 2013 y que se incluyen dentro de los cuatro años anteriores a su reclamación en vía administrativa. Cifró al respecto el importe de la compensación económica traduciéndolo al salario/día bruto por día no descansado conforme a las retribuciones de cada demandante en los períodos en los que les hubiera correspondido el descanso

(b) *En el nivel casacional:*

-El ATS Contencioso-Administrativo, de 15 de julio de 2021^[2] tuvo por admitidos los recursos de casación de los recurrentes, miembros de la carrera fiscal, e inadmido el de la Abogacía del Estado;

-La sentencia del TS (Contencioso-Administrativo) de 29 de marzo de 2022 desestima los recursos de los/as fiscales.

2. La “*progresiva delimitación*” del interés casacional, y la “*reformulación de la cuestión casacional en fase de decisión*”.

- El Auto del TS que admitió el recurso de los Fiscales identificó la siguiente cuestión de interés casacional: “*si el derecho al descanso, o en su caso, a una compensación económica sustitutiva, por el desempeño de guardias de 24 horas por parte de los integrantes de la carrera fiscal, se integra o no en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*”.

-La STS se ve en la obligación de matizar y concretar el alcance de la cuestión casacional. Hace una doble observación: 1ª) Entiende que la cuestión relativa a la determinación de la compensación económica sustitutiva del derecho al descanso, por haber desempeñado guardias de 24 horas por los miembros de la Carrera Fiscal, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, es una cuestión que ya ha resuelto la sentencia recurrida y que es firme porque no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, parte recurrida; 2ª) Además, considera hecho admitido que el artículo 3 de la citada Directiva 2003/88/CE resulta aplicable a los servicios de guardia de los miembros de la Carrera Judicial y de la Carrera Fiscal y así “*ha sido reconocida por las autoridades nacionales, pese a su falta de transposición plena*”. Por ello concluye que “[S]e ha garantizado, por tanto, el descanso de 11 horas, tras el desarrollo de una jornada de 24 horas de guardia de permanencia en el órgano jurisdiccional. La sentencia así lo declara y no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, por lo que se trata de un pronunciamiento que ha devenido firme”.

-Ahora bien, centra la controversia casacional en las consecuencias económicas de esta permanencia que no resultan aplicables, a tenor del contenido de la sentencia.

-El problema planteado es determinar si en los casos en que dichas guardias de 24 horas se desarrollan en régimen de localización permanente (no presencial o localizadas) con obligación de personación cuando resulta llamado, también procede, o no, la compensación económica solicitada por los recurrentes.

IV. Posición de las partes

Tratándose del “nuevo” recurso de casación (L.O. 7/2015) del art. 89.2 de la LJCA basado en el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la posición de las partes recurrentes aparecen en toda su amplitud recogida en el Auto de admisión del recurso, y después, más sintéticamente, pero con notable claridad expositiva, en el fundamento jurídico Tercero de la sentencia, bajo el epígrafe “La posición de la partes procesales”.

1. *La parte recurrente (fiscales)*: sostienen, en lo relativo, como es natural, a la parte desestimada por la sentencia, esto es, cuando no se ha prestado el servicio durante 24 horas en el órgano jurisdiccional, que la denegación de la compensación económica por ausencia de descanso no resulta conforme a Derecho. Consideran que privar a los miembros de la Carrera Fiscal de la compensación económica correspondiente a la falta de descanso, cuando las guardias se han realizado en régimen de localización permanente con obligación de presencia inmediata si resulta llamado al efecto, no se ajusta al contenido de la Directiva 2003/88/CE, ni a la interpretación que de dicha norma viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. *La parte recurrida (Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Justicia)*: considera que la sentencia se funda en una premisa de carácter fáctico, excluida por tanto de la casación, como es la falta de acreditación por parte de los recurrentes del desempeño efectivo del trabajo por un periodo de 24 horas

ininterrumpidas en el órgano judicial cuando se trata de guardias no presenciales. Añade "que, en este caso, en definitiva, faltan las notas características que son necesarias para que las 24 horas de guardia puedan considerarse en su totalidad como tiempo de trabajo, según la definición que establece la propia Directiva 2003/88/CE".

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo,

-En el artículo 2 , titulado «Definiciones», establece:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales;

2) período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo;

- El artículo 3 de la citada Directiva, que lleva por rúbrica «Descanso diario»:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.»

VI. Doctrina básica

- Con carácter general, las guardias no presenciales o guardias localizadas no suponen "tiempo de trabajo", a los efectos del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE.
- Excepcionalmente, conforme a la doctrina del TJUE ese tiempo de guardia localizada podría llegar a calificarse tiempo de trabajo si concurren limitaciones adicionales que restrinjan considerablemente la actividad de movimientos y de dedicarse a sus propios intereses personales durante el tiempo de guardia.
- En consecuencia, la determinación del "tiempo de trabajo" es esencialmente casuística, debiendo tener en consideración todas las circunstancias del caso.
- En el caso de los miembros del Ministerio Fiscal que realizan guardias localizadas, la doctrina de casación del TS (Sala Contencioso- Administrativa) precisa que en el periodo de guardia localizada (no presencial) no puede calificarse automáticamente de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88/CE y a los efectos sobre la repercusión económica por el descanso de 11 horas no realizado. En el supuesto examinado no procede la compensación económica sustitutiva del indicado descanso de 11 horas no realizado que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, pues los miembros de la carrera fiscal que reclamaron no han alegado de modo concreto y específico, ni han justificado las limitaciones añadidas que se anudan a la prestación del servicio durante ese tipo de guardias. Si no queda acreditado que el modo de realización de la guardia afecta de manera relevante a su capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo, dicha compensación económica no procede.

VII. Parte dispositiva

**Pronunciamiento principal:* se desestima el recurso de casación interpuesto por los miembros de la carrera fiscal, confirmándose así uno de los pronunciamientos (otros ya habían devenido firmes) de la sentencia de 1 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, referido a que no procede, en el caso, la compensación económica de las guardias de 24 horas no presenciales o localizadas.

**Pronunciamiento accesorio:* no se hace imposición de costas, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VIII. Pasajes decisivos

**Fundamento jurídico CUARTO.-*

"[...] Se ha garantizado, por tanto, el descanso de 11 horas, tras el desarrollo de una jornada de 24 horas de guardia de permanencia en el órgano jurisdiccional. La sentencia así lo declara y no ha sido impugnada por el Abogado del Estado, por lo que se trata de un pronunciamiento que ha devenido firme.

Ahora bien, las consecuencias económicas de esta permanencia no resultan aplicables, a tenor del contenido de la sentencia, y aquí es dónde surge la controversia en este recurso, a los casos en que dichas guardias de 24 horas se desarrollan en régimen de localización permanente con obligación de personación cuando resulta llamado. De manera que nos corresponde resolver, reformulando la cuestión de interés casacional, si respecto de este tipo de guardias no presenciales o localizadas, también procede, o no, la compensación económica solicitada por los recurrentes".

**Fundamento jurídico QUINTO.-*

"[...]La jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que el factor determinante para la calificación de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88, se produce cuando el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario, y a permanecer a disposición de éste para prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. En efecto, estas obligaciones, que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones (véanse, en este sentido, la *sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02)* , el *auto de 4 de marzo de 2011 (asunto C-258/10)* , y la *sentencia de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15)*).

La citada sentencia de 21 de febrero de 2018 declara que no ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin estar presente en el lugar de trabajo." [...] De modo que, con carácter general, las guardias no presenciales o guardias localizadas no suponen "tiempo de trabajo", a los efectos de la Directiva 2003/88/CE.

**Fundamento jurídico SEXTO.-*

"Las limitaciones adicionales en las guardias localizadas

Ahora bien, aunque, con carácter general, el tiempo de las guardias localizadas no es "tiempo de trabajo" a los efectos del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE , toda vez que permite a quien realiza ese tipo de guardias, administrar su tiempo, tener cierta libertad de movimientos, y dedicarse a sus propios intereses personales. Sin embargo, podría suceder que ese tiempo de la guardia localizada se someta a una serie de limitaciones adicionales, que van más allá de la mera localización. Pues bien, en ese caso y si dichas limitaciones adicionales revistieran la intensidad necesaria

podrían llegar a variar la calificación de ese tiempo de la guardia localizada, que podría pasar a ser tiempo de trabajo.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en la ya citada sentencia de 21 de febrero de 2018, que abordaba el supuesto de las guardias localizadas de un bombero belga [...].

Sin embargo, a diferente conclusión llega la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20)*, cuando considera que el deber de acudir al trabajo en 10 minutos no supone una limitación, teniendo en cuenta que se trata de un bombero de retén, que tiene autorización para realizar otra actividad profesional y que no ha de acudir a todas y cada una de las intervenciones. De modo que considera que en este caso el tiempo de la guardia localizada no es "tiempo de trabajo".

En definitiva, la determinación del "tiempo de trabajo" es esencialmente casuística, debiendo tener en consideración todas las circunstancias del caso.

*Fundamento jurídico SÉPTIMO. -

"No se aprecian limitaciones adicionales a la localización propia de este tipo de guardias

[...] El periodo de guardia localizada, en definitiva, no puede calificarse automáticamente de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88/CE y a los efectos ahora examinados sobre la repercusión económica por el descanso de 11 horas no realizado, que es lo que parecen postular los recurrentes, toda vez que no se somete a limitaciones adicionales intensas. Así es, ni se limita el lugar en el que debe estarse durante dichas guardias, ni se señala la frecuencia de las intervenciones, ni el plazo de respuesta en que han de realizarse, ni cualesquiera otras limitaciones concretas más allá de la genérica alusión a la penosidad de la guardia o a la inmediatez de la respuesta [...]

Atendidas las circunstancias de hecho del caso concreto y lo alegado y justificado por las partes en el proceso, insistimos, no se han puesto de manifiesto, ni justificado, ni probado, que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias. No se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurran restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos personales.

Por lo demás, teniendo en cuenta la reformulación de la cuestión de interés casacional expuesta en fundamentos anteriores, debemos señalar, en relación con las guardias no presenciales o localizadas, que no procede la compensación económica sustitutiva del indicado descanso de 11 horas no realizado que prevé el *artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE*, que ahora se solicita, pues ni se han alegado de modo concreto y específico, ni se han justificado las limitaciones añadidas que se anudan a la prestación del servicio durante ese tipo de guardias. De manera que no podemos concluir que el modo de realización de la guardia afecta de manera relevante a su capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo".

IX. Comentario

- **Tiempo de trabajo efectivo, periodos de descanso y tiempos de disponibilidad**

Doctrinalmente se han denominado los tiempos de disponibilidad como un *tercer tiempo* entre el trabajo efectivo y el descanso^[3]. Así ocurre en las guardias de presencia física, en las de localización y en los tiempos de presencia.

El artículo 2 de la Directiva 2003/88 antes transcrito define los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “periodo de descanso”. Como ha precisado el TJUE se trata de conceptos de derecho de la Unión Europea, por lo que los Estados miembros no pueden delimitar unilateralmente el alcance de los mismos ya que haría peligrar el efecto útil de la Directiva, pues la interpretación conforme se impone para garantizar la plena eficacia de la Directiva y la aplicación uniforme de estos conceptos en la totalidad de los Estados miembros sin que sea posible establecer excepciones ya que no viene contempladas en los artículos 17 y 18 de la Directiva^[4]. En este sentido la STJUE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger C-151/02^[5] señaló: (i) que la presencia física del personal sanitario (en el hospital) equivale a tiempo de trabajo (no descanso), aunque sea posible descansar mientras no se solicitan sus servicios durante los periodos de inactividad existentes en la atención continuada; (ii) el Derecho de la UE se oponen a compensar con periodos de descanso solo el tiempo de efectiva prestación de servicios cuando hay presencia física en el hospital.

- **Sucinta noticia de la doctrina TJUE sobre la calificación de las guardias localizadas a efectos de compensación: reglas generales y matizaciones**

Con carácter general, las guardias no presenciales o guardias localizadas no suponen “tiempo de trabajo”, a los efectos del artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE.

Esta regla general, sin embargo, admite ciertas matizaciones. Excepcionalmente, ese tiempo de guardia localizada podría llegar a calificarse tiempo de trabajo si concurren limitaciones adicionales que restrinjan considerablemente la actividad de movimientos y de dedicarse a sus propios intereses personales durante el tiempo de guardia.

En este sentido, la jurisprudencia del TJUE:

(a) Ha considerado *tiempo de trabajo* los siguientes supuestos:

-El efectivamente prestado por médicos de atención primaria en régimen de guardia localizada -STJUE 10 de octubre 2000, C-303/98, SIMAP-^[6],

-El de un bombero que realiza guardia en su domicilio, pero con obligación de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos – STJUE 21 de febrero de 2018, C-518/15, Matzak-^[7].

(b) Ha expuesto los *factores (“limitaciones adicionales”)* que han de ser objeto de *ponderación* para considerar tiempo de trabajo efectivo cuando se realiza guardia localizable:

- El de un técnico especialista en los centros de transmisión, cuyo periodo de disponibilidad se realiza en lugar remoto puesto que solo debe estar localizable por teléfono y poder presentarse en su lugar de trabajo, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a su disposición por el empresario en dicho lugar de trabajo, pero sin estar obligado a permanecer en él.

En este caso, el TJUE considera que solo constituye, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE si de una apreciación global de todas las circunstancias del caso de autos, en particular de las consecuencias de dicho plazo y, en su caso, de la frecuencia media de intervención en el transcurso de ese período, se desprende que las limitaciones impuestas a dicho trabajador durante ese período son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en ese mismo período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses – STJUE 9 de marzo de 2021 C-344/19, D. J. y Radiotelevizija Slovenija^[8].

-El de un bombero, en régimen de disponibilidad no presencial puesto que debe poder presentarse en el término municipal de la ciudad en la que está destinado en un plazo de veinte minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio puesto a su disposición por su empresario, haciendo uso de las excepciones a las normas de tráfico de aplicación general y de los derechos de preferencia vinculados a ese vehículo – STJUE 9 de marzo de 2021 el asunto C-580/19, RJ / Stadt Offenbach am Main -.^[9]

(c) *No ha considerado tiempo de trabajo:*

Un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos, no constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición, si de una apreciación global del conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular de la extensión y condiciones de esa facultad de ejercer otra actividad profesional y de la inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque se desprende que las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales como bombero - STJUE de 11 de noviembre de 2021 MG / Dublin City Council (Ayuntamiento de Dublín, Irlanda)^[10] .

En consecuencia, la determinación del "tiempo de trabajo" es esencialmente casuística, debiendo tener en consideración todas las circunstancias del caso.

- **Notas sobre el régimen jurídico de las guardias que realiza el Ministerio Fiscal: las (no probadas) limitaciones adicionales en las guardias localizadas. Carga de la prueba**

En el caso de los miembros del Ministerio Fiscal que realizan guardias, la doctrina de casación del TS (Sala Contencioso- Administrativa) precisa:

-Constituye *premisa de partida*, por entrañar pronunciamiento firme de la sentencia de instancia que el artículo 3 de la citada Directiva 2003/88/CE resulta aplicable a los servicios de guardia de los miembros de la Carrera Judicial y de la Carrera Fiscal y así " *ha sido reconocida por las autoridades nacionales, pese a su falta de transposición plena* ". Por lo que se garantiza el descanso de 11 horas, tras el desarrollo de una jornada de 24 horas de guardia de permanencia en el órgano jurisdiccional.

-Ahora bien, conforme a la jurisprudencia de la UE, no procede realizar una aplicación automática del "tiempo de trabajo", cuya calificación es esencialmente casuística, pues corresponde a los órganos jurisdiccionales. Corresponde a los tribunales nacionales verificar si procede o no aplicar dicha calificación al tiempo de la guardia localizable. Esta valoración ha de hacerse teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de las limitaciones adicionales impuestas, si es que concurren.

-El periodo de guardia localizada (no presencial) *no puede calificarse automáticamente* de "tiempo de trabajo", en el sentido de la Directiva 2003/88/CE y a los efectos examinados por la sentencia del TS que analizamos, sobre la repercusión económica por el descanso de 11 horas no realizado, toda vez que no se somete a limitaciones adicionales intensas. Atendidas las circunstancias de hecho del caso concreto y lo alegado y justificado por las partes en el proceso, "insiste" la sentencia de casación comentada que:

(i) "no se han puesto de manifiesto, ni justificado, ni probado, que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias; (ii) tampoco "se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se

producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurran restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos personales”.

X. Apunte final

Cuatro apuntes finales a modo de conclusión y una conjetura sobre la doctrina casacional de la Sala III del TS con relación a las guardias localizadas que realizan los miembros del Ministerio Fiscal, a los efectos de su compensación económica sustitutiva que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE.

**Primera constatación:* es un tema absolutamente pacífico la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación de la mencionada Directiva a miembros de la carrera judicial y también a fiscales, éstos últimos quienes como funcionarios públicos que prestan servicios en un órgano público del Estado que constitucionalmente tiene atribuida la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público. Son “trabajadores” a los efectos de esta Directiva.

**Segunda valoración:* el TS (Sala Contenciosa-Administrativa) en la sentencia analizada *asume con convicción su papel de “Tribunal nacional”* que pondera el caso sobre la base de las matizaciones que expresadas por la jurisprudencia de la UE acerca si se aprecian o no limitaciones adicionales a la localización propia de este tipo de guardias que realizan los fiscales.

** Tercera valoración:* no pasa desapercibida la *técnica jurídica de abordaje de la cuestión de fondo*. En la sentencia del Alto Tribunal se dice que va a *reformular el recurso de casación*, esto es, lo que es el objeto de interés casacional. Y lo hace. Se aparta así de los términos del Auto de admisión puesto que depura el objeto de la cuestión controvertida en dos aspectos muy claros: (a) ciñe la cuestión sobre si las guardias no presenciales de 24 horas que realizan los fiscales pueden dar derecho o no a compensaciones económicas; (b) se fija solo en la Directiva como norma interpretable; c) en cambio margina de toda discusión interpretativa el bloque normativo relativo al Reglamento del CGPJ 1/2005 de Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales que ordena la disponibilidad y continua localización para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata; los apartados undécimo, y duodécimo de la Orden PRE 417/2003, de 3 de junio, por la que se regula el servicio especial de guardia de disponibilidad, para atender cualquier incidencia derivada de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en condiciones de continua localización, y el *artículo 14 de la CE* en relación con el principio de igualdad.

** Cuarta conclusión:* la respuesta que da a la cuestión planteada resulta jurídicamente muy fundada, no exenta de conocimiento de causa. El TS lejos de orillar la problemática que acontece en este sector de la función pública con un régimen de prestación de servicios singular (en análoga situación se encuentran los miembros de la carrera judicial en los que concurre la doble faceta de empleados públicos y de titulares de la potestad jurisdiccional) y con una legislación en estos aspectos menos precisa si se compara con la de otros sectores del empleo público, afronta con claridad el debate y todas sus aristas. Da muestras el Tribunal de un conocimiento cabal del desarrollo de la función del Ministerio Fiscal en estos casos, pero a la vez tiene el cuidado en no cerrar o poner fin a la cuestión para futuros casos puesto que apela a la carga probatoria – que incumbe a quien lo alega – de las limitaciones adicionales que pudieran dar cabida a la compensación económica por esas guardias de disponibilidad. Lo dice en términos rotundos y claros: para que haya lugar a compensaciones económicas han de justificarse y probarse “que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias.” “No se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurran

restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos personales”. Tesis que quizá vaya más dirigida a dar una respuesta en el caso concreto que fijar una doctrina general sobre la normativa aplicable.

**La conjetura o hipótesis.* Al margen de este caso, no podemos por menos que plantearnos qué ocurriría si los/as Fiscales reclamantes hubieran denunciado que esas limitaciones adicionales traían causa, o eran resultado, según se mire, de carencias de medios prestacionales y de recursos humanos disponibles por parte de la Administración titular de los mismos. ¿A quién incumbiría la carga de prueba si los propios reclamantes tienen dificultad en justificar o acreditar tales circunstancias en el proceso ¿Justificarían estas nuevas circunstancias *el planteamiento de una cuestión prejudicial* a fin de despejar quién tiene que facilitar esos datos al proceso, o en de qué manera inciden a la hora de concretar y justificar las denominadas “limitaciones adicionales a la localización propia de este tipo de guardias? Es más, convendría plantear cuestión prejudicial si es la legislación procesal, la que en su efectiva aplicación, conjugada con el volumen de actividad judicial que demanda esa guardias de localización a los Fiscales, la que provoca o acentúa esas restricciones intensas que limitan de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad de tiempo y dedicar el mismo a otros asuntos personales. Y qué decir de la salud y normativa protectora de la misma. Cierto es que, de ser así, estaríamos, sin embargo, en otro pleito.

Referencias:

1. ^ STSJ M 11023/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:11023
2. ^ ECLI:ES:TS: 2021:10223A
3. ^ *Basterra Hernández, Miguel. Tiempo de trabajo y tiempo de descanso. Tirant lo blanch, Valencia 2017, págs. 51 y ss.*
4. ^ *Segoviano Astaburuaga, María Luisa. Jornadas, Descanso y Trabajo efectivo, En: Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Directores María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque; Coordinadores Ignacio García-Perrote Escartín; Antonio V. Sempere Navarro, Francis Lefebvre, Fide, Forelab, Asnala. 2ª edición, 2019, pág. 949*
5. ^ ECLI:EU:C: 2003:437
6. ^ ECLI:EU:C: 2000:528
7. ^ ECLI :EU:C:2018:82
8. ^ ECLI :EU:C:2021:182
9. ^ ECLI:EU:C: 2021:183
10. ^ ECLI:EU:C: 2021:909

§ 46 Despido por absentismo y control de convencionalidad.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *La admisión legal del despido por absentismo no es contraria a los instrumentos internacionales ratificados por España.*

Palabras clave: *Absentismo. Despido. Normas internacionales.*

Abstract: *Dismissal based on employee absenteeism is not contrary to international treaties ratified by Spain.*

Keywords: *Absenteeism. Dismissal. International treaties.*

I. Introducción^[1]

La fundamentación jurídica del denominado “despido por absentismo” fue valorada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por nuestro Tribunal Constitucional antes de la derogación expresa de la letra d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Pero ni las resoluciones de esas instancias jurisdiccionales ni la aludida intervención legal han sido obstáculo para que, a partir de decisiones de despido previas a la pérdida de vigor de ese precepto estatutario, la cuestión se haya suscitado también ante la jurisdicción ordinaria, incluso bajo el prisma de lo que se viene conociendo como “control de convencionalidad”. Como el lector rápidamente se habrá imaginado, desde esta particular perspectiva se trata a la postre de calibrar el grado de adaptación de aquella previsión legal interna a los compromisos adquiridos por nuestro Estado frente a tratados o instrumentos internacionales. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 270/2022, de 29 de marzo, refleja bien los términos en los que se ha puesto sobre el tapete esa nueva dimensión del ya desaparecido artículo 52.d) ET, que, como se recordará, admitía el despido por faltas intermitentes al trabajo aun cuando estuvieran justificadas y, singularmente, aun cuando estuvieran relacionadas con procesos o episodios de enfermedad no profesional. La admisión legal de tal causa de despido era, por lo demás, anterior incluso a la primera versión del ET.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución: sentencia

Órgano: Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Número y fecha: 270/2022, de 29 de marzo

Número recurso o procedimiento: casación para unificación de doctrina número 2142/2020

ECLI:ES:TS:2022:1427

Fuente de consulta: CENDOJ: 28079140012022100259

Ponente: JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Votos Particulares: no

Acceso a la sentencia:

<http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/>

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

Se plantea en la sentencia objeto de comentario si el llamado “despido por absentismo” es admisible desde la perspectiva de las normas internacionales ratificadas o asumidas por España, más allá de su relación con el derecho de la Unión Europea, de la que se ocupó la sentencia TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/2016), que desde luego advirtió sobre la posible incompatibilidad con la Directiva 2000/78 de las decisiones de despido basadas en causas conectadas con la discapacidad, pero que al mismo tiempo admitió la adopción por parte de los Estados miembros de la Unión de medidas dirigidas a combatir el absentismo, siempre que observaran el principio de proporcionalidad, esto es, que no fueran más allá de lo estrictamente “necesario”.

El asunto que ha culminado su tramitación procesal con la sentencia TS 270/2022 fue decidido en primer término por resolución de 7 de junio de 2020 del Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa, que desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora despedida por faltas al trabajo y declaró la procedencia de su despido. La demandante había prestado servicios para la empresa KERN PHARMA, S.L. desde 1976, y fue despedida al amparo del art.52.d) ET por haber superado el 20% de ausencias en jornadas hábiles en el plazo de 2 meses consecutivos, primero por meros motivos médicos (“vértigo auditivo”), que no le habían llevado a cursar proceso de incapacidad temporal, y posteriormente por declaración de esta contingencia, derivada de enfermedad común. Formulado recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia favorable a la demandante con fecha de 17 de enero de 2020, con la consiguiente condena a la empresa, o bien a la readmisión de la trabajadora y al abono de los salarios de tramitación, o bien al pago de una indemnización suplementaria a la ya entregada en el momento del despido.

Contra dicha sentencia interpuso la empresa recurso de casación para la unificación de doctrina, por contradicción con la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2013 y la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de abril de 2017. La nota de contradicción fue efectivamente apreciada por la Sala de lo Social del TS.

IV. Posiciones de las partes

La entidad recurrente en casación para unificación de doctrina alegaba en su recurso que, a diferencia de lo estimado en fase de suplicación, el despido objetivo por absentismo no era contrario ni a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT, ni a lo dispuesto en los artículos 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, en el artículo 3 de la Carta Social Europea y en el artículo 11 de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La parte recurrida (parte actora en el inicio del proceso) aducía, sin embargo, que era correcta la doctrina sostenida por la sentencia recurrida, que había advertido contradicción de la norma nacional con esas normas internacionales.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que se consideraba improcedente el recurso.

V. Preceptos relevantes

Artículo 52 ET

“El contrato podrá extinguirse....d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”

Artículo 6 Convenio OIT número 158

“1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. 2. La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio”.

Artículo 4 Convenio OIT número 155

“1. Todo Miembro deberá, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales, formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. 2. Esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo”.

Artículo 5 Convenio OIT número 155

“La política a que se hace referencia en el artículo 4 del presente Convenio deberá tener en cuenta las grandes esferas de acción siguientes, en la medida en que afecten la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo: (a) diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los componentes materiales del trabajo (lugares de trabajo, medio ambiente de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo; sustancias y agentes químicos, biológicos y físicos; operaciones y procesos); (b) relaciones existentes entre los componentes

materiales del trabajo y las personas que lo ejecutan o supervisan, y adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores; (c) formación, incluida la formación complementaria necesaria, calificaciones y motivación de las personas que intervienen, de una forma u otra, para que se alcancen niveles adecuados de seguridad e higiene; (d) comunicación y cooperación a niveles de grupo de trabajo y de empresa y a todos los niveles apropiados hasta el nivel nacional inclusive; (e) la protección de los trabajadores y de sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos de acuerdo con la política a que se refiere el artículo 4 del presente Convenio”.

Artículo 3 Carta Social Europea de 1961

“Para garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las partes contratantes se comprometen: 1. A promulgar reglamentos de seguridad e higiene. 2. A tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos. 3. A consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo”.

Artículo 24 Carta Social Europea de 1996

“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”.

Artículo 11 Convención de la ONU de eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.

c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico.

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada, según corresponda”.

VI. Doctrina básica

Siguiendo una línea interpretativa consolidada, la sentencia TS (Sala de lo Social) 270/2022 declara que el artículo 52.d) del ET no era contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España. Ni con el artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT, ni con el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, ni con los artículos 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, ni con los artículos 3 y 24 de la Carta Social Europea (versiones de 1961 y 1996, respectivamente, ni con el artículo 11 de la Convención de la ONU de 1979. En suma, ni las exigencias sobre las decisiones empresariales de despido impuestas por tales normas internacionales, ni los compromisos que tales instrumentos conllevan para los Estados en materia de seguridad y salud en el trabajo, cierran el paso a una norma legal como la cuestionada. Tampoco se advierte en dicha cláusula legal discriminación por razón de sexo. La sentencia objeto de comentario desmenuza a tal efecto el contenido y sentido de todas y cada una de esas normas internacionales invocadas en el seno del proceso laboral de referencia para llegar a la conclusión de que nada en ellas se enfrenta a la regulación española del despido por absentismo, y recuerda asimismo que las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces y tribunales conforme al artículo 5.1 de la LOPJ, lo cual es predicable, en especial, de la sentencia TC 118/2019, en la que no se apreció contradicción entre el artículo 52.d) ET y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española. Concluye la sentencia TS 270/2022, en definitiva, que “el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo”.

VII. Parte dispositiva

“Las precedentes consideraciones obligan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y ordenar la devolución de las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el art. 52.d) del ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado”.

“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 representación legal de Kern Pharma SL. 2.- Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cataluña de fecha 17 de enero de 2020, recurso 5532/2019. 3.- Ordenar la devolución de las actuaciones a la sala de procedencia para que, con libertad de criterio, partiendo de que el art. 52.d) del ET no era contrario a los tratados internacionales, resuelva el recurso de suplicación en su día planteado”.

VIII. Pasajes decisivos

“La atribución del control de convencionalidad a la jurisdicción ordinaria ya se preveía en la sentencia del TC nº 49/1988, de 22 marzo...La sentencia del Pleno del TC nº 140/2018, de 20 diciembre, F. 16, lo expresa con claridad...Posteriormente, el TC ha reiterado que ‘los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional [...] el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al 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’ (sentencia del TC nº 120/2021, de 31 mayo, F. 3, entre otras). Aunque el art. 52.d) del ET fue derogado, debemos realizar el control de convencionalidad de ese precepto porque su derogación no tuvo efectos retroactivos”.

“Hemos declarado la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que este tribunal, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, haya considerado que el art. 52.d) del ET fuera contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España. Entre los pronunciamientos más recientes pueden citarse las sentencias del TS de 19 de marzo de 2018, recurso 10/2016; 23 de junio de 2020, recurso 233/2018; y 17 septiembre de 2020, recurso 2112/2018. Las dos últimas son posteriores a la mentada sentencia del TC nº 140/2018, que atribuye con claridad a la jurisdicción ordinaria el control de convencionalidad”.

“Por ende, la atribución a la jurisdicción ordinaria del control de convencionalidad en modo alguno supone que el TC no pueda examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, debiendo hacer hincapié en que las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces y tribunales (art. 5.1 de la LOPJ). El TC se pronunció expresamente en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, sin que dicho pronunciamiento del tribunal de garantías constitucionales pueda considerarse un mero *obiter dictum*. 3.- Esta sala debe reiterar los argumentos de la citada sentencia del TC nº 118/2019 y del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT”.

“Debemos concluir que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, lo que incluye la defensa de la productividad”.

“Los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales, por lo que esta sala, por un elemental principio de seguridad jurídica, debe concluir, en el mismo sentido que la referida sentencia del TC nº 118/2019, que la regulación del art. 52.d) del ET respondía a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores. No se ha acreditado que la posibilidad legal de

despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud”.

“La Carta Social Europea no establece un derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del art. 40.2 de la CE. Por ello, este tribunal debe concluir, de conformidad con la mencionada sentencia del TC 118/2019, que no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea el despido regulado en el art. 52.d) del ET, que excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencias debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”.

“A pesar de la falta de un pronunciamiento expreso de la sentencia del TC nº 118/2019, debemos concluir que la citada resolución del intérprete supremo de la Carta Magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE. En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación, se hubiera impuesto. El art. 11 de la CEDAW no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la Carta Magna, por lo que se trata de una controversia que debe considerarse resuelta por la sentencia del TC nº 118/2019. 4.- Esta sala no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica”.

“Los argumentos del citado voto particular, que hace suyos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no fueron asumidos por el Pleno del TC, lo que obliga al TS a concluir que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo”.

IX. Comentario

La respuesta aportada por la sentencia de la Sala de lo Social del TS 270/2022 es merecedora de elogio por razones de fondo y de forma. Pone de relieve, con meridiana claridad, que, ciertamente, las normas internacionales invocadas en el proceso imponen a los ordenamientos nacionales que exijan causa justificada para el despido, que presten el pertinente cuidado a la seguridad y salud de los trabajadores en el medio laboral y que combatan y eviten la discriminación por razón de sexo. Pero con la misma firmeza y con llaneza de lenguaje, hace ver que ninguna de esas demandas que nos vienen del exterior suponen, si bien se mira, impedimento alguno para la admisión legal de un despido que al fin y al cabo se basa en la constatación de un número de ausencias al trabajo que, por su carácter intermitente y prolongado, y aun cuando puedan contar con la debida justificación, superan los umbrales que a juicio del legislador generan inconvenientes graves de producción y gestión para las empresas. Se podrá estar de acuerdo o no con una causa de despido de tales características, pero, como viene a decir el TS, sólo podrá fundarse su contradicción con normas internacionales cuando éstas sean suficientemente claras y ciertas acerca de la opción reguladora que debe seguir a tal efecto el ordenamiento nacional. En ese sentido, y como minuciosa e irrefutablemente se encarga de demostrar la sentencia

objeto de comentario, no es difícil llegar a la conclusión de que las normas internacionales barajadas en este pleito no permiten extraer prohibición alguna para la opción normativa por la que en su momento se inclinó el legislador español. Opción que, desde luego, podía cambiarse o revertirse a criterio del propio legislador, sin incurrir por ello en contradicción con los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, que no impiden pero que por supuesto tampoco exigen una fórmula de protección de los intereses de las organizaciones productivas como la aquí discutida.

X. Apunte final

No deja de llamar la atención que la sentencia objeto de comentario hable literalmente de “atribución del control de convencionalidad a la jurisdicción ordinaria” a partir de las referencias que a tales parámetros de enjuiciamiento ha ido haciendo nuestra jurisdicción constitucional en sus sentencias 49/1988, 140/2018 y 120/2021. Obviamente, se entiende bien lo que quiere transmitir la sentencia TS 270/2022, pero el hecho de que la jurisdicción constitucional española haya considerado pertinente aclarar que el “mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas” (la interna o la internacional) constituye una operación de “selección de derecho aplicable” que queda en principio “extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional” (sin perjuicio de la implicación que en ello pudiera llegar a tener el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE) tal vez no constituya exacta o técnicamente una “atribución” de competencia a la jurisdicción ordinaria. Bien mirado, la posibilidad de “declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional” (con fundamento en lo que, con cierta carga retórica, se viene conociendo como “control de convencionalidad”) forma parte y ha formado siempre parte de las competencias más típicas y genuinas de “los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”. No es algo que derive de la jurisdicción constitucional. Sí tiene mucho sentido, en cualquier caso, que la sentencia TS 270/2022 se esfuerce por dejar claro que “el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”, lo cual significa, si se nos permite la precisión, que el control de convencionalidad podrá ponerse en marcha siempre que se suscite alguna duda sobre la acomodación de la norma interna a la norma constitucional, pero que la inaplicación de la norma interna sólo podrá ser decidida cuando de forma “clara y cierta” sea contradictoria con la norma internacional de referencia. Dicho de otro modo: sólo las normas internacionales con eficacia directa y mandatos precisos podrán albergar ese tipo de decisiones.

Referencias:

1. ^ Proyecto de investigación DER2016-80327-P.

§ 47 Registro de jornada y negociación colectiva.

Carlos Hugo Preciado Domènech

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

Resumen: *Adaptación de convenio colectivo, mediante acuerdo de la comisión paritaria al RD-ley 8/2019, de 8 de marzo, cuyo artículo 10 introduce ET un nuevo apartado 9 al artículo 34, sobre registro de jornada. No vulnera el derecho a la negociación colectiva, puesto que el Acuerdo impugnado no comporta modificación alguna de los horarios y pausas de cualquier tipo. Su alcance permite encajarlo como un mero desarrollo de lo querido por el artículo 34.9 ET.*

Palabras clave: *Adaptación de convenios a la obligación de registrar jornada.*

Abstract: *Adaptation of the collective agreement, by agreement of the parity commission to RD-law 8/2019, of March 8, whose article 10 introduces ET a new section to article 34, on registration of working hours. It does not violate the right to collective bargaining, since the contested Agreement does not entail any modification of the schedules and breaks of any kind. Its scope allows it to be fitted as a mere development of what is intended by article 34.9 ET.*

Keywords: *Adaptation fo collective agreements to the obligation to record working hours.*

I. Introducción

En la sentencia comentada, se aborda la cuestión de si un acuerdo de la comisión paritaria que adapta el sistema de registro de jornada en la empresa al RD-ley 8/2019, que impone el registro diario de jornada, introduce una modificación del régimen de jornada y horario previsto en el convenio colectivo, sin seguirse el trámite del Título III del Estatuto de los Trabajadores o, por el contrario es un mero acuerdo de desarrollo que podía adoptar válidamente la citada comisión paritaria.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Sala IV Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: 299/2022. 05/04/2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación 7/2020

ECLI:ES:TS:2022:1434

Fuente: CENDOJ

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el recurso de casación ordinaria que resuelve la sentencia objeto de comentario, **se plantean dos problemas fundamentales.** El primero, si existe o no **incongruencia omisiva** de la sentencia recurrida. El segundo, ya de fondo, **si el Acuerdo de la comisión paritaria invadió competencias negociadoras** al adaptar el registro de horario a lo preceptuado por el RD-Ley 8/2019. Es decir, si dicho Acuerdo de la comisión paritaria fue un mero acuerdo de desarrollo o bien una verdadera negociación colectiva que implicó la alteración del convenio y que hubiera exigido, el seguimiento de los trámites previstos en el arts. 87 a 90 ET.

Son hechos a tener en cuenta:

- El presente conflicto colectivo afecta a todos los trabajadores de la empresa a los que resulta de aplicación el acuerdo suscrito en fecha 31 de julio de 2019, por el que se establece un sistema de registro de jornada de trabajo, así como otras especificaciones en materia de jornada y horario. El ámbito territorial del presente conflicto colectivo es estatal, pues los trabajadores afectados prestan sus servicios en más de una Comunidad Autónoma.- conforme-.

- En el ámbito de las empresas resulta de aplicación el Convenio Colectivo de ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, ZURICH VIDA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA y ZURICH SERVICES, AIE para los años 2018 a 2020 (BOE no 76, de fecha 29.03.2019), el cual regula en su art. 38 la jornada aplicable a los empleados de las empresas y en su artículo 39 los horarios que se han de realizar en las compañías en las que se aplica el convenio colectivo.

- En la reunión de la Comisión Paritaria del convenio referido anteriormente celebrada el día 24-4-2.019 la empresa formuló una propuesta relativa a registro de jornada y desconexión digital, tema que fue objeto de negociación en posteriores reuniones de la Comisión hasta que se alcanzó un acuerdo el día 31-7- 2.019

- En dicho acuerdo se contempla, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "*Factor corrector.*

3.1 Se acuerda entre las partes la aplicación de un factor corrector genérico, de 2 horas/ día en jornada partida y 30 minutos/día en jornada continuada. Este factor corrector pretende contemplar a título ilustrativo y no exclusivo ni excluyente, descansos, pausa para la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier clase de pausa o descanso, etc.

3.2 Si bien no se podrán hacer horas extraordinarias, se tendrá en cuenta que una vez aplicado el factor corrector, el exceso de horas que resulten se compensarán en tiempo de descanso en un periodo no superior a 4 meses o, de manera excepcional y siempre previa autorización expresa del mando y de Relaciones laborales se pagarán y cotizarán como horas extras, con el límite anual de 80 horas..."

IV. Posición de las partes

En la instancia, el sindicato UGT solicita que se dicte sentencia por la que se declare *la nulidad del punto Tercero del acuerdo suscrito entre las empresas demandadas y la Sección Sindical de Comisiones Obreras en fecha 31 de julio de 2019, por suponer una modificación del convenio colectivo de ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, ZURICH VIDA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, SA y ZURICH SERVICES, AIE.*

En cuanto a la incongruencia omisiva:

Considera **la recurrente** que la Sala de lo Social de la AN únicamente se pronuncia sobre una de las dos cuestiones planteadas en la demanda, la relativa a la supresión de la posibilidad de realizar el descanso de comida en una hora, sin que se haya obtenido respuesta sobre la implantación, a través del factor corrector, de un tiempo de desayuno no previsto en convenio.

Por su parte, **el Ministerio Fiscal**, entiende que no hay tal incongruencia es claro que todo el razonamiento jurídico se ha querido extender a ambas causas de interesar la nulidad del punto tercero del Acuerdo impugnado. Adicionalmente, desde la perspectiva de la respuesta judicial dada, si para el tema de la pausa por comida (contemplado en el convenio colectivo) no se introducen cambios en el horario, mucho menos para el de la pausa de desayuno (silenciado por el convenio).

En cuanto a la **cuestión de fondo**:

Considera la parte recurrente que la introducción del "factor corrector" agrupa ficticiamente todas las pausas del trabajador durante la jornada laboral, alterando, por sí mismo, el régimen de jornada y horarios previsto en los artículos 38 y 39 del convenio colectivo de referencia. La nulidad de ese punto del Acuerdo obedece a que "la modificación de una norma convencional en vigor, tendría que haberse llevado a cabo por los sujetos que cumplen los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores y, posteriormente, haber dado cumplimiento a todos los mandatos y exigencias formales previstas no sólo en dichos preceptos, sino también los artículos 89 y 90 de dicha ley". Entiende que la duración de la jornada o la naturaleza de las pausas intrajornada deben venir introducidas mediante el convenio colectivo y no a través de otros cauces. Considera que el Acuerdo alcanzado en el seno de la Comisión Paritaria regula ex novo esas materias y altera lo previsto por el propio convenio colectivo.

V. Normativa aplicable al caso

En relación a la incongruencia: artículos 24 CE, 97.2 LRJS, 209.4 y 218.1.3 LEC,

En relación a la cuestión de fondo: artículos 34.1; 34.4 y 86.1.2º ET,

VI. Doctrina básica

Sobre la incongruencia omisiva: existe incongruencia omisiva "cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales [por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, F. 4 b)] .

Sobre la cuestión de fondo: La rúbrica y literalidad del Acuerdo muestran que (pese a haberse suscrito por las mayorías suficientes, como el recurso admite) no se ha querido introducir cambio alguno en el régimen de horarios fijado por el convenio colectivo, ni siquiera para mejorarlo (funcionalidad ésta que, recordemos, está al alcance de acuerdos colectivo e individuales). El Expositivo I indica que se ha negociado y pactado "a los efectos de cumplir con la regulación establecida en el Real Decreto Ley 8/2019".

La intención de las partes no solo se desprende del proceso gestatorio, sino que los dos comunicados del día 1 de agosto de 2019 la corroboran (cf. apartado 4 del Fundamento Primero).

El Ministerio Fiscal pone de relieve la consecuencia práctica del Acuerdo: los trabajadores podrán destinar una hora y media a la comida o utilizar tan sólo una hora, previo acuerdo con su superior, y eso no supone una alteración ni de su jornada ni de su horario porque si el trabajador sólo utiliza una hora para comer, saldrá media hora antes o entrará media hora después, y todo ello en consonancia con el art. 39.1.b) del Convenio de aplicación.

En su escrito de 1 de agosto de 2019 el sindicato firmante del Acuerdo ponía de relieve respecto del desayuno que el convenio nada establece "aunque se viene disfrutando de manera habitual". No se trata de un dato que podamos considerar acreditado, pero el artículo 34.4 ET dispone que "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", por lo que la afirmación de referencia no indica sino cumplimiento de la norma ya que el factor corrector por desayuno solo se prevé para jornada continuada.

En tales condiciones, la Sala IV no alcanza a comprender cuál es la anomalía cometida por el Acuerdo, la infracción en que incurre la sentencia o el perjuicio irrogado a quienes trabajan en las empresas demandadas. Si el mismo existiere, desde luego, habría de entenderse conjurado por cuantas consideraciones anteceden. el sistema de registro implantada a través del Acuerdo de 31 de julio de 2019 no altera régimen horario alguno, ni modifica el convenio colectivo.

Así, por ejemplo, la STC 184/1991, entre otras muchas, recuerda que "*La STC 73/1984 examinó si la negativa a un sindicato de participar en la revisión parcial de un Convenio Colectivo que no había suscrito podía entenderse lesiva del derecho a la libertad sindical de ese sindicato. La contestación afirmativa pone el acento en la indisponibilidad por el Convenio Colectivo de las reglas legales y estatutarias que establecen la legitimación para negociar el Convenio Colectivo, reglas que constituyen un presupuesto legal de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición o modificación de las partes negociadoras, pues en la contratación colectiva inciden derechos de carácter sindical que no pueden ser desconocidos por las partes del Convenio. Escapa, pues, al poder de disposición de las partes del Convenio Colectivo el tema de la legitimación para negociar, y las disposiciones resultantes serían nulas, inoponibles a sindicatos terceros y también lesivas de su derecho a la negociación colectiva y mediatamente del derecho de libertad sindical.*

Esa indisponibilidad de las reglas legales resulta aplicable también a la revisión posterior de parte del contenido del Convenio Colectivo durante el tiempo de su vigencia puesto que, según la STC 73/1984, se trata de modificar las condiciones de trabajo pactadas estableciendo nuevas reglas para regir las relaciones de trabajo en el ámbito del Convenio, y es por ello una nueva negociación cualquiera que sea el nombre que se le dé. Aceptar otra cosa -concluye la STC 73/1984- sería otorgar a esas partes firmantes libertad para condicionar definitivamente la negociación colectiva privando de su derecho de negociación para el futuro a quienes reúnan los requisitos legales para ello".

VII. Parte dispositiva

La Sala IV resuelve:

1o) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Manzano del Pino.

2o) Confirmar y declarar firme la sentencia no 126/2019 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 29 de octubre de 2019, en autos no 188/2019, seguidos a instancia de dicha recurrente contra Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., Zurich Services AIE, Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO. Servicios), sobre conflicto colectivo.

3o) No realizar declaración especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Sobre la incongruencia omisiva: En el caso que nos ocupa, **el fallo de la sentencia es congruente con lo pedido**; los argumentos brindados para basarlo son válidos para las dos cuestiones mencionadas en la demanda y en el debate (pausas por comida y por desayuno); además, la mención explícita de los Antecedentes y las referencias genéricas a horarios de los Fundamentos ponen de relieve que la sentencia ha tenido presente el problema referido a la pausa por desayuno y lo ha querido responder en sentido desfavorable a la demanda .

Sobre la cuestión de fondo: La rúbrica y literalidad del Acuerdo muestran que (pese a haberse suscrito por las mayorías suficientes, como el recurso admite) no se ha querido introducir cambio alguno en el régimen de horarios fijado por el convenio colectivo, ni siquiera para mejorarlo (funcionalidad ésta que, recordemos, está al alcance de acuerdos colectivo e individuales). El Expositivo I indica que se ha negociado y pactado "a los efectos de cumplir con la regulación establecida en el Real Decreto Ley 8/2019".

IX. Comentario

La sentencia que nos ocupa confirma en casación ordinaria la sentencia dictada en proceso de conflicto colectivo por la Sala Social de la AN, en cuya virtud se desestima la demanda de UGT en la que se impugna el Acuerdo de la Comisión paritaria alcanzado el día 31-7- 2.019, por considerar que el mismo suponía una negociación de condiciones de jornada prevista en el Convenio que no podía ser llevada a cabo por la Comisión paritaria, por carecer de competencias negociadoras.

Sin embargo, tanto la AN como el TS concluyen que dicho acuerdo no afecta al derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente ni a los preceptos que disciplinan la legitimación y el procedimiento de negociación de los convenios estatutarios. Se llega así a la conclusión de que es un acuerdo válidamente alcanzado por la Comisión paritaria, pues es un mero desarrollo del artículo 34.9 ET y, por el contrario, en modo alguno altera el régimen de horarios establecido en el convenio colectivo.

Los argumentos para su respuesta son los que siguen:

- A) Interpretación literal: la redacción del Acuerdo no alude a modificación alguna.
- B) Intención de las partes: dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 34.9 ET.
- C) Consecuencias prácticas: no impiden la posibilidad de reducir el tiempo de comida a una hora.
- D) Indemnidad: el propio Acuerdo indica que la Empresa se compromete a no utilizar este registro horario como medida disciplinaria cuando dé como resultado una jornada inferior a lo concertado con el empleado, mediante la deducción de salario, amonestaciones, sanciones o incluso el despido.

E) Salvaguarda: el trabajador, a pesar de la aplicación del factor corrector aplicado de dos horas, podrá en todo caso acreditar que la pausa de comida fue de hora y media si existe el acuerdo con el mando responsable.

Es de sobras conocida la doctrina del TC (vid. SSTC 9/1986, 39/1986, 184/1991, entre otras), que veda la posibilidad de que a través de comisiones de aplicación del convenio se desarrolle una auténtica negociación colectiva que excluya a sindicatos legitimados para formar parte de la comisión negociadora.

Pues bien, en nuestro caso, de la interpretación del Acuerdo impugnado, primero por la AN y después por el TS, no se aprecia la existencia de modificaciones del convenio colectivo operadas a través de la comisión paritaria, sino únicamente de un mero desarrollo de la obligación de registrar la jornada diaria introducida por el RD-Ley 8/2019. En definitiva, no se altera la jornada fijada por el CCol, al fijar un factor corrector para facilitar el cómputo de las pausas de comida y desayuno, puesto que los trabajadores podrán destinar una hora y media a la comida o utilizar tan sólo una hora, previo acuerdo con su superior, y eso no supone una alteración ni de su jornada ni de su horario porque si el trabajador sólo utiliza una hora para comer, saldrá media hora antes o entrará media hora después, y todo ello en consonancia con el art. 39.1.b) del Convenio de aplicación.

X. Apunte final

La sentencia comentada es exponente de alguno de los problemas prácticos que en la negociación colectiva ha supuesto la introducción por el RD-Ley 8/2019, de la obligación del registro de jornada. En este punto no es ocioso recordar que dicha norma se deriva de la doctrina del TJUE, **STJUE 14 mayo 2019, Asunto C-55/2018** (Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) vs. Deutsche Bank, S.A.E., en cuya virtud Los artículos 3, 5 y 6 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, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

A partir de ahí, el RD-Ley 8/2019, modifica el ET y se introduce el apartado 9 del art. 34, que dice " 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.

En el caso comentado, un acuerdo de comisión paritaria aplica el RD-Ley 8/19, sin modificar el convenio colectivo, estableciendo un factor de corrección para el cómputo de las pausas de desayuno y comida, que para nada incide en las obligaciones convencionales asumidas por las partes negociadoras.

§ 48 **Concurrencia desleal y procedencia del despido disciplinario.**

Belén García Romero

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

Resumen: *Despido disciplinario procedente por concurrencia desleal. Conducta de intervención y apoyo en las actividades de captación de patrocinadores e intermediación de publicidad para empresa creada por su superior jerárquico en el mismo campo y sector que la demandada, con utilización de medios de su empleadora y durante el tiempo de trabajo. Voto particular.*

Palabras clave: *Concurrencia desleal. Despido disciplinario. Calificación del despido.*

Abstract: *Fair disciplinary dismissal for unfair competition. Conduct of intervention and support in the activities of attracting sponsors and intermediation of advertising for a company set up by his hierarchical superior in the same field and sector as the defendant, with the use of his employer's resources and during working time. Individual opinion.*

Keywords: *Unfair competition. Fair dismissal. Qualification of dismissal.*

I. Introducción

Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de noviembre de 2018, en la que, con estimación del recurso deducido por el trabajador recurrente, se declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa a las consecuencias de tal declaración.

En el seno del Alto Tribunal se debate la posible contradicción existente entre dos sentencias dictadas en Suplicación por la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, calificando el despido disciplinario por concurrencia desleal de dos trabajadores de la misma empresa, uno con categoría de redactor (el de la sentencia recurrida) y el otro de Director, siendo a la vez el superior jerárquico del primero (sentencia de contraste). A ambos se les imputa análogas conductas, si bien la diferente valoración de las mismas, lleva a las sentencias comparadas a distinta solución.

La mayoría de los miembros de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo encargada de resolver el recurso considera que existe la necesaria contradicción. Sin embargo, la Magistrada, Sra. Rosa Virolés Piñol, discrepa de dicha posición, lo que le lleva a formular un voto particular.

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. 309/2022, de 6 de abril de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación para la unificación de doctrina, Nº. 834/2019.

ECLI:ES:TS:2022:1446.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Cuenta con un Voto particular formulado por la Magistrada Ponente, Excmo. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, consiste en determinar la calificación del despido disciplinario efectuado por la empleadora recurrente en un supuesto en el que se alega para el despido competencia desleal por el mantenimiento sostenido de diversas actividades de captación de publicidad y patrocinio para una empresa, creada por un compañero, superior jerárquico del actor, y la esposa de aquel, para dedicarse a las mismas actividades que la demandada, teniendo en cuenta que la conducta reprochada se realizó, al menos parcialmente, con medios de la empleadora y durante el tiempo de trabajo.

2. Hechos y antecedentes

Consta acreditado que el actor (José Pablo) ha venido prestando sus servicios laborales a tiempo completo para TAD (Telefónica Audiovisual Digital), desde 1996, con categoría profesional de Redactor en la Dirección de Deportes, y en concreto, en el área de Canales Temáticos y dentro de estos en el Canal + Golf y Toros, siendo su superior jerárquico el Director de los citados canales (el Sr. Luis Miguel), con el que tenía una excelente relación. Como consecuencia de unas sospechas detectadas en reunión de 3 de marzo de 2017, se abrió una investigación interna, a resultas de la cual se acordó primero la suspensión de empleo y después el despido disciplinario que es notificado al trabajador.

En la carta de despido se le cinco faltas laborales: utilización indebida del correo corporativo y del ordenador de la empresa en un periodo de trece meses; la utilización fraudulenta de la imagen corporativa de la mercantil TAD en beneficio propio; la utilización indebida de las herramientas y medios materiales imagen de la compañía y posición que ocupaba en la empresa en su propio beneficio; uso irregular de la imagen de Movistar+ en su propio beneficio y, realización de actividades durante su jornada laboral utilizando los medios materiales y posición que ostenta en dicha empresa.

La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, desestimó la demanda del actor y declaró la procedencia del despido, pero la Sala de lo Social del TSJ de Madrid declaró la improcedencia de aquel. Disconforme la empresa demandada con la solución alcanzada se alza en casación para la unificación de doctrina, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de junio de 2018 (rec. 282/2018).

3. Sentencia Recurrída y Sentencia de Contraste

La Sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 28 de noviembre de 2018 (rec. 295/2018), en la que estima el recurso de suplicación formulado por el trabajador contra la sentencia núm. 40/2018, de 2 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 26 de Madrid y frente a Telefónica Audiovisual Digital (TAD), en reclamación de despido.

En ella, la Sala considera que no existe competencia desleal, ya que valora de forma diferente a como lo hizo el juzgador de instancia los hechos declarados probados, y, en consecuencia, revoca la sentencia de instancia y declara el despido del trabajador improcedente. Para la Sala de Suplicación, los hechos que concurren en este trabajador y en su superior son completamente distintos y la posición de ambos tanto en TAD como en la empresa que tenía el Director no son comparables.

La Sentencia de contraste es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 21 de junio de 2018, recurso de suplicación 282/2018, en la que se ventila el despido disciplinario del inmediato superior del actor de la sentencia recurrida, quien venía prestando servicios para la misma empresa, TAD, con antigüedad de 28 de julio de 2003 y categoría profesional de Director de Contenidos de los Canales Temáticos Canal + Golf y Canal + Toros. El citado trabajador había constituido en 2016, junto con su esposa, la empresa WOW Comunicaciones y Eventos S.L, ostentando el 45% del capital y su cónyuge el 55%. Es despedido por análogos hechos y la sentencia de instancia del mismo órgano judicial que la de la sentencia recurrida, calificó el despido como procedente, siendo dicho parecer compartido por la Sala de Suplicación, por considerar que este trabajador ha concurrido deslealmente con la compañía para la que presta servicios.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente es la mercantil TAD, quien considera que el trabajador ha concurrido deslealmente con la empresa para la que presta servicios, cuyo objeto social incluye, entre otras actividades, las propias de comercialización publicitaria, la intermediación o la captación de clientes. Desde su punto de vista, el actor ha incurrido en los mismos hechos imputados a su superior jerárquico y, por tanto, su despido debe ser calificado igualmente como procedente.

La parte recurrida es el trabajador que prestaba servicios bajo las órdenes del despedido de la sentencia de contrate. Este considera que los hechos que motivaron la decisión empresarial de despedirlo no han sido concretados suficientemente y rechaza que haya cometido competencia desleal y que su actuación estaba permitida por no prohibida, al no tener exclusividad.

V. Normativa aplicable al caso

La parte recurrente denuncia la infracción de los artículos referidos a la competencia desleal: 5.a) y d), 21.1 y 54.2 b) y d) del ET.

Como es sabido, el art. 5.d) ET dispone que “Los trabajadores tienen como deberes básicos: d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley”. Este deber de no concurrencia constituye una manifestación singular del deber de buena fe recogido en su apartado a), según el cual es deber básico de la persona trabajadora “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”.

El deber enunciado en el artículo 5 d) ET es objeto de desarrollo en el artículo 21.1 ET, al señalar que “No podrá efectuarse la prestación laboral para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena

dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan”.

De otro lado, a efectos del despido disciplinario, el art. 54.2 d) ET considera incumplimiento contractual del trabajador “La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

Por su parte, la Magistrada que formula el voto particular, cuestiona la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, en aplicación del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). El apartado 1 de dicho precepto establece que “El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto a 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 Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su voto mayoritario, llega a la conclusión de que entre las sentencias comparadas existe la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, mientras que la Magistrada discrepante considera que no concurre las identidades entre la sentencias recurrida y la de contraste. Ello da lugar a que tanto en los fundamentos jurídicos de la sentencia analizada como en las consideraciones jurídicas que sustentan el voto particular se pase revista a la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre competencia desleal, y muy especialmente, a la existente acerca de los requisitos para la viabilidad del recurso de casación en lo referente a la exigencia de contradicción entre las sentencias comparadas, así como también en cuanto a la calificación de conductas a los efectos del despido.

- Sobre concurrencia desleal

La Sentencia analizada recuerda en su Fundamento Jurídico Tercero la doctrina consolidada sobre concurrencia desleal, reiterada en la STS de 12 de diciembre de 2021 (Rcud. 1090/2019), que es definida como “la actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que le cause un perjuicio real o potencial; entre cuyas actividades se encuentran la de fundar o constituir sociedad competitiva [...] sin que sea necesario incluso que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la nueva empresa [...] ya que lo característico de esta falta es el elemento intencional”. En definitiva, han de tratarse de actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes^[1].

- Sobre la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina: la necesaria contradicción de las resoluciones comparadas

Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, el artículo 219 LRJS 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 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”^[2].

Por otra parte, el Alto Tribunal también ha precisado que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales^[3].

- Sobre el enjuiciamiento del despido con aplicación de la tesis gradualista y su incidencia en el ámbito del recurso de casación unificadora

En el supuesto del despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, es doctrina reiterada que la calificación del despido a los efectos de su inclusión en el artículo 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente idénticas^[4]. Además, el precepto estatutario requiere que el incumplimiento pueda ser calificado como “grave y culpable”, lo que implica que “el enjuiciamiento del despido [deba] 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”^[5].

En consecuencia, cuando concurren circunstancias a valorar en cada caso concreto, la teoría gradualista incide en materia propia de la valoración de la prueba, lo que excede del ámbito del recurso de casación unificadora. Más aún, “esa exigencia de igualdad material o sustancial de los hechos dificulta la viabilidad del recurso de unificación de doctrina en aquellos tipos de controversias como los despidos^[6], en los que la decisión judicial se sustenta sobre una valoración individualizada de circunstancias de hecho”^[7].

En sus fundamentos jurídicos, la Sala declara no desconocer esta doctrina, pero recuerda que la misma admite excepciones (FJ 2º, apartado 3), ejemplo de las cuales son las STS de 17 de julio de 2018 (Rcud. 2474/17), de 27 de junio de 2018 (Rcud. 962/17) y de 21 de diciembre de 2021 (Rcud 1090/2019), cuyo interés reside en que admiten la concurrencia de los requisitos del artículo 219 de la LRJS, al tratarse de despidos disciplinarios en los que la identidad de los hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa, quedando cifrado el núcleo de la contradicción en la distinta valoración que de los hechos acreditados que sustentan el incumplimiento contractual, singularmente referidos a la concurrencia desleal, efectúan las sentencias a contrastar.

VII. Parte dispositiva

En su Fundamento Jurídico Cuarto, la Sala declara que todo lo expuesto debe llevar, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, resolviendo el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y dejando firme la sentencia de instancia.

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 mercantil Telefónica Audiovisual Digital SLU (TAD) representada y asistida por el letrado D. Alfredo Aspra Rodríguez.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación no. 295/2018.

3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y, al efecto, declarar la firmeza de la sentencia de fecha 2 de febrero de 2018, dictada por el

Juzgado de lo Social no. 26 de Madrid, en autos no. 643/2017, seguidos a instancias de D. José Pablo contra Telefónica Audiovisual Digital SLU sobre despido.

- 4.- Ordenar la devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir.
- 5.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento Jurídico Segundo:

2. A juicio de la Sala concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS que exige igualdad sustancial de hechos, pretensiones y fundamentos. (...)

3. La Sala no solo no desconoce, sino que reitera, la doctrina (...) de esta Sala sobre la causa de despido consistente en la trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo en relación con el juicio de contradicción a efectos del recurso de casación unificadora. Al respecto "la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales (...). Por consiguiente, (...) es doctrina de esta Sala la de que "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".

Ahora bien, tal doctrina se formula como un axioma general que admite excepciones, muestra de las cuales son las STS 17 de julio de 2018 (Rcud. 2474/17), de 27 de junio de 2018 (Rcud. 962/17) y de 21 de diciembre de 2021 (Rcud. 1090/2019), cuyo interés radicó en que admiten la concurrencia de los requisitos del artículo 219 de la LRJS, al tratarse de despidos disciplinarios en los que la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa.

Fundamento Jurídico Tercero:

3- De lo expuesto se infiere, sin género de dudas, que se incumplió por el trabajador despedido de modo evidente el deber de no concurrir con la actividad de la empresa sin que pueda entenderse que el hecho de que el último beneficiario de tal concurrencia fuese su superior inmediato a través de la empresa WOW, pueda implicar la inexistencia del incumplimiento del expresado deber, ya que éste se incumple plenamente con la descrita actividad desarrollada ya que, en sí misma, implica una manifestación de la ruptura de una mínima y esencial lealtad hacia la empresa.

Voto Particular:

(...) discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, por cuanto oportunamente se dirá, que en síntesis es el hecho de que estimo que entre las sentencias comparadas no concurre la exigencia de contradicción.

2- Ninguna duda cabe que en el caso ha de aplicarse la teoría gradualista, ante posiciones que son totalmente distintas tanto en cuanto a la intervención de cada uno de los trabajadores, como a la posición dominante del superior (Sr. Luis Miguel).

La sentencia voto mayoritario, hace suyas las argumentaciones de la sentencia de instancia, sin razonar sobre el iter seguido por la sentencia recurrida para llegar a distinta calificación del despido, partiendo de las afirmaciones con valor fáctico que contiene su fundamentación.

(...)

Entiendo, que de estimarse superado el requisito de la contradicción, en su caso, debió desestimarse el recurso, confirmando y declarando la firmeza de la sentencia recurrida que califica el despido como improcedente, atendiendo a la elaborada fundamentación de la sentencia recurrida.

IX. Comentario

En la Sentencia nº 309/2022, de 6 de abril de 2022 (rec. 834/2019), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su voto mayoritario, llega a la conclusión de que entre las sentencias comparadas existe la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, por entender que en ambos pronunciamientos los hechos imputados son sustancialmente iguales, así como las pretensiones y fundamentos jurídicos, si bien la sentencia recurrida, a diferencia de la de contraste, califica el despido del actor como improcedente, con referencia a una distinta valoración de los hechos.

Para la mayoría de la Sala IV, de la relación de hechos probados se deduce plenamente que el trabajador despedido, junto con su inmediato superior ha venido efectuando una captación de patrocinadores y anunciantes para la empresa WOW encaminada a la organización de trofeos de Golf, ofreciendo a los anunciantes la emisión de reportajes en el Canal + Golf, sin que ni WOW ni las empresas captadas abonasen canon alguno a la recurrente TAD y sin que dicha actividad fuese conocida o tolerada por TAD. Se realizaba, por tanto, una actividad concurrente con la empleadora, a sus espaldas, buscando patrocinios en publicidad en el mismo ámbito en el que actuaba la empresa para la que trabajaba, con ocultación, utilizando los medios de trabajo y con desvío de potenciales anunciantes a los torneos organizados por la empresa concurrente WOW, constituida por su superior jerárquico y la esposa de este.

Para la Sala no cabe ninguna duda de que el trabajador despedido incumplió de modo evidente el deber de no concurrir con la actividad de la empresa sin que pueda entenderse que el hecho de que el último beneficiario de tal concurrencia fuese su superior inmediato a través de la empresa WOW, pueda implicar la inexistencia del incumplimiento del expresado deber. Considera que los hechos probados revelan una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no solo remunera su trabajo, sino que también le facilita los medios para trabajar que, además, fueron utilizados para la realización de las actividades concurrentes. Asimismo, la experiencia y perfeccionamiento profesional derivados de su trabajo remunerado en la empresa recurrente, fueron usados en su propio provecho y en el de terceros y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa. Por todo ello, el Tribunal Supremo, a diferencia de la Sala de Suplicación en la sentencia recurrida, considera que los hechos son merecedores de la máxima sanción disciplinaria, debiendo ser ser calificado el despido del actor, como hizo el órgano judicial de instancia, como procedente.

Sin embargo, disiente de este parecer mayoritario la Magistrada Sra. Rosa Virolés Piñol quien, *prima facie*, razona que debió inadmitirse el recurso de casación para la unificación de doctrina por no concurrir las identidades exigidas por el art. 219 LRJS. No obstante, de estimarse superado el requisito de contradicción y, siguiendo la línea argumental contenida en la Sentencia de Suplicación recurrida, cuya solución juzga como la correcta, considera que el despido debe ser calificado de improcedente, por entender que la responsabilidad de su superior jerárquico por concurrencia desleal no puede extenderse al actor, habida cuenta las diferencias en cuanto a los hechos y a la posición de cada uno de ellos en la empresa.

X. Apunte final

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo de forma mayoritaria declara no desconocer la reiterada doctrina sobre la dificultad de encuadrar la causa de despido

consistente en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo en el juicio de contradicción a efectos del recurso de casación unificadora. En consecuencia, admite que, como regla general, “la calificación de conductas a efectos de su inclusión en el art. 54 ET no es materia propia de la unificación de doctrina, ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales”, así como también que “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 circunstancias de cada caso concreto”.

Ello sentado, argumenta también que dicho axioma admite excepciones, en las que, a su juicio, encaja el presente supuesto, porque “no cabe duda de que, precisamente, en lo que las sentencias comparadas discrepan es en la calificación que merecen unos mismos hechos”.

Referencias:

1. ^ *Un estudio de esta cuestión, puede verse en LUJÁN ALCARAZ, J., “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”, Revista Aranzadi Social núm. 3/2009, pp. 1-8.*
2. ^ *Sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007, 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010. (Citadas en la propia sentencia comentada)*
3. ^ *Sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008, 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011 (todas ellas citadas en la propia sentencia comentada).*
4. ^ *Entre otras, STS Sala IV, de 19 de julio de 2010 (recurso 2643/2009).*
5. ^ *STS, Sala IV, de 27 de enero de 2004 (rcud. 2233/2003), citando sentencias de 19 y 28 de febrero, 6 de abril y 18 de mayo de 1990, 16 de mayo 1991 y 2 de abril y 30 de mayo de 1992, entre otras.*
6. ^ *SSTS de 18 de mayo de 1992 (rec. 1492/91; 15 de enero de 1997 (rec. 3827/95); 29 de enero 1997 (rec. 3461/95).*
7. ^ *STS Sala de lo Social de 26 abril 2007 (rec. 801/2006), con cita de la STS de 8 de junio de 2006 (rec. 5165/2004).*

§ 49 **La grabación de sonido no tiene naturaleza de prueba documental ni, en consecuencia, eficacia revisora de hechos probados.**

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 cuestión que el Tribunal Supremo afronta es si una prueba de grabación de sonido, en concreto la grabación parcial de una conversación entre la trabajadora demandante y el gerente de la empresa, reproducida en el acto del juicio, es documento hábil en el que fundar la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. La respuesta negativa se basa en una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que niega naturaleza documental a la grabación de conversaciones. El Tribunal Supremo anula la sentencia de suplicación recurrida, que había modificado los hechos probados por la sentencia de instancia con base en la reproducción en el acto de juicio de una conversación grabada.*

Palabras clave: *Prueba documental. Otras pruebas. Procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido. Revisión de hechos probados. Recurso de suplicación.*

Abstract: *The question before the Supreme Court is whether a sound recording, specifically the partial recording of a conversation between the plaintiff worker and the company manager, reproduced at the trial, is a suitable document on which to base a review of the facts declared proven in the judgment under appeal. The negative answer is based on the settled case law of the Supreme Court, which denies the documentary nature of recorded conversations. The Supreme Court annulled the appealed appeal judgement, which had modified the proven facts of the lower court judgement on the basis of the reproduction of a recorded conversation at the trial.*

Keywords: *Documentary evidence. Other evidence. Documentary evidence, other evidence, procedures for the reproduction of words, images and sound. Review of established facts. Appeal in supplication.*

I. Introducción

La empresa extinguió el contrato de trabajo de la trabajadora en período de prueba. Frente al desistimiento empresarial, la trabajadora demandó la declaración de nulidad de su despido por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la garantía de indemnidad (art- 24.1 CE), pues el desistimiento empresarial se habría producido en represalia por las reclamaciones formuladas por la trabajadora frente a la empresa respecto de sus condiciones salariales y de tiempo de trabajo, que habrían quedado probadas en una conversación sostenida entre la trabajadora y el gerente de la empresa, grabada en audio y reproducida en el juicio. En grado de suplicación, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja modificó

los hechos probados de la sentencia de instancia precisamente por la prueba aportada al juicio consistente en la reproducción parcial de la conversación mencionada.

La Sentencia 325/2022, de 6 de abril, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, casó la sentencia de suplicación en el extremo en que revisó los hechos declarados probados por la sentencia de instancia mediante una prueba de reproducción parcial de sonidos carente de naturaleza documental y, en consecuencia, desprovista legalmente de eficacia revisora de los hechos probados.

La sentencia comentada, de construcción intachable, se abona a una línea jurisprudencial consolidada desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y hoy pacífica en el seno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sobre los nuevos medios de prueba de grabación de palabras, de creciente importancia en la realidad social y jurídica afectada por transformaciones tecnológicas imparable. Y sobre su separación de las pruebas documentales, que tampoco han podido sustraerse ya, ni lo harán en el futuro, a la fuerza de los cambios digitales y de otras tecnologías.

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: 325/2022, de 6 de abril

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para la unificación de doctrina nº. 1370/2020

ECLI: ES:TS:2022:1469

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Votos Particulares: sin votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos

Según la relación de hecho probados de la sentencia de instancia:

La trabajadora venía prestando servicios para la empresa demandada, Inmuebles y Edificios de Cameros SL, desde el 2 de enero de 2019 con la categoría de directora de residencia y un salario según convenio. La relación se articuló mediante contrato indefinido en el que se fijó un periodo de prueba de tres meses. El 27 de febrero de 2019 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por no haber superado el periodo de prueba.

En el hecho probado séptimo se decía: “En fecha previa a la comunicación realizada por la empresa de fin de contrato, la actora mantuvo una conversación con el gerente, en virtud de la cual éste le indicaba cual era el importe del salario base a percibir según el convenio, por parte de la actora se le contestó que eso no era lo acordado y que ella prestaba servicios *full time*, contestando el gerente pues entonces en febrero terminamos”.

La trabajadora interpuso demanda solicitando la declaración de la nulidad de su despido, entendiéndolo que el desistimiento empresarial en el periodo de prueba se había efectuado en represalia por las reclamaciones, que había dirigido a la empresa, en demanda de reconocimiento de sus derechos salariales pactados, de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias, afectando a su derecho fundamental a la garantía de indemnidad. Solicitó, en consecuencia, la condena a la empresa demandada,

Inmuebles y Edificios de Cameros SL, a su readmisión y al abono de la indemnización de 6.251 euros, asumiendo el Fondo de Garantía Salarial su responsabilidad legal.

El 27 de marzo de 2019, la trabajadora instó papeleta de conciliación previa a la vía judicial en reclamación de 3.814,57 euros en concepto de horas extraordinarias.

2. Antecedentes

La sentencia del Juzgado de lo Social nº. 2 de Logroño 263/2019, de 29 de octubre^[1], declaró ajustado a derecho el cese de la trabajadora producido por la empresa por desistimiento durante el período de prueba y desestimó la demanda de nulidad del despido de aquélla, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Según argumentó la sentencia de instancia la conversación grabada y reproducida en el juicio “en sí misma” no podía determinar que se hubiera efectuado “una reclamación por la trabajadora” a la empresa determinante de “la decisión empresarial de desistir del contrato, máxime si tenemos en cuenta que en la misma se hace continua referencia por parte del empresario a que se abonará el salario del convenio que es precisamente lo que firmaron las partes en el contrato de trabajo, por lo tanto la empresa se limitó a indicar que se abonaría la retribución fijada en contrato lo cual no constituye violación de derecho fundamental alguno”.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la trabajadora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. La sentencia de suplicación 18/2020, de 6 de febrero^[2], estimó la modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia en relación con el incremento del haber regulador de la trabajadora y la supresión del hecho probado séptimo, que sustituyó por la transcripción del contenido de una conversación mantenida por la trabajadora con el gerente de la empresa, aportada por aquélla al acto de juicio mediante grabación de audio. La Sala de suplicación otorgó a la conversación grabada el valor de documento hábil a efectos revisorios: la trabajadora “ofrece para avalar su pretensión la grabación de audio que ella misma aportó en el acto del juicio. También este motivo merece favorable respuesta, porque se trata de un documento hábil y, aun cuando no recoge toda la conversación y, por tanto, el contexto en que se inscribe, da una idea más completa de la misma que la reducida versión judicial, resultando la propuesta más expresiva de la secuencia cronológica de dicha conversación, en la que primero el gerente propone una bajada del salario para limitarlo al del Convenio, hace hincapié en que la trabajadora siempre le va a reclamar que trabaja full time, y concluye que si la trabajadora insiste “acabamos en febrero”. La importancia del orden secuencial de la conversación ha quedado minimizada en la redacción judicial del hecho probado Séptimo, a pesar de que se extrae de la grabación que las discrepancias sobre el salario que se le pretende abonar en el futuro y sobre la jornada de trabajo parecen dar lugar finalmente a la decisión del gerente de terminar la relación laboral en febrero” (FD 4º). La Sala aceptó que la decisión extintiva del contrato traía causa de la voluntad empresarial de represalia de la reclamación efectuada por la trabajadora frente a la unilateral modificación del salario acordada por la empresa, apreciando indicios de vulneración de la garantía de indemnidad de la trabajadora en la conversación grabada, en la que el gerente de la empresa pretendía abonar a la trabajadora un salario inferior al pactado, por entender que no había realizado horas extraordinarias, sin que la empresa demandada hubiera justificado que su decisión nada tenía que ver con la vulneración del derecho fundamental. La garantía de indemnidad no solo cubre frente a la formalización de una acción judicial, sino frente a las reclamaciones ante la propia empresa, según la jurisprudencia constitucional (FD 8º). La sentencia estimó el recurso, revocó la sentencia de instancia y declaró la nulidad del despido, “condenando a la empresa demandada a readmitir a la actora en su puesto de trabajo, a abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, más a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 6.251,00 euros, y [...] al FOGASA a asumir su responsabilidad legal” (FD 9º).

La empresa formalizó recurso de casación unificadora de doctrina ante la Sala de suplicación, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo admitió. Al haberse personado fuera de plazo la trabajadora recurrida, se la tuvo por personada sólo a efectos de notificaciones.

IV. Posición de las partes

La posición de las partes ha quedado expuesta en los antecedentes procesales del problema suscitado ante el Tribunal Supremo. En la demanda inicial y en el recurso de suplicación, la trabajadora sostuvo la nulidad del desistimiento empresarial en período de prueba por vulneración de su derecho fundamental a la garantía de indemnidad, por reclamación del salario pactado, superior al fijado en el convenio colectivo de aplicación -el Convenio Colectivo para la actividad de Residencias Privadas de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2018 a 2020-, por un trabajo *full time* y de las horas extraordinarias, con la vulneración consiguiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en relación con el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. La trabajadora se habría negado a aceptar la modificación unilateral del salario pactado efectuada por la empresa, lo que probaba su conversación con el gerente, grabada parcialmente y reproducida en el acto de juicio. Insistió la trabajadora demandante/recurrente en suplicación en que la garantía de indemnidad no sólo se vulnera cuando es represaliado el trabajador por ejercitar la correspondiente acción, sino también cuando realiza actos preparatorios del ejercicio de la acción (FD 8º de la sentencia de suplicación).

La empresa opuso, en la instancia y en grado de suplicación, que abonaría el salario del convenio, que era lo que habían firmado las partes en el contrato de trabajo, sin que el cumplimiento del contrato constituyera violación de derecho fundamental alguno.

En su recurso de casación unificadora de doctrina, la empresa denunció, en su primer motivo, la extralimitación en que habría incurrido la sentencia recurrida en sus facultades de revisión de la prueba por inexistencia de error alguno. Alegó como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019^[3], que reiteró el carácter extraordinario del recurso de suplicación y la facultad prioritaria del juzgador de instancia en la valoración de la prueba. El Tribunal Supremo desestimó el primer motivo del recurso de la empresa por falta de contradicción, pues nada tenían que ver las pretensiones, cuestiones planteadas y razones de decidir de la sentencia referencial y de la recurrida, debatiéndose en aquélla la incongruencia de la sentencia recurrida y la errónea valoración por el tribunal de instancia de una prueba testifical^[4].

En el motivo segundo, sostuvo la inadmisibilidad de una grabación de sonido parcial como prueba eficaz para la revisión de los hechos probados, prueba igualmente inadmisibles para acreditar los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad y, consiguientemente, aplicar la doctrina relativa a la inversión de la carga de la prueba, según el motivo tercero del recurso casacional. Señaló como sentencia de contradicción, a requerimiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la Sentencia del propio Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012^[5], en impugnación de despido, que confirmó la de suplicación recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, razonando, con cita de su Sentencia de 16 de junio de 2011^[6], que, tras la LEC 2000, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen -fotogramas de las operaciones de caja resultantes de las cintas de seguridad, en el caso- tienen un tratamiento autónomo y no se consideran documentos, y que el carácter extraordinario del recurso de suplicación determina que la revisión de los hechos probados se sujete a la prueba documental estricta [art. 191.1.b) LPL]. En la doctrina de la sentencia de contraste, las grabaciones de audio y vídeo no tienen naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados, concurriendo la

necesaria contradicción en la interpretación de la LEC de 2000, de aplicación supletoria al proceso social, habilitadora del recurso de casación unificadora de doctrina.

Denunció la empresa, en el motivo tercero de su recurso, la **inadmisibilidad de la prueba de grabación** de sonido a efectos de acreditar los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad y aplicar la doctrina relativa a la inversión de la carga de la prueba, atendiendo a la doctrina de la sentencia de 18 de enero de 2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia^[7].

En el cuarto y último motivo de su recurso la empresa defendió su facultad extintiva de la relación laboral en el periodo prueba “*ad nutum*”, esto es, sin exigencia de invocar causa alguna para la adopción de la decisión extintiva, aportando como sentencia de contradicción, de nuevo, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de enero de 2018.

V. Normativa aplicable al caso

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

Artículo 90. Admisibilidad de los medios de prueba

1. Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación

El recurso de suplicación tendrá por objeto: b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada reitera la doctrina consolidada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 16 de junio de 2011 y de 26 de noviembre de 2012, aportada de contraste, ya citadas; de 20 de julio de 2016^[8] y de 15 de enero de 2020^[9]; y en el ATS de 27 de julio de 2016^[10], que niega valor de prueba documental a las reproducciones de sonido o imagen a efectos de fundamentar la revisión de hechos probados en un recurso de suplicación.

Reproduce la doctrina de la Sentencia de 16 de junio de 2011, primera de la serie doctrinal referida: “...La idoneidad de la prueba de los instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido para revisar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se enmarca dentro de un recurso de carácter extraordinario. En efecto el recurso de suplicación tiene dicho carácter, tal y como resulta de su configuración legal, expresamente reconocida en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de enero de 1989, en su propia regulación y en las normas comunes a los recursos de casación y suplicación que aparecen en la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho carácter asimismo ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de enero de 1961 y por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 3/83, de 25 de enero de 1983; 17/86, de 13 de octubre de 1986 y 79/85, de 3 de julio de 1985. Consecuencia de tal carácter es la limitada revisión de hechos legalmente permitida, que únicamente puede realizarse a la vista de la prueba documental o pericial practicada en la instancia, por lo que la

interpretación del concepto de prueba documental, a la vista del carácter del recurso, necesariamente ha de ser efectuada de forma restrictiva..." (FD 4º.6º).

Recuerda la Sala que mantiene un concepto amplio de prueba documental, a partir de la distinción entre fuentes de prueba y medios de prueba, únicamente los regulados en la LEC, y de la constatación del avance tecnológico, que ha hecho extender el concepto de documento a la comprensión de los contenidos en soportes electrónicos con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Identifica en la sentencia del Pleno de la Sala de 23 de julio de 2020^[11], decisión, que, pese a la existencia de precedentes aislados, abordó frontalmente la cuestión, la atribución de naturaleza documental a los correos electrónicos, aunque no todo correo electrónico pueda acreditar el error fáctico de la sentencia de instancia, virtualidad probatoria que depende de si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique, si se ha autenticado, en su caso, y si goza de literosuficiencia. Y precisa que, sin embargo, ese reconocimiento amplio de los soportes tecnológicos de materialización de los documentos no transmuta en documento lo que no lo es, como una grabación de audio de una conversación entre dos personas, un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS.

La estimación de este segundo motivo significa la estimación del recurso de casación de la empresa y la anulación de la sentencia de suplicación recurrida, con devolución de los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja para que, partiendo de la inadmisibilidad de la grabación de audio de la conversación entre la trabajadora demandante y el gerente de la empresa para revisar los hechos probados, mantenga inalterada la redacción del hecho probado séptimo de la sentencia de instancia y resuelva con libertad de criterio el resto de los motivos del recurso de suplicación. Dice la sentencia que es innecesario e improcedente la solución de los motivos tercero y cuarto del recurso, aunque resuelve el tercero, que entiende reitera el segundo cuya estimación se extiende a aquél.

VII. Parte dispositiva

[...]Esta Sala ha decidido:

1.- Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Inmuebles y Edificios Cameros SL [...].

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 6 de febrero de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en el recurso de suplicación núm. 239/2019.

3.- Ordenar la devolución de los autos a la Sala de procedencia para que partiendo de la imposibilidad de modificar los hechos probados de la sentencia de instancia con fundamento en una prueba de grabación de audio y, por tanto, de la imposibilidad de modificar el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, resuelva con plena libertad de criterio el resto de motivos del recurso de suplicación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño, de fecha 29 de octubre de 2019, autos núm. 199/2019.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas".

VIII. Pasajes decisivos

- "La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si una prueba de grabación de sonido, en concreto la grabación parcial de una conversación entre la actora y el gerente de la empresa, practicada en el acto del juicio en la instancia, puede servir, en el recurso de suplicación para fundamentar la revisión de los hechos

probados; esto es si la aludida grabación puede ser considerada como documento hábil en el que fundar la pretendida revisión de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida” (FD 1º.1).

- “La doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste que, junto con otras de esta misma Sala, ha reiterado la ineficacia a efectos de fundamentar la revisión de hechos probados en un recurso de suplicación de una prueba consistente en reproducción de sonido o imagen [...] negando a las grabaciones el valor de documento hábil a efectos de modificación de hechos probados” (FD 4º.1).
- “Es cierto que la Sala ha aceptado un concepto amplio de prueba documental, partiendo de la base de que hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC” (FD 4º.2).
- “En nuestra STS de 23 de julio de 2020, 239/2018, sostuvimos un concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos reconociendo que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). En consecuencia, atribuimos la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos, sin que ello supusiese que todo correo electrónico podía acreditar el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia” (FD 4º.2)
- “Ahora bien, tal consideración documental no puede abarcar una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico. Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS” (FD 4º.2).
-

IX. Comentario: sobre la transformación tecnológica imparable de los medios de prueba y la prueba documental

La sentencia se queda necesariamente en la problemática procesal de la prueba, suficientemente importante en nuestro mundo digitalizado y decisiva para el litigio que debía resolver, con devolución al Tribunal Superior de Justicia de la decisión de la cuestión de fondo sobre la vulneración del derecho fundamental de la trabajadora a la garantía de indemnidad por el desistimiento empresarial del contrato en periodo de prueba (art. 24.1 CE). La *ratio decidendi* de la sentencia es terminante: la grabación de una conversación es prueba válida (art. 90.1 LRRJS), pero carece de valor revisorio de los hechos probados en la sentencia de instancia al no ser prueba documental [art. 191.1.b) LRJS].

En el marco de una amplia discusión doctrinal y judicial sobre el tratamiento jurídico procesal de los nuevos medios tecnológicos de reproducción en las distintas jurisdicciones -con particularidades en el penal y del que, en el social, es observatorio

privilegiado la propia jurisprudencia de unificación de doctrina-, que arranca antes de la promulgación de la LEC del año 2000, la sentencia comentada se suma a una línea doctrinal ya establecida, desde la Sentencia de 16 de junio de 2011 -sobre una grabación aportada a juicio en que en fase probatoria se procedió a reproducir el sonido y la imagen-, que desconoce la naturaleza documental de los medios de reproducción del sonido, que refuerza.

Allí dijo el Tribunal Supremo que el artículo 299 de la LEC de 2000 ha procedido a regular *de forma separada* los medios de prueba tradicionales, entre ellos los documentos públicos y privados, y los nuevos medios probatorios como los “medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” (art. 299.2); separación, ampliamente desarrollada, que acarrea la del régimen jurídico de estos medios de prueba del propio de la documental. A estos últimos destina la LEC la ordenación de sus artículos 382-384 (“De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”). Añadió: los “documentos tienen un valor probatorio establecido legalmente, para los documentos públicos en el artículo 319 LEC y para los privados en el 326 LEC, en tanto las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captadas mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes, han de valorarse según las reglas de la sana crítica, a tenor del artículo 382.3 LEC” (FD 4º.3º). Concluyendo: en “el proceso laboral la forma de práctica de una y otra prueba es diferente. En efecto, mientras de la prueba documental que se presente ha de darse traslado a las partes en el acto del juicio, tal y como dispone el artículo 94 LPL, la práctica de la prueba de medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen se realiza en último lugar, una vez se han practicado todas las pruebas - artículo 300 LEC -, debiendo consignarse en acta los actos que se realicen para la práctica de dicha prueba, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones” (FD 4º.4). Sin que la LPL de 1995, la reforma de su artículo 90 por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y la posterior LRJS hayan introducido especialidades en su ámbito propio. Es sabido que, paradójicamente, la jurisprudencia civil y social eran mas amplias en las décadas finales del pasado siglo, antes de la promulgación de la LEC de 2000, en que, con apoyo, entre otros, en los artículos 1215 del Código Civil y 604 de la derogada LEC, así como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, tendió a admitir como prueba documental -como documento privado- “los mecanismos o elementos derivados de los importantes avances y descubrimientos técnicos de los tiempos modernos, como son las cintas magnéticas, videos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano” (Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 523/1999, de 12 de junio^[12]).

El voto particular de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011, de la magistrada Virolés Piñol, sostuvo la posible proposición de la prueba de grabación de sonidos como documental, con el valor de documento privado y el régimen jurídico del artículo 326 de la LEC de 2000, aportando la parte al proceso el soporte y su transcripción escrita, con capacidad entonces de revisar los hechos probados en duplicación, sin que, a su vez, el hecho de que la grabación constituyera un documento de examen y audición directo del juzgador impidiera que pudiera ser objeto de una pericia.

La doctrina de la Sentencia de 16 de junio de 2011 fue confirmada por la de 26 de noviembre de 2012, que la reprodujo literalmente por razones de seguridad jurídica en su FD 3º, y que, es conocido ya, ha jugado en este caso como sentencia de contraste. La confirmación doctrinal ha continuado en las sentencias de 20 de julio de 2016, en que la recurrente pretendió la revisión fáctica sobre la base de una grabación aportada y visionada en el acto de la vista, su transcripción literal obrante en los autos, y la grabación audiovisual del acto de la vista con la intervención del testigo autor de la grabación (FD 3º); y de 15 de enero de 2020, sobre prueba audiovisual aportada en CD (FD 5º.3). Ninguna de las dos silenciaron que no cabe conferir naturaleza

documental a una prueba testifical a través de las grabaciones y de sus transcripciones. La última censuró que “no cabe practicar una prueba testifical a través de un audio que contiene declaraciones de una determinada persona, sin cumplir las exigencias legales respecto a la práctica de dicha prueba” (FD 4º.4). El Auto de 27 de julio de 2016, del que fue ponente la magistrada Virolés Piñol, denegó la solicitud de parte de aportación al proceso de nuevos documentos, archivos de audio y la transcripción de un “*pen drive*” con la transcripción de grabaciones, también porque “ni las grabaciones, ni su transcripción, tienen la consideración de documentos a los efectos previstos en la LRJS en relación a la LEC (L.1/2000), que ha procedido a dar un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental”, con cita de la sentencia de 16 de junio de 2011 (RJ 2º).

Ante las poderosas transformaciones tecnológicas la Sala quiere decir que no se ha quedado atrás, que ha aceptado, en la Sentencia de la Sala en Pleno 706/2020, de 23 de julio de 2020, un concepto amplio de prueba documental, que comprende los documentos presentados en soportes electrónicos o telemáticos, concepto amplio que es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico y con el que tiene que resultar coherente la interpretación de la LEC. Y cita un apretado listado de normas legales: “el art. 26 del Código Penal; el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el art. 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; el art. 17 bis de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; el art. 49.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; el art. 76.3 in fine del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; el art. 41.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre; y el art. 3 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado”.

De donde deduce que si no se acepta el avance tecnológico y no se asume un concepto amplio de prueba documental “llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo” (FD 4º.5) ¿Ha quedado abierta en aquella decisión la posibilidad de reconocimiento de los wahtsapps o de otras “evidencias tecnológicas” como documentos privados con las mismas exigencias? ¿Y los servicios de mensajería instantánea o las comunicaciones de textos a través de las redes sociales?. El debate en los Tribunales Superiores de Justicia es intenso. En los tiempos excepcionales de la COVID-19, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de julio de 2020^[13], validó la comunicación de la empresa a los trabajadores sobre su inclusión en un ERTE por fuerza mayor ante “las particulares circunstancias que rodearon a la tramitación del ERTE en cuestión, con un estado de alarma declarado por Real Decreto 4463/2020 de 14 de marzo de 2020 [...]” (FD 8º).

Volviendo a la sentencia del Tribunal Supremo comentada, recurre a la cualidad dual, ya presente en la Sentencia 706/2020, de las fuentes de prueba o de información del “mundo o realidad exterior”, ilimitadas, de las que surgen los medios de prueba capaces de atribuir constancia material en el “mundo o realidad” del proceso a los datos de la “realidad exterior”, limitados y regulados en la LEC, en su artículo 299.1 con carácter de *numerus clausus*. Y marca la diferencia de régimen legal: una cosa es admitir la materialización y presentación de documentos por medios electrónicos y otra otorgar valor documental a “una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico”: “Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS”. El soporte tecnológico, o la reproducción de palabras, sonidos o imágenes, no son documentos. La regulación de la LEC sobre los documentos públicos y privados es agotadora, aunque los documentos puedan tratarse de “dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos” (art. 333 LEC).

Ciertamente el artículo 90.1 de la LRJS reconoce como medios de prueba “los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”. No podría no hacerlo, pues, en caso contrario, el desajuste con la realidad, con las fuentes de prueba, supondría una limitación injustificada y desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE. Pero no son documentos. El Código Penal considera documento, a sus propios efectos y a los de la protección de los bienes jurídicos que tutela, “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

El legislador civil o laboral puede, dentro de su respectiva libertad de configuración constitucional (arts. 24 y 117.3 CE), mantener la regulación vigente, otorgar valor documental privado a los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, o reconocer eficacia revisoria de los hechos probados no sólo a las pruebas documentales y periciales en suplicación, o a las documentales en casación, sino también a estos otros medios de prueba. No puede olvidarse, sin embargo, que el avance tecnológico afectará, también decisivamente, a la prueba documental y, claro es, a la evitación de su manipulación (documentos electrónicos, archivos o ficheros digitales, documentos digitales certificados con *blockchain*...). El derecho a la prueba, contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como garantía esencial del proceso (art. 24.1 CE), expresamente recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, exigirá del legislador evitar restricciones indebidas de la eficacia revisora de medios de prueba que el progreso técnico ha convertido en usuales e imprescindibles. El derecho a la prueba es inseparable del derecho de defensa de los derechos e intereses legítimos, que los jueces y tribunales han de tutelar efectivamente (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4, por todas, y las III citadas)

Hasta tanto, el Tribunal Supremo ha de estar atento, como está, al cambio social y hacer evolucionar su doctrina hacia el concepto amplio de prueba documental, cuando del tal se trate, bien que contenida en soportes tecnológicos en permanente transformación, y con las garantías exigidas a los correos electrónicos. Está en juego la efectividad de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva con interdicción de toda indefensión y a un proceso con todas las garantías ante un cambio tecnológico acelerado y transversal, que todo lo invade y lo transforma. También está en juego la necesidad de preservar la seguridad jurídica, principio constitucional (art. 9.3 CE) entendido aquí, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional, como claridad y “certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable”.

X. Apunte final

No puede pasar inadvertido, obviamente, que la doctrina de la sentencia comentada, impecable en su argumentación jurídica a la vista de la LEC y de la LRJS, al negar naturaleza documental a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, les niega igualmente valor revisorio de los hechos probados en los recursos extraordinarios de casación [art. 207.d)].

Tampoco puede pasar desapercibido que, aunque con la debida retroacción a la Sala de suplicación y el debido respeto a su libertad de criterio, la sentencia comentada deja la cuestión principal en la situación poco confortable derivada de la inadmisión de la grabación de audio de la conversación entre la trabajadora y el gerente, ineficaz para alterar los hechos probados, conversación de la que se extraerían los indicios de vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad de la trabajadora frente a las reclamaciones por ella ejercidas frente a la propia empresa.

Referencias:

1. ^ Autos nº. 199/2019, de despido, ECLI:ES:JSO:2019:5437.
2. ^ Recurso de suplicación nº. 239/2019, ECLI:ES:TSJLR:2020:87
3. ^ Sentencia 212/2019, ECLI:ES:TS:2019:1002.
4. ^ *La sentencia se dictó en un proceso de impugnación de convenio colectivo promovido por CCOO para que se declarase que el incremento salarial previsto en convenio no era compensable ni absorbible con el complemento personal sustitutivo del plus de antigüedad.*
5. ^ ECLI:ES:TS:2012:8471.
6. ^ ECLI:ES:TS:2011:6216.
7. ^ Recurso de suplicación nº 4521/2017, ECLI:ES:TSJGAL:2018:286.
8. ^ Sentencia 689/2016, ECLI:ES:TS:2016:3977.
9. ^ Sentencia 31/2020, ECLI:ES:TS:2020:202.
10. ^ ECLI:ES:TS:2016:7540^a.
11. ^ Sentencia 706/2020, ECLI:ES:TS:2020:2925
12. ^ ECLI:ES:TS:1999:4156.
13. ^ Sentencia 59/2020, ECLI:ES:AN:2020:2087.

- § 50 El pacto a través del que se obliga a los pilotos contratados a devolver el coste del curso de habilitación que ha sido impartido por la misma empleadora es lícito, aunque enmascare un pacto de permanencia impropio.**

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *La empresa AERONOVA exige a los pilotos que contrata la habilitación profesional a través de la necesaria formación que la misma empresa imparte. La empresa adelanta el coste de la formación y después descuenta estas cantidades en las nóminas del trabajador en virtud de la suscripción de un pacto que tiene la visibilidad de "pacto de permanencia" pero en realidad no opera como tal.*

Palabras clave: *Autonomía de la voluntad. Pacto de permanencia. Cosa juzgada. Pilotos.*

Abstract: *The AERONOVA company requires the pilots it hires to have professional qualification through the necessary training that the same company imparts. The company advances the cost of training and then deducts these amounts from the worker's payroll by virtue of signing an agreement that has the visibility of a "permanence agreement" but in reality does not operate as such.*

Keywords: *Autonomy of will. Permanence pact. Res judicata. Pilots.*

I. Introducción

El pacto de permanencia supone una limitación al derecho constitucional al trabajo contenido en el art. 35 CE por cuanto hace ceder el derecho de quienes se encuentran sometidos a éste a decidir si extinguen, o no, un contrato de trabajo en un determinado lapso temporal. El Tribunal Supremo resuelve, aquí, acudiendo a la doctrina inserta en la previa Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 11 de octubre de 2018, por la aplicación de la cosa juzgada, que es válido el pacto suscrito entre la empresa AERONOVA y los pilotos que esta mercantil contrata, tras haberles formado. Este pacto les obliga a devolver completamente las cantidades previamente abonadas por la mercantil si abandonan la empresa por ciertos motivos antes de llegar a pagar el curso de habilitación en su totalidad. Los términos de este pacto -y su novación posterior- son confusos y ello puede obligar a los trabajadores a continuar veladamente en la empresa; no obstante, entiende el Alto Tribunal -de conformidad con lo mantenido por la Sentencia de la Audiencia Nacional- que el pacto en sí mismo, que realmente es un "pacto de devolución" es lícito y el trabajador queda obligado a devolver las cantidades abonadas por la empresa.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia nº 338/2022, de 19 de abril de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina 379/2021.

ECLI:ES:TS:2022:1479.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ignacio García-Perrote Escartin.

Votos Particulares: No posee.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El conflicto que aquí se debate es el siguiente: la empresa AERONOVA tiene doble actividad y actúa como operadora aérea y como escuela de pilotos. AERONOVA exige, para contratar a sus pilotos, como condición imprescindible, la superación previa de un curso específico de habilitación preciso para pilotar un tipo concreto de avión, el modelo EMBRAER. Cayetano efectúa este curso de habilitación específico en AERONOVA, un curso que puede realizarse en esta entidad pero también en otra escuela de formación de pilotos. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que dicha habilitación caduca y que en España no hay otra compañía que tuviera, en ese momento, aviones que precisaran la obtención de dicha habilitación. Tras culminar el mentado curso de habilitación Cayetano suscribe un contrato indefinido con AERONOVA el 31 de enero de 2017.

En el contrato de trabajo que suscribe Cayetano con la Compañía se incluye una Cláusula Adicional Quinta en la que se pacta que, en el caso que el trabajador resuelva por propia voluntad, incluso durante el período de prueba, su relación laboral con AERONOVA dos meses después de haber finalizado el curso de formación con cargo a ésta, el trabajador queda obligado a abonar la mentada formación a la empresa, consintiendo que, en este caso, la empresa descuente en su liquidación las cantidades que han sido sufragadas por la mercantil para obtener la formación recibida por el trabajador.

El 3 de enero de 2018 -un año después de su contratación- AERONOVA y el trabajador suscriben un documento al que denominan "Pacto de permanencia Embraer", documento que contiene un Acuerdo que -tal como se menciona en el mismo- sustituye y anula cualquier otro Acuerdo suscrito entre la empresa y al trabajador referente al pacto de permanencia tras la recepción de la formación específica, en concreto, se establece expresamente que el Pacto de permanencia Embraer sustituye a la Cláusula Adicional Quinta del contrato firmado por las partes.

El "Pacto de permanencia Embraer" suscrito entre Cayetano y AERONOVA recoge que el trabajador ha recibido un curso de especialización profesional con la finalidad de habilitarse en la formación específica para poder pilotar aviones modelo EMBRAER, concretamente el Curso de Habilitación Embraer, un curso que ha tenido un coste de 19.000 euros y que ha sido abonado anticipadamente por la empresa. Se señala igualmente que está prevista la devolución de los 19.000 euros en un plazo de 24 meses por parte del trabajador y que ya se ha abonado, a fecha de 3 de enero de 2018, la cantidad de 7.916,62 euros en cuotas de 791,66 euros, quedando pendiente de devolución la cantidad de 11.083,38 euros.

Mas adelante, el Pacto incorpora el Acuerdo al que llegan ambas partes, Acuerdo en el que se dispone que la empresa recupera la cantidad abonada y pendiente de devolución por parte de Cayetano procediendo a un descuento mensual en la nómina del trabajador por importe de 426,28 euros, con el concepto de habilitación en los 27 meses siguientes a la firma del Acuerdo, lo que significa que se amplía el primer plazo previsto para la devolución -de 15 meses- en 12 meses más. Asimismo se señala en el Acuerdo que en el caso de que el trabajador rescindiera por su propia voluntad el contrato de trabajo (dimisión o baja voluntaria), abandonara injustificadamente su puesto de trabajo (dimisión o baja voluntaria tácita), o se extinguiera su contrato de trabajo por despido objetivo por ineptitud sobrevenida -declarado judicialmente como procedente o no impugnado por el trabajador- o por despido disciplinario declarado judicialmente como procedente o no impugnado por el trabajador -dentro del plazo de dos años siguientes a la finalización del citado curso de especialización profesional-, éste viene obligado a abonar a la empresa una indemnización equivalente al costo del citado curso que esté pendiente de devolución en el momento de la extinción laboral. El Acuerdo finaliza haciendo mención a que el presente Acuerdo sustituye y anula cualquier otro acuerdo suscrito entre la empresa y el trabajador referente al pacto de permanencia tras la recepción de la formación específica, en concreto, la cláusula adicional quinta del contrato de trabajo firmado entre las partes.

Cayetano fue despedido disciplinariamente en agosto de 2018, el despido se impugnó judicialmente pero fuera de plazo, de forma que la acción se considera caducada. Tras ello, la empresa demanda al trabajador reclamando el pago de la cantidad pendiente de pago del préstamo concedido para realizar el curso. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid de 27 de enero de 2020 estima parcialmente la demanda, dando la razón a la empresa y condena al trabajador a abonar a la empresa la cantidad de 8.217,88 euros. No obstante, una vez interpuesto recurso de suplicación por parte del trabajador contra la Sentencia del Juzgado de lo Social, éste es estimado por la STSJ (Sala de lo Social) de Madrid nº 970/2020, de 4 de noviembre de 2020, nº rec. 427/2020. Así pues, la STSJ revoca la Sentencia de instancia, desestima la demanda de la empresa y da la razón al trabajador. La empresa interpone, entonces, recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta última Sentencia del TSJ de Madrid.

IV. Normativa aplicable al caso

Art. 21.4º del Estatuto de los Trabajadores.

4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

V. Doctrina básica

1. La existencia de contradicción y la fijación de los términos del debate.

La empresa invoca en el recurso como Sentencia de contraste la nº 567/2020, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 16 de julio de 2020, nº rec. 74/2020, denunciando la aplicación indebida del art. 21.4º ET y la no aplicación de los arts. 1091 y 1256 del Código Civil, solicitándose la casación y anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de la Sentencia del Juzgado de lo Social. El recurso se impugna por el trabajador, quien solicita su desestimación y la confirmación de la Sentencia del TSJ recurrida. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso.

El Tribunal aprecia que sí existe la identidad y la contradicción exigida por el art. 219.1º LRJS.

Y ello porque, en ambos casos, se trata de trabajadores contratados por la misma empresa, AERONOVA y a los dos se les exige, con carácter previo a la contratación, que el piloto disponga de un curso de habilitación específico para pilotar aviones, siendo el coste del curso 19.000 euros. Además, en los dos supuestos la empresa adelanta el importe del curso y el trabajador se compromete a devolver dicha cantidad en pagos mensuales, pagos que le eran descontados de la nómina hasta la devolución del importe anticipado. También se pacta -en ambos conflictos- que en el supuesto de que el contrato de trabajo se extinga por determinadas causas en el plazo de dos años, después de haber finalizado el curso de habilitación, el trabajador queda obligado a abonar a la empresa una cantidad equivalente al coste del curso que estuviera pendiente de devolución. Asimismo, ocurre que cuando se extingue la relación laboral quedan cantidades pendientes de devolver y la pretensión de la mercantil es la devolución por parte del trabajador de dichas cantidades pendientes y que se reconozca la validez del pacto firmado con los pilotos.

No obstante, a pesar de todas estas semejanzas, la Sentencia recurrida entiende que el pacto de devolución no es un pacto válido porque el coste del curso de habilitación es asumido por el trabajador, mientras que la Sentencia de contraste entiende, por el contrario, que el pacto sí es válido.

No considera relevante el Tribunal, a estos efectos, que, en un caso, la relación laboral con la empresa finalizara por un despido disciplinario -con la acción caducada- mientras que en el otro supuesto el trabajador hubiera cesado en AERONOVA por una baja voluntaria. Se aclara, al respecto, que las respectivas partes no discuten si están o no en el supuesto que figura en el pacto suscrito, es decir, si aparece, o no, el motivo por el que se exige al trabajador la devolución de las cantidades todavía pendientes tras la extinción del contrato, es decir, el debate no consiste en saber si el supuesto extintivo está previsto en el pacto sino en determinar si jurídicamente tal pacto tiene valor.

2. El pacto al que se compromete el trabajador: su validez.

Una vez se ha señalado la cuestión a la que se ciñe el debate, y que consiste en saber si es válido y ajustado a derecho el pacto en virtud del cual el trabajador se compromete a devolver, con descuentos mensuales en las nóminas, el curso de habilitación que ha sido anticipado por la empresa, debiendo el trabajador abonar tales cuantías pendientes en el momento de la extinción de su contrato de trabajo, se analiza por el Tribunal la validez del denominado “pacto de devolución”.

3. La existencia de doctrina judicial por el efecto de cosa juzgada de un proceso de conflicto colectivo sobre los procesos individuales.

Al respecto, el Tribunal trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2018, proc. 254/2018, AS 2019, pronunciamiento que es dictado en el procedimiento de conflicto colectivo promovido por el sindicato SEPLA contra la empresa AERONOVA, al entender que éste provoca el efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales con idéntico objeto o en relación directa de conexidad (art. 160.5º LRJS).

Este pronunciamiento de la Audiencia Nacional, confirmado y declarado firme posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 de mayo de 2020, RJ 2020, 2428), concluye que los “pactos de devolución”, aunque se encabezan con el título pacto de permanencia EMBRAER no son propiamente pactos de permanencia del art. 21.4º ET ya que los mismos se limitan a identificar las cantidades pendientes de pago así como a reducir los importes mensuales, mediante una ampliación de los plazos de pago, conviniéndose que, si los trabajadores causaran baja anteriormente, por las causas señaladas, abonarían únicamente las cantidades que resten por pagar y estas cantidades no consisten, por tanto, en el pago de ningún tipo de indemnización.

4. La devolución de las cantidades adelantadas por la empresa no derivan de un pacto de permanencia sino de un pacto precontractual.

En el supuesto que aquí nos ocupa lo que se decide es, por tanto, si el pacto es válido, y, a este respecto, si los acuerdos suscritos por las partes son, o no, pactos de permanencia, y, si es así, si éstos han sido celebrados en fraude de ley o con abuso de derecho, o si, en cambio, como defiende la empresa, no se trata de pactos de permanencia.

Y este tema es resuelto de la misma manera, tanto por la Sentencia de contraste aportada para resolver el presente conflicto^[1], como por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2018^[2] a la que aquélla se remite, motivo por el que la actual Sentencia no hace más que reiterar lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo que confirma esta última Sentencia de la Audiencia Nacional, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2020^[3]. Dado que la Sentencia 386/2020 sienta doctrina acerca de que el pacto aquí firmado, más propiamente acerca del "pacto de devolución" y se dice en este pronunciamiento que este pacto es válido y ajustado a derecho, la doctrina correcta es la de la Sentencia referencial, motivo por el que se ha de dar la razón a la mercantil.

No obstante, dada la excesiva parquedad del pronunciamiento comentado, entendemos resulta relevante traer a colación algunas de las afirmaciones contenidas en los pronunciamientos de los que trae causa éste que se comenta, para favorecer su entendimiento.

Así, esta doctrina, en suma, lo que sostiene es que el pacto suscrito por las partes sí es un pacto de permanencia puesto que el trabajador se compromete a -en una serie de supuestos- indemnizar a la empresa con una cantidad equivalente al precio del curso. No obstante, aunque en el Acuerdo no se dice quién paga el curso, queda acreditado que su importe era adelantado por la empresa, aunque se abonaba realmente por los trabajadores, a quienes de deducían durante dos años importes mensuales de sus nóminas hasta completar el importe del curso. Por tanto, la indemnización pactada en dichos acuerdos carece de causa legal por cuanto la empresa no había pagado el curso, pese a lo cual, si el trabajador abandonaba la empresa por las razones expuestas debía indemnizar a la empresa con el importe de la totalidad del curso, lo cual constituye, a todas luces, un claro abuso de derecho, así como un manifiesto fraude de ley. Hay que pensar que este fraude de ley puede incluso alcanzar cotas escandalosas si el trabajador rescinde su contrato el mes 23, puesto que así se habría pagado 23 cuotas, pese a lo cual debería indemnizar a la empresa por todo el importe del curso^[4]. Y, si los descuentos en nómina realizados por la empresa hubieran derivado de estos pactos, éstos sí habrían consistido en un claro abuso de derecho.

Pero la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 11 de octubre de 2020 diferencia el contenido de lo señalado en la Cláusula 5ª del inicial contrato de trabajo respecto de lo realmente pactado por los trabajadores, debiendo recordarse – FJ 6º de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2020- algunos hechos que, en este conflicto, han quedado probados y que son los siguientes:

- a. - La empresa suscribió, antes de la contratación, los acuerdos para la realización del curso de habilitación EMBRAER 195.
- b. - La empresa adelantó el importe de dicho curso.
- c. - Los trabajadores, que superaron el curso, fueron contratados como comandantes o copilotos en la empresa. - El plazo entre el acuerdo y los contratos oscila entre un mes y un mes y medio.
- d. - La empresa ha venido descontando mensualmente en nómina bajo la clave "habilitación" 1/24 parte del importe del curso.

e. - Algunos trabajadores novaron el acuerdo inicial, en los términos descritos en el hecho probado sexto, donde de manera precisa se admite que los trabajadores se comprometieron a devolver mensualmente las cantidades anticipadas por la empresa del curso controvertido.

f. - Los trabajadores que han extinguido sus contratos de trabajo antes de los dos años desde la conclusión del curso han devuelto a la empresa las diferencias entre el total del curso y las anticipadas, ya sea de una sola vez, o de modo aplazado.

g. - La empresa no ha utilizado nunca la cláusula penal, por lo que no ha reclamado la totalidad del coste del curso, aunque el trabajador hubiera cesado antes de tiempo.

Así las cosas, lo que ocurre en el presente conflicto es que sí aparece por escrito un pacto de permanencia pero la mercantil no ha utilizado esa cláusula, pues no se ha reclamado a ningún trabajador la cláusula penal -que sería el importe completo del curso- sino únicamente las cantidades que le restaba por pagar a cada trabajador del curso de formación completo abonado por la empresa.

En definitiva, la doctrina judicial aquí contenida sostiene que los pactos suscritos sí son válidos y el reintegro de las cantidades del trabajador a la empresa sí son exigibles porque se ha acreditado que el reintegro de las cantidades reclamadas por la empresa no tiene su causa en ese pacto de permanencia sino en pactos precontractuales en los que la empresa se compromete a adelantar el curso de habilitación.

De este modo, a pesar de que lo pactado podría tratarse de una “cláusula torpe” si ha quedado acreditado que la empresa comenzó a descontar, desde la primera nómina abonada a los pilotos, las cantidades correspondientes al pago del curso de habilitación ya cursado, sin que hubiera protesta alguna de los pilotos, lo que permite concluir que éstos así lo habían convenido, porque si no fuera así, ninguna razón había para que éstos se aquietaran a la conducta empresarial, conducta que carecía de soporte en los acuerdos concertados. Por tanto, los pactos novatorios, aunque encabezados por el título de “pactos de permanencia” no son propiamente pactos de permanencia por cuanto éstos, atendiendo a la realidad de los hechos sólo se limitan a identificar las cantidades pendientes de pago, así como a reducir los importes mensuales, mediante una ampliación de los plazos de pago, conviniéndose que, si los trabajadores causaran baja anteriormente, por las causas reseñadas, éstos abonarían únicamente las cantidades que resten por pagar, no tratándose, por tanto, de ningún tipo de indemnización^[5].

VI. Parte dispositiva

Sostiene el Alto Tribunal que la doctrina contenida en la STS de 21 de mayo de 2020 acerca de que el “pacto de devolución” es válido y ajustado a derecho; por ello, dado que la Sentencia recurrida afirma lo contrario, el recurso de casación ha de ser estimado, toda vez que ello tiene los efectos propios de la cosa juzgada del art. 160.5º LRJS, por lo que la doctrina correcta es la contenida en la Sentencia referencial.

Así las cosas, de acuerdo con lo razonado y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social.

VII. Comentario

El art. 21.4º del ET es un precepto que prohíbe al trabajador extinguir el contrato por propia voluntad cuando la empresa ha “gastado” en él una cantidad de dinero para mejorar su capacidad profesional, obligándole a permanecer en la empresa durante un tiempo e introduciendo, al tiempo, una cláusula penal que le obliga a reintegrar a la

empresa la cantidad invertida en él. De esta manera, la empresa tiene la garantía de que la inversión revierte en la compañía, al menos durante el tiempo que se obligue al trabajador a permanecer allí; de esta forma, el pacto de permanencia garantiza a la empresa que la inversión en formación redunda -durante el tiempo que persista el pacto de permanencia- en un beneficio “compartido” por la parte empleadora y por quien resulta ser beneficiario de la susodicha formación.

Aparece implícito, por tanto, en un pacto de estas características, determinados requisitos de proporcionalidad o de equilibrio de intereses entre las partes, y debe de existir, también, una formación singular o cualificada que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa y que produzca, al mismo tiempo, un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador, que sea fácilmente identificable. Así las cosas, se han admitido pactos de permanencia mínima del trabajador en la empresa cuando la empresa ha llevado a cabo el desembolso de gastos especiales de formación (cursos de instrucción en el manejo de concretos y determinados modelos de aeronaves), efectuados por cuenta del empresario (compañías aéreas) en favor de determinados trabajadores contratados por tiempo indefinido (pilotos destacados para realizar tales cursos especiales). El pacto de permanencia comporta, pues, un sacrificio de la libertad profesional y de trabajo del trabajador que puede ser costoso, al exigirle a éste una vinculación con la empresa por un período más o menos prolongado^[6].

Señalado lo anterior, lo que aquí ocurre es que la mercantil denomina al pacto novatorio “precontractual” como un pacto de permanencia y, realmente, aunque incorpora una cláusula penal en el contrato de trabajo ésta no es finalmente aducida para exigir una verdadera “indemnización” al trabajador que “escapa” antes de lo convenido de la empresa que le ha contratado, lo que significa que, en definitiva, lo que pide la empresa en su demanda no es la ejecución de la cláusula penal sí contenida en la Cláusula Quinta, sino la devolución de cantidades adelantadas por la empresa en una especie de pacto “precontractual” que realmente es un adelanto salarial de las percepciones que, posteriormente, el trabajador va a percibir.

En este supuesto es claro que la empresa precisa contratar pilotos y, al formarles habilitándoles para el pilotaje de un tipo de avión concreto que posee la empresa, esa formación permite a AERONOVA conseguir un doble beneficio: cobrar por los servicios ofrecidos en su actividad de formación, y, al tiempo, contar con personal formado a quien poder contratar posteriormente, personal adecuado para el tipo de aeronave que posee. Igualmente, el trabajador adquiere la formación por la empresa y, posteriormente, tiene la garantía que “recuperar” la inversión que él mismo efectúa, dado que la empresa le asegura la contratación posterior.

Pero el “pacto de devolución”, al tener la apariencia de un “pacto de permanencia” tiene un doble sentido y persigue retener a los pilotos hasta que éstos han abonado completamente el curso, motivo por el que -incluso- se efectúa un posterior pacto novatorio, así denominado, en el que se reducen las cantidades a pagar, pero se sigue teniendo el trabajador como “deudor” hasta que liquide el curso completo que la empresa le ha abonado y se le ha cobrado también, completamente. Y esta “dependencia” como “deudor” del trabajador se prolonga hasta tres años después de su contratación^[7].

VIII. Apunte final

Es interesante, por lo demás, traer a colación la fundamentación que recoge la sentencia recurrida que había dado la razón al trabajador, eximiéndole de la necesidad de abonar el resto del curso a la empresa^[8] -Sentencia que es la revocada por la Sentencia que comentamos por el Alto Tribunal- pues aquí se analiza la naturaleza jurídica del “pacto de devolución” que ha sido suscrito entre la empresa y el trabajador para llegar a una solución -como no podía ser de otra manera- totalmente contraria a la que finalmente se acoge por el Alto Tribunal.

Y ello porque en este otro pronunciamiento se entiende, lo primero, que si es el trabajador el obligado al pago del curso, y no es la empresa quien lo paga, no estamos ante un pacto de permanencia regulado en el art. 21.4º ET y, por tanto éste no puede operar como título jurídico de la reclamación al trabajador del importe de dicho curso. Además, en segundo lugar, se entiende que la “cláusula torpe” que aparece en el contrato debiera tener la naturaleza de anticipo salarial -pues se concierta ya comenzada la contratación- y sería una cláusula sinalagmática que consiste en adelantar dinero al trabajador -en forma de formación- a cambio de trabajos futuros aún no realizados. Por ello, si el contrato de trabajo finaliza antes de que se haya completado completamente el pago, al menos siempre que esa finalización no sea por causa ilícita imputable al empresario, el trabajador quedaría obligado a reintegrar al mismo el exceso del salario abonado, para evitar el enriquecimiento que se produciría. Asimismo, sostiene este mismo pronunciamiento del TSJ -anulado- que nuestro ordenamiento regula en el Decreto 3084/1974, dando cumplimiento al art. 12º del Convenio nº 117 de la OIT, un límite en las posibilidades que tiene la empresa para la cuantía de dicho anticipo, de forma que el mismo debe ser menor a tres meses de salario base, un límite que, si se rebasa, como aquí ocurre, impide a la empresa recuperar las cantidades “adelantadas” en concepto del “préstamo por formación” al que aquí se alude^[9].

Sobre este particular, el art. 12º del mentado Convenio nº 117 de la OIT, precepto que es directamente aplicable, señala que:

- *1. La autoridad competente deberá regular la cuantía máxima y la forma de reembolsar los anticipos de salario.*
- *2. La autoridad competente deberá limitar la cuantía de los anticipos que se puedan hacer a un trabajador para inducirle a aceptar un empleo. Se deberá indicar claramente al trabajador la cuantía autorizada.*
- *3. Todo anticipo en exceso de la cuantía fijada por la autoridad competente será legalmente irrecuperable y no podrá ser recuperado posteriormente compensándolo con las cantidades que se adeuden al trabajador.*

En este caso, la empresa sí ha efectuado realmente un anticipo del salario al trabajador para ser contratado, pues si el trabajador no dispone de esa cantidad, y no puede formarse, no puede tampoco ser contratado después, pues éste es el requisito imprescindible para ello.

Así pues, aunque en este caso la mercantil solamente solicita el reintegro de lo adelantado por ella, y no exige la cláusula penal, motivo por el que se concluye que el trabajador sí debe devolver las cantidades previamente abonadas por ésta, la suscripción de un “pacto de devolución” ligado a la permanencia del trabajador puede resultar, a todas luces, abusivo, por cuanto deja entrever una obligada “permanencia” que luego no resulta ser tal pero que dificulta la salida de los trabajadores.

Y ello afecta a los derechos de quienes suscriben estos pactos pues no se puede olvidar que nuestro ordenamiento solamente ofrece una vía para asegurar la retención del trabajador en la empresa, a través del art. 21.4º ET, siendo éste el único título que puede aducir la empresa que le habilite para exigir que un trabajador no ejerza libremente su libertad de dimisión ex. Art. 49.1.d) ET^[10] y estos pactos nunca pueden suponer una renuncia o disminución injustificada de sus derechos pues el art. 21 del ET impone una restricción que tiene que ver con el pleno ejercicio del derecho al trabajo que se proclama en el art. 35 de la Constitución española, de lo que debiera concluirse que los pactos que obliguen a una determinada permanencia en la empresa no debieran aceptarse, resultando, por sí mismos, ilegales^[11]. Este pacto “impropio” o “cláusula torpe” permite, aquí, también, que la mercantil efectúe anticipos a cuenta de trabajo con cuantías ilimitadas, algo que, a todas luces, también debiera evitarse pues contraviene igualmente el Convenio nº 117 de la OIT. La autonomía de la voluntad sólo puede matizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales pero tales derechos son, en principio, irrenunciables^[12], por lo que debe procurarse que, frente a éstos, no aparezca restricción contractual alguna, incluso aunque ésta parezca “oculta”.

Referencias:

1. ^ *La Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 16 de julio de 2020, JUR 2020, 287920, ECLI:ES:TSJM:2020:87596.*
2. ^ *nº Sentencia 154/2018, AS 2019/670, ECLI:ES:AN:2018:3906.*
3. ^ *STS 386/2020, RJ 2020, 2428, nº rec. 5/2019.*
4. ^ *STSJ Madrid, de 16 de julio de 2020, JUR 2020, 287920.*
5. ^ *Vid. Sentencia de la AN de 11 de octubre de 2018, AS 2019/670) y STSJ (Social) de Madrid, de 16 de julio de 2020, JUR 2020/287920.*
6. ^ *STS de 19 de septiembre de 2011, nº rec. 4677/2010, RJ 2012/688, ECLI:ES:2011:6626.*
7. ^ *En la Sentencia del TSJ (Sala de lo Social) de las Islas Canarias, Las Palmas de 3 de mayo de 2021, JUR 2021/277336, ECLI:ES:TSJICAN:2021:1195, nº rec: 154/2021, se concluye, por el contrario, que el precontrato laboral y préstamo para un curso de habilitación de pilotos de la empresa CANARYFLY es nulo al carecer de una cláusula lícita, por encubrir un pacto de permanencia de duración superior a dos años.*
8. ^ *La Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2020, JUR 2020/365645, nº recurso 427/2020.*
9. ^ *Señala literalmente la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2020 -revocada por la Sentencia del Tribunal Supremo aquí comentada- que: (...) Pues bien, si situamos el anticipo en un momento previo al inicio de la relación laboral, prescindiendo de la finalidad del mismo (la realización del curso necesario para la contratación impartido por la propia empresa contratante de manera directa), el Decreto 3084/1974 (RCL 1974, 2305) que da cumplimiento parcial al artículo 12 del Convenio 117 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España el 21 de diciembre de 1972, BOE de 5 de julio de 1974), establece un límite para la cuantía del anticipo de tres meses de salario base. No consta en la sentencia de instancia cuál sea el salario base del trabajador, pero en la demanda se alega expresamente que el salario del trabajador era de 21.700 euros anuales, de manera que incluso si dividimos el mismo entre doce meses e imputamos todo él al salario base el anticipo ya descontando en nómina hasta el 3 de enero de 2018 (7.916 euros) excede del límite prescrito. El artículo 12.3 del convenio 117 de la Organización Internacional del Trabajo, que en este punto self-executive y aplicable directamente, por no requerir de norma de desarrollo (artículos 28 y 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre (RCL 2014, 1579) , de Tratados y otros Acuerdos Internacionales) dice que "todo anticipo en exceso de la cuantía fijada por la autoridad competente será legalmente irre recuperable y no podrá ser recuperado posteriormente compensándolo con las cantidades que se adeuden al trabajador".*
10. ^ *Vid, acerca de la viabilidad del pacto de permanencia en los contratos de prácticas, AGORE EGUIZÁBAL, R., Pacto de permanencia y contrato en prácticas: reflexiones a partir de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en unificación de doctrina de 21 y 29 de diciembre de 2000, Relaciones Laborales, 2002.*
11. ^ *Sobre el pacto de permanencia, Vid, SIRVENT HERNÁNDEZ, N., El pacto de permanencia en la empresa, Universidad de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, ISBN: 84-8442-553-3.*

12. ^ Vid, sobre este particular, SELMA PENALVA, A., *La vinculación del trabajador con su empresa: nuevas perspectivas*, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 25, 2007, p. 311-340.

§ 51 Urgencia en la distribución de subvenciones y representatividad sindical.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: *El Real Decreto 1124/2020, de 15 diciembre, reguló la concesión directa de subvenciones a los agentes sociales, beneficiando solo a los "más representativos". El Sindicato Unión Sindical Obrera (USO), que carece de esa condición, impugna la citada norma por considerar que vulnera su libertad sindical y que lo discrimina. El Tribunal Supremo se inclina por rechazar el recurso, justificando la ausencia de consulta pública y el procedimiento de concesión directa (aspectos procedimentales), al tiempo que descartando la vulneración de la libertad sindical. Un importante Voto Particular disiente de cada una de esas apreciaciones.*

Palabras clave: *Subvenciones públicas. Audiencia en la elaboración de reglamentos. Concesión directa de subvenciones. Mayor representatividad. Discriminación sindical.*

Abstract: *Royal Decree 1124/2020 of December 15 regulated the direct granting of subsidies to social agents, benefiting only the "most representative". The Unión Sindical Obrera (USO), which does not have this status, challenges the aforementioned rule on the grounds that it violates its freedom of association and that it discriminates against it. The Supreme Court is inclined to reject the appeal, justifying the absence of public consultation and the direct concession procedure (procedural aspects), while ruling out the violation of freedom of association. An important Private Vote disagrees with each of these assessments.*

Keywords: *Public subsidies. Hearing in the elaboration of regulations. Direct granting of subsidies. Greater representativeness. union discrimination.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión presenta varias caras. Se trata de determinar si un Real Decreto impugnado ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical que invoca el sindicato demandante (USO). Para solventar el tema se hace preciso examinar aspectos procedimentales referentes al modo de elaborar las normas o bases para la convocatoria de subvenciones públicas y su concesión a través de un método excepcional. Con todo, la cuestión sustantiva, de fondo, atañe al eventual desconocimiento de las exigencias inherentes a la libertad sindical y no discriminación por parte del RD 1104/2020, cuyo contenido debe ser examinado de forma prioritaria.

La confrontación de los argumentos aparece claramente en la resolución comentada; quienes intervienen sostienen posiciones opuestas (el sindicato USO y la Fiscalía, por un lado; CEOE-CEPYME, UGT y Abogacía del Estado por otro); quienes deciden tampoco han coincidido en la solución acogida, pues la sentencia cuenta con

un Voto Particular. Al tiempo, se pone de relieve (una vez más) que las diversas instituciones jurídicas (aquí, el régimen de convocatoria y concesión de subvenciones públicas) pueden contemplarse desde perspectivas diversas y complementarias.

Desde estas elementales consideraciones, tiene mucho interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 445/2022 de 8 de abril.

Tipo y número de recurso: Recurso contencioso-administrativo núm. 379/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1571

Fuente: Cendoj.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo M^a Lucas Murillo de la Cueva.

Voto Particular: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El Real Decreto 1104/2020 de 15 diciembre

El RD 1104/2020 (BOE 16 diciembre) quiere fomentar la formación digital de los trabajadores con niveles intermedios de competencia y responsabilidad de los distintos sectores productivos^[1]. Los fines son claros: mejorar la productividad, recualificar las plantillas y potenciar la empleabilidad. En concreto, buscar formar a 125.000 personas anualmente durante cuatro años^[2].

La conexión con el problema que ahora interesa surge porque para conseguir esa meta considera “imprescindible” la colaboración de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas por “la gran capilaridad de que disponen en el tejido productivo y en el mercado de trabajo, su cercanía a los trabajadores y a las empresas garantizan la adecuada consecución de los objetivos”^[3].

El articulado define su objeto (artículo 1) y las entidades beneficiarias (artículo 2): CEOE, CEPYME y UGT; sienta la compatibilidad de la subvención (artículo 3); regula el procedimiento de concesión directa (artículo 4); las obligaciones de las beneficiarias (artículo 5); la publicidad de las subvenciones (artículo 6); las actividades y gastos subvencionables y el plazo de realización precisando los trabajadores a formar por entidad: 62.500 la CEOE, 20.833 la CEPYME y 41.667 la UGT (artículo 7); la subcontratación (artículo 8); la cuantía y financiación que alcanza a 15.312.500 € para la CEOE; 5.104.166,66 € para la CEPYME y 10.208.333,33 € para la UGT (artículo 9); la formalización y pago de la subvención (artículo 10); su justificación (artículo 11); las actuaciones de comprobación y control (artículo 12); los incumplimientos y reintegros (artículo 13); y las infracciones y sanciones (artículo 14)^[4].

2. Demanda del Sindicato USO

Disconforme con su exclusión de las reseñadas subvenciones, USO formula demanda de protección de su libertad sindical, considerando que el criterio acogido resulta contrario a preceptos constitucionales y jurisprudencia consolidada respecto del sentido de la mayor representatividad (en especial STC 20/1985).

Interesa que se declare la nulidad del RD 1104/2020, abriéndose el procedimiento de concurrencia competitiva respetando los derechos fundamentales.

Subsidiariamente, pide que se declare nulo el Real Decreto en tanto limita los beneficiarios a las organizaciones sindicales más representativas.

Asimismo, la demanda reclama la nulidad del otorgamiento de las subvenciones únicamente a UGT y que se reconozca el derecho de USO a figurar entre los beneficiarios de estas subvenciones para la digitalización del sector productivo, además de declarar que se ha vulnerado el principio de libertad sindical y ordenar que se reparen las consecuencias de la conducta discriminatoria y contraria a la libertad sindical y el cese inmediato del comportamiento antisindical.

3. Admisión y ámbito del recurso contencioso-administrativo

Pese a la protesta de las organizaciones recurridas (UGT y CEOE) respecto del planteamiento de dos cuestiones de legalidad ordinaria (procedimiento de elaboración del Real Decreto e implantación del procedimiento de concesión directa en vez de seguir el de concurrencia competitiva), la sentencia considera que ambas operan como presupuesto para examinar si se ha vulnerado el derecho fundamental^[5].

El TS recuerda el tenor del art. 121.2 LJCA^[6] para concluir que la distinción establecida inicialmente por la jurisprudencia entre cuestiones de alcance o contenido constitucional y aquellas de legalidad ordinaria ha quedado sumamente relativizada. Además, sobre todo, hay que examinar esas eventuales infracciones como presupuestos de la eventual vulneración del derecho fundamental.

IV. Posición de las partes

1. El Sindicato demandante (USO)

El demandante considera que el RD 1104/2020 contiene requisitos restrictivos, limitativos y excluyentes; sostiene la vulneración de los artículos 7 y concordantes CE.

En el plano formal denuncia que no se ha sometido a información pública y que implanta la concesión directa de las subvenciones en lugar de la concurrencia competitiva. En todo caso, sostiene que la finalidad de la subvención y la eficacia en su concesión no justifican la desigualdad de trato en materia de derechos fundamentales.

Asimismo, recuerda que no estamos en el terreno de la representación institucional, donde la LOLS sí concede una especial posición al sindicato más representativo. De ahí que reputa su exclusión del acceso a estas subvenciones como discriminatoria: difícilmente podrá contribuir a la promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios si se impide que participe en acciones formativas^[7].

Completa su argumentación resaltando que la financiación de esta formación se hace con dinero público, que USO es el tercer sindicato de España, con suficiente implantación en todo el país (10.820 representantes elegidos) y capacidad técnica para afrontar acciones formativas, garantizando el pluralismo sindical.

2. La Unión General de Trabajadores (UGT)

La UGT recuerda que las subvenciones pueden otorgarse por el sistema de concesión directa cuando concurren circunstancias excepcionales y que tal es el caso, como justifica el Preámbulo de la norma: la fuerte implantación y representatividad de las organizaciones beneficiarias. Además, se trata de un proyecto piloto cuyos y resultados del primer año serán objeto de evaluación y diagnóstico (art. 7.1.c RD 1104).

Niega que sea su condición de SMR el motivo de la concesión de la subvención: es su condición de agente social que participa en la Mesa de Diálogo Social para la Formación Profesional; su estructura y capacidad para desarrollar la actividad subvencionada; su presencia en un sector productivo donde la implantación de USO

es escasa. Por todo ello, no es trasladable aquí la doctrina sobre representatividad sindical y subvenciones.

3. *La Confederación de Organizaciones Empresariales (CEOE)*

Considera concurrentes las razones legalmente contempladas para justificar el procedimiento de concesión directa: la necesidad de respuesta urgente y la potencialidad de las asociaciones elegidas. Añade que la distinta cuantía de las subvenciones y el hecho de que CCOO no haya participado evidencian que su distribución se ha hecho con criterios distintos al de la representatividad y que se basan exclusivamente en la capacidad de actuación concreta para efectuar el encargo.

Expone la actividad formativa sobre la materia que desarrolla la CEOE y concluye que incluso una eventual sentencia estimatoria en nada debe afectar a las acciones que lleva a cabo en cumplimiento del RR 1104 por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

4. *La Abogacía del Estado*

Explica que concurren las circunstancias excepcionales justificativas de la falta de audiencia pública y permisivas de la concesión directa. Argumenta en sentido parecido al de UGT y CEOE sobre el criterio aplicado para seleccionar a las asociaciones beneficiarias: no por su condición sindical, sino por ser entidades sin ánimo de lucro con gran capacidad de penetración nacional y sectorial. Razón ésta por la no se propuso a las otras organizaciones sindicales, como USO, por entender que su nivel de penetración es mayoritario en el sector público que queda fuera de esta acción.

Para paliar la deficiente Formación Profesional para el empleo debe acudir a quienes mejor pueden establecer ese diagnóstico con un alto grado de fiabilidad y, en este caso, son los Interlocutores Sociales los que más cercanos están a la población activa y trabajadora, y conocen de primera mano los condicionantes que en los diferentes sectores y estructuras organizativas pueden darse para la mejora de las competencias en digitalización de los trabajadores, entendiéndose que la competencia en digitalización, que es lo que se busca con la subvención que regula el real decreto, va más allá que la competencia digital individual.

5. *Referencia a Comisiones Obreras (CCOO)*

La Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) no ha sido parte en el procedimiento, aunque resulta mencionada por el sindicato demandante. Concretamente, para afirmar que, pese a ser más representativo, renunció a ser beneficiaria y obtener 7.5 millones de euros por entender que las subvenciones debían adjudicarse por el mencionado procedimiento de concurrencia competitiva.

También la representación empresarial explica que la CEOE y la CEPYME, son las instituciones nacionales en mejor posición para coadyuvar a la Administración en este reto al igual que UGT y CCOO a quienes el Ministerio de Educación pidió colaboración y sólo CCOO decidió no colaborar.

6. *Ministerio Fiscal*

Propugna la estimación del recurso contencioso-administrativo, en concreto, para que no quede excluido USO como sindicato beneficiario. Porque las razones para la concesión directa de las subvenciones no sirven para justificar su exclusión.

A partir de jurisprudencia constitucional (STC 20/1985) y ordinaria (STS-CONT 7 noviembre 2012) concluye que la concesión de subvenciones excluyendo de la misma al sindicato USO, con el argumento de que es un SMR, supone una violación del derecho constitucional a la libertad sindical (28.1 CE) en relación con el principio de igualdad (14 CE). Dado que no se trata de un supuesto de representación institucional, sino de obtención de una subvención dedicada a una acción formativa, donde debe imperar el criterio de otorgamiento igualitario y proporcional a la implantación de cada entidad sindical.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución Española

El artículo 7º CE prescribe que “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

Por su lado, el artículo 28.1 recoge la libertad sindical, precisando que la misma 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. Leyes sobre elaboración normativa

No. Tendrás que volver a matricularte en el TFG, en el plazo ordinario de matrícula en julio. El TFG es una asignatura de convocatoria indefinida, de forma que, si no llegas a defender el TFG en un curso, puedes defenderlo en otro posterior pero tienes que renovar la matrícula al año siguiente pagando sólo las tasas de secretaría y el seguro escolar (unos 7-8 €).2. Ley Orgánica de Libertad Sindical.

3. Ley General de Subvenciones

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones dedica su artículo 22 al procedimiento de concesión y dispone que ordinariamente se hará en régimen de concurrencia competitiva^[8] (apartado 1) pero admite la concesión directa “con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública” (apartado 2.c).

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica y a que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Fiscalía, posee una fundamentación tan básica como concluyente. Veamos sus pasajes fundamentales

1. Convocatoria sin audiencia pública

A) Al hilo de la intervención de cada una de las partes ya ha quedado expuesto el dilema suscitado por la demanda: la USO considera que en tanto sindicato afectado por la configuración y finalidad perseguidos por el RD debió ser oído (art. 26 Ley 50/1997; art. 133 Ley 39/2015).

B) La respuesta del TS es clara: 1º) Aunque se considere preceptivo este trámite, de ahí no deriva la lesión del derecho fundamental pretendida. 2º) La Ley autoriza que se prescindan cuando concurren razones graves de interés público y así sucede aquí. 3º) La exclusión de USO de entre los beneficiarios no resulta de la falta de consulta o audiencia pública.

C) El VP considera que el trámite no debió omitirse pues la USO se subsume entre las "asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto" (art. 26.2 Ley Subvenciones).

Discrepando de la sentencia, considera que ese trámite podía haber puesto de relieve las circunstancias que ahora motivan la queja de USO, así como las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. Concorre, por tanto, el vicio denunciado^[9].

2. Concesión sin régimen competitivo

A) El demandante sostiene que la concesión directa de subvenciones ha de ser la excepción y que para acogerse a ella es preciso justificarlo debidamente, cosa que no considera haya sucedido. De ahí que sostenga que debió acudir al procedimiento de concurrencia competitiva.

B) También aquí la respuesta del TS es clara y breve: aunque existiera esa infracción, por sí misma no es determinante de la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la igualdad. Haber elegido esa modalidad de adjudicación no comporta que se excluyera a USO como beneficiario.

C) En paralelo, el VP recuerda que la excepcionalidad de este sistema de concesión viene legalmente referida a unos supuestos que no resultan independientes de la cuestión de fondo. Nada figura en el preámbulo del Real Decreto sobre esa justificación y tampoco en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que lo acompaña.

3. Restricción a las Organizaciones Más Representativas

La sentencia parte de que son contrarias la libertad sindical y al principio de igualdad aquellas convocatorias que las restringen a las organizaciones más representativas sin que mediara una norma con fuerza de ley que así lo estableciera. La jurisprudencia constitucional y ordinaria se ha manifestado, en general, a favor de que no se limiten a los sindicatos más representativos las actividades de formación de los trabajadores propiciadas por las Administraciones Públicas. Así, ha considerado contrarias a la libertad sindical y al principio de igualdad aquellas convocatorias que las restringían a las organizaciones más representativas sin que mediara una norma con fuerza de ley que así lo estableciera. Ahora bien, puede haber supuestos, además de los de la representación institucional, en que esté justificado dar un trato distinto a unos y otros sindicatos.

La sentencia da por buenas las justificaciones contenidas en el Preámbulo del RD 1104 y admite que no ha sido la mayor representatividad la razón por la que se eligieron los beneficiarios sino las circunstancias en él expuestas: pertenencia a la Mesa de Diálogo Social sobre Formación Profesional; capacidad de penetración en el tejido productivo; necesidad de rapidez; baja cualificación digital de las plantillas; etc.

Esas circunstancias son las que abocan al juicio de razonabilidad acerca del método elegido para otorgar las subvenciones directamente a CEOE, CEPYME y UGT. En este contexto, fue coherente acudir a la concesión directa y también lo fue la selección de beneficiarios en atención a su mayor presencia en los diferentes sectores productivos y la distribución entre ellos de los cupos de trabajadores a formar. Es muy importante resaltar la excepcionalidad del supuesto y el deseo del TS por dejar a salvo la doctrina precedentemente acuñada en materia de subvenciones.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la USO, sin adoptar decisión especial en materia de costas procesales.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Cuarto de la sentencia es el que condensa las respuestas brindadas a los interrogantes suscitados:

En diciembre de 2020, que es cuando se dicta, en plena pandemia, a falta todavía de las vacunas y con restricciones importantes de gran incidencia en la actividad económica, puede convenirse en que concurrían circunstancias que aconsejaban actuar con la mayor rapidez para aprovechar la disponibilidad presupuestaria y poner en marcha desde los comienzos de 2021 los módulos de formación correspondientes y llegar así al objetivo de llegar en ese año a 125.000 trabajadores. En este contexto,

fue coherente acudir a la concesión directa y también lo fue la selección de beneficiarios en atención a su mayor presencia en los diferentes sectores productivos y la distribución entre ellos de los cupos de trabajadores a formar.

Tales circunstancias singulares, la inmediatez de la actuación considerada necesaria y el propósito de lograr con la mayor rapidez los objetivos perseguidos dan sentido, como se ha dicho, a los argumentos en que descansa el Real Decreto impugnado. Y, además, diferencian claramente este caso de aquél en que planteamos cuestión de inconstitucionalidad y de los otros en que no hemos considerado conforme a Derecho la reserva de actividades formativas subvencionadas a los sindicatos más representativos.

IX. Comentario

Dada la limitada extensión que este Comentario debe tener y la enjundia del VP (al margen de si se comparte o no), interesa examinar las razones por las que no acepta la justificación de la limitación de la libertad sindical y del principio de igualdad:

1. Erróneo punto de partida del RD

El preámbulo de la norma reglamentaria sienta como regla básica que las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, como interlocutores sociales de primer orden, por su cercanía a las empresas y trabajadores, son las conecedoras directas de sus necesidades y de las formas más adecuadas para atender las mismas.

Con ello se excluye expresamente de una actuación formativas, en contra la reiterada jurisprudencia, a los sindicatos por no tener la condición de más representativos.

2. Discutible conexión con la Mesa del Diálogo

Justificación principal de la selección de beneficiarios de las subvenciones es su presencia en la Mesa del Diálogo Social. Es decir, se concentran los posibles beneficiarios, de entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, como interlocutores sociales de primer orden, en aquellos que estén en la Mesa del Diálogo Social.

Parece como si la condición de entidad beneficiaria estuviera ligada a la colaboración en esa Mesa, tomada como razón "objetiva" para fijar la identidad de las entidades beneficiarias en los integrantes de esa Mesa. Sin embargo, consta la renuncia del sindicato CCOO a beneficiarse de estas subvenciones.

3. Aptitud de USO para realizar la formación

Nadie cuestiona la capacidad y aptitud de USO para poder hacer frente a las necesidades de las acciones formativas que incluye RD 1104. Es la tercera fuerza sindical a nivel nacional, ya ha sido beneficiaria de actividades programadas por las Administraciones públicas y las ha realizado plenamente y a satisfacción. Esta capacidad y aptitud tampoco es negada por las entidades que se han personado como codemandadas.

El VP considera innegable que USO tiene capacidades y aptitudes para ejecutar las actividades programadas y puede, como tercera fuerza sindical, coadyuvar a todo ello y a hacer efectiva más rápidamente la finalidad perseguida por la norma impugnada. Además, el RD permite la subcontratación, que puede conllevar la necesidad de obtener autorización previa del órgano concedente de acuerdo con el artículo 29.3 de la Ley General de Subvenciones. Por ello no puede descartarse de forma automática ni la existencia de impacto en la actividad económica, previsión de su resumen ejecutivo que no aparece mínimamente valorada en su desarrollo, ni la imposición de obligaciones relevantes a los destinatarios que sean distintas a las que le corresponden como beneficiarios.

4. Necesario respeto a la libertad sindical

Sin duda, los pasajes más relevantes del VP se hallan cuando expone que los requerimientos del caso (inmediatez de la actuación, capilaridad, experiencia) no pueden ser argumentos suficientes para justificar la exclusión de otros interlocutores sociales con implantación evidente

Los datos que se consignan en el preámbulo para particularizar la relevancia del sindicato UGT no sirven, en ni ningún caso y en mi opinión, para cuestionar la eficacia, eficiencia y el alcance de la actividad que pudiera desplegar USO en pro de los fines perseguidos. Esos condicionantes podrían justificar el otorgamiento de subvenciones al margen del sistema de concurrencia competitiva, pero no la exclusión del sindicato USO. No cabe, por tanto, admitir la existencia de razones de objetividad, razonabilidad o proporcionalidad en la identificación de las entidades beneficiarias, tal y como exige, STC 147/2001 de 27 de junio.

5. Respeto a los principios constitucionales

El sistema de subvención directa excluye el régimen de concurrencia competitiva. Pero parece más oportuno y conveniente con los principios de actuación administrativa que consagra el art. 103.1 CE que no se limiten las entidades beneficiarias -sindicatos- de una subvención directa de carácter formativo sin exponer razones objetivas suficientes para excepcionar la doctrina jurisprudencial de esta Sala: considerar contrarias a la libertad sindical y al principio de igualdad aquellas convocatorias que restringían a las organizaciones sindicales más representativas las actividades de formación de los trabajadores propiciadas por las Administraciones Públicas sin que mediara una norma con fuerza de ley que así lo estableciera.

6. Valor de los defectos procedimentales

El VP, alcanzada la conclusión sobre la existencia cierta de vulneración de los derechos de libertad sindical y de igualdad, se muestra con toda evidencia el carácter relevante de los motivos formales que vician el procedimiento de elaboración del RD:

- La finalidad legalmente otorgada al trámite omitido y la de opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones afectadas, dejan patente que podrían poner de relieve tanto la necesidad y oportunidad de la aprobación de la norma, como sus objetivos y, sin duda, las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias, cuestiones, todas ellas que, con toda claridad, discute USO cuando denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la igualdad.
- USO debe ser conceptualizada como una de "las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto", que es lo determinado por el *artículo 26.6 de la Ley General de Subvenciones* para imponer el trámite omitido.

X. Apunte final

La sentencia noticiada rechaza la relevancia, tanto de la vulneración del trámite de audiencia pública (art. 26.6 Ley 50/1997) como de la elección del procedimiento de concesión directa (art. 22.2.c Ley 38/2003). La exclusión de USO de entre los beneficiarios de las subvenciones no resulta de la falta de consulta o audiencia pública, y la elección del procedimiento de concesión directa, tampoco es determinante de la infracción de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la igualdad.

Lo que sí logra el VP es abrir el debate acerca de si esas cuestiones procedimentales no están dejando en segundo plano la clave del asunto: la existencia

de una justificación objetiva y razonable que ampare la decisión normativa sobre la selección (y consiguiente exclusión) de las organizaciones sindicales. La cuestión, salvadas las distancias, es similar a la que surge cuando un sindicato que no ha negociado el convenio entiende que su Comisión Interpretativa está adoptando decisiones que lo marginan porque van más allá de la aplicación.

Referencias:

1. *^ Se inscribe en el I Plan Estratégico de Formación Profesional iniciado en el cuarto trimestre de 2018 y enlaza con la necesidad de reactivar la economía tras la embestida de la pandemia.*
2. *^ El módulo, de treinta horas, versa sobre la digitalización aplicada a su sector productivo y puesto de trabajo y está asociado al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, por lo que es susceptible de acreditación y evaluación en el marco del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales.*
3. *^ El preámbulo destaca la proyección de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (GEOE) y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), que llegan a más de cuatro millones de empresas. Y también deja constancia de que la Unión General de Trabajadores (UGT) cuenta con más de novecientos mil afiliados, casi noventa mil miembros de órganos de representación unitaria y negocia cuatro mil quinientos convenios que afectan a un millón cien mil empresas y a once millones de trabajadores.*
4. *^ Completan el Real Decreto cuatro disposiciones finales: la primera sobre el título competencial, la segunda sobre el régimen jurídico aplicable, la tercera sobre la habilitación para el desarrollo y ejecución y la cuarta sobre la entrada en vigor al día siguiente a su publicación, es decir el 17 de diciembre de 2020.*
5. *^ La STS da cuenta de que el sindicato CSIF ha interpuesto otro recurso contra el RD 1104/2020, pero por el procedimiento ordinario en la Sección Tercera de la propia Sala.*
6. *^ “La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo”.*
7. *^ Invoca a su favor las SSTC n.º 98/1985, n.º 57/1989, 75/1992 y la STS/CONT 30 enero 2008 (Sección Tercera).*
8. *^ A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.*
9. *^ Sostiene que no estamos ante ninguno de los supuestos en los que la Ley 50/1997 excepciona el trámite de audiencia pública y no aparece justificación en el expediente administrativo, más allá de la meramente formularia incluida en el resumen ejecutivo de su Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), cuando afirma que la medida carece de un*

impacto significativo en la actividad económica y no impone a los destinatarios obligaciones relevantes, diferentes a las de su condición de beneficiarios. Lo que exige la excepción es la concurrencia de "graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo".

§ 52 Sucesión de empresas contratistas adjudicatarias de servicios públicos: cumplimiento de los requisitos legales o convencionales como alternativa.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *El cambio de empresa adjudicataria en el marco de la contratación administrativa conlleva la obligación de subrogación del nuevo contratista o concesionario si tiene lugar una efectiva traslación patrimonial o si resulta aplicable una previsión convencional. Otra cosa es que la concurrencia en cada caso concreto de uno u otro requisito impida apreciar la identidad exigible para admitir un recurso de casación para la unificación de la doctrina.*

Palabras clave: *Contratas o concesiones administrativas. Subrogación empresarial. Despido improcedente.*

Abstract: *The change of contracting company in the context of administrative procurement brings with it the obligation of subrogation of the new contractor or concessionaire if there is an effective transfer of patrimony or if a conventional provision is applicable. Another thing is that the concurrence in each specific case of one or the other requirement impedes the appreciation of the identity required to admit a cassation recourse for the unification of doctrine.*

Keywords: *Administrative contracts or concessions. Business subrogation. Unjustified dismissal.*

I. Introducción

Las técnicas de descentralización productiva no se limitan al sector privado, sino que también han penetrado y cuentan ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado de Bienestar: sanidad, educación y servicios sociales.

Bajo tal premisa, el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones. Es más, teniendo en cuenta que la prestación de servicios de interés general a favor de los ciudadanos constituye un cometido estructural en el funcionamiento de las Entidades Públicas tampoco es infrecuente la

intervención de sucesivas empresas contratistas o concesionarias en la misma actividad externalizada.

Para resolver las dudas surgidas sobre la situación de los trabajadores involucrados en el trasvase, esto es, si la empresa entrante debe hacerse cargo de los asalariados de la empresa saliente o deber ser esta última quien proceda a la extinción de los contratos ante la inexistencia de subrogación, es necesario cohesionar dos sectores del ordenamiento jurídico: por un lado, el laboral, y, por otro, el administrativo.

Así, en primer lugar, la garantía de la estabilidad en el empleo ante la novación en quien asume la posición de empresario es un principio basilar del *ius Laborum*, cuya materialización exige, a tenor de la regulación estatutaria, la concurrencia de un doble elemento: subjetivo, en cuanto que el cambio en la titularidad puede abarcar a “una empresa”, “un centro de trabajo” o “una unidad productiva autónoma”; y objetivo, en la medida en que la transmisión ha de afectar “a una entidad económica que mantenga su identidad atendiendo al conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”. Además, teniendo en cuenta el principio de suplementariedad, aun cuando no se cumplan las exigencias del art. 44 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) (transmisión empresarial entendida como un conjunto organizado), la subrogación puede derivar, como mejora en el tenor legal, de lo previsto en el convenio colectivo aplicable.

En segundo término, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), respeta los trazos de este esquema, incorporando algunas previsiones que también tratan de proteger la estabilidad en el empleo. De esta forma, el art. 130.1 LCSP prevé la obligación de subrogación cuando esta derive, bien “de una norma legal”, en clara remisión al art. 44 ET con los requisitos anteriormente mencionados, bien de “un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”.

Por ende, tanto a la luz del ordenamiento laboral como del sistema jurídico administrativo, si el servicio ha de prestarse con la misma infraestructura, elementos patrimoniales y recursos dispuestos por la empresa anterior, esto es los activos materiales e inmateriales, es decir, si la transmisión va acompañada del trasvase de factores patrimoniales significativos para el desarrollo de la actividad objeto de la contrata, concurre el supuesto de hecho de la norma subrogatoria y, en consecuencia, la aplicación del régimen de garantías establecido en el ET, de manera que el nuevo empresario debe de asumir los trabajadores al servicio de la empresa anterior. A esta misma conclusión cabe llegar si el convenio colectivo de eficacia general de aplicación prevé la obligación de subrogación de la nueva empresa, aunque no haya efectiva traslación de elementos patrimoniales. Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, al convenio colectivo estatal de jardinería, el del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad, el convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, el convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias, el convenio colectivo estatal de empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, el convenio colectivo de agua (captación, elevación, distribución...) o el convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes, en cuyo clausulado aparecen previsiones subrogatorias.

Además, tampoco cabe olvidar la regla judicial de la sucesión de plantillas en contratas desmaterializadas, en virtud de la cual aunque, en principio, no sea de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañada por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva, lo cierto es que esta tesis restrictiva ha sido matizada en doctrina consolidada, a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, adoptando una noción funcional de la transmisión basada en que el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores – en términos cuantitativos o cualitativos—que el antiguo empleador venía ocupando en las tareas objeto de la contrata^[1].

En fin, estos son los mimbres jurídicos a partir de los cuales procede valorar cuándo en los supuestos de cambio de adjudicatario en contratos administrativos procede entender si opera el mecanismo de subrogación empresarial o, en caso contrario, si debe ser el empresario saliente quien se haga cargo de los costes de la extinción del contrato.

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. 351/2022, de 19 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 1626/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1598

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Sentencia objeto de comentario resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de noviembre de 2019, que, a su vez, resuelve un recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Madrid de 19 de diciembre de 2018.

Los hechos probados en la sentencia de instancia discurren de conformidad con la siguiente secuencia:

1.-La trabajadora prestaba servicios con categoría de auxiliar de servicios sociales para la empresa QUAVITAE desde diciembre de 2006, primero a través de sucesivos contratos temporales y desde diciembre de 2008 mediante contrato indefinido a jornada completa.

2.-El 1 de febrero de 2011, la trabajadora pasó a formar parte del servicio de ayuda a domicilio con la categoría de ayudante de coordinación.

3.-El 20 de julio de 2011, el grupo de empresas SAR adquirió QUAVITE, pasando a denominarse la corporación empresarial SARQUAVITE, miembro, a su vez, del grupo DOMUSVI, siendo informada la trabajadora de tal novación.

4.-El día 17 de octubre de 2011, la trabajadora pasa a ocupar la categoría de Terapeuta Ocupacional, percibiendo un salario de 1580,77 euros brutos con inclusión de las pagas extras.

5.-El 28 de marzo de 2017, la actora solicitó a su empleadora una excedencia voluntaria por un período de 5 meses, con fecha de efectos desde el 3 de abril al 1 de septiembre de 2017, que fue concedida por medio de comunicación de 29 de marzo de 2017, en la que se hacía constar que, de conformidad con el convenio colectivo de aplicación (art. 44 del Convenio Colectivo de Residencias y Centros de Día de la Comunidad de Madrid) “durante el primer año tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo”.

6.-El 31 de julio, la trabajadora solicitó una prórroga de la excedencia por un período de 7 meses más desde el 1 de septiembre al 1 de abril de 2018, que también le fue concedida mediante carta de 4 de agosto de 2018.

7.-En el mes de diciembre de 2017, la trabajadora tuvo conocimiento por medio de varias compañeras de que, en febrero de 2018, la empresa EULEN iba a ser la nueva

adjudicataria del servicio donde ella trabajaba, razón por la cual el día 22 de diciembre de 2017 la actora remitió un correo electrónico a la coordinadora para informarse sobre las gestiones que debía realizar para formar parte del personal a subrogar, contestando esta última que desconocía la información solicitada. Ante tal respuesta, la actora reitera correos solicitando información los días 18 de enero y 13 y 15 de febrero.

8.-El 27 de febrero, la actora solicita a la coordinadora la reincorporación dando por finalizada la excedencia y fijando como fecha de reingreso el 2 de abril, recibiendo respuesta el día 28 de febrero con indicación de que la carta de reincorporación debía ir dirigida a DOMUSVI y a EULEN. Este trámite fue realizado por la actora de forma inmediata.

9.-El día 14 de marzo, EULEN acusa recibo de la carta de la actora alegando que no aparece incluida en los listados de subrogación, indicándole que debe dirigirse a DOMUSVI.

10.-La trabajadora se presenta en las oficinas de EULEN, donde recibe respuesta presencial sobre la falta de documentación en relación con su prestación de servicios previa.

11.-Seguidamente la trabajadora llama a DOMUSVI, donde le informan que sus datos habían sido remitidos a EULEN y que, por tanto, la relación laboral con DOMUSVI se considera extinguida.

12.-El día 21 de marzo, la actora comunica a DOMUSVI que, "ante la falta de respuesta al burofax enviado, se personaría el día 2 de abril a los efectos de reincorporación tras el disfrute de la excedencia", cosa que efectivamente llevó a cabo en la fecha indicada.

13.- Con anterioridad, el 25 de enero de 2018, DOMUSVI comunicó a sus trabajadores la adjudicación a EULEN del servicio con efectos 1 de febrero. También comunicó a EULEN la existencia de 2 terapeutas asignados al centro traspasado.

La sentencia del Juzgado de lo Social estimó la demanda interpuesta por la actora y declaró la improcedencia del despido llevado a cabo el 14 de marzo de 2018, condenando a DOMUSVI a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de readmisión, a razón de 51,97 euros o, a su opción, a que le indemnice en la cantidad 22.854,04 euros, absolviendo a EULEN y a GERIAMI.

Esta Sentencia fue recurrida en suplicación por DOMUSVI ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dictó Sentencia revocando el pronunciamiento del Juzgado de lo Social, declarando igualmente el despido improcedente, pero condenando a EULEN como empresario subrogado, concediéndole la posibilidad de optar entre readmitir a la demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de readmisión a razón de 51,97 euros/día o indemnizarle en la cantidad de 21.138 euros, absolviendo a GERIAMI y QUAVITAE.

Frente a esta Sentencia, EULEN interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

IV. Posición de las partes

En la presente litis confluyen tres partes:

En primer lugar, la trabajadora, que reclama frente a la extinción de su contrato.

En segundo término, la empresa saliente (DOMUSVI), que entiende que se ha producido la subrogación empresarial por parte de EULEN frente a la trabajadora,

dado que ha sido comunicado su nombre como miembro de la plantilla al nuevo empresario.

En tercer lugar, la nueva empresa adjudicataria (EULEN), que considera que no ha habido subrogación en relación con la trabajadora porque su nombre no figura en el pliego de condiciones.

V. Normativa aplicable al caso

La normativa aplicable al presente supuesto puede encontrarse en:

--El art. 44.1 ET, en virtud del cual "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...".

--El art. 44.2 ET, conforme al que "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 accesorio".

--El art. 130.1 LCSP, que prevé que "cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista".

--El art. 60 del Convenio Colectivo de Residencias y Centros de Día de la Comunidad de Madrid prevé que "con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación: 1. Al término de la concesión de una contrata el personal adscrito a la empresa saliente en dicha contrata, pasará a estar adscritos a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal, un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los treinta días siguientes a la subrogación, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Personal en activo que vengán prestando sus servicios para la empresa saliente con una antigüedad mínima de tres meses, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo. b) Personal que, en el momento del cambio de titularidad de la contrata, se encuentren en suspensión del contrato con derecho de reincorporación (enfermos/as, accidentados/as, en excedencia, baja maternal, en servicio militar o situación análoga, etc.) y que reúna con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo la antigüedad mínima establecida en el apartado a). c) Personal que, con contrato de sustitución, suplan a alguno del personal mencionado en los apartados a) y b). d) Personal de nuevo ingreso que por exigencias de la empresa o entidad

contratante se hayan incorporado al centro, como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los noventa últimos días. La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias”.

--Art. 44 del citado Convenio Colectivo, que determina que “el personal fijo que acrediten al menos un año de antigüedad en la empresa podrán solicitar una excedencia voluntaria por un período no inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. La excedencia se entenderá concedida sin derecho a retribución alguna y dicho período no computará a efectos de antigüedad. Dicha excedencia se solicitará siempre por escrito con una antelación de al menos treinta días a la fecha de su inicio, a no ser por casos demostrables de urgente necesidad, debiendo recibir contestación, asimismo, escrita por parte de la empresa en el plazo de cinco días. Antes de finalizar la misma, y con una antelación de al menos treinta días antes de su finalización, deberá solicitar por escrito su reingreso. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Si durante este tiempo su vacante hubiera sido cubierta por un suplente, éste cesará en su cometido, dando por finalizada su relación laboral en el momento de la reincorporación del titular, de acuerdo con la normativa contractual vigente en dicho momento. El personal contratado en situación de excedencia tendrá únicamente un derecho preferencial al ingreso en su categoría o similar si tras su solicitud de reingreso existiera alguna vacante en la misma. En caso contrario, se hallará en situación de derecho expectante. Si al finalizar la misma o durante su vigencia desea incorporarse al trabajo y no existen vacantes en su categoría y sí en una inferior y desea incorporarse a la misma, podrá hacerlo con las condiciones de esta nueva categoría para poder acceder a la suya en el momento que se produzca la primera posibilidad. El trabajador acogido a una excedencia voluntaria no podrá optar a una nueva hasta transcurridos dos años de trabajo efectivo, después de agotada la anterior”.

VI. Doctrina básica

La sentencia recurrida en casación, ratificada por el presente pronunciamiento al considerar que no hay contradicción con la Sentencia aportada como de contraste, entiende que en el presente caso se ha producido una sucesión de empresa, de manera que la nueva adjudicataria es la responsable de la responsabilidad del despido de la trabajadora. Y ello, sucintamente, por diversas circunstancias: “Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratadas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Tercera.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Cuarta.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina... Es más, como además de asumir la plantilla también se ha hecho cargo de la infraestructura precisa para realizar el servicio contratado, también entendemos que en este caso existe una transmisión patrimonial exigida por el art. 44 ET”. La conclusión a favor de la subrogación no puede ser controvertida.

Entiende el Tribunal Superior de Justicia, además, que el cese o despido de la actora se ha producido el día 2 de abril de 2017, pues hasta el día anterior estaba en situación de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo en virtud de lo dispuesto en convenio colectivo, surgiendo la obligación de reincorporarla en el día reseñado y no cuando tiene lugar la asunción de la contrata por la empresa entrante, ascendiendo el importe de la indemnización a 21.138 euros, por no computarse el período que ha estado en excedencia.

Al considerar el Tribunal Supremo que no concurre la contradicción exigida entre esta Sentencia y la aportada como de contraste, queda corroborado el razonamiento y el fallo vertido en suplicación.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo entiende que, concurre causa de inadmisión del recurso, dado que no puede entenderse que la conclusión de la sentencia recurrida de aplicar el art. 44 ET, por existir una sucesión de empresa a consecuencia de una sucesión de plantillas atendiendo a la cantidad de trabajadores del centro donde trabaja la actora que han sido asumidos por la adjudicataria entrante, sea contradictoria con el fallo de la sentencia de contraste, que en aplicación del convenio colectivo correspondiente, afirma que la adjudicataria saliente no ha probado que concurren las condiciones para que la trabajadora sea asumida por la entrante. Todo ello en el bien entendido sentido de que la inadmisión del recurso en este momento procesal se convierte en causa de desestimación, quedando confirmada la Sentencia recurrida y siendo condenada en costas la parte recurrente.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia del Tribunal Supremo entra a valorar únicamente si concurre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia aportada como de contraste, llegando a entender que tal extremo no concurre, razón por la cual se ratifica la Sentencia de suplicación.

En concreto, al igual que la sentencia recurrida, la como de contraste también fue dictada por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid y en las dos se entiende que el despido es improcedente, pero se llega a una conclusión distinta, pues, en ese caso, condena a QUAVITAE por el despido de la demandante con absolución de EULEN, mientras en el presente se entiende que la empresa responsable del despido es EULEN como consecuencia de la subrogación empresarial habida. En concreto, los hechos sobre los que versa la sentencia de contraste pueden resumirse en los siguientes: la actora presta servicios en QUAVITAE desde julio de 2007 como oficial de teleasistencia. Mediante comunicación de 10 de julio de 2018 se hace saber que EULEN es la nueva empleadora a partir del 13 de julio al haber resultado adjudicataria del servicio de teleasistencia para los usuarios no dependientes del Ayuntamiento de Getafe. Mediante comunicación de 10 de julio de 2018, EULEN, nueva adjudicataria, comunica a QUAVITAE su intención de no proceder a la subrogación de los trabajadores de los servicios de teleasistencia domiciliaria en las localidades de Colmenar Viejo y Getafe. El 6 de julio de 2018 las empresas citadas suscriben acuerdo de traspaso del servicio de teleasistencia para no dependientes del Ayuntamiento de Getafe. Teniendo en cuenta que resulta de aplicación el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y de servicio de ayuda a domicilio), el Tribunal Superior de Justicia concluye que la adjudicataria saliente debería probar que la trabajadora forma parte del personal que debía ser asumido por la entrante, cosa que no sucedió.

A la luz de este relato fáctico, el Tribunal Supremo entiende que aunque entre las sentencias comparadas hay similitudes, pues se trata de un supuesto de despido improcedente asociado a una sucesión de contrataciones entre las mismas empresas, que ocupan idéntica posición como adjudicatario entrante y saliente, no es posible entender que concurre la triple identidad exigida por el art. 219 LRJS. Así,

En primer lugar, el objeto de la contrata es distinto: centro de día para cuidado de personas mayores en la recurrida y servicio de teleasistencia en la referencial.

En segundo término, en la sentencia recurrida consta que la entrante, EULEN, se había subrogado en la práctica totalidad de los trabajadores adscritos a la contrata (25 de los 27 trabajadores), extremo que no consta en la referencial. Precisamente, la sentencia recurrida considera que tal traspaso de efectivos cuantitativamente numeroso implica la transmisión de una entidad económica entre la empresa saliente y

entrante al tratarse de actividades intensivas en mano de obra, lo cual hace que se entienda aplicable el mecanismo subrogatorio previsto en el art. 44 ET. En cambio, en la sentencia referencial se justifica la existencia de subrogación en un argumento distinto, pues viene ordenada por el Convenio Colectivo de aplicación, correspondiendo a la empresa saliente demostrar que se cumplen las exigencias convencionales para entender que la actora es personal subrogable.

En tercer lugar, los convenios aplicables son distintos y se consideran por los respectivos órganos juzgadores de manera diversa. Así, la sentencia de contraste fundamenta la obligación de subrogación atendiendo a los requisitos de la regulación convencional, mientras la sentencia recurrida acude directamente al art. 44 ET y a su interpretación flexible para las contrataciones intensivas en mano de obra.

En suma, el fallo de la sentencia recurrida que entiende aplicable el art. 44 ET por existir una sucesión de plantillas, dada la cantidad de trabajadores del centro donde trabaja la actora que han sido asumidos por la adjudicataria entrante no entra en contradicción con la sentencia de contraste, que en aplicación del convenio colectivo afirma que la adjudicataria saliente no ha probado que concurren las condiciones convencionales para que la trabajadora sea asumida por la entrante.

IX. Comentario

En el presente caso se trata de dilucidar qué empresa (entrante o saliente) es responsable del despido improcedente de una trabajadora, con categoría profesional de terapeuta en excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo en virtud del convenio colectivo de aplicación, tras un supuesto de sucesión de contrataciones. Dicha trabajadora no fue subrogada por la empresa entrante a pesar de estar previsto en el pliego de condiciones y, a pesar de que la nueva adjudicataria se había subrogado en la práctica totalidad de la plantilla, habiéndose hecho cargo, también, del inventario de bienes que figuraba en el pliego de condiciones.

Si se hubiera entrado a analizar el fondo, no habría duda de la existencia de subrogación, tal y como señala la sentencia de aplicación, pues se cumplen las exigencias del art. 130 LCSP: por una parte, se transmiten bienes materiales, tal y como exige el art. 44 ET; por otra, también prevé la subrogación el convenio colectivo sectorial de aplicación; además, concurre también la exigencia doctrinal de asunción de un número importante de trabajadores propia de la sucesión de plantillas; en fin, y por si duda hubiere, como requisito formal, la trabajadora afectada está incluida en el pliego de condiciones.

Tal y como prevé el art. 130 LCSP, los pliegos únicamente darán publicidad a las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, pero sólo cuando se cumplan los requisitos para la subrogación que recoge el propio art. 130 LCSP. Así, el art. 130.2 LCSP establece una obligación de transparencia sobre la realidad laboral existente de cara a los eventuales licitadores en aras a asegurar una subrogación viable cuando menos por lo que respecta a los costes laborales, de manera que los pliegos habrán de incluir "información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior

contratista". Es más, a tenor del art. 130.6 LCSP, el contratista entrante dispondrá de una acción directa de reclamación para el caso de que los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada y, en todo caso, estará exento de responsabilidad sobre los salarios y cotizaciones impagados respecto de los trabajadores afectados por el desajuste.

X. Apunte final

La posibilidad de utilizar la política de contratación pública como instrumento de garantía social de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de las empresas contratistas o concesionarias se enmarca en el siempre complejo fenómeno de las relaciones triangulares, donde la Administración interviene como uno de los vértices, por medio de los vínculos jurídico-contractuales que establece con el empleador privado, sin conexión jurídica formal con los empleados de este último. Ahora bien, desde su posición, puede condicionar in bonus el régimen laboral. Singular manifestación de esta tendencia tuitiva de las condiciones laborales de los trabajadores al servicio de empresas adjudicatarias de servicios públicos tiene lugar en el art. 130 LCSP, que apuesta por la permanencia en el empleo y ratifica la obligación de asumir los contratos del personal al servicio del contratista o concesionario anterior por el nuevo adjudicatario cuando se cumplen los requisitos del art. 44 ET por existir efectiva traslación patrimonial o porque así lo prevea el convenio colectivo de aplicación, debiendo el pliego de condiciones dar publicidad en ambos supuestos a las circunstancias laborales de los trabajadores afectados por el traspaso.

En definitiva, tanto si la subrogación deriva de lo previsto en el art. 44 ET como si es consecuencia de una cláusula convencional, el nuevo empresario adjudicatario debe asumir a los trabajadores al servicio del contratista o concesionario anterior respetando sus condiciones laborales. Otra cosa es que el Tribunal Supremo desestime el recurso casación para la unificación de doctrina por inexistencia de identidad si en la Sentencia recurrida se resuelve atendiendo al primer requisito (traspaso de infraestructuras) y en la de contraste con fundamento en el segundo (previsión en convenio colectivo).

Referencias:

1. ^ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Güney-Gorres y Demir*.

§ 53 Concreción de los criterios y monetización de la cuantía del daño moral en los despidos nulos con transgresión de derechos fundamentales.

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 atiende la solicitud del trabajador que cuantifica la indemnización en el doble del salario anual que percibe de la empresa. Por dos razones. En primer lugar, porque se encuentre en el tramo medio de las sanciones que prevé la LISOS, y, en segundo lugar, porque en atención a las circunstancias concurrentes (gravedad, reiteración, etc.) se estima razonable.*

Palabras clave: *Despido nulo. Indemnización por daño moral. Cuantificación de la indemnización.*

Abstract: *The request of the worker is met, which quantifies the compensation in double the annual salary received from the company. For two reasons. In the first place, because it is in the middle range of the sanctions provided by the LISOS, and, secondly, because in view of the concurrent circumstances (seriousness, repetition, etc.) it is considered reasonable.*

Keywords: *Zero dismissal. Compensation for moral damage. Quantification of compensation.*

I. Introducción

La resolución fija un criterio de monetización del daño moral que tiene en consideración dos parámetros de concreción y un tercero de atemperación o singularización. En relación con las pautas de fijación atiende, de un lado, a la solicitud del trabajador que ha visto lesionado su derecho fundamental de fijación de la indemnización en el doble del salario anual que recibe de la empresa, pero teniendo presente, de otro, que dicha cantidad solicitada se encuentra en la horquilla de las sanciones económica que prevé la LISOS para sancionar el tipo de conducta que ha provocado la lesión del derecho fundamental. Todo ello, además, relacionando con las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo que patrocina una solución razonable y adecuada para el caso concreto y muy respetuosa con la tradicional forma de interpretar la cuestión.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 356/2022, de 20 de abril.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 2391/2019

ECLI:ES:TS:2022:1605

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El supuesto de hecho es relativamente sencillo determinar. Un trabajador que se encuentra en incapacidad temporal, después de una serie de sucesos en su empresa con repercusiones penales que ahora no vienen al caso y que no le afectan directamente como inculcado, es despedido disciplinariamente por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado.

El Juzgado de lo Social que conoce su demanda entiende que el despido es improcedente. El TSJ aprecia, sin embargo, que estamos en presencia de un despido nulo, y condena a la empresa a las consecuencias que de dicha declaración se deducen legalmente, pero sin imponer una indemnización adicional por daños morales. La mecánica procesal aquí tiene mucho que decir, pues el pleito no se había deducido en la modalidad procesal de protección de los derechos fundamentales, sino en la de despido, y la Sala del TSJ entendió, erróneamente, que en estos supuestos no procede la acumulación de la pretensión indemnizatoria por daño moral al proceso por despido^[1]. Late además, aunque no es momento de profundizar en ello, un entendimiento del principio de indemnidad muy limitado, especialmente en relación con la producción de un daño moral, pues se aprecia que el único daño que se experimenta con la transgresión del principio es la pérdida del empleo.

El tema en casación se circunscribe a concretar dos de los elementos más trascendentes en el funcionamiento práctico de esta indemnización. En primer lugar, a *“determinar si una sentencia que declara nulo el despido por vulneración del referido derecho fundamental, debe llevar aparejada, junto con los habituales pronunciamientos de todo despido nulo, esto es, readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, la correspondiente indemnización por daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental”*. Y, en segundo lugar, cuantificar y monetizar el daño moral causado, proyectándolo en una cantidad económica concreta, es decir, determinar de manera precisa, concreta y líquida, el montante de la indemnización por daño moral, teniendo en consideración tanto los criterios empleados por el trabajador para concretar el daño como los parámetros generales de la LISOS, y atendiendo a las circunstancias en las que se ha producido la lesión al derecho fundamental.

IV. Posición de las partes

Ambas partes recurren en casación.

El recurso de la empresa se centra en el alcance la garantía de indemnidad, y la cobertura que debe patrocinarse. Aporta de contraste la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de septiembre de 2015 (rec. Amparo 155/2013). La Sala entiende que no concurre la contradicción exigida en el recurso de casación por unificación de doctrina. Básicamente porque *“no puede apreciarse contradicción entre las sentencias comparadas.../...porque en el caso de la sentencia recurrida se enjuiciaba un despido disciplinario y el actor denunciaba la vulneración de la garantía de indemnidad por haber presentado junto con otros compañeros de trabajo una denuncia frente a una compañera y frente a la empresa, respecto de la cual se solicitaba su responsabilidad subsidiaria”* y en la referencial *“se trataba de un despido objetivo precedido de una reducción horaria, basadas ambas medidas en un mismo motivo de carácter económico, considerando el Tribunal Constitucional que, según las sentencias que enjuiciaron el despido, la empresa había conseguido acreditar que la extinción contractual resultaba ajena a todo móvil de represalia, respondiendo la causa alegada*

a la causa real, lo que eliminaba el escaso panorama indiciario presentado por la trabajadora”.

El recurso del trabajador se centra en afirmar la necesidad de que se entre a conocer sobre la petición de indemnización restitutoria del daño moral una vez que se declare la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. Aporta de contrate la dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de abril de 2017 (rec. 1142/2017) que revocando la dictada en la instancia declaró la nulidad del despido por vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, condenando a la empleadora a abonar una indemnización de 1.500 € en concepto de resarcimiento restitutorio de la vulneración del derecho fundamental. En relación con la indemnización reclamada, la referencial argumenta que, *“con carácter general, es el órgano de instancia el que tiene competencia para fijar su cuantía, sin perjuicio de la revisión que corresponde al órgano de suplicación. considera igualmente la referencial que la reparación íntegra del daño comprende distintos aspectos materiales, como el daño económico y espirituales, como los daños morales en toda su extensión, por lo que procede establecer los distintos conceptos a indemnizar y su importe, según las concretas circunstancias del supuesto y la indemnización que hay que fijar en términos de racionalidad y proporcionalidad”*.

En el recurso del trabajador se centra en sostener que *“cuando en una demanda de despido se invoca la vulneración de un derecho fundamental, resulta obligatorio cumplir con las exigencias del proceso de tutela de derechos fundamentales y, especialmente, la que hace referencia a la indemnización por daños derivados de la vulneración del derecho fundamental, justificando que la indemnización pedida subsidiariamente está cuantificada en relación al salario anual pactado entre las partes y fijada en dos veces y media de su cuantía”*.

El Tribunal entiende cumplidas las exigencias de contradicción pues en ambas situaciones se trata de despidos nulos con vulneración de la garantía de indemnidad y en ambos se solicitó una indemnización económica, observando que, sin embargo, *“los fallos de las sentencias comparadas son contradictorios”*. Porque la sentencia recurrida entiende *“que el objeto de enjuiciamiento debe quedar limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, lo que supone la imposibilidad de pronunciarse sobre la indemnización pretendida”* mientras que la de contraste *“declaró la nulidad del despido de la demandante por vulneración de su garantía de indemnidad y condenó a la empresa a readmitir a la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir y, además, a abonar a ésta una indemnización de 1.500 euros en concepto de resarcimiento por la vulneración de derecho fundamental”*.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 183 LRJS:

“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social".

VI. Doctrina básica

La sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, por lo que se reconoce el derecho del trabajador a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales, en concreto, de su garantía de indemnidad.

Para la cuantificación de la indemnización se tienen en cuenta el criterio cuantificador empleado por la parte que se proyecta en una petición de dos veces y media el salario anual del trabajador. Concretándose por el Tribunal la indemnización en una cantidad que ronda, aproximadamente, dos veces el salario anual del trabajador, por dos razones. En primer lugar, porque dicha cantidad se encuentre dentro de los parámetros de la LISOS para infracciones muy graves. Y, en segundo lugar, en atención a las circunstancias concurrentes del caso: antigüedad, y, especialmente, que se encontraba en una situación de incapacidad temporal *"cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental"*.

VII. Parte dispositiva

Se desestimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la empresa.

Se estima el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por el trabajador, y, por lo tanto, se casa y anula en parte la sentencia dictada el 5 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 425/2019.

Se resuelve el debate en suplicación estimando en parte el de tal clase interpuesto por el trabajador, *"en el sentido de condenar a Viajes Halcón SAU, al pago de una indemnización por daños morales de 60.000 euros, dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida"*.

VIII. Pasajes decisivos

En cuanto a la cuantificación a la utilización de la LISOS como criterio para determina la indemnización: *"Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcad. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, Rcad. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, 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"*.

"Sin embargo, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de

servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros”.

“Por ello 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”.

Para la determinación concreta de la indemnización: “En lo que a su cuantificación se refiere, la Sala opta, tal como hicimos en nuestras recientes SSTs de 22 de febrero de 2022, Rcod. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcod. 2269/2019, por fijar prudentemente dicha indemnización, y no por devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que allí se fijen, lo que retardaría notablemente la plena satisfacción del derecho fundamental vulnerado. Para ello, hay que partir del hecho de que el recurrente había venido solicitando una indemnización de 150.000 euros y, que en su recurso solicitó, de manera subsidiaria, la cantidad de 76.087,8 euros correspondiente a dos veces y media su retribución anual, que está en el marco de las sanciones por infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 40 de la LISOS. Al respecto, la Sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (entorno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador una situación de Incapacidad Temporal cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60.000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral inflingido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores”.

IX. Comentario

Es la tercera vez en lo que va de año que la Sala cuarta del TS se pronuncia sobre la cuantificación de la indemnización por daño moral en los despidos nulos con trasgresión de un derecho fundamental. La STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero, y la STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo ya fueron comentadas en RJL^[2]. Esta tercera resolución es, probablemente, la menos dogmática de las tres, pero seguramente la de más contenido práctico, pues se dedica a cuantificar el montante indemnizatorio empleando, de un lado, los parámetros de la LISOS, pero mesurándolos y haciéndolos operativos para el caso concreto teniendo presente, de otro, las circunstancias fácticas en las que se ha producido la lesión al Derecho Fundamental.

Sobre la cuestión relativa a si toda sentencia que declare la vulneración de un derecho fundamental debe llevar aparejada una indemnización por daño moral no se pronuncia la resolución de forma expresa, aunque sí es cierto que se deduce implícitamente de su *ratio decidendi*. Se formula la pregunta por la propia Sala y en el análisis de los recursos de casación de la empresa y del trabajador se da presupone que la indemnización tiene que operar en todo caso. Pero no se afirma expresamente que toda lesión de un Derecho Fundamental deba llevar aparejada, siempre y en todas

las circunstancias, una indemnización adicional reparadora del daño moral. Lo presupone para este caso, dada la gravedad de los hechos y las circunstancias fácticas concurrentes, como se encarga de señalar, bien es cierto que no de manera protagónica, en el fundamento jurídico sexto.

La segunda cuestión que analiza, la de la monetización del daño moral, es mucho más interesante, sobre todo porque no abundan dentro de las del TS resoluciones tan claras y puntillosas en relación con esta cuestión. Debe partirse de la premisa de que el recurrente en este caso concreto sí solicitó una indemnización concreta adicional por daño moral de manera expresa, cuantificándola en “*relación al salario anual pactado entre las partes y fijada en dos veces y media de su cuantía*”. Es una diferencia con otros supuestos similares o parecidos que debe subrayarse, porque los justiciables en ocasiones malinterpretar el contenido y el mandato del art. 183 LRJS y dejan de solicitar la correspondiente cuantía, bien porque no tienen elementos probatorios que permitan sostener su pretensión, o bien, sencillamente, porque solicitan la indemnización ‘a mayor abundamiento’ en la dinámica de la demanda por despido.

En este asunto, a diferencia de otros, como se afirma, si hay una expresa concreción de una cantidad económica por parte del trabajador despedido. Eso supone, ya de entrada, que la aplicación prudencial de la cuantía que consiente el art. 183 LRJS no es operativa en toda su extensión, porque la previsión legislativa se concentra para el supuesto (nada infrecuente, antes al contrario) de que el demandante no haya cuantificado el daño moral padecido.

Pero más allá de esta particularidad, lo verdaderamente interesante es que el TS calibra, medida y concreta en el contexto de la lesión sufrida, entendiéndola justa y adecuada por las razones que aprecia. Y es esta operación técnica la realmente apreciable y valiosa, pues marca límites y expone parámetros para intentar organizar cómo debe funcionar esta indemnización adicional en estos supuestos.

Su argumentación se apoya en las siguientes premisas:

En primer lugar, que el empleo de la LISOS para la concreción de la cuantía económica que resarce el daño moral es meramente un criterio orientador, que puede seguirse o no, pero que no es de obligada utilización. Lo que en ausencia de solicitud expresa de cuantía por el trabajador despedido es automatismo en la utilización de la LISOS por parte del juzgador, se convierte en criterio orientador cuando la parte sí concreta una cantidad y sí aporta un criterio adicional para la determinación y concreción de dicha cuantía. Lo que hace la resolución, básicamente, es, en realidad, un juicio de ponderación en el que se mide la cantidad solicitada por la parte en relación con las cuantías del catálogo de infracciones y sanciones del orden social, pero partiendo de la premisa de que la parte sí ha solicitado una cantidad concreta y ha desplegado argumentos razonables para que se atiende su petición.

Reconoce la resolución, en segundo lugar, que el empleo de la LISOS no siempre resulta eficaz para el fin pretendido, básicamente porque la “*horquilla de la cuantificación*” de las sanciones para un mismo tipo de falta es excesivamente amplia, lo que dificulta sobremedida la individualización de la sanción.

Necesitándose, por tanto, en tercer lugar, de una operación de concreción e individualización de la indemnización resarcitoria en atención a las circunstancias fácticas concurrentes atendiendo a los elementos contextuales en el que se ha desarrollado la lesión, generalmente fijados como hechos probados, pues son los que determinan las circunstancias que hacen variar, dentro la horquilla correspondiente dentro de la tabla que patrocina la LISOS, la cantidad indemnizatoria concreta.

En definitiva, la resolución parte de los amplios márgenes que prevé la LISOS dentro de cada sanción, y procede a concretar la cuantía dentro de la horquilla propuesta dependiendo de las circunstancias en las que se haya desenvuelto la lesión al Derecho Fundamental.

La resolución menciona varias circunstancias, que pueden agruparse conceptualmente en tres criterios.

En primer lugar, las que se relaciona con el sujeto paciente de la infracción, con la persona trabajadora afectada: su *"antigüedad"*, las *"consecuencias"* que el daño ha provocado en su *"situación personal"* y en la *"social"*. En segundo lugar, las que tienen en consideración la perspectiva del daño en sí mismo considerado: su *"persistencia temporal"*, su *"intensidad"*, y, sobre todo *"el carácter pluriofensivo de la lesión"*, apreciando si la misma lesión es capaz de lesionar varios Derechos Fundamentales al mismo tiempo, variable que suele ser habitual cuando el daño se infiere a los derechos de contenido sindical o representativo. Y, en tercer lugar, las variables que tiene que ver con el sujeto infractor, el empleador: *"la posible reincidencia en conductas vulneradoras"*, así como *"el contexto"* en el que se haya desenvuelto la conducta lesiva, teniendo presente, como circunstancia destacada, la *"conducta"* o *"actitud"* que pretenda *"impedir la defensa y protección del derecho transgredido"*.

Obviamente no estamos en presencia de un cúmulo de cerrado de situaciones o argumentos, pudiéndose pensar en algunos otros elementos que conformarían el contexto de la lesión. Por eso precisamente la resolución precisa que los criterios expuestos lo son *"entre otros"* eventualmente pensables.

Es importante precisar que la sala asume el protagonismo al no devolver las actuaciones a la de procedencia, fijando ella misma la indemnización debida.

Tiene en consideración, para ello, como se comenta, tanto el montante indemnizatorio solicitado, que se concreta en *"dos veces y media su retribución anual"*, como, y este es el fiel de la balanza en el que se sustenta el argumento y sus consecuencias, que la cantidad solicitada se encuentra dentro del *"marco de las sanciones por infracciones muy graves"* de la LISOS. Con este argumento parece querer fijar un parámetro de máximos y mínimos en el que mover la indemnización solicitada, que debe situarse razonablemente, y en atención a las circunstancias de cada caso concreto, dentro de los márgenes de la horquilla de cada sanción de la LISOS. Aunque no lo dice expresamente, parece deducirse de su lectura que una solicitud de parte inferior al mínimo o superior al máximo sería irrazonable, por insuficiente en el primer caso y por excesiva en el segundo.

Es decir, en conclusión, finalmente se concede la indemnización en cuantía equiparable al doble del salario anual del trabajador, por dos razones. En primer lugar, porque es bastante cercana la cantidad a la solicitada por la parte, que pedía, recordémoslo, dos años y medio de indemnización. Y, sobre todo, en segundo lugar, porque en vista de las circunstancias de hecho concurrentes en las que se ha producido la lesión, que pudiéramos catalogar de intensidad media, dicha cantidad se encuentra ubicada, más o menos, en el centro de las sanciones que prevé la LISOS para el castigo de una infracción muy grave.

X. Apunte final

La resolución comentada se enmarca en una línea, a veces excesivamente irregular, de pronunciamientos del TS en la materia. Una de las más trascendentes, y de las más citadas, de los últimos años es la STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre, que, a su vez se apoya de manera gráfica en la STS-SOC de 17 de diciembre de 2013 (rec. 109/2012), produciéndose entre las dos una sinergia de contenidos que conforman un pilar sustancial en la materia. Estas dos, junto con las tres de 2022, forman lo que pudiéramos denominar el núcleo duro de resoluciones sobre cuantificación del daño moral en los despidos nulos con transgresión de derechos fundamentales.

Los hechos probados resueltos por la STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre, como en los supuestos anteriores, no son difíciles de concretar. Un trabajador es despedido, el JS entiende que el despido es nulo por haber constituido una represalia empresarial, pues la persona trabajadora era miembro del comité de empresa y había departido como como testigo en un pleito de conflicto colectivo, apreciando que el daño moral

asociado a la transgresión de su Derecho Fundamental debía ser indemnizado con 30.000 € en concepto de daño moral.

El TSJ confirma la nulidad del despido, pero revoca parcialmente la sentencia de instancia y deja sin efecto la condena al abono de la indemnización adicional porque entiende que nada se ha concretado en relación con la efectiva producción de un daño moral, pues el demandante: ni ha alegado ni probado *“en qué ha consistido dicho daño moral”*, ni tampoco si ha existido alguna lesión patrimonial susceptible de ser indemnizada, concluyendo que *“dicha indemnización no se impone de forma automática sin alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y sin acreditar en el proceso, cuando menos, indicios, pautas o puntos de apoyo suficientes en los que asentar una condena indemnizatoria”*.

En una exposición tremendamente pedagógica, la resolución resume, en el fundamento jurídico segundo, cuál ha sido la evolución de la interpretación de esta cuestión, fijando cuatro momentos a considerar.

La primera posición afirmaba, sin más, la concesión automática de la indemnización por los daños morales causado, sin que sea exigible del demandante una especial acreditación de los perjuicios causados, dado que estos se presumen cuando ha existido transgresión de un Derecho Fundamental en un despido calificado como nulo.

La segunda postura, algo más cerrada y estricta, exige del alegante que se concreten, al menos, las *“bases y elementos clave de la indemnización reclamada”*, es decir, que se justifiquen suficientemente los indicios o puntos de apoyo en los que el demandante hace soportar la acreditación del perjuicio causado. El punto de vista con respecto a la producción del daño parece (en realidad no lo es tanto, como se verá seguidamente) radicalmente distinto al anterior, pues la indemnización no surge de manera automática tras la acreditación del daño, *“sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se base el cálculo”*. Porque se entiende que que no basta con que quede acreditada la vulneración de un derecho fundamental para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de la indemnización adicional, pues estos *“preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”*.

La tercera posición, denominada por la propia resolución como *“aperturista”*, pone el punto de atención en que la valoración el daño moral no se aquieta a parámetros estandarizados, dada la dificultad que se experimenta en la traducción en términos económicos del sufrimiento en que el daño moral consiste, apreciando, por tanto, que el margen de discrecionalidad en la valoración del daño necesariamente constituye la respuesta más razonable para la operación de monetización del montante indemnizatorio, sin posibilidad de sujetarse a estándares preestablecidos.

La cuarta posición pone todo su foco de atención en la manera de acreditar el daño causado, subrayando y enfatizando 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 de difícil estimación detallada”*. Es decir, pone el foco de luz en la forma y manera técnica de apreciar los daños.

En realidad, al parecer de este comentarista, más que una línea evolutiva rupturista puede hablarse de un desarrollo interpretativo no lineal, o con altibajos, porque, en

realidad, cada una de estas cuatro posiciones centra los términos de su propio debate jurisdiccional sobre elementos distintos del daño moral, de su acreditación, o de su cuantificación económica. Los aportes de una de las líneas interpretativas no contradicen a los de otra, ni, en realidad, contravienen sus premisas, ni mucho menos emplea argumentos distintos, pues puede leerse todos como aportes singulares de diferente matiz a una línea evolutiva general en la que nos encontramos con la piedra de bóveda del asunto: con implementación de un criterio asumible en la generalidad de supuestos para monetizar el daño moral.

Y el empleado en la resolución objeto de comentario es más que razonable. Porque, de un lado se integra en la tradición de emplear la LISOS para concretar la cuantía económica de la indemnización, pues no deja de ser una norma laboral y se ha empleado usualmente para este fin. Y, en segundo lugar, porque realiza el esfuerzo de concretar, dentro de la horquilla abierta que permite la LISOS, las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso, diferentes en cada uno de ellos por definición. Homogeneidad en la utilización de la norma y concreción y singularización jurisdiccional para la justicia del caso concreto. Una buena solución.

Referencias:

1. ^ *Sobre esta cuestión ya había afirmado la STS-SOC de 12 de junio de 2001 (rec. 3827/2000) si “en una causa por despido, en el que recae sentencia declarando la nulidad del realizado, por violación de derechos fundamentales del trabajador, cabe adicionar indemnización por tal agresión”, respondiéndose seguidamente afirmando que la modalidad de protección de los derechos fundamentales “satisface las exigencias constitucionales de preferencia y sumariedad, entendido este término en su significación vulgar de proceso substancialmente rápido y abreviado. Pero en los supuestos de despido, el art. 182 remite, ‘inexcusablemente, a la modalidad procesal correspondiente’. Y siendo así que los derechos fundamentales y libertades a que nos estamos refiriendo no pueden quedar sin un procedimiento ‘preferente y sumario’ para su tutela, ha de concluirse que el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos”, porque, concluye la resolución, entenderlo de “otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto, que -no siendo el de despido- habría de ser el ordinario, que no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos”.*
2. ^ *La primera de ellas por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo ‘prudencial’ de cuantificación de la indemnización”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 3 / 2022: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-0000001747La segunda por GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 4 / 2022: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-0000001803*

§ 54 **Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad.**

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: *Se declara el derecho a acceder a una Incapacidad Permanente (grado de Gran Invalidez) desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad a la que se ha accedido por aplicación de los coeficientes correctores por discapacidad, sin haber cumplido los 65 años de edad. Entra en juego el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Se rectifica doctrina precedentemente establecida. En definitiva, la cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a resolver si cabe reconocer una incapacidad permanente a la persona trabajadora que ha accedido a la situación de jubilación anticipada por discapacidad (artículo 206.2 Ley General de la Seguridad Social; actualmente artículo 206 bis Ley General de la Seguridad Social), dándose la circunstancia de que no ha cumplido los 65 años de edad. El artículo 195.1, párrafo segundo, de la Ley General de la Seguridad Social, dispone que no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga la edad prevista en el artículo 205.1 a) Ley General de la Seguridad Social -haber cumplido 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y seis meses de cotización- y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. En definitiva, no procede reconocer el derecho a la prestación de incapacidad permanente cuando en el beneficiario concurren dos requisitos: tener la edad ordinaria de jubilación y reunirlos requisitos para acceder a la pensión de jubilación. En el asunto examinado la actora cumple el segundo requisito, pero no el primero, por lo que no procede vedar el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, si acredita dicha situación y reúne los demás requisitos exigibles.*

Palabras clave: *Personas con discapacidad. “Jubilación anticipada por discapacidad”. Jubilación por discapacidad. Incapacidad Permanente. Gran Invalidez. Principio de igualdad y no discriminación. Edad de jubilación.*

Abstract: *The right to access a Permanent Disability (degree of Major Disability) from the situation of early retirement due to disability, which has been accessed by application of the corrective coefficients for disability, without having reached 65 years of age, is declared. The constitutional principle of equality and non-discrimination comes into play. Previously established doctrine is rectified. In short, the issue raised in the appeal for the unification of doctrine is limited to resolving whether a permanent disability can be recognized for a worker who has taken early retirement due to disability (article 206.2 General Social Security Law; currently article 206 bis General*

Social Security Law), given the circumstance that he/she has not reached 65 years of age. The second paragraph of article 195.1 of the General Social Security Law provides that the right to permanent disability benefits derived from common contingencies will not be recognized when the beneficiary on the date of the causal event is of the age stipulated in article 205.1 a) of the General Social Security Law - having reached 67 years of age or 65 years of age when 38 years and six months of contributions have been credited- and meets the requirements for access to a retirement pension in the Social Security system. In short, it is not appropriate to recognize the right to the permanent disability benefit when the beneficiary meets two requirements: being of ordinary retirement age and meeting the requirements for accessing the retirement pension. In the case in question, the plaintiff meets the second requirement, but not the first, and therefore access to permanent disability benefits cannot be denied if she proves this situation and meets the other applicable requirements.

Keywords: *People with disabilities. "Early retirement due to disability". Disability retirement. Permanent Disability. Major Disability. Principle of equality and non-discrimination. Retirement age.*

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Tipo y número de sentencia: 27 de abril de 2022.

Tipo y número de recurso: RCUd núm. 184/2019.

ECLI:ES:TS:2022:1726.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Logroño, dictada el 3 de septiembre de 2018, denegó el acceso de la persona discapacitada (D. Daniel) desde la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad a la incapacidad permanente (en particular, en el Grado de Gran Invalidez; art. 194 "Grados de incapacidad permanente", apartado 1.d), de la LGSS).

Recurrida en suplicación por el Letrado D. Felipe Beltrán Cortés, en representación de D. Daniel, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja dictó sentencia el 22 de noviembre de 2018, recurso número 208/2018, estimando el recurso formulado.

La sentencia entendió, respecto a si es posible acceder a la situación de incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad, que la singular regulación legal y reglamentaria de la anticipación de la edad de jubilación por razón de discapacidad y la finalidad que inspira su régimen jurídico no constituyen obstáculo para aplicar el criterio uniforme y consolidado que había venido manteniendo la jurisprudencia a partir de la STS de 22 de marzo de 2006, rec. 5069/04, en el sentido de que la jubilación anticipada no es obstáculo para el acceso a la incapacidad permanente, y ello, por las siguientes razones:

1.- La literalidad del párrafo segundo del art. 195.1 LGSS al remitirse a la edad prevista en el art. 205.1.a, es absolutamente clara, lo que excluye el recurso a otro canon hermenéutico distinto del gramatical.

2.- Si el legislador, consciente de las distintas modalidades de jubilación previstas en nuestro ordenamiento jurídico, y de la doctrina jurisprudencial que interpreta el citado art. 195.1, hubiera querido exceptuar del ámbito de aplicación del precepto algún supuesto de jubilación anticipada, podía haberlo efectuado, cosa que no ha hecho, evidenciando así la ausencia de cualquier divergencia entre la voluntad legislativa en la materia y lo que expresa textualmente la norma.

3.- La previsión del art. 195.1 LGSS es una norma de Seguridad Social, de ahí que haya de ser objeto de una exégesis favorable a la protección de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro sistema público y garantizadas por la Norma Fundamental, en cuanto inherentes al Estado social y democrático de derecho (STS 16/06/10, Rec. 3774/09; 29/09/10, Rec. 3742/10), y no de una interpretación adversa y limitativa del acceso a la prestación de IP que es la que dicho artículo regula.

En cuanto a la cuestión de si procede reconocer al actor en situación de Gran Invalidez la sentencia razona que, a pesar de que el recurrente se integró en la plantilla de la ONCE en el año 1998, cuando ya había sufrido el accidente de tráfico que le ocasionó una tetraplejía C7, su afiliación al régimen general de la Seguridad Social se efectuó a mediados de diciembre de 1977, de manera que, no constando acreditado que en ese momento, que es al que se refiere expresamente el art. 193.1 LGSS, tuviese cualquier limitación funcional, no nos encontramos ante un supuesto de lesiones previas al acceso al mercado laboral, para cuya valoración, a efectos de calificación de la IP, sea preciso que se haya producido una agravación, sino que estamos en presencia de un cuadro residual sobrevenido con posterioridad a que el actor iniciase su vida laboral activa con la consiguiente alta en la Seguridad Social.

III. Posiciones de las partes

1º. Posición de Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social

Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada de la Administración General de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 30 de mayo de 2017, recurso 1055/2017.

2º. Posición de la parte social

El Letrado D. Felipe Beltrán Cortés, en representación de D. Daniel, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente, pues entiende que la situación jurídica de jubilación anticipada por discapacidad no es obstáculo para el acceso a la incapacidad permanente en grado de Gran Invalidez.

IV. Normativa aplicable al caso

-Artículo 206.2 LGSS (en el marco del capítulo XIII, "Jubilación en modalidad contributiva"), Artículo 195.1 LGSS (en el marco del Capítulo XI. "Incapacidad permanente contributiva"), artículos 138.1, 161.1.a), 193.1, 205.1.a) LGSS.

-Real Decreto 1539/2003, de diciembre; Ley 35/2002, de 12 de julio.

-Artículo 219 de la LRJS

-Artículos 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

-Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (no citado expresa y directamente en la fundamentación de la Sentencia objeto de comentario).

V. Doctrina básica (Fundamentación jurídica)

Se procede a desestimar el recurso por el siguiente razonamiento.

1º. La interpretación literal del precepto, primer canon hermenéutico, a tenor del art. 3.1 del Código Civil – art. 195 LGSS "Beneficiarios. 1...No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el art. 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social" Art. 205. "Beneficiarios.1...a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias"- nos permite concluir que no se reconoce el derecho a prestaciones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, si concurren dos requisitos: a) Que el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. b)

Que tenga cumplidos 67 años o 65 años si acredita determinado periodo de cotización. Luego, si el beneficiario es menor de esta edad -67 o 65 años- puede acceder a la prestación de incapacidad, si reúne los requisitos para dicho acceso.

El precepto no establece ninguna otra limitación para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente ya que no prohíbe el acceso a dichas prestaciones desde la situación de jubilación, siempre que la edad sea inferior a la señalada.

2º. Los antecedentes legislativos de la norma.

El art. 138.1 del RD-Legislativo 1/1994, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social presentaba la siguiente redacción: Art. 138. "Beneficiarios. Tendrán derecho a las prestaciones por invalidez permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2 de este artículo, salvo que aquélla sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización"

El art. 161 del RD-Legislativo 1/1994, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social presentaba la siguiente redacción: Art. 161. "Beneficiarios.1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del art. 124, reúnan las siguientes condiciones: a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad".

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social establece: Art. 8. "Pensiones de incapacidad permanente...Tres. Se añade un segundo párrafo en el apartado 1 del art. 138 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos: "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del art.161 de esta Ley y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social."

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 4 en el artículo 143 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, en los siguientes términos: "4. Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo."

La regulación anterior a la actual, a partir de la reforma operada por la Ley 24/1997, no permite acceder a las prestaciones de incapacidad permanente cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación b) Que el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga cumplidos 65 años de edad.

La redacción es similar a la actual diferenciándose únicamente en la edad exigida ya que en la regulación vigente es de 67 años, o 65 si se cumplen determinados requisitos.

3º. La realidad social en la que han de ser aplicadas las normas.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2002, de 12 de julio de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que reguló la jubilación anticipada, dando cumplimiento al Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social suscrito el 19 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, la jubilación anticipada es hoy en día una de las situaciones en las que se encuentran un gran número de pensionistas, con una tendencia marcada a aumentar.

Por lo tanto, siendo una realidad indiscutida el gran número de trabajadores que se encuentran en esta situación, cuando la norma -actual artículo 195.1 de la LGSS - estableció las limitaciones para el acceso a las prestaciones de IP, lo hizo remitiendo a una concreta edad -67 o 65 años- consciente de que existía un importante número de pensionistas de jubilación anticipada que no tenían dicha edad y, por lo tanto, podían solicitar, en su caso, prestaciones de IP derivadas de enfermedad común.

4º. La promulgación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se integran, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio y todas las disposiciones legales relacionadas que enumera, se limitó, al regular en el art. 195 el contenido del art. 138, a sustituir la remisión que este último efectuaba al apartado 1 a) del art. 161 LGSS -edad mínima para acceder a la jubilación en su modalidad contributiva- por la remisión al art. 205.1 a) edad mínima para acceder a la jubilación en su modalidad contributiva

No introdujo ninguna referencia a los preceptos que regulan la jubilación anticipada, a pesar de que el legislador era consciente de las diversas modalidades de jubilación anticipada, pues no en vano había procedido a sustituir el art. 161 bis que regulaba la jubilación anticipada por los artículos 206 -jubilación anticipada por razón de actividad o en caso de discapacidad-, 207 -jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador- y 208 -jubilación anticipada por voluntad del interesado-.

5º. La interpretación jurisprudencial del precepto a partir de la sentencia de Pleno de 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, seguida, de la de 13 de junio de 2007, recurso 2282/2006 y 21 de enero de 2015, recurso 491/2014.

Se concluye, pues, con la rectificación de la doctrina que se había establecido (inmediatamente precedente) del Tribunal Supremo, que venía manteniendo una constante doctrina, en virtud de la cual se consideraba que no cabía acceder a la IP desde la situación de jubilación anticipada concedida en virtud de la aplicación de coeficientes reductores por razón de discapacidad, entre otras, sentencias de 24 de junio de 2020, recurso 1411/2018; 29 de junio de 2020, recurso 1062/2020 y 2 de diciembre de 2020, recurso 2916/2018.

VI. Parte dispositiva

De conformidad con el razonamiento expuesto en la sentencia, el Tribunal Supremo declara:

La desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración General de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja el 22 de noviembre de 2018, recurso número 208/2018, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Felipe Beltrán Cortés, en representación de D. Daniel, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Logroño el 3 de septiembre de 2018, autos número 543/2017, seguidos a instancia de D. Daniel contra EL INSTITUTONACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre GRAN INVALIDEZ.

Resulta determinante la doctrina del Tribunal Constitucional: El TC en sus sentencias 172/2021 y 191/2021, ha establecido que la interpretación de las resoluciones impugnadas -sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo recaídas en los recursos de casación para la unificación de doctrina 1062/2018 y 1411/2018- produce como resultado una discriminación no justificada, de manera objetiva y razonable, para la persona recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación legal de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por IP, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad.

VII. Pasajes decisivos

La controversia jurídica planteada hace referencia a varias cuestiones, según queda expuesto aquí (y con mayor detenimiento, lógicamente en los fundamentos jurídicos de esta sentencia del Tribunal Supremo) De entre ellas se puede destacar las siguientes (con carácter muy selectivo dado los límites de espacio asignados a este estudio jurisprudencial):

De denegarse la posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada al tener reconocida una situación de discapacidad, a tenor del art. 161bis 1 de la LGSS, después art. 206.2 LGSS (actualmente 206 bis LGSS), y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de IP, art. 195.1 LGSS no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por el art. 14 de la Constitución y los artículos 4.2 c) y 17.1 del ET. Por lo demás, debe hacerse hincapié en el dato de que el actor no había alcanzado la edad ordinaria de jubilación, por ello el recurso debe ser estimado en este extremo.

VIII. Comentario jurídico-crítico

La LGSS regula la legalmente las llamadas jubilaciones anticipadas por razón de la actividad o en caso de discapacidad, aunque desde el punto de vista técnico-jurídico cabe hablar más propiamente de "jubilación por razón de discapacidad", pues, en realidad, desde este punto de vista estrictamente jurídico –se insiste- hay aquí más bien una reducción de la edad por discapacidad, más allá de que resulte innegable el dato normativo de que el marco normativo regulador incardina el supuesto típicamente dentro de la rúbrica "Jubilación en su modalidad contributiva" (Capítulo XIII)^[1], distinguiendo entre "Jubilación anticipada por razón de la actividad" (art. 206 LGSS)^[2] y "Jubilación anticipada en caso de discapacidad" (art. 206 bis LGSS)^[3]. La regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS (actualmente, art. 206 bis LGSS^[4]) (en el marco del capítulo XIII: "Jubilación en su modalidad contributiva") responde al instrumento de las "*medidas de acción positiva*".

Estas medidas se definen como "aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida entre otros social y laboral, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad art. 2 g) del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En este contexto, se han establecido unos "coeficientes reductores de la edad de jubilación" (art. 206.3 LGSS), que tienen como fundamento el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para un trabajador "minusválido" ("discapacitado") la realización de una actividad profesional, sin reducción de la cuantía de la pensión, según declara el Preámbulo y concretan los artículos 3 y 5 del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre (y que recoge la STC 172/2021, de 7 de octubre de 2021, rec. de amparo 4119/2020).

Interesa recordar *por su conexión finalista respecto de la institución de la jubilación por discapacidad* ("Jubilación anticipada en caso de discapacidad") que según el art. 2. g) de RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social), son "*medidas de acción positiva*" "aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad". Por otra parte, el art. 3.c) del RD-Legislativo 1/2013, garantiza el principio jurídico de no discriminación (especificación legal del art. 14 de la Carta Magna), sea por vía directa o indirecta. Se entiende por discriminación directa la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad (art. 2.c) RD-Leg. 1/2013); y por discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios (art. 2.d) RD-Leg. 1/2013).

Es cierto que el TC, a los efectos que precisamente aquí más interesan, apunta a la naturaleza o configuración jurídica instrumental de la jubilación por discapacidad como un supuesto jubilatorio que no puede desnaturalizarse asimilándolo sin más a una "jubilación ordinaria" (SSTC Pleno de 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, seguida, de la de 13 de junio de 2007, recurso 2282/2006 y 21 de enero de 2015, recurso 491/2014), pero ello no afecta a su configuración técnico-jurídica -y doctrinal- dentro del modelo normativo de jubilación.

En realidad, en esta sentencia 379/2022, y atendiendo a la doctrina del TC, lo que hace el Tribunal Supremo es retomar la interpretación jurisprudencial originaria del precepto a partir de la sentencia de Pleno de 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, seguida, de la de 13 de junio de 2007, recurso 2282/2006 y 21 de enero de 2015, recurso 491/2014, las cuales habían establecido la doctrina conforme a la cual se consideró admisible el acceso a la IP desde la situación jurídica de Jubilación anticipada por razón de discapacidad cuando la persona discapacitada no había cumplido la edad ordinaria de jubilación.

En primer lugar, se considera que de denegarse la posibilidad de acceder a las prestaciones de IP, por haber accedido a la jubilación anticipada al tener reconocida una situación de discapacidad, a tenor del art. 161bis 1 de la LGSS, después art. 206.2 LGSS (actualmente, art. 206 bis LGSS), y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de IP, art. 195.1 LGSS^[5] no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón

objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por el art. 14 de la Constitución; art. 21 (No discriminación)^[6] y 26 ("Integración de las personas discapacitadas") de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (o en el ámbito específico iuslaboral en los artículos 4.2 c) y 17.1 del ET).

En segundo lugar, se entiende que no se opone a la anterior conclusión, que los asuntos resueltos por las sentencias de esta Sala de 21 de junio de 2015, recurso 491/2014; 13 de junio de 2007, recurso 2282/2006 y 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, contemplan supuestos en los que la jubilación anticipada se produce en situación de pérdida de empleo y en el supuesto sometido a la consideración de la Sala la jubilación anticipada se reconoce por causa de discapacidad, al amparo del art. 206.2 de la LGSS (actualmente, art. 206 bis LGSS), pues las sentencias citadas no contienen alusión alguna a que procede solicitar la incapacidad desde la situación de jubilación anticipada únicamente en el supuesto de que derive de pérdida de empleo y no en otros casos.

En efecto la primera de las sentencias citadas textualmente establece:

"El primero de los motivos de casación aborda la cuestión del acceso al reconocimiento de la situación de incapacidad permanente desde la condición de jubilado, al tratarse de jubilación anticipada debemos estimar el recurso de dicha clase formulado por el demandante, rechazando así que la pretensión del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente haya de denegarse por razón de la condición de beneficiario de jubilación anticipada del demandante." Sin embargo, tan rotunda afirmación no permite efectuar distinción alguna respecto al motivo por el que la persona trabajadora ha accedido a la jubilación anticipada, a efectos de poder interesar el reconocimiento de una incapacidad permanente desde dicha situación, siempre que no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación.

Por último, el TC en sus sentencias 172/2021 y 191/2021, ha establecido que la interpretación de las resoluciones impugnadas denegatorias del derecho de acceso a la IP de las personas jubiladas por razón de discapacidad- sentencias de esta Sala recaídas en los recursos de casación para la unificación de doctrina 1062/2018 y 1411/2018- produce como resultado una discriminación no justificada para la persona recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por IP, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir también el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad.

Aparte de "recuperar" una doctrina más antigua del propio Tribunal Supremo que admitía ese derecho de acceso a la IP por los jubilados por razones de discapacidad, esta importante sentencia del Tribunal Supremo, destaca la ineludible relevancia de la doctrina establecida por el TC en sentencia 172/2021, de fecha 7 de octubre de 2021, recurso de amparo 4119/2020, que resolvió estimar el recurso de amparo interpuesto por la actora y, en su virtud: "Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de su discapacidad. Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de las sentencias número 81/2018, de 16 de enero, y 512/2020, de 24 de junio, dictadas, respectivamente, por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y del Tribunal Supremo, recaídas en los recursos, de suplicación número 2487-2017 y de casación para unificación de doctrina número 1411-2018, dejando firme la sentencia número 194/2017, de 12 de julio, del Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián".

Las resoluciones impugnadas denegaron el reconocimiento de la situación de Gran Invalidez derivada de contingencia común porque, en el momento de la solicitud la demandante se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad. Esta situación supone un nuevo límite de edad que, en tales supuestos,

se convierte en la edad ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilada. Las sentencias impugnadas consideran que la referencia a la edad contenida en el art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS, no puede entenderse como una mera reseña de un número determinado de años (sesenta y siete o sesenta y cinco), sino como la edad que, en el caso concreto, se establezca como la mínima para tener derecho a la pensión de jubilación. La recurrente se encontraba en situación de jubilación anticipada, conforme a la normativa específica que le era aplicable. Por lo tanto, su edad de jubilación no es la prevista, con carácter general, en el art. 205.1 a) LGSS, sino la resultante de aplicar los coeficientes reductores establecidos en el art. 206.2 LGSS y concretados en el RD 1539/2003. Como quiera que la regla general consiste en que no procede la IP de quien ya está jubilado, se le denegó la IP porque, en el momento de su solicitud, ya se encontraba en situación de jubilación, aunque no hubiera alcanzado la edad prevista en el art. 205.1 a) LGSS.

Sin embargo, la STC 172/2021, de 7 de octubre de 2021 (rec. de amparo 4119/2020)^[7] estima el recurso de amparo formulado con base al siguiente razonamiento encadenado:

La regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS (actualmente, art. 206 bis LGSS) (en el marco del capítulo XIII: "Jubilación en modalidad contributiva") responde al instrumento de las "medidas de acción positiva". Estas medidas se definen como "aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida entre otros social y laboral, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad art. 2 g) del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En este contexto, se han establecido unos "coeficientes reductores de la edad de jubilación" (art. 206.3 LGSS) (actualmente, reténgase lo establecido en el art. 206 bis LGSS), que tienen como fundamento el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para un trabajador "minusválido" la realización de una actividad profesional, sin reducción de la cuantía de la pensión, según declara el preámbulo y concretan los artículos 3 y 5 del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre.

En un *primer momento argumentativo*, según razona el TC la argumentación de las resoluciones judiciales impugnadas parece dar a entender que, de admitirse a su vez el acceso a la prestación por IP desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad, se estaría produciendo una especie de "doble discriminación positiva". Sin embargo, *no estamos en presencia de una superposición de medidas positivas, sino de fases y planos valorativos diferentes*. Así, las medidas de acción positiva entran en juego en el momento de determinar las condiciones de la jubilación anticipada, para compensar las dificultades en el ejercicio laboral de las personas con discapacidad. Sin embargo, una vez concedida, no debería producirse discriminación alguna entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, es decir, un tratamiento desigual sin base legal ni causa objetiva y justificada. De lo contrario, se produce la *paradoja* de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación. Se trataría de una especie de *efecto inverso* de una medida de discriminación positiva. La medida dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida, porque no permitiría conseguir la igualdad real y efectiva entre quienes parten de una situación que, en origen, es diferente, generando una nueva situación de desigualdad entre quienes ya han sido igualados por la norma.

En un *segundo momento argumentativo*, el TC apunta a la naturaleza legal o configuración jurídica de la jubilación anticipada. Realzando que las resoluciones impugnadas parecen *desnaturalizar el término legal "jubilación anticipada", para asimilarlo a una "jubilación ordinaria"*, pero, además, únicamente en el caso de las personas con discapacidad. Se dice que la jubilación anticipada de estas personas no

es, en realidad, una jubilación anticipada, sino la jubilación ordinaria en función de sus circunstancias específicas. Por el contrario, la regulación vigente no parece abonar esta tesis, no solo desde el punto de vista meramente gramatical, sino también desde el análisis del propio fundamento de la regulación, derivada de su ubicación sistemática. Bajo la denominación de "jubilación en su modalidad contributiva" (capítulo XIII del título II de la LGSS), los artículos 206, 206 bis, 207 y 208 recogen diversas modalidades de jubilación "anticipada". El art. 206 regula dos supuestos, el de determinados "grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre" (apartado 1), y el de las "personas con discapacidad" (apartado 2). Por su parte, el art. 207 contempla el supuesto de "jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador", mientras que el art. 208 recoge la figura de la "jubilación anticipada por voluntad del interesado". En cada precepto se establecen los requisitos y los criterios generales para acceder a esa situación y para el cálculo de la prestación correspondiente. La variedad y heterogeneidad de este régimen jurídico determina que, realmente, *el elemento común de todos estos supuestos, que los engloba bajo la denominación de "jubilación anticipada", es que, con independencia del motivo o de la causa, se produce un adelantamiento de la edad de jubilación establecida, con carácter general, para quienes no se acojan o no se puedan acoger a uno de los supuestos específicamente previstos. En este marco sistemático, la jubilación "anticipada" solo puede interpretarse como lo que su propia denominación indica, una jubilación que se anticipa a la prevista, en general, para aquellos en quienes no concurre ninguna de las circunstancias que permiten acogerse a esa modalidad. Eso no significa que, necesariamente o de forma automática, su naturaleza se transmute sin más hacia una modalidad de jubilación ordinaria que, por motivos obvios, queda fuera de su ámbito de aplicación.*

En un *tercer movimiento argumentativo*, el TC se centra en los requisitos legales para el acceso legítimo a la prestación de IP. En tal sentido señala que el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de IP (art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS), de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la situación jurídica de IP. Tampoco ha establecido cautela o modulación alguna para el cálculo de la edad a estos efectos, como sí ha hecho, por ejemplo, en el caso de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador (art. 207.1 a) último inciso LGSS), o en el caso de la jubilación anticipada por voluntad del interesado (art. 208.1 a), último inciso LGSS). En ambos supuestos, para el cálculo de la edad de jubilación no resultan de aplicación "los coeficientes reductores a que se refiere el artículo 206".

Es manifiesto que nada de esto se incluye en el art. 195.1, párrafo segundo, de la LGSS ni en el art. 205.1 a) del mismo texto legal. En consecuencia, si la Ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, de la Constitución Española.

En un *cuarto movimiento discursivo*, se toma en consideración del hecho jurídicamente relevante de que no toda desigualdad comporta necesariamente una discriminación, pues puede existir una situación de desigualdad que tenga el soporte legitimador de una razón objetiva y razonable. El principio de no discriminación solo entra en juego y resulta de aplicación cuando no existe una diferencia objetiva y razonable en el trato diferenciado, que no es lo mismo que una diferencia entre los términos de una comparación, que es el criterio propio del derecho a la igualdad. Y resulta que en el caso controvertido, la distinción podría provenir de la situación de jubilación anticipada o de la situación de IP. Se trataría de apreciar un motivo objetivo y razonable que justificara la diferencia de trato entre la recurrente y el resto de las personas que se encuentren en situación de jubilación anticipada o de IP, de manera que se pudiera excluir toda discriminación. Sin embargo, no existe justificación alguna

para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por IP, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente (persona jubilada anticipadamente por razón de discapacidad) de la situación de IP. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad.

Se concluye, en definitiva, que la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la persona recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por IP, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una *diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable*, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad.

Con todo, se verifica aquí el carácter teleológico de toda argumentación jurídica correctamente entendida y su virtualidad de desarrollo o incluso de reformulación relativa del sistema dentro de un margen de interpretación con arreglo a fines y valores relevantes en el ordenamiento jurídico.

Referencias:

1. ^ Véase MALDONADO MOLINA, J.A.: “La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011; MALDONADO MOLINA, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 1ª edición, 2020, 2ª edición, 2022; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.) et altri: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, 2 Tomos*, MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, Á.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017.
2. ^ Art. 206 redactado por el apartado cuatro del art. 1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones («B.O.E.» 29 diciembre).
3. ^ Art. 206 bis LGSS introducido por el apartado cinco del art. 1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones («B.O.E.» 29 diciembre).
4. ^ Art. 206 bis (“Jubilación anticipada en caso de discapacidad”): “1. La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, en los términos

contenidos en el correspondiente real decreto acordado a propuesta del titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida. 2. La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de cincuenta y dos años. Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el artículo 210.2, y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada”.

5. [^] Conforme a lo establecido en el art. 195 (“Beneficiarios”): “1. Tendrán derecho a las prestaciones por incapacidad permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el art. 165.1, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en los apartados 2 y 3 de este artículo, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización. No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”.
6. [^] Art. 21. “Principio de no discriminación”. 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”. Por su parte, el art. 26 establece que “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Consúltase MONEREO ATIENZA, C.: “Principio de no discriminación (Artículo 21)”, y MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26), en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.) et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, pp. 463 y ss., y pp. 573 y sigs., respectivamente. Para un estudio completo y exhaustivo puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.) et altri: La protección jurídica-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo, LÓPEZ INSUA, B.M. y RUÍZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2021. Para la protección del principio de no discriminación y los derechos de las personas con discapacidad en el marco del Consejo de Europa, véase MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) et altri: La garantía de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, espec., pp. 177 y sigs. y pp. 291 y ss., 683 y ss. De gran interés es el ensayo de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO

FERRER, M.: "Los contornos de la discriminación", en *Temas Laborales*, núm. 162 (2022), pp. 11-18.

7. ^ En el mismo sentido se pronunció la STC 191/2020, de 17 de diciembre de 2021, recurso de amparo 4121/2021.

§ 55 El rayo que no cesa: la competencia del Juzgado de lo Social en el concurso.

Juan Martínez Moya

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

Resumen: *La sentencia nos adentra en el conocimiento de las razones legales y la interpretación jurisprudencial que determinan qué Juzgado es el competente, si el Social o el Mercantil, para conocer las demandas de trabajadores frente a la empresa concursada por impago de salarios correspondientes al periodo anterior al concurso, pero que no han sido reconocidos en la lista de acreedores.*

Palabras clave: *Competencia. Concurso. Social. Juzgado mercantil.*

Abstract: *Il s'agit de connaître les motifs juridiques et l'interprétation jurisprudentielle qui déterminent quel Tribunal est compétent, qu'il soit social ou commercial, pour connaître les demandes des travailleurs pour non-paiement des salaires contre une entreprise en faillite, correspondant à la période antérieure à l'insolvabilité, mais qui n'ont pas été reconnus dans la liste des créanciers.*

Keywords: *Jurisdiction. Concours. Travail. Tribunal de commerce. Insolvabilité.*

I. Introducción

El caso resuelto por la Sentencia del TS (Social) de 27 de abril de 2022 constituye una situación típica de competencia “*declarativa expresa*” en la materia social frente a empresa concursada: reclamación de salarios impagados, correspondientes a periodo anterior al concurso, pero que no han sido reconocidos en la lista de acreedores.

Han transcurrido casi veinte años desde la atribución de competencias en materia social al juez de lo mercantil tanto en la Ley Concursal y en la LOPJ, y sin perjuicio de las modificaciones normativas realizadas y las que están en tramitación, la situación sobre la fragmentación competencial entre los Juzgados de lo Social y el juez del concurso sigue creando escenarios inciertos, dudas y controversias que el Alto Tribunal procura aclarar a fin de dar seguridad jurídica sobre un aspecto crucial: dónde han de acudir los trabajadores para reclamar judicialmente sus derechos laborales cuando su empresa está en concurso.

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. 387/2022, 27 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4160/2019.

ECLI:ES:TS: 2022:1814

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión planteada está centrada en determinar qué juzgado es el competente, si el de lo social o el mercantil, para conocer la demanda de trabajadores de la empresa concursada, cuyo objeto es la reclamación del pago de salarios no abonados correspondientes a un periodo anterior a la declaración del concurso, créditos no reconocidos en lista de acreedores.

(a) La decisión del Juzgado de lo Social:

La sentencia del Juzgado de lo Social declaró la competencia del orden jurisdiccional social y estimó las dos pretensiones que formulaban los trabajadores frente a la empresa concursada: (i) la deuda salarial: el pago de salarios no abonados en un periodo anterior a la declaración del concurso, sobre los que no consta que hayan sido reconocidos en la lista de acreedores; (ii) una superior indemnización a la fijada por el juez del concurso en el auto de extinción de la relación laboral.

(b) La respuesta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia:

El FOGASA interpuso recurso de suplicación frente a la decisión de instancia. Se estima el recurso por sentencia de la Sala Social del TSJ de Cataluña de 25 de abril de 2019, rec. 456/2019, y considera competente al juzgado del concurso. Para fundamentar su decisión considera: a) que los trabajadores fueron despedidos en el seno del expediente concursal de regulación de empleo aprobado por el juez del concurso, y si entienden que tienen derecho a percibir una superior indemnización por ostentar mayor antigüedad a la reconocida en el auto extintivo dictado por el juzgado mercantil, deben de plantear ante el mismo el oportuno incidente concursal en materia laboral del *art. 64.8 LC* para la resolución de esa cuestión; y b) en cuanto a los salarios adeudados por la empresa, no consta la conclusión del concurso, por lo que deben igualmente reclamarlos ante el juzgado mercantil para su oportuna inclusión en la lista de acreedores.

(c) El recurso de casación para unificación de doctrina y el desenlace final:

Contra dicha sentencia recurren los trabajadores en casación para la unificación de doctrina, denunciando infracción de los *arts. 8 y 195* de la Ley Concursal. No cuestionan que el juzgado del concurso es el competente para conocer de la reclamación relativa a la mayor indemnización por despido, a través del incidente concursal en materia laboral. Queda así firme el pronunciamiento de la Sala de suplicación con relación a esta pretensión. El único punto de discrepancia que suscitan en casación es que siguen manteniendo la competencia del juzgado de lo social referida a la deuda salarial, sin perjuicio de que una vez concluida la fase declarativa del proceso corresponda su ejecución al juez de lo mercantil. Invocan de contraste la *sentencia* de la Sala Social del TSJ de Castilla León/Burgos de 10 de diciembre de 2009, rec. 700/2009.

La Sala de lo Social del TS decide la cuestión declarando que corresponde al juzgado de lo social la competencia para conocer de las pretensiones de los trabajadores dirigidas a la declaración de la existencia de una deuda por créditos salariales anteriores a la declaración del concurso, que no constan reconocidos en la lista de acreedores, y sin perjuicio de su ulterior remisión al juez del concurso en la fase ejecutiva del proceso, en su caso y conforme a los criterios expresados en la *Sentencia del TS (Social) 10 de febrero de 2022*, en función del momento procesal en el que se encuentre.

IV. Posición de las partes

A lo largo del *iter* procesal, la partes en conflicto han alterado sus posiciones pasivas o activas en el nivel funcional del recurso: de recurrentes a recurridas, y viceversa.

1.- *Parte demandante y recurrentes* en casación unificadora, son los trabajadores. Ante el Juzgado de lo Social reclamaron una deuda salarial, así como una superior indemnización a la fijada por el juez del concurso en el auto de extinción de la relación laboral. Sin embargo, frente a la sentencia de suplicación que declaró la competencia del Juzgado Mercantil, recurrente los trabajadores en casación para la unificación de doctrina, denunciando infracción de los arts. 8 y 195 de la Ley Concursal, citando su discrepancia en relación a la deuda salarial – estiman que debe residenciarse en el Juzgado de lo Social e invocan como contradictoria la sentencia de la Sala Social del TSJ de Castilla León/Burgos de 10 de diciembre de 2009, rec. 700/2009 -, dejando firme, al aceptarlo expresamente, el pronunciamiento de la Sala sobre la competencia del Juez del concurso en la partida concerniente a las diferencias por indemnizaciones.

2.- *El Fondo de Garantía Salarial*, compareció en la instancia y ostentó, después, la condición de parte recurrente en el recurso de suplicación, pero no se personó en casación. Su recurso de suplicación fue estimado íntegramente por la Sala de lo Social de Cataluña, al declarar la competencia del Juzgado Mercantil. Las líneas argumentales del recurso gravitaban en considerar, en relación con la reclamación de una superior indemnización, que los trabajadores fueron despedidos en el seno del expediente concursal de regulación de empleo aprobado por el juez del concurso, y si estimaban que tenían derecho a percibir una superior indemnización por ostentar mayor antigüedad a la reconocida en el auto extintivo dictado por el juzgado mercantil, deberían plantear ante el mismo el oportuno incidente concursal en materia laboral del *art. 64.8 LC* para la resolución de esa cuestión. Y en cuanto a los salarios adeudados por la empresa, al no constar la conclusión del concurso, debían igualmente reclamarlos ante el juzgado mercantil para su oportuna inclusión en la lista de acreedores.

3.- Las *partes demandadas* en instancia – empresa concursada y administración concursal – no comparecieron en el acto de juicio ni se personaron en los recursos.

4.- El *Ministerio Fiscal* admitió la existencia de contradicción, e informó en favor de la competencia del juzgado de lo social.

V. Normativa aplicable al caso

Los preceptos que se aplican en la sentencia comentada son los recogidos de la Ley 22/2003, Concursal de 9 de julio (LC), y que tienen en la actualidad su correspondencia en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR/2020).

Se trata del artículo 86.2 LC [vigente, artículo 260.1 TRLR/2020], que dispone: "1. La administración concursal incluirá necesariamente en la lista de acreedores ... [...] los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso".

Y del artículo 21.5 LC que establece que el auto de declaración de concurso debe proceder al "llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del art. 23"; precepto que en su vigente versión [artículo 28.1.5º TRLR/2020], previene en análogos términos lo siguiente: "[E]n todo caso, el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo

de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación de la declaración de concurso en el «Boletín Oficial del Estado».

VI. Doctrina básica

Corresponde al juzgado de lo social la competencia para conocer de las pretensiones de los trabajadores dirigidas a la declaración de la existencia de una deuda por créditos salariales anteriores a la declaración del concurso, que no constan reconocidos en la lista de acreedores, y sin perjuicio de su ulterior remisión al juez del concurso en la fase ejecutiva del proceso, en función del momento procesal en el que se encuentre.

VII. Parte dispositiva

*Pronunciamiento principal:

(1) Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los trabajadores demandantes contra la *sentencia dictada el 25 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 456/2019*, que resolvió el formulado contra la *sentencia del Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona, de fecha 20 de septiembre de 2018, recaída en autos núm. 9/2018*, seguidos a su instancia contra la empresa, el administrador concursal y el Fondo de Garantía Salarial.

(2) Se casa y anula en parte la sentencia recurrida, resolviendo el debate de suplicación en el sentido de desestimar, igualmente en parte, el recurso de tal clase formulado por el FOGASA, y declarar la competencia del juzgado de lo social para conocer de la pretensión relativa al pago de la deuda salarial, con confirmación de la sentencia de instancia en cuanto condena a la empresa al pago de la misma.

*Pronunciamiento accesorio: sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

*Fundamento de Derecho Tercero. -

1.- La STS 20/2/2021 [sic]^[1], rcud. 3740/2018, recopila la doctrina jurisprudencial en la materia, para recordar que "[...]" como principio básico, el mantenimiento de la competencia del juzgado de lo social en todas aquellas materias que no hayan sido atribuidas expresamente al juez del concurso [...].

Y finalmente, el art. 55 de esa misma norma [Ley Concursal] añade las correspondientes a las ejecuciones y apremios frente a la concursada. Materia sobre la que la STS 10/2/2022, rcud. 4403/2018, -con cita de los numerosos precedentes que menciona-, concluye que "desde el momento de la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio y hasta la declaración de cumplimiento de dicho convenio, o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refiere los artículos 8 y 50 LC, lo que, además, se encuentra en armonía con el hecho de que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio".

2. - Aquí no estamos ante una reclamación en fase ejecutiva, sino de una acción dirigida al reconocimiento de una deuda por salarios anteriores a la declaración del concurso.

El art. 86.2 LC dispone en este particular que "Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores ... los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso".

Mientras que el art. 21.5 LC contempla que el auto de declaración de concurso debe proceder al "llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del art. 23".

3. - De este conjunto normativo cabe colegir que corresponde al juzgado de lo social la competencia para conocer de las pretensiones de los trabajadores dirigidas a la declaración de la existencia de una deuda por créditos salariales anteriores a la declaración del concurso, que no constan reconocidos en la lista de acreedores, y sin perjuicio de su ulterior remisión al juez del concurso en la fase ejecutiva del proceso, en su caso y conforme a los criterios expresados en la precitada STS 10/2/2022, en función del momento procesal en el que se encuentre".

IX. Comentario

1. La premisa normativa de partida.- La gran novedad que introdujo la LC de 2003 consistió en la atribución al juez del concurso (*rectius* Juzgado de lo Mercantil exclusivo, o Juzgado de Primera Instancia con competencias mercantiles), además de las lógicas competencias típicamente concursales, otras de contenido laboral que anteriormente asumían, según los supuestos y con diferencias de régimen jurídico, el juez de lo social, la Administración laboral, los empresarios y los síndicos de la quiebra.^[2] Se produce así una "intensa laboralización" de la competencia del juez de lo mercantil al que "casi se le transmuta en juez de trabajo a estos efectos"^[3]. El legislador tenía varias opciones a la hora de articular la competencia de la materia laboral en el concurso. Podía, dentro de su concepción universalista del concurso, haber encomendado al juez mercantil el conocimiento de todas las pretensiones laborales que pudieran plantearse frente al empresario concursado. Podía también haber mantenido la situación anterior a la LC y atribuir al juez social – antes también a la Administración laboral, cuando tenía competencias para ello - todas las cuestiones de contenido laboral, sustrayéndolas al juez mercantil. Sin embargo, optó por una vía intermedia, tanto en el ámbito de la competencia objetiva por razón de la materia, a través del artículo 86 ter de la LOPJ^[4], como en la funcional (en los recursos), bajo la cobertura de los artículos 75.2 de la LOPJ^[5] confiriendo a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia de los recursos de suplicación contra decisiones de los jueces de lo mercantil en materia laboral. Pero este diseño aparentemente sencillo en la delimitación de los ámbitos de competencias si por algo se ha caracterizado ha sido por una trayectoria aplicativa marcada por las dudas y tensiones entre los órdenes jurisdiccional social y civil – nótese, con rigor normativo propio del Derecho orgánico, éste incluye al mercantil del que es una especialidad- en orden a confirmar qué clase de órgano judicial está llamado a decidir. La sentencia que analizamos es un ejemplo de ello, a pesar de haber transcurrido casi dos décadas de vigencia de la LC.

2. La descripción de los conflictos.- La fijación de la competencia de las reclamaciones de los trabajadores frente a empresa concursada, o grupos de empresa, y en supuestos de continuidad empresarial, se ha venido produciendo en varios escenarios procesales: a veces, como conflictos de competencia entre órganos de distintos órdenes jurisdiccionales, decidiendo en este supuesto la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo conforme a lo previsto en los artículos 42 a 50 de la LOPJ; y, en otras ocasiones, como cuestión de competencia objetiva, decidiendo, por regla general, los propios órganos de la jurisdicción social, como sucede en el caso que resuelve la sentencia comentada.

3. La doctrina de la Sala de lo Social del TS sobre reclamaciones frente a empresa concursada y otros sujetos, conforme a los siguientes dictados marcados por la STS, Social del 10 de febrero de 2021^[6]:

(a) La STS 592/2017 de 5 julio (rec. 563/2016) considera que la jurisdicción social es competente para decidir si ha existido sucesión de empresa cuando bienes de la

concurada son adquiridos por un tercero ajeno al concurso. Reitera el criterio de las SSTS de 11 de enero y 18 de mayo de 2017 (rec. 1689/2015 y 1645/2015), así como de la anterior de 29 de octubre de 2014 (rec. 1573/2013): "En definitiva, sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social"^[7].

(b) La STS 718/2017 de 26 septiembre (rec. 4115/2015) considera competente el orden social de la jurisdicción cuando se interesa que la empresa concursada sea condenada a suscribir convenio especial con la Seguridad Social cuando la extinción contractual se produce mediante ERE anterior al concurso (aunque la demanda se interponga con posterioridad a su declaración)^[8].

(c) La STS 407/2018 de 17 abril (rec. 934/2016) atribuye al orden social la ejecución de créditos laborales reconocidos por sentencia cuando la empresa está en concurso y ya se ha aprobado el convenio. Tras analizar diversos preceptos de la LC se expone lo siguiente: "*La conclusión que se extrae es clara: una vez aprobado el convenio concursal, los acreedores concursales no sujetos al convenio así como los acreedores que hubieran adquirido su crédito después de aprobado el convenio, podrán iniciar ordinariamente ejecuciones o continuar con las que hubieran iniciado; ejecuciones que no se acumularán al proceso concursal, puesto que el efecto específico del concurso, consistente en la paralización de la ejecución y la atracción de las ejecuciones al concurso, ha sido enervado desde la eficacia del convenio*"^[9].

(d) La STS 584/2020 de 2 julio (rcud. 119/2018) reitera la doctrina de que sean cuales sean las circunstancias en las que se ha desarrollado la extinción colectiva de los contratos de los trabajadores en el marco de un concurso de acreedores de una empresa, así como la liquidación de los bienes de ésta, la cuestión de si posteriormente se ha producido o no una sucesión empresarial (art. 44 ET) es competencia de la jurisdicción social^[10].

(e) Los Autos de la Sala de Conflictos expresan claramente la imposibilidad de que la competencia del Juez del Concurso, incluso tras la entrada en vigor de las reformas de 2011 en la LC, se extienda a personas diversas a la concursada, pero no se refieren al cuestionamiento del despido concursal.

(f) Con arreglo a la más reciente doctrina jurisprudencial, cuando se quiere cuestionar la validez del despido acordado en el seno del concurso hay que accionar (individual o colectivamente) ante el Juzgado de lo Mercantil. Eso es así incluso si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación. Se trata de criterio acogido tanto antes cuanto después de las modificaciones introducidas en la LC que entraron en vigor a principio de enero de 2012. Pero si no se cuestiona la validez del despido concursal, sino que se reclama el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual que comporta (sean indemnizatorias o retributivas) la solución debe ser la opuesta. La competencia exclusiva del Juez Mercantil desaparece cuando se trata de una reclamación laboral dirigida frente a quienes no son sujetos concursados. En estos casos, la excepcionalidad de la atribución competencial en favor del Juez del Concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no aparezca una norma explícita que le asigne el conocimiento de determinado asunto.

4. Una cuestión inacabada: nuevos panoramas normativos. Este prontuario de jurisprudencia social sobre la materia confirma el principio básico del mantenimiento de la competencia del juzgado de lo social en todas aquellas materias que no hayan sido atribuidas expresamente al juez del concurso. Y también, al reiterar que se trata criterios sentados conforme a la doctrina vigente, alerta de cambios normativos por ejemplo el que, con rotundidad, establece el art. 221.2 del TRLC/2020 cuando determina que "[el] juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa", lo que ha generado dudas sobre el ajuste a la

legalidad de esta previsión al tratarse de un texto refundido^[11], y que propuestas legislativas en avanzada tramitación confirman este parecer al estar dirigidas a modificar la LOPJ^[12], en concreto el art. 86.ter.^[13]

Efectivamente, el proyecto de reforma de la LOPJ introducir en la LOPJ una regulación completa de la competencia exclusiva y excluyente del juez de concurso es conforme con el alcance de la reserva establecida en el artículo 122.1 CE, tal y como la ha interpretado la doctrina constitucional recogida en las SSTC 224/1993, de 1 de julio, FJ 3; 54/1994, de 21 de septiembre, FJ 4, 121/2011, de 7 de julio, FJ 3, y 128/2018, de 29 de noviembre, FJ 3). Debe ponerse de relieve que el artículo 86 ter.2 del proyecto de reforma de LOPJ atribuye en su ordinal 4º la competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso sobre «[L]a declaración de la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas y la determinación de los límites de esa declaración». El prelegislador, siguiendo la línea de lo ya previsto en el vigente artículo 221.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, ha optado por incorporar expresamente en la LOPJ la competencia del juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar los efectos de la sucesión, en caso de enajenación de una unidad productiva, permitiendo, de este modo, que se concentren en el Juez de lo Mercantil las decisiones sobre la declaración y los efectos de la transmisión de las unidades productivas. Esta opción supone el desplazamiento en esta materia de la competencia de los órganos de la jurisdicción social que hasta el momento viene siendo afirmada, en el marco de la normativa vigente, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en constante jurisprudencia^[14]. Con todo, el texto propuesto no despeja las dudas competenciales que se pueden derivar en las reclamaciones sobre sucesión empresarial y sus efectos que se dirijan a una pluralidad de empresas concursadas y otras que no estén inmersas en concurso con fundamento en diversidad de títulos.

5. Recapitulación. - En fin, el supuesto que resuelve la STS analizada constituye una situación típica de competencia “declarativa expresa” en la materia social frente a empresa concursada. Por ello se deslinda de lo que es materia ejecutiva expresa en la que el juez social carece de competencias ejecutivas sobre el patrimonio del ejecutado. Aquellas son reclamaciones que tienen por objeto el reconocimiento de una deuda por salarios anteriores a la declaración del concurso, que no constaban reconocidos en la lista de acreedores.

X. Apunte final

La sentencia que acaba de analizarse abraza una doble virtualidad:

Por una parte, resulta muy útil para repasar los criterios de la jurisprudencia social y de la Sala de conflictos de competencia con relación a la distribución competencial del enjuiciamiento en las materias sociales entre el Juez del concurso (Juez Mercantil o, en su caso, de Primera Instancia con competencia en asuntos mercantiles) y el Juzgado de lo Social.

Pero también, de otro lado, al aplicar la normativa vigente, nos pone alerta para reflexionar sobre el impacto de la nueva legislación (el TRLC/2020, de 5 de mayo) y futuros cambios normativos en materia concursal en avanzado estado de tramitación, que, en unos casos, ya han alterado esa distribución de competencias en materia de sucesión empresarial entre el juez del concurso y el social – artículo 221.2 TRLC/2020, de 5 de mayo), y que pueden seguir generando dudas sobre cuál es el orden jurisdiccional -en la instancia- competente a fin de generar seguridad jurídica, evitando innecesarias dilaciones procesales, a los trabajadores cuando reclamen derechos laborales frente a la empresa en situación de concurso^[15].

Referencias:

1. ^ *Se ha cometido un error material en la consignación de la fecha de la sentencia. Se detecta al comprobar el número de RCUD que es el 3740/2018. La sentencia del TS (Social) no es de 20 de febrero sino del 10 de ese mes, concretamente se trata de la STS, Social del 10 de febrero de 2021 - ECLI:ES:TS:2021:659.*
2. ^ *Montoya Melgar, Alfredo, Derecho Laboral Concursal. Civitas-Thomson Reuter, marzo 2013, pág. 47*
3. ^ *Ríos Salmerón, Bartolomé, La Ley Concursal y los Trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003. Actualidad Laboral, nº 21, 2003, pág. 364. Y, con extensión sobre esta materia cfr. Ríos Mestres, José María, Despido Colectivo y concurso de acreedores. Civitas-Thomson-Reuter, 2012 y Cano Marco, Francisco, Manual Práctico de Derecho laboral concursal. 3ª edición. La Ley Wolters Kluwer. 3ª edición. 2020.*
4. ^ *"En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) 2.º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral*
5. ^ *La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia conocerá: 2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia.*
6. ^ *ECLI:ES:TS: 2021:659*
7. ^ *En el mismo sentido pueden verse otras varias como las de 11 enero 2017 (rec. 1689/2015; 18/5/2017; 1645/2015); 5 julio 2017 (rec. 563/2015) y 11 enero 2018 (rec. 3290/2015).*
8. ^ *Sigue el criterio de varias sentencias de 19 octubre 2016 (rec. 2291/2015, 2447/2015, 2216/2015, 2405/2015 o 2315/2016).*
9. ^ *Este criterio se ha ratificado recientemente en la STS (Social) de 10 De febrero de 2022 574/2022 - ECLI:ES:TS:2022:574 en la que se estable que "Como resume el auto de la Sala Especial de Conflictos 13/2018, de 26 de septiembre de 2018 (conflicto núm. 7/2018), examinando, entre otros, el artículo 2.1 a) LRJS y los artículos 8, 50 y 133 LC de 2003, de conformidad con este último precepto, "el convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe", (artículo 133.1 LC) y "desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio" (artículo 133.2 LC). Sin que sea necesario realizar mayores precisiones, las anteriores previsiones legales llevan a concluir que, desde el momento de la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio y hasta la declaración de cumplimiento de dicho convenio, o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, el juez del concurso deja de tener la*

competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refiere los artículos 8 y 50 LC, lo que, además, se encuentra en armonía con el hecho de que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio.

10. ^ Recuerda que es el criterio sostenido por numerosas sentencias anteriores como las ya citadas y las SSTS 12/2019 de 9 enero (rcud. 3893/2016) y 659/2019 de 25 septiembre (rcud. 1658/2017).
11. ^ En este sentido se pronuncia el Voto Particular concurrente del Vocal Juan Martínez Moya al Informe del Pleno del CGPJ de 26 de septiembre de 2019 al texto del Proyecto del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. www.poderjudicial.es. Actividad del Consejo. Informes.
12. ^ En particular, se recoge la redacción del artículo 52 del Texto Refundido de la Ley Concursal dado por el Anteproyecto de Ley de reforma, sometido también a informe de este Consejo.
13. ^ En este sentido véase el proyecto de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de eficiencia en los Juzgados de lo Mercantil, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por el que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Dicho texto fue informado por el Pleno del CGPJ, en cuanto Anteproyecto en noviembre de 2021. Se introduce expresamente en el proyecto de LOPJ las reglas de competencia objetiva establecidas en los artículos 51 a 55 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. De acuerdo con la Exposición de Motivos, «la incorporación a la Ley Orgánica de materias que hasta ahora estaban en la ley ordinaria no es sino expresión de aquella regla según la cual las extensiones de jurisdicción de los Juzgados de lo mercantil deben figurar necesariamente en la primera».
14. ^ Sentencia de 29 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS: 2014:5228]; 11 de enero de 2018 [ECLI:ES:TS: 2018:164]; 17 de febrero de 2018 [ECLI:ES:TS: 2018:752]; 9 de enero de 2019 [ECLI:ES:TS: 2019:1588]; 12 de diciembre de 2019 [ECLI:ES:TS: 2019:4331]; 2 de julio de 2020 [ECLI:ES:TS: 2020:2581].
15. ^ Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

§ 56 Dos contratos y una única prestación de trabajo efectivo en los EEUU: el pago de la Seguridad Social en España genera un vínculo que dota de competencia judicial a los tribunales españoles.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Dos contratos de trabajo y una única prestación de servicios efectiva realizada en la empresa radicada fuera de la UE. Cuando se celebra un contrato de trabajo con una empresa norteamericana que retribuye los servicios efectivamente prestados y recibe la prestación laboral, pero a la vez se celebra un contrato meramente instrumental con otra empresa del grupo, con sede en España, para la que no se prestan servicios pero que sirve para mantener alta al trabajador y poder cotizar por él, existe un vínculo o punto de conexión con la empresa española que permite considerarla igualmente empleadora del trabajador. La demanda de despido interpuesta contra ambas empresas (y otras del grupo) los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para examinarla.*

Palabras clave: *Competencia judicial internacional. Examen de oficio. Dos contratos de trabajo del mismo trabajador con dos empresas de un mismo grupo, pero sólo una prestación efectiva de trabajo. Competencia de los tribunales españoles.*

Abstract: *Two labour contracts and only one effective provision of services for the company outside the EU. When an employment contract is entered into with a U.S. company that pays for the services effectively rendered, but at the same time, a merely instrumental contract is entered into with another company of the group, based in Spain, for which no services are rendered but which keeps the same worker registered and paying social security contributions, there is a link or point of connection with the latter that also allows the latter to be considered the employer of the worker. The claim for dismissal filed against both companies (and other companies of the group) the Spanish courts have international jurisdiction to examine it.*

Keywords: *International jurisdiction. Examination ex officio. Two employment contracts of the same employee with two companies of the same group, but only one effective provision of work. Jurisdiction of the Spanish courts.*

I. Introducción

El TS ha tenido que examinar en varias ocasiones la competencia judicial internacional cuando una persona trabajadora presta sus servicios en el marco de un grupo de empresas de carácter internacional. En tales casos, y en términos generales, la solución exige determinar exactamente quién es el empresario real de la persona trabajadora para, a partir de ahí, aplicar la normativa reguladora. En el presente caso

el problema de la normativa aplicable partía de un elemento previo nada claro: determinar exactamente cuál era el supuesto de hecho. Frente a las sentencias de suplicación que negaron toda vinculación con una empresa española del grupo porque entendían que existía una única relación laboral con la empresa americana, para el TS la sociedad española también es empresaria aunque se limitara a cotizar por la persona trabajadora al concluir que se trata de un desplazamiento temporal cubierto por el art. 5 del Convenio bilateral sobre Seguridad Social entre EEUU y España.

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. 389/2022, de 27 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 1484/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1658

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el asunto examinado el trabajador firmó un contrato de trabajo con una empresa (ABSA) en el que se acordaba que, en caso de resolución del contrato por causa no imputable al trabajador, dejando de pertenecer a la misma (ABSA) o cualquiera de sus sociedades, Abengoa Bionergy US Holding Inc. (en adelante ABUS) le abonaría una cantidad equivalente resultante de aplicar la regulación española de despido objetivo y la antigüedad tendría en cuenta los años de servicio prestados en la sociedad española ABSA, siendo el salario de referencia el que estuviera percibiendo en ese momento en ABUS. En dicha cláusula se estipulaba también que, en caso de reincorporación en ABSA en España, se tendría en cuenta a efectos de antigüedad el período completo de trabajo efectuado en ABUS y que en todo caso si el trabajador decidía firmar un Convenio Especial con la Seguridad Social española, la empresa asumiría el coste. Se pactaba igualmente la sumisión a los tribunales españoles.

El trabajador demandante celebra dos contratos en fechas cercanas. Las dos empresas pertenecen al mismo grupo mercantil. Con la empresa americana (Abengoa T&I) celebra un contrato at will, prestando el trabajador sus servicios efectivos en USA y percibiendo su salario en dicho país siendo al ser abonado directamente por la empresa americana. Con la otra empresa, la española (Instalaciones Inabensa SA), celebra un contrato indefinido dándole la empresa de alta en la Seguridad Social española casi simultáneamente al comienzo de la prestación en la empresa americana con el fin de garantizar el mantenimiento de las cotizaciones del actor a la Seguridad Social española porque no iba a cotizar en EEUU. Cuando rescinde el contrato la empresa norteamericana, la empresa española solicita al trabajador que confirme su regreso a España para seguir desempeñando sus tareas en la empresa (Instalaciones Inabensa). Ante la ausencia de respuesta, la empresa le hace saber que deben conocer su opción para organizarse, insistiendo en que por favor manifieste su intención profesional. Pasados tres meses sin respuesta, la empresa española procede a despedir al trabajador por faltas injustificadas de asistencia. El trabajador interpuso demanda por despido contra las dos empresas, así como contra otras empresas del grupo.

El Juzgado de lo social consideró que no podía entrar a juzgar el asunto por falta de competencia internacional. Recurrída la sentencia en suplicación, el TSJ la confirma. Se argumenta que la prestación efectiva de servicios y el abono de la retribución se realizaba por la sociedad estadounidense, no por la española. Por ello

considera que el verdadero empresario es la mercantil Abengoa T&I estadounidense, sobre la que no consta que tenga sucursal, agencia, o cualquier establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea, por lo que no hay conexión con los tribunales españoles.

La casación unificadora se ciñe a determinar la competencia judicial internacional.

IV. Posición de las partes

1. Del trabajador recurrente

La parte actora interpuso recurso de casación unificadora con un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 56 ET, del art. 218 LEC y del art. 25.1 LOPJ en relación con el Reglamento 44/2001, alegando que los tribunales españoles son competentes para conocer de la presente demanda.

2. De la parte empresarial

La mercantil Instalaciones Inabensa SA presentó escrito de impugnación del recurso en el que negó que concurriera el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial y solicitó la confirmación de la sentencia combatida declarando la falta de competencia de los tribunales españoles.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 25.1 LOPJ: "En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español".

Art. 5.1 del Convenio de Seguridad Social España EEUU, de 30 de septiembre de 1986: " Si una persona, asegurada por la legislación de uno de los Estados contratantes respecto al trabajo desarrollado al servicio de una Empresa en el territorio de ese Estado, es enviada por dicha Empresa a trabajar en el territorio del otro Estado contratante, sólo le será de aplicación la legislación del primer Estado contratante, como si estuviese trabajando en su territorio, siempre que el trabajo a realizar en el otro Estado no se espere que dure más de cinco años. Si dicho trabajo se hubiera de prolongar más de los citados cinco años por circunstancias imprevisibles, se continuará aplicando la legislación del primer Estado contratante por un nuevo período de un año máximo, si la autoridad competente del otro Estado contratante ha dado su conformidad. Esta prórroga deberá ser solicitada antes de que termine el período inicial de cinco años."

Reglamento 1215/2012 (aunque la parte se refiere al Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, derogado y no aplicable por el momento de interposición de la demanda):

- Art. 6.1 establece: "Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25."
- Art. 7.5: "Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 5) si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el órgano jurisdiccional en que se hallen sitios".
- Art. 8: "Una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: 1) si hay varios demandados, ante el órgano

jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente [...]"

- Art. 20: "1. En materia de contratos individuales de trabajo, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el artículo 7, punto 5, y, en caso de demanda interpuesta contra un empresario, el artículo 8, punto 1. 2. Cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro."
- Art. 21: "1. Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados o b) en otro Estado miembro: i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o ii) si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador. 2. Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)."
- Art. 63.1: "1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal."

VI. Doctrina básica

El examen en casación para la unificación de doctrina de la competencia judicial internacional constituye una materia que debe examinarse de oficio al afectar al orden público procesal de modo que no es exigible el requisito general de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial.

Para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles debe existir una "conexión laboral" de la parte demandante ininterrumpida, sucesiva y continuada con distintas empresas del grupo con reconocimiento de derechos y asunción de responsabilidades. En el caso del grupo de empresas con una pluralidad de demandada, no es suficiente con que una de ellas tenga el domicilio en España, sino que se exige además la concurrencia de los vínculos previstos en los arts. 20 y 21 del Reglamento 1215/2012 establecidos para proteger a la parte débil del contrato de trabajo. Lo relevante, así pues, es determinar quién tiene la condición de empresario a efectos de la aplicación de dicho Reglamento. Para el TJUE puede considerarse que lo es un establecimiento de una empresa distinta de la que figura formalmente como empleadora cuando concurren elementos objetivos que permiten inferir la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, incluso aunque no se haya transferido a la otra empresa las facultades de dirección. Cuando sólo existe una prestación laboral, se celebran dos contratos de trabajo con empresas distintas del grupo y una de ellas, la empresa española (Instalaciones Inabensa SA), suscribe el contrato laboral y cursa el alta de dicho trabajador en la Seguridad Social española procede a establecer "un vínculo" que obliga a declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar la extinción de dicha relación única ya que una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de

trabajo con la única finalidad de cotizar cuando el trabajador no presta ningún servicio a su favor. Debe entenderse entonces que la empresa Instalaciones Inabensa SA contrató al trabajador, cotizando a la seguridad social española, produciéndose un desplazamiento temporal del trabajador a otra empresa del mismo grupo que estaba domiciliada en los EEUU, donde efectuó sus servicios efectivos. Desplazamiento previsto en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad social entre España y EEUU, cuya consecuencia es que la condición de empleador en el momento del despido del trabajador recae tanto en la empresa española como en la americana. Al tener la primera su domicilio en España, los tribunales españoles ostentan la competencia internacional.

VII. Parte dispositiva

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador, casa y anula la sentencia del TSJ de Andalucía y resuelve el debate en suplicación en el sentido de revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de Sevilla en fecha 21 de septiembre de 2017, recurso 160/2016, para que, declarando la competencia internacional de los tribunales españoles, resuelva con libertad de criterio las cuestiones planteadas en la demanda. Sin condena al pago de las costas de los recursos.

VIII. Pasajes decisivos

- “a fin de determinar la competencia judicial internacional: cuando se demanda a varias empresas de un grupo empresarial, es menester determinar quién tiene la condición de verdadero empresario”

- “No se trata de un supuesto de pluriempleo: el actor no prestaba servicios laborales a favor de dos empresas distintas. Hubo una única prestación de servicios en los Estados Unidos. La cotización efectuada por Instalaciones Inabensa SA a la Seguridad Social española traía causa de la prestación laboral realizada por el actor en aquel país. En resumen, existió una única prestación de servicios laborales en los Estados Unidos, pero se suscribió un contrato laboral con una sociedad domiciliada en España con la finalidad de cotizar en la Seguridad Social española”

- “Si partimos de que no hubo dos prestaciones laborales distintas sino solamente una, debemos concluir que la empresa Instalaciones Inabensa SA, al suscribir el contrato con el trabajador español y cursar su alta en la Seguridad Social española, estableció un vínculo que obliga a declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar la extinción de dicha relación laboral única. Una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de trabajo con una persona con la única finalidad de cotizar a la Seguridad Social española, si el trabajador no presta ningún servicio a su favor. Sería un alta fraudulenta en la Seguridad Social”.

- “El citado contrato con Instalaciones Inabensa SA solo puede desplegar efectos si se pone en relación con el contrato suscrito por el mismo trabajador con otra empresa del mismo grupo (Abengoa T&I) domiciliada en los Estados Unidos, para la que sí que prestó servicios laborales el actor y que le abonó su salario. Ello supone que una empresa del grupo le contrató, cotizando a la Seguridad Social española, produciéndose un desplazamiento temporal del trabajador a otra empresa del mismo grupo domiciliada en los Estados Unidos, donde el actor efectuó la prestación de servicios laborales y percibió su salario. Dicho desplazamiento está previsto en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos. La consecuencia de ello es que, a efectos de determinar la competencia judicial internacional aplicando el Reglamento 1215/2012, la condición de empleador del demandante en el momento del despido recae tanto en Inabensa SA como en Abengoa T&I y, al tener la primera de esas sociedades su domicilio en España, debemos declarar la competencia internacional de los tribunales españoles”

- “El art. 2.c) del Reglamento 1215/2012 excluye expresamente de su ámbito la Seguridad Social. Sin embargo, la presente litis no versa sobre una reclamación de prestaciones de la Seguridad Social sino que se ejercita una acción de despido, que sí

que está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012. Y, para determinar si es aplicable ese reglamento, debemos valorar el vínculo existente entre esas dos empresas del grupo, materializado en el alta del demandante en la Seguridad Social española. En definitiva, Instalaciones Inabensa SA tiene la condición de empresario del actor y, al tratarse de una sociedad domiciliada en el Estado español, por aplicación del art. 21 del Reglamento 1215/2012, los órganos judiciales del Estado español son competentes para conocer de la presente demanda”.

IX. Comentario

La sentencia aborda, de nuevo, un problema sobre la determinación de la competencia judicial internacional para examinar un litigio en el que están envueltas empresas no residentes en la UE. Lo primero que debe quedar claro es que el conflicto no versa sobre una reclamación en materia de prestaciones de la seguridad social. Si así fuera, no podría tenerse en cuenta el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial ya que su art. 2.c) excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la seguridad social. Las referencias que se hacen a la seguridad social tienen a demostrar la existencia de un vínculo o punto de conexión de la relación del trabajador demandante con una de las empresas españolas codemandadas. En concreto, para el TS el hecho de que una empresa española, que forma parte de un grupo, sea la que da de alta al trabajador y procede a cotizar por él mientras dura su prestación laboral efectiva en otra empresa del mismo grupo situada fuera de la UE (en concreto en USA) constituye el eje de esa conexión que permite considerar también a Instalaciones Inabensa SA como empleadora del trabajador.

El primer obstáculo que debe despejar el TS en este caso es el entresijo que plantean los hechos declarados probados y las sucesivas y solapadas relaciones que parece que el trabajador ha ido manteniendo con varias empresas del grupo. Para ello, ciertamente, es clarificador, más que el relato de hechos probados sobre las relaciones en las empresas, las altas y las cotizaciones a la seguridad social, también probadas, que ponen de manifiesto un sucesivo mantenimiento de las cotizaciones del trabajador en cada una de las empresas del grupo por las que va pasando. El punto central del que partir se desentraña por el TS poniendo de relieve los hechos determinantes: dos contratos de trabajo, uno indefinido con una empresa española del grupo y otro con la empresa domiciliada en EEUU también del grupo. Esta segunda es la que recibe la prestación de trabajo subordinada y por cuenta ajena y quien paga el salario. Así aislada esta realidad, ciertamente, parece difícil conectar con los tribunales españoles. De hecho, el TS en un momento determinado recuerda su previa STS de 14 de septiembre de 2021, rec. 3137, donde ya manifestaba que, aunque como regla general el Reglamento 1215/2012 se aplica cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado Miembro (lo que ocurriría el caso ahora examinado con Instalaciones Inabensa SA) en aquellos supuestos en los que existe una pluralidad de demandados, el Reglamento permite (art. 20 reenviando al art. 8.1) que una persona domiciliada en un determinado EM pueda ser demandada en otro EM, domicilio de cualquiera de los otros demandados, pero sin que sea suficiente para declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles que, cuando los demandados sean varias sociedades del mismo grupo empresarial, alguna de ellas tenga su domicilio en nuestro país. Es decir, lo relevante no es que una sociedad del grupo tenga el domicilio en España para que la competencia judicial española arrastre a los demás demandados cualquiera que sea su domicilio, sino que “se acredite la existencia del preceptivo vínculo con España. El Reglamento 1215/2012 protege a la parte débil del contrato estableciendo normas tuitivas de los trabajadores, pero dichas normas exigen la concurrencia de los vínculos de los arts. 20 y 21”.

Para ello se debe analizar *quién es el verdadero empresario* de la persona trabajadora que demanda. A los efectos de descubrirlo, no se aplican las normas españolas sustantivas, sino que deben tenerse en cuenta las normas comunitarias. La ausencia de una definición de empresario en el Reglamento 1215/2012, lleva al TS a recordar que, en todo caso, el TJUE cuando ha tenido que interpretar el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, ahora derogado, ya había

advertido que el concepto de contrato de trabajo, determinante del de trabajador y de modo reflejo del de empresario, constituye un concepto autónomo cuyo objeto es el de desarrollar una actividad dependiente; en el que se crea un vínculo duradero que integra al trabajador dentro de un determinado ámbito de organización de la actividad de la empresa; y que “se localizan en el lugar de ejercicio de la actividad que es el que determina la aplicación del derecho imperativo y de los convenios colectivos”. Para el TJUE lo importante es tener en cuenta no al empresario formal sino aquel con el que el trabajador mantiene vínculos objetivos “que permiten establecer la existencia de una situación real que difiere de la que se desprende de los términos del contrato, aunque no se haya transferidos a esa otra empresa la facultad de dirección” (STJUE 15-12-2011, C-384/2010, Jan Voogsgeerd contra Navimer SA). Esta doctrina, ya se proyecta en la STS 14-9-2021 donde se afirma que cuando se demanda a varias empresas de un grupo lo decisivo es determinar quien ostenta la condición de “verdadero empresario”.

Para el TS uno de los elementos objetivos a tener en cuenta es la cotización a la Seguridad Social. Recuerda en este sentido que en esta materia impera el principio de territorialidad que implica que, como regla general, cada persona cotiza en el país en el que reside (*lex loci laboris*) que es donde se generan los beneficios de la actividad por la que se cotiza, igualando de este modo las cotizaciones de nacionales y extranjeros. Este principio presenta una excepción en el caso de desplazamiento temporal de trabajadores a un país extranjero donde a los españoles que se trasladan les alcanza la acción protectora de la seguridad social española (DA 2ª TRLGSS). Cuando el traslado temporal se realiza a los Estados Unidos el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y ese país establece que cuando el empresario es una empresa española y traslada temporalmente a un trabajador a prestar sus servicios a los EEUU, debe cotizar a la SS española cuando el traslado es de igual o menor a cinco años (prorrogables bajo ciertas condiciones).

Con este panorama normativo, el TS reconstruye el supuesto de hecho sometido a su consideración. En concreto, a diferencia de las sentencias de instancia y suplicación que se centran exclusivamente en la relación de trabajo del demandante con la empresa americana en tanto sociedad que retribuye el trabajo efectivo para ella desempeñado, el TS considera que dicha empresa forma parte de un grupo de empresas, entre las que algunas sociedades están domiciliadas en España. Aunque tal realidad, *per se*, no aboca a la competencia de los tribunales españoles, pues lo relevante es ver quién es el empleador y la existencia en tal sentido, considera que en la situación concreta se mantenían dos contratos de trabajo (uno con la empresa norteamericana y otro con la española), pero que la situación no era de pluriempleo, sino que el actor realizaba una única prestación de servicios en los EEUU ya que la empresa española tan sólo abonaba las cotizaciones. Sobre la base de que una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de trabajo con una persona con la única finalidad de cotizar por ella a la seguridad social si no recibe ninguna prestación laboral a su favor (sería un alta fraudulenta), considera que el único modo de que el contrato celebrado con la empresa española del grupo despliegue sus efectos es poniéndolo en relación con el contrato suscrito por el mismo trabajador con la otra empresa del mismo grupo domiciliada en EEUU y para la que prestaba sus servicios efectivos. Es decir, la situación descrita, para no incurrir en fraude a la seguridad social, permite concluir que, en puridad, lo que ha acaecido es que una empresa del grupo ha contratado a un trabajador, le ha dado de alta y cotiza por él en la SS española y ha decidido su desplazamiento temporal a otra empresa del mismo grupo domiciliada en los EEUU donde ha venido efectuando la prestación de servicios laborales y percibiendo su salario. Se trata, en definitiva, de la situación prevista en el art. 5 del Convenio sobre SS entre España y EEUU. Así las cosas, la empresa española ostenta la condición de empresario del actor, y al estar domiciliada en España, los órganos judiciales son competentes para conocer de la demanda en virtud del art. 21 del Reglamento 1215/2012.

Como se ve, lo más complejo era desentrañar el supuesto de hecho real y no meramente formal. Al considerar que la cotización se viabilizaba de un modo legal

(siguiendo las pautas del art. 5 del Convenio bilateral en materia de SS entre los países afectados), encuentra la conexión para otorgar la condición de empresario a la empresa española Inabensa SA. Las empresas recurridas se centran exclusivamente en la prestación real de servicios para la empresa norteamericana, rechazando por ello toda conexión con la jurisdicción española. La cuestión que se plantea es la de analizar si, en lugar de la reconstrucción de la que parte el TS para considerar lícita la actuación empresarial, se entendiera que no hay ningún desplazamiento temporal y que el contrato realizado con la empresa española en el que tan sólo se cotizaba constituía un mero fraude de ley. En tal caso, el fraude de ley constituiría una cuestión material que no tendría influencia en la competencia judicial, es decir, de haberse celebrado de modo temporal podría llevar a la consideración del contrato como indefinido, en cualquier caso, podría generar sanciones administrativas cuando se disfrutaran prestaciones indebidas (art. 23.1.c LISOS), con la devolución de lo indebidamente percibido más los intereses, o, incluso, podría ser constitutivo de delito. Tales consecuencias lo serían para la empresa española o el trabajador "vinculado" a dicha empresa y lo acaecido demostraría también una vinculación real de la relación del actor con la sociedad española. Por ello también podrían considerarse competentes los tribunales españoles para resolver dichas cuestiones, aunque, ciertamente, al margen del Reglamento europeo pues si el objeto de la controversia fuera la seguridad social, no entraría en su ámbito objetivo, debiendo acudir a las normas generales del principio de territorialidad que conectarían de nuevo con la jurisdicción española.

Por otro lado, debe resaltarse que en ningún momento el TS alude a la influencia, si alguna, que pudiera tener la cláusula de sumisión expresa a los tribunales españoles que se había firmado entre el trabajador y otras empresas pertenecientes al grupo empresarial en un documento donde básicamente se venía a reconocer la antigüedad y a garantizar derechos salariales en caso de extinción del contrato de trabajo. Las sentencias recurridas rechazan la alegación porque el acuerdo se incluía en una relación laboral con la empresa "Abengoa Bioenergía S.A." que finalizó antes de que comenzara la relación laboral con la empresa norteamericana "Abengoa T&I" y porque "desde la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no cabe la sumisión expresa o tácita en la jurisdicción social, ya que el artículo 5 de esta Ley obliga a los Juzgados y Tribunales a apreciar de oficio la falta de competencia tanto internacional, como por razón de la materia, el territorio o la función, por lo que no cabe atribuir la competencia para conocer la presente reclamación a los Tribunales españoles, con base en la existencia de una sumisión expresa que no es admisible en el orden jurisdiccional social". El TS silencia toda referencia a dicha cláusula probablemente por respeto al principio de congruencia. Pero, sobre todo, porque al entender que la normativa aplicable es el Reglamento europeo sobre competencia judicial, en virtud del principio de primacía, la normativa nacional que pudiera resultar contraria debe ser inaplicable (en el caso, el art. 5 LRJS que, según las sentencias casadas impedirían todo pacto de sumisión en materia laboral). O, incluso, y más ciertamente, porque en realidad el art. 5 LRJS tampoco puede interpretarse como pretende la sentencia de suplicación ya que el propio Reglamento europeo permite dichas cláusulas si bien las somete a límites cuando se trata del contrato de trabajo. El art. 5 LRJS no prohíbe dichas cláusulas, sino que permite que los tribunales de oficio puedan comprobar si las mismas resultan o no conformes con los parámetros legales preestablecidos que tienen en cuenta el carácter de contratante débil de la persona trabajadora. De este modo, el Reglamento europeo sobre competencia judicial en su art. 23, dentro de la sección 5 sobre "competencia en materia de contratos individuales de trabajo", permite expresamente que prevalezcan las cláusulas de sumisión judicial expresa en materia de contrato de trabajo sólo cuando los acuerdos: 1) sean posteriores al nacimiento del litigio, o 2) permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la mencionada sección. El sometimiento a los tribunales españoles, entonces, podría ser prevalente por mucho que el art. 5 LRJS reconozca el posible examen de oficio de la competencia internacional. En el presente caso, no obstante, el pacto firmado de sumisión a los tribunales españoles fue anterior al conflicto y con una empresa con la que no mantenía una relación laboral en el momento del conflicto, por lo que no sería

aplicable. Es más, al ser anterior y aunque sí pudiera tener alguna influencia que el mismo se realizara con empresas pertenecientes al grupo empresarial, en el presente caso no cumpliría tampoco la finalidad permitida por el Reglamento, cual es que a su través se permita a la persona trabajadora demandar en tribunales adicionales a los legalmente establecidos, ya que la cláusula conducía al mismo foro que las normas generales.

§ 57 Los efectos económicos de la Incapacidad Temporal prorrogada, cuando se deniega la incapacidad permanente después, subsisten hasta la fecha de notificación al interesado de la Resolución administrativa.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I de Castellón.

Resumen: *El alcance temporal de los efectos económicos de la Incapacidad Temporal cuando posteriormente se deniega la incapacidad permanente tras iniciarse el proceso de reconocimiento por parte de la Entidad Gestora, en los casos en los que la duración de la IT excede de los 365 días, es la de notificación al interesado de la Resolución de la Entidad Gestora.*

Palabras clave: *Incapacidad temporal. Incapacidad permanente. Resolución administrativa. Efectos económicos.*

Abstract: *The temporal scope of the economic effects of the Temporary Incapacity when the permanent incapacity is subsequently denied after the recognition process is initiated by the Managing Entity. The key date, when the duration of the TI exceeds 365 days, is the notification to the interested party of the Resolution of the Managing Entity.*

Keywords: *Temporary disability. Permanent disability. Administrative resolution. Economic effects.*

I. Introducción

Se plantea en el presente recurso de casación de unificación de doctrina los efectos económicos de la percepción del subsidio por IT cuando, superada la duración máxima ordinaria de la IT -es decir, los 365 días, incluso los 545 días posteriores y hasta los 730 días- (art. 174.2º LGSS) se acuerda por el INSS se retrase la calificación de la incapacidad permanente al iniciarse un proceso de reconocimiento que puede acabar con la concesión o la denegación de la IP. En este caso, como es sabido, es el INSS quien tiene la competencia de extinguir la IT y comenzar el correspondiente proceso de posible declaración de la IP -art. 170 LGSS-. El INSS da de alta, entonces, al asegurado de la IT y pone fin al subsidio, lo que da inicio al proceso de reconocimiento de la IP pero, para proteger al beneficiario de los efectos nocivos que supone carecer de prestación mientras se solventa la actuación del EVI -ya que no se percibe retribución-, se prolongan -excepcionalmente- los efectos económicos de la IT y se sigue lucrando la IT hasta que culmina el proceso y ve la luz la Resolución de Incapacidad permanente.

De lo anterior debiéramos concluir que, desde el día 545 hasta el día 730, quedaría extinguida la IT para dar comienzo al proceso de reconocimiento de la IP y los efectos económicos de la IT se aplicarían hasta que se ponga fin al proceso administrativo de reconocimiento de la IP, de forma que la fecha del mantenimiento de los efectos

económicos de la IT siempre debiera coincidir con la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de IP, y ello tanto si se concede como si se deniega la IP. No obstante, en este conflicto ocurre que el INSS actúa de forma diferente: en una fecha inicial, deniega la concesión de la IP a la trabajadora y, días después, se notifica la extinción de la IT -o más bien los efectos económicos de la IT a los que se anuda el inicio del procedimiento de reconocimiento de la IP-. Ello provoca que exista un período de tiempo durante el cual no se percibe el subsidio si la Resolución del INSS rechaza el derecho a la pensión.

El Alto Tribunal -no sin pocos obstáculos atendiendo a la literalidad de los arts. 174.4º y 5º LGSS y a la escasa cuantía de la cuantía reclamada en la demanda- da la razón a la beneficiaria y reconoce los efectos de la IT hasta el momento de la notificación de extinción de la IT, una conclusión que, simplemente, debiera ser obvia, porque desde ese momento se deja de cobrar y se exige la integración del trabajador en la empresa. El Tribunal extiende, para ello, los efectos de una doctrina judicial previa que parecía quedar constreñida al supuesto contemplado en el art. 174.4º LGSS y recurre, también, al contenido de preceptos conexos, efectuando una imprescindible interpretación sistemática.

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. 394/2022, de 27 de abril.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 78/2021.

ECLI:ES:TS:2022:1732.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los términos del debate

De acuerdo con los Hechos probados, la trabajadora -vigilante de seguridad- cursa un primer período de IT -hasta el 12 de mayo de 2017- por un total de 521 días y posteriormente, como consecuencia de una recaída, accede nuevamente a la situación de IT -el 19 de septiembre de 2017- hasta el 14 de marzo de 2018, es decir, durante 177 días más. El INSS, mediante Resolución de 15 de marzo de 2018, deniega a la trabajadora la prestación de incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones un grado suficiente de disminución de la incapacidad laboral y, días después, el 17 de abril de 2018, el INSS comunica la Resolución que pone fin a los 698 días de baja por IT.

La Entidad Gestora sostiene que la extinción de la IT se produce al denegarse la pensión de incapacidad permanente, lo que sucede previamente a la extinción de la IT; por el contrario, la trabajadora mantiene que tiene derecho a la IT hasta que se le notifica la Resolución de extinción de la IT, lo que ocurre posteriormente. La trabajadora reclama al INSS los días transcurridos entre una fecha y otra y solicita la percepción de la IT desde el 15 de marzo de 2018 al 17 de abril de 2018, los días en los que no se le ha abonado la prestación. En suma, la cuantía de lo reclamado asciende a 386,76 euros (35,16 euros/día, por 28 días de subsidio por IT).

2. Pronunciamientos previos al actual recurso de casación

El Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid, en su Sentencia de 18 de enero de 2019, desestima la demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería

General de la Seguridad Social y la Mutua Universal Mugemat nº 10 y absuelve a estos Organismos de los pedimentos deducidos en su contra. La Sentencia acude al criterio de la STS de 12 de enero de 2001, de acuerdo con el cual los efectos de la IT se prorrogan hasta que el INSS califica la incapacidad permanente que ha sido solicitada, y ello con independencia de que ésta se reconozca o se deniegue.

Tras interponerse recurso de suplicación por la trabajadora, la Sentencia 1021/2020, de 23 de noviembre, de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, lo desestima. El Tribunal, lo primero, se plantea y asume la admisión de su competencia funcional de forma implícita, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Supremo en Sentencias dictadas en litigios sobre la misma materia y distingue, en segundo lugar, este caso de los procesos de IT no prorrogados que acaban con alta médica: aquí nos encontramos con una IT prorrogada que finaliza con la calificación del INSS. El Tribunal acude, para resolver el conflicto, a la doctrina inserta en las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012 (nº rec. 715/2011) y de 2 de diciembre de 2014 (nº rec. 573/2014) y aplica la doctrina judicial al caso de la IT no prorrogada que finaliza con alta médica, descartando la asunción de dicha doctrina al caso actual: el supuesto de la IT prorrogada que finaliza con la calificación del INSS.

IV. Posición de las partes

1. Acerca de la doctrina judicial válida

La trabajadora recurrente entiende que la Sentencia infringe las previsiones de los arts. 170 y 174 LGSS, así como la doctrina del TS contenida en las Sentencias de 2 de diciembre de 2014 (nº rec. 573/2014) y de 18 de enero de 2012 (nº rec. 715/2012), doctrina a la que acude igualmente -como se señala más arriba- la mentada Sentencia que ahora se impugna para llegar a la solución contraria de la que ahora se postula.

Por su parte, la abogada y representante de la Mutua, MUGENAT entiende que la doctrina válida es la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (nº rec. 1834/2000) -a la que acude la Sentencia del Juzgado de lo Social que desestima la demanda inicialmente por la trabajadora-, e igualmente, la letrada de la Seguridad Social sostiene que la doctrina judicial invocada por el recurso responde a un supuesto diferente al que aquí concurre y que hay que estar a la jurisprudencia de 2000 y 2001.

2. Acerca de la validez del acceso al recurso de suplicación

Una de las cuestiones en las que se detiene el Tribunal es acerca del acceso de las partes al recurso de suplicación ya que el representante del Ministerio Fiscal, en su escrito de 16 de diciembre de 2021, pone de relieve que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social era irrecurrible por razón de cuantía y tampoco concurre afectación general, de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta; asimismo, también la abogada y representante de la Mutua, MUGENAT, en su escrito de 23 de noviembre de 2021, está de acuerdo con el Ministerio Fiscal en que la sentencia no era recurrible en suplicación por así derivarse del art. 191.2.g) LRJS. Antes de resolver dicha cuestión, recuerda el Alto Tribunal que el acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía, o de la modalidad procesal, puede ser examinado incluso de oficio en el trámite de dictar sentencia, previamente a analizar si concurre la contradicción entre las Sentencias aportadas para dar solución al recurso de casación y recuerda, para ello, el contenido de los arts. 191.2.g), 191.3.c) y el art. 191.3.b) de la LRJS.

De tales preceptos se deduce que no procede el recurso de suplicación en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros y tampoco procede el recurso en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador. Igualmente, se incorporan una serie de asuntos en los que siempre es posible recurrir la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social; así, son recurribles los procesos que versen sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social y sobre el grado de incapacidad permanente aplicable. Y el recurso

de suplicación también procede cuando concurre una litigiosidad o afectación masiva, más concretamente, en reclamaciones, acumuladas o no, cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

2.1 No se discute el acceso a una prestación

Sostiene la recurrente que la Sentencia de instancia es recurrible en suplicación porque está en juego el reconocimiento de una prestación de seguridad social, lo que habilita el recurso independientemente del importe de ésta. No obstante, acudiendo a la doctrina inserta en la Sentencia del TS 27/2021, de 13 de enero (nº rec. 276/2020) - entre otras- el Alto Tribunal rechaza esta alegación dado que el presente proceso no versa sobre el derecho a la percepción de la prestación, que ya fue pacíficamente reconocida a la demandante sino, solo y exclusivamente, sobre el alcance temporal de la misma, es decir sobre la fecha de efectos de su extinción y más concretamente se trata de una reclamación de cantidad derivada del alcance temporal de la prestación reconocida.

Así las cosas, lo que se debate no es el derecho a la percepción del subsidio por IT sino su eventual prolongación durante diez días más de lo que el INSS considera correcto. Y se litiga acerca del abono del subsidio de IT correspondiente al período que medió entre el alta médica, tras denegarse la situación de incapacidad permanente, y la notificación por la Entidad Gestora de su Resolución, cuya traducción económica no alcanza al *quantum* exigido por el texto procesal para articular el recurso de suplicación.

2.2 Se trata de una afectación masiva por la aplicación de la STS 310/2022, de 6 de abril

El Tribunal, lo primero, da la razón al Ministerio Fiscal cuando expone que la Sala 4ª ha considerado -en multitud de pronunciamientos previos- que el tipo de litigio que aquí se sostiene no es merecedor de la catalogación como masiva o generalizada a los efectos de el acceso al recurso de suplicación. No obstante, recuerda el Tribunal el cambio de criterio de la doctrina de la Sala introducido en la STS 310/2022, de 6 de abril, doctrina a la que se acude.

Así, señala el Tribunal que la notoriedad que abre el acceso al recurso de suplicación no puede ser una notoriedad absoluta y general, sino que, para su apreciación, basta con que por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal. La afectación general tampoco está concebida como un derecho de las partes, sino que, más bien, se configura como un instrumento que tiene por objeto conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena medida de la condición de orden público. El legislador pretende que, por esta vía, no queden sin acceso al recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que puedan trascender de esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, de una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior, de manera que se obedezca, con ello, al interés abstracto de la defensa "ius constitutionis" y la garantía de uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional, como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley^[1]. Además de ello, la afectación general no puede confundirse, tampoco, con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma sino que requiere que esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate, de manera que no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es lo que hay que tener en cuenta, a efectos de la afectación general^[2].

De acuerdo con las razones anteriormente expuestas, la STS 310/2022, de 6 de abril, nº rec. 1289/2021, admite el acceso al recurso de suplicación en aquellos litigios de cualquier cuantía si la cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuere notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

Por tanto, concluye el Alto Tribunal que, de acuerdo con lo entendido por la Sentencia ahora recurrida, la Sentencia de instancia sí era recurrible en suplicación, vista la efectiva existencia del elevado nivel de litigiosidad que se desprende de los numerosos procedimientos de los que tiene constancia este Tribunal, lo que evidencia el carácter notorio de la afectación general, pese a que la misma no hubiere sido alegada y probada por ninguno de los litigantes.

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 174 LGSS. Extinción del derecho al subsidio

1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social; o por fallecimiento.

A efectos de determinar la duración del subsidio, se computarán los períodos de recaída en un mismo proceso.

Cuando, iniciado un expediente de incapacidad permanente antes de que hubieran transcurrido los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal, se denegara el derecho a la prestación de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador. En estos casos se reanudará el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los quinientos cuarenta y cinco días, como máximo.

2. Cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales fijado en el apartado anterior, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los setecientos treinta días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos.

Durante los períodos previstos en este apartado, de tres meses y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar.

3. Extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, solo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente.

Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, aun cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido ciento ochenta días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Para ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

4. El alta médica con propuesta de incapacidad permanente, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los trescientos sesenta y cinco días de duración, extinguirá la situación de incapacidad temporal.

Si, al agotamiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordase la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de cumplimiento del indicado plazo. Cuando, en el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 170.2, el Instituto Nacional de la Seguridad Social hubiese acordado la prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, y durante la misma iniciase un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de la resolución por la que se acuerde dicha iniciación.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente, o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente.

En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, los efectos de la prestación económica de incapacidad permanente coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal.

VI. Doctrina básica

1. Acerca de la procedencia del recurso: sobre la contradicción de las sentencias

Concluye el Tribunal que sí aparece la contradicción entre la Sentencia impugnada y la otra resolución judicial aportada, tal como exige el art. 219 LRJS, para lo que se requiere que la contradicción surja por la oposición de pronunciamientos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

La Sentencia aportada como contraste por la recurrente es la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, nº 249/2017, de 31 de marzo (nº rec. 707/2016). En ella se desestima el recurso del INSS aplicando la doctrina unificada por la STS de 2 de diciembre de 2014 (nº rec. 573/2014). Sostiene el Tribunal que las Sentencias opuestas abordan casos de beneficiarios de IT a quienes se les extingue la prestación mediante la Resolución que deniega el reconocimiento de la incapacidad permanente. No obstante, la Sentencia recurrida entiende que debe ponerse fin al pago del subsidio en fecha de esa Resolución, mientras que la Sentencia referencial considera que el

pago del subsidio debe extenderse hasta la fecha de notificación de la extinción de este mismo subsidio al interesado, motivo por el que se entiende que sí aparece la contradicción exigida.

2. La doctrina pertinente (1): la contenida en las sentencias de 2 de diciembre de 2014 y de 18 de enero de 2012

Esta doctrina es considerada como pertinente por el Tribunal para resolver el presente conflicto, aunque -como señalábamos más arriba- estos mismos pronunciamientos habían servido de apoyo tanto a la Sentencia recurrida como a la referencial para alcanzar conclusiones opuestas. Por ello, el acudir a tales pronunciamientos exige indagar, antes, en la comprensión de su verdadero contenido. Así, sostiene el Tribunal que en tales pronunciamientos efectivamente se dijo que la fecha de resolución del INSS resultaba decisiva para la extinción del derecho a cobrar el subsidio de incapacidad temporal, pero que la modificación normativa producida con la Ley 40/2007 en el art. 128.1.a) LGSS había obligado a modificar aquel criterio para concluir que el abono de la prestación debe mantenerse hasta la fecha de notificación de la resolución administrativa. Allí se sostiene -continúa el Tribunal- que el subsidio de incapacidad temporal debe subsistir hasta esa notificación "porque sólo a partir de ese momento el trabajador debe incorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, sólo entonces tendrá derecho a lucrar el correspondiente salario. De ahí que la mayor o menor demora en la notificación de la resolución administrativa en la que se declara el alta médica no pueda perjudicar al beneficiario de la prestación".

Y, además, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo un trámite de disconformidad del interesado, modificando el art. 128.1.a) LGSS, por lo que ocurre que, en este caso: a) El interesado tiene un plazo de cuatro días para manifestar su disconformidad ante la inspección médica; y b) El alta médica adquiere plenos efectos si, en el plazo de siete días, la inspección confirma la decisión o transcurridos once días naturales siguientes a la resolución sin pronunciamiento alguno de la Entidad Gestora. Por lo que se entiende que "ello presupone la notificación de la resolución por la que se acuerda el alta médica, pues de otro modo se hace imposible que el interesado pueda mostrar su disconformidad".

A mayor abundamiento, sigue relatando el Alto Tribunal, poníamos de relieve que "En todo caso, el precepto establece literalmente que "Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal". Por consiguiente, esa prórroga excepcional se da en aquellos supuestos en que, tras la notificación, el interesado inicia el trámite de disconformidad y persiste, como máximo, durante los once días naturales siguientes a la resolución. De otro lado, la posibilidad de que dicho trámite arranque se mantiene durante los cuatro días siguientes a la notificación del alta médica, plazo que posee el interesado para mostrar su disconformidad. De ahí que pueda negarse que los efectos del alta médica queden fijados en la misma fecha de la resolución, resultando clara que para este tipo de acto administrativo existe un régimen específico legalmente diseñado que impide aplicar el régimen general de los actos administrativos, ...".

3. La doctrina pertinente (2): la contenida en la sentencia del tribunal supremo 310/2022, de 6 de abril (rcud. 1289/2021)

Como apoyo a la anterior conclusión acude el Alto Tribunal a la doctrina inserta en la STS 310/2022, de 6 de abril donde se confirma la doctrina previamente expuesta al proyectarse sobre un caso similar al actual.

Así, la anterior interpretación queda avalada, además, -continúa el Tribunal- por la nueva redacción del art. 170.2º LGSS, tras la modificación introducida por la Ley 3/2017, de 27 de junio, ya que dicho precepto establece que, una vez agotado el plazo de duración de la incapacidad temporal de trescientos sesenta y cinco días, corresponde al INSS la decisión de prorrogar esa situación, iniciar un expediente de incapacidad permanente o emitir el alta médica. Y el nuevo párrafo añadido por la

citada Ley 3/2017, dispone que cuando el INSS dicte la Resolución por la que se acuerde el alta médica, conforme a lo indicado en el párrafo anterior, cesa la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación el día en el que se dicte dicha Resolución y expresamente se señala que, en ese caso, se abona directamente por la Entidad Gestora o la Mutua colaboradora con la Seguridad Social el subsidio correspondiente durante el periodo que transcurra entre la fecha de la citada Resolución y su notificación al interesado. Asimismo, se señala también que las empresas que colaboren en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal conforme a lo previsto en el artículo 102.1 a) o b), vienen igualmente obligadas al pago directo del subsidio correspondiente al referido periodo.

De esta forma, queda claro que, de acuerdo con lo señalado en el art. 170.2º LGSS, el abono del subsidio ha de prolongarse hasta la fecha de notificación al interesado de la Resolución de la Entidad gestora.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal estima el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida y revocando también la sentencia de instancia, con la estimación de la demanda y el reconocimiento del derecho de la actora a percibir el subsidio de incapacidad temporal hasta el 17 de abril de 2018. Se condena, pues, a la Mutua (entidad responsable del pago) al abono de la cantidad de 386,76 €.

VIII. Comentario

Se trata este supuesto de un conflicto que afortunadamente llega a resolver el Alto Tribunal, a pesar de que el monto económico de la cantidad reclamada en la demanda no alcanza siquiera a los 400 euros ya que se entiende que aquí concurre la afectación masiva. Efectivamente, tanto la STSJ -que finalmente se revoca- como el TS en el presente recurso, entienden que concurre la afectación masiva a que hace referencia el art. 193 LRJS para admitir el acceso al recurso de suplicación. A este respecto, resulta relevante que el TS reproduzca su más actual doctrina para concluir que lo esencial es, para que este debate pueda ser resuelto en suplicación, no tanto que exista una notoriedad absoluta o general, sino que esta notoriedad sea apreciada por el Tribunal atendiendo a la naturaleza de la cuestión, a las circunstancias que concurren o a la existencia de numerosos procesos en los que se debate la misma pretensión. Lo anterior tiene que ver con la necesidad de que el recurso de suplicación pueda servir como instrumento para conseguir una unidad de doctrina que sirva para establecer una unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos que sea necesario implementar por una necesidad de orden público. Y esta necesidad de orden público es claro que aquí acontece, a pesar de la escasa cuantía que, individualmente, ha sido reclamada por la trabajadora accionante.

Pero, además, este pronunciamiento es relevante porque la doctrina judicial a la que el Alto Tribunal acude en este RCUD es extendida más allá de los términos en los que ésta había sido establecida. Y ello porque dicha doctrina se había usado sólo en supuestos en los que la propuesta de incapacidad permanente es expedida, y denegada, antes de que el proceso de IT alcance los 365 días, cuando aparece un período de tiempo entre el momento en el que dicha propuesta se expide y el momento en el que ésta es comunicada al interesado. En este caso el alta médica, con propuesta de incapacidad permanente, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los 365 días de duración, es lo que extinguiría la situación de incapacidad temporal; no obstante, entendía el TS^[3] que los efectos de la IT habían de extenderse hasta que el interesado recibiese la notificación del INSS, no desde la fecha de la Resolución del INSS.

Y se alcanzaba esta conclusión por dos operaciones: la primera de ellas, al efectuar una interpretación lógica y sistemática de los previos arts. 131 y 128 LGSS - los actuales arts. 170 y 174 LGSS- y la segunda de ellas, al descartar la aplicación de la doctrina previa del TS -de los años 2000 y 2001^[4]- doctrina de la que se deduce que la fecha de la Resolución del INSS era lo decisivo. Aquella doctrina solamente se

podía aplicar a los casos en los que la IT quedaba por debajo de su duración máxima, y ello implicaba llegar a la solución contraria cuando la IT excediese de los plazos de duración ordinaria (545-730 días), supuesto que es el que aquí concurre.

El TS importa, actualiza y amplía, ahora, aquella interpretación lógico-sistemática que llevara a cabo el Tribunal en su Sentencia del 2 de diciembre de 2014 y se apoya -también- en la más reciente doctrina de 6 de abril de 2022, para sustentar sus argumentos. La necesidad de llevar a cabo el trámite de disconformidad tras el alta médica y la obligación de que la Entidad Gestora o la Mutua colaboradora abonen el subsidio durante el período que transcurra entre la Resolución del INSS y su notificación al interesado -menciones que expresamente aparecen hoy en otros preceptos de la LGSS- avalan esta conclusión, de manera que queda claro que el abono del subsidio de IT debe persistir hasta que se le notifique al interesado la Resolución de la Entidad Gestora, a pesar de que señala literalmente el art. 174.5º LGSS. Lo esencial, es, por tanto, la fecha en la que se le notifica al trabajador cuándo debe reincorporarse a su puesto de trabajo, fecha que es la que ha de tenerse en cuenta y no la fecha de la Resolución administrativa del INSS.

IX. Apunte final

Aunque parece exigua la cantidad conseguida por la trabajadora postulante, por esta vía el INSS y las Mutuas quedaban eximidas de abonar unos días de subsidio a un gran colectivo de perceptores, algo que ya no ocurrirá. Estábamos ante una interpretación muy restrictiva que solamente atendía a la literalidad del art. 174.5º LGSS sin detenerse a analizar la situación a la que quedaban expuestos los asegurados y descuidando, también, la imposibilidad de hacer cumplir lo preceptuado en otros preceptos.

Referencias:

1. ^ STS de 16 de diciembre de 2009, nº rec. 4376/2008; 25 de mayo de 2010, nº rec. 2404/2009.
2. ^ STS de 2 de junio de 2016, nº rec. 3820/2014 y STS de 7 de junio de 2017, nº rec. 3039/2014; STS de 24 de octubre de 2017, nº rec. 1160/2016.
3. ^ En su Sentencia de 2 de diciembre de 2014, nº rec. 573/2014 se puede leer en los Hechos probados que no coinciden las fechas de la fecha de la Resolución en la que se acuerda el alta médica del trabajador y la Resolución recibida por el interesado al señalarse que: *El actor inició un proceso de incapacidad temporal derivada de contingencia común el día 4 de marzo de 2008. En fecha 16 de marzo de 2009, por el INSS se emitió alta médica, agotada la duración máxima de doce meses de percepción del subsidio. Resolución recibida por el actor en fecha 24 de marzo de 2009, mediante correo certificado.*
4. ^ Señalaba la STS de 12 de enero de 2001, nº rec. 1834/2000 que el art. 57º de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, prescribe que *“los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo... producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.* Siendo evidente que en la resolución del INSS de autos no se establece salvedad alguna en relación a los efectos de la misma en lo que concierne a la extinción de la prestación de incapacidad temporal.

§ 58 **Antecedentes penales, protección de datos y su control por empresas de seguridad en personal de nueva incorporación.**

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *Análisis de la sentencia de la Sala Cuarta que desestima el recurso de casación ordinario formalizado por una empresa de seguridad privada frente a la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en procedimiento de conflicto colectivo, que elimina la práctica empresarial consistente en recabar a los trabajadores que ingresan a su plantilla por vía subrogatoria, de un documento en donde aquéllos manifiesten que, en los últimos cinco años, carecen de todo tipo de antecedentes penales en los países en donde habían residido.*

Palabras clave: *Antecedentes penales. Datos personales. Tratamiento de datos.*

Abstract: *We will analyze the ruling of the Fourth Chamber that dismisses the ordinary appeal formalized by a security company against the ruling issued by the Social Chamber of the National High Court, in a collective dispute procedure, which eliminates the business practice consisting of collecting workers who enter their workforce by subrogation, of a document where they state that, in the last five years, they lack any type of criminal record in the countries where they have resided.*

Keywords: *Criminal record. Personal information. Data treatment.*

I. Introducción

Analizaremos la sentencia de la Sala Cuarta que desestimó el recurso de casación ordinario formalizado por la empresa de seguridad S.S.E. frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en procedimiento de conflicto colectivo, que elimina la práctica empresarial consistente en recabar a los trabajadores que ingresaban en su plantilla por vía subrogatoria, de un documento en donde aquéllos manifestaban que, en los últimos cinco años, carecían de todo tipo de antecedentes penales en los países en donde han residido.

Se trata de una interesante resolución en la que en de manera conjunta, y tras descartar los motivos de revisión fáctica, ahonda nuestro Alto Tribunal en los argumentos ofrecidos por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para rechazar la práctica empresarial en cuestión, evidenciando una incorrecta selección de la censura jurídica y de doctrina jurisprudencial escogida por la empresa, para concluir que no contaba aquella la con cobertura legal suficiente para adoptar la medida cuestionada; no siendo, por otra parte, necesaria la misma para la correcta ejecución del objeto y finalidad del contrato^[1].

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 435, de 12 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RC núm. 70/2020.

ECLI:ES:TS 2022:1860

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Nos encontramos ante la impugnación por parte del Sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada, por la vía del procedimiento de conflicto colectivo, de la medida adoptada por una empresa de seguridad consistente en solicitar a los trabajadores de “nueva incorporación” de un “certificado” o “declaración” de no estar incurso en antecedentes penales de cualquier tipo (sea por delitos dolosos o menos graves).

Resulta, que la empresa demandada presentaba a firmar a los trabajadores que se incorporaban a su plantilla subrogados de terceras empresas un formulario en que se declaraba que en los países en los que se había residido en los últimos cinco años carecían de antecedentes penales en vigor. También consta acreditado que ningún trabajador fue despedido por negarse a suscribir tal formulario.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 10 de febrero de 2020^[2], tras declarar que los antecedentes penales son datos de carácter personal^[3] y analizar la normativa que disciplina los mismos, razona que el tratamiento de datos de esta naturaleza en el marco de una relación laboral está condicionado a la necesidad del tratamiento para la efectiva prestación del servicio^[4]; añadiendo que no se trata de cualquier tipo de dato personal sino de datos “especialmente sensibles”^[5] únicamente sometidos a supervisión de las autoridades públicas. Es por ello, por lo que concluye la Sala que para que la medida impugnada pudiera ser calificada como ajustada a derecho debería reunir dos requisitos: primero, ser necesaria para la ejecución del trabajo; y segundo, contar con la suficiente habilitación legal que facultara a la empresa de seguridad a actuar en tal sentido. Y tras el análisis pormenorizado de la normativa vigente sobre seguridad privada^[6] colige la Sala que no concurre ninguno de los presupuestos referidos al carecer la compañía de habilitación suficiente para recabar los antecedentes en cuestión con carácter previo a la incorporación de los trabajadores a su plantilla, ni quedando acreditado que tal proceder, en su caso, fuera esencial para la prestación del servicio, toda vez que la negativa a rubricar el documento ni comprometía el normal desenvolvimiento de la subrogación, ni dio lugar a despido alguno.

En definitiva, afirma la Sala que *“en modo alguno las empresas de seguridad estén facultadas para recabar datos referentes a condenas penales de los vigilantes de seguridad. Si bien para obtener la correspondiente habilitación que da derecho a la obtención de la tarjeta de identificación profesional es necesario que el trabajador en cuestión carezca de antecedentes penales en vigor, lo cierto es que ninguna intervención en la gestión y expedición de las mismas encomienda la legislación vigente a las empresas de seguridad”*, y estimando la demanda condena a la empresa a *“eliminar la práctica de todos sus centros de trabajo de solicitar a los trabajadores de nueva incorporación, un certificado o declaración de no estar incurso en antecedentes penales, condenándola a estar y pasar por dicha declaración”*.

IV. Posición de las partes

Frente a tal resolución recurre en casación ordinaria la mercantil demandada sosteniendo que los datos personales tratados por la empresa fueron voluntariamente cedidos por los trabajadores con su expreso consentimiento, con lo que no se produce intromisión ilegítima alguna en el derecho de intimidad de aquéllos; añadiendo que tal consentimiento no sería ni tan quiera necesario al ser preciso conocer dicho dato para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala, en la resolución comentada, se enfrenta al análisis del artículo 2.2 de 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 en cuya virtud *“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios”*; así como de los artículos 6.1 y 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) que disponen que *“El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento 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; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones”* y que *“Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”* Añadiendo a continuación los supuestos en que se excepciona.

VI. Doctrina básica

Son varias las cuestiones sobre las que se pronuncia nuestro Alto Tribunal. En primer término, sobre cuál es la naturaleza jurídica de los antecedentes penales, concluyendo de manera armónica con la Sala autora de la resolución impugnada, que son datos de carácter personal sujetos a confidencialidad y, por consiguiente, se encuentran protegidos por el derecho fundamental de protección de datos consagrado en el artículo 18.4 de la CE y 8 del CEDH.

Sentada esta cuestión esencial, continúa razonando la Sala Cuarta que el tratamiento de antecedentes penales para fines distintos de la prevención,

investigación, detección y el enjuiciamiento de infracciones penales sólo puede realizarse cuando esté amparado en una norma con rango de ley, extremo que no concurre en el caso de autos, pues *“en el marco de las relaciones de vigilantes de seguridad se olvida que los antecedentes penales son requisito de acceso a las pruebas de selección para la obtención de las habilidades profesionales”* de quienes aspiran a ser a tales; por lo tanto el control de los antecedentes no incide en la ejecución del contrato de trabajo sino que es un dato que sólo ha de ser manejado por quien tienen competencia para expedir la habilitación para el ejercicio de la profesión de vigilante de seguridad. Al vigilante de seguridad le basta con acreditar que está habilitado para el ejercicio de tales funciones, en tanto en cuanto que es acreedor de la tarjeta de identidad profesional correspondiente expedida por la autoridad administrativa, que no es otra que la Administración General del Estado a través del Ministerio de Interior y de sus correspondientes Delegaciones y subdelegaciones de Gobierno.

Es competencia exclusivamente administrativa la supervisión y control del mantenimiento y conservación de los requisitos que da acceso a la obtención de la referida habilitación^[7].

En definitiva, lo que se está cuestionando en el procedimiento no es la validez de la información recabada por estar consentida, o no, previamente por el trabajador; sino si la empresa tienen necesidad de recabar esa información para la ejecución del contrato, y tal actuación no se muestra como necesaria, pues operando en todo caso la subrogación como resulta acreditado (aun cuando pudieran existir tales antecedentes) por imperativo convencional y legal la obtención de tal información no tendría utilidad alguna.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia recurrida, sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos esenciales en el extenso fundamento de derecho cuarto, donde analiza los argumentos manejados por la Sentencia recurrida, para ampliarlos y desestimar el recurso formalizado por la empresa de seguridad demandada.

IX. Comentario

Visto el contenido de la controversia, la primera cuestión que conviene recordar es que el artículo primero del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos define en su artículo cuatro.1 qué es lo que ha de entenderse por “datos personales” indicando que son *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”* añade el apartado segundo que se considera tratamiento *“tratamiento: 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”*.

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales da un paso más allá y clasifica los datos personales en los artículos 9 (categorías especiales de datos) y 10 “datos de naturaleza penal” respecto de los cuales señala que *“el tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, solo podrá llevarse a cabo cuando se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión, en esta ley orgánica o en otras normas de rango legal”*.

Esa norma con rango legal a la que se refiere dicho precepto no puede ser otra, como bien dispone la Sala Cuarta que la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada que es la que disciplina el ejercicio de la actividad profesional objeto del conflicto, de la que interesa reseñar los artículos 11 y 12, que disponen que *“Serán objeto de inscripción de oficio en el Registro Nacional de Seguridad Privada del Ministerio del Interior, una vez concedidas las pertinentes autorizaciones o, en su caso, presentadas las declaraciones responsables, u obtenidas las preceptivas habilitaciones o acreditaciones, el personal de seguridad privada, las empresas de seguridad privada y los despachos de detectives privados, así como delegaciones y sucursales, los centros de formación del personal de seguridad privada y las centrales receptoras de alarma de uso propio, cuando no sean objeto de inscripción en los registros de las comunidades autónomas. Igualmente, se inscribirán en el Registro Nacional de Seguridad Privada las sanciones impuestas en materia de seguridad privada, las comunicaciones de los contratos y sus modificaciones y cuantos datos sean necesarios para las actuaciones de control y gestión de la seguridad privada, cuando tales sanciones, comunicaciones y datos se refieran a servicios de seguridad privada que se presten en un ámbito territorial distinto al de una comunidad autónoma con competencia en materia de seguridad privada”* añadiendo el artículo 12.1.c) que *“Corresponde a la Administración General del Estado, a través del Ministerio del Interior y, en su caso, de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades: c) La habilitación e inhabilitación del personal de seguridad privada, y la determinación del armamento, documentación, uniformidad, distintivos y medios de defensa de dicho personal, así como la acreditación, en todo caso, de los ingenieros y técnicos de las empresas de seguridad y de los operadores de seguridad”*.

Por otro lado, el artículo 27 de la citada norma establece que *“Para el ejercicio de las funciones de seguridad privada, el personal al que se refiere el artículo anterior habrá de obtener previamente la correspondiente habilitación del Ministerio del Interior, en los términos que reglamentariamente se determinen. 2. A quienes soliciten la habilitación, previa comprobación de que reúnen los requisitos necesarios, se les expedirá la tarjeta de identidad profesional, que incluirá todas las habilitaciones de las que el titular disponga. La tarjeta de identidad profesional constituirá el documento público de acreditación del personal de seguridad privada mientras se encuentra en el ejercicio de sus funciones profesionales...”* añadiendo el artículo 28.1 e) *“Para la obtención de las habilitaciones profesionales indicadas en el artículo anterior, los aspirantes habrán de reunir, los siguientes requisitos generales: Carecer de antecedentes penales por delitos dolosos”*.

La Sala, a la vista de este acervo normativo, que curiosamente es obviado por quien recurre al centrar su debate en la protección del derecho a la intimidad y en una incorrecta selección de doctrina jurisprudencial que no guarda relación con el supuesto enjuiciado^[8], concluye que no existe norma legal alguna que dé cobertura a la actuación empresarial, pues la totalidad de trabajadores a subrogar vía convencional ya contarán con la previa autorización administrativa para el desempeño de la actividad de vigilante de seguridad, con lo que ya habrán acreditado ante la autoridad competente la ausencia de antecedentes penales por delitos dolosos (que son a los que se refiere la Ley de Seguridad Privada, y no otros, como pretendía la compañía).

A este respecto, sí conviene recordar que el Tribunal Constitucional en Sentencia 44/1999 de 22 de julio, aborda la trascendencia del derecho a la intimidad y el régimen jurídico del Registro de Penados y Rebeldes, o la Sentencia de la Sala Cuarta de 25 de febrero de 2014^[9] donde nuestro más Alto Tribunal aborda “*si la nueva adjudicataria de una contrata de seguridad viene obligada a subrogarse en el personal ocupado por la empresa anterior en la contrata, cuando el trabajador de que se trate carezca de la tarjeta de identidad profesional (TIP)*” y allí la Sala concluyó que “*la Ley 23/1992 actúa como ley especial que justifica un régimen más estricto en la clasificación profesional del personal, ordenando " un conjunto de controles o intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares (...) a carencia de esa autorización administrativa es aquí, pues, esencial y afecta a la recta configuración de la relación jurídica contractual entre trabajador y empresario*”.^[10]

X. Apunte final

Como se comprueba de lo expuesto son varias las cuestiones que se analizan, primero por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y más tarde en la misma línea argumentativa por la Sala Cuarta. En primer lugar, las fronteras de delimitación del concepto de “antecedentes penales” como dato de carácter personal en los términos definidos por la normativa europea e interna en materia de protección de datos; y en consecuencia, cuyo tratamiento se encuentra especialmente protegido y reservado a las autoridades públicas, y sometido a una cobertura legislativa con rango de ley.

En segundo término, se analiza la utilidad de la medida empresarial, para descartarla; sorprendiendo el contenido de las verdades procesales contenidas en la sentencia de la Audiencia, en la medida en que se declara probado que ningún trabajador fue despedido como consecuencia de su negativa a firmar el documento en cuestión, así como que la subrogación empresarial operaba con independencia del buen fin, o no, de tal exigencia empresarial.

En definitiva, cabe cuanto menos cuestionarse cuál era la finalidad de la medida cuestionada, pues si de conformidad con la normativa sobre seguridad privada a que nos hemos referidos más arriba no cabe el ejercicio de las funciones de vigilante de seguridad sin la previa obtención de la tarjeta TIP, para lo cual es preciso acreditar ante la autoridad administrativa competente la ausencia de antecedentes penales derivados de delitos doloso, resultaría carente de utilidad alguna recabar con carácter previo a la prestación de servicios una información como la que nos ocupa.

En cualquier caso, asuntos como el que examinamos ponen sobre la mesa la cada vez mayor importancia de cuestiones vinculadas con la protección de datos, como derecho como derecho fundamental titularidad de las personas trabajadoras integrado dentro del artículo 18 de la Constitución y del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en las diferentes esferas del desenvolvimiento de la prestación de trabajo.

Referencias:

1. ^ En este sentido <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/05/vigilantes-de-seguridad-requisitos-para.html>.
2. ^ En Procedimiento de conflicto colectivo 148/2019.
3. ^ Pues así lo deduce de la interpretación del artículo 4 apartado 1) del Reglamento 2016/679 del Parlamento y del Consejo europeo, (en cuya virtud son “datos personales”: toda información sobre una persona física

identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona y del mero hecho de solicitar cualquier referencia a los mismos supone un acto de tratamiento con arreglo a la segunda de las definiciones que se contienen en el apartado 2 del citado art.4”). Añade la Sala que en este mismo sentido se pronuncia la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales concluyendo que son datos protegidos por el “derecho fundamental a la protección de datos que emana tanto del art. 18.1 y 4 de la CE (STC 292/2000 y posteriores), así como del art. 8 del CEDDHH”.

4. ^ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.
5. ^ En atención a lo dispuesto en el artículo 10 de la norma europea, que bajo la rúbrica “Tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales” dispone que “El tratamiento de datos personales relativos a condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas sobre la base del artículo 6, apartado 1, sólo podrá llevarse a cabo bajo la supervisión de las autoridades públicas o cuando lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas para los derechos y libertades de los interesados. Solo podrá llevarse un registro completo de condenas penales bajo el control de las autoridades públicas.
6. ^ A saber, de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada.
7. ^ Pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.3 de la Ley de Seguridad Privada “La pérdida de alguno de los requisitos establecidos en este artículo producirá la extinción de la habilitación y la cancelación de oficio de la inscripción en el Registro Nacional”.
8. ^ Así invoca como doctrina jurisprudencial lesionada la STC 83/2002 de 22 de abril relativa a la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen por publicación de fotografías privadas sin el consentimiento de los interesados, lo que ninguna relación guarda con el derecho a la protección y tratamiento de datos personales y antecedentes penales. La STS 227/2017 de 10 de abril de 2019 que ninguna relación guarda con el tratamiento de antecedentes penales, al cuestionar la validez de una cláusula contractual sobre la cesión de imagen de los trabajadores tomadas por cámara web. Tampoco la STC 39/2016 de 3 de marzo relativa a un despido basado en las imágenes captadas por una cámara de videovigilancia instalada sin comunicación previa a la trabajadora. Ni tampoco la última de las referenciadas por quien recurre, STS 1119/2018 de 10 de junio de 2015 relativo al tratamiento a dispensar a las revisiones médicas.
9. ^ Recurso 4374/2011, reiterando su doctrina sentada en sentencia de 28 de septiembre de 2011.
10. ^ En el mismo sentido la Sentencia de la Sala Cuarta de STS de 16 de enero de 2008 (rec. 49/2006).

§ 59 **Acerca de la doctrina «unos mismos hechos» (y otras cuestiones procesales).**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *A los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue (STC 158/1985, de 26 de noviembre). La doctrina constitucional «unos mismos hechos» es aplicada en la sentencia objeto de comentario, y nos servirá de base para algunos comentarios críticos. La sentencia objeto de comentario también aborda otras dos cuestiones procesales de trascendencia: la recurribilidad en suplicación si se alega la vulneración de un derecho fundamental, y la aplicabilidad de oficio de la cosa juzgada.*

Palabras clave: *Contradicciones de hechos entre distintas sentencias. Aplicación de oficio de la cosa juzgada. Recurso por vulneración de derechos fundamentales.*

Abstract: *It is repugnant to the most elementary criteria of legal reason to accept the finality of different judicial resolutions by virtue of which it turns out that the same facts occurred and did not occur, or that the same person was their author and was not (Spanish Constitutional Court, Sentence 158/1985, of November 26). This constitutional doctrine usual named as "the same facts" is applied in the sentence object of comment, and will serve as the basis for some critical comments. The judgment subject to comment also addresses two transcendental procedural issues: the possibility of appealing if the violation of a fundamental right is alleged, and the ex officio applicability of the res judicata exception.*

Keywords: *Contradictions of facts between different sentences. Ex officio applicability of the res iudicata. Appeal for violation of fundamental rights.*

I. Introducción

La resolución judicial objeto de comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de mayo de 2022. Se trata de un supuesto fáctico muy típico. A consecuencia de la existencia de varios juicios por un mismo accidente de trabajo, se plantea la problemática de que en la resolución de uno de esos juicios se consideran hechos contradictorios con los que se consideren en otro de esos juicios resuelto por previa sentencia firme. Siguiendo la doctrina constitucional usualmente denominada "unos mismos hechos", la sentencia objeto de nuestro comentario resuelve la contradicción de hechos replicando en el juicio posterior los que se consideraron como probados en el anterior.

Además, la sentencia objeto de nuestro comentario contiene apreciaciones de interés sobre otras dos cuestiones procesales: la recurribilidad en suplicación de la sentencia de instancia cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, aunque se trate de una sentencia dictada en una modalidad procesal donde no se contemple la posibilidad de recurso de suplicación; también se recuerda la apreciación de oficio de la cosa juzgada.

En ninguna de estas tres cuestiones procesales se aportan especiales novedades, sino que son reiteración de doctrinas previas. Sin embargo, es oportuno recordarlas, y en particular indagar críticamente en la doctrina constitucional sobre “unos mismos hechos”.

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. 445/2022, de 17 de mayo.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 2480/2019.

ECLI: ES:TS:2022:1896.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. *Los hechos del caso litigioso*

Producido un accidente de trabajo el 28 de marzo de 2014, al caer el trabajador por la escalera de un edificio de la empresa, la Inspección de Trabajo levanta el 31 de julio de 2015 acta de infracción, en la que propone la imposición a la empresa de una sanción de 2.046 euros, así como el recargo en las prestaciones de seguridad social derivadas del accidente de trabajo. Por resolución de 19 de noviembre de 2015 se impone a la empresa dicha sanción, que es de donde trae causa la sentencia comentada; y en resolución de 26 de noviembre de 2015, un recargo del 30% en prestaciones de seguridad social. Ambas se sustentan en la misma circunstancia, la insuficiente iluminación de las escaleras del edificio.

2. *El juicio en instancia y en suplicación*

La empresa formula sendas demandas frente a cada una de ambas resoluciones, que dieron lugar a dos diferentes procesos judiciales. La que cuestiona el recargo de prestaciones recae en el Juzgado de lo Social 7 de Madrid, que desestima las pretensiones de la empresa y confirma la resolución administrativa. La empresa interpone recurso de suplicación, que es acogido en la Sentencia del TSJ de Madrid de 24 de abril de 2018, que revoca la de instancia y deja sin efecto el recargo de prestaciones impuesto a la empresa.

La de impugnación de la sanción, que es de donde trae causa la sentencia comentada, corresponde al Juzgado de lo Social 10 de Madrid, que desestima la demanda, e interpuesto recurso de suplicación, la Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2019 desestima el recurso de suplicación. Previamente, y mediante escrito de 6 de junio de 2018, la empresa había aportado en este proceso la Sentencia de 24 de abril de 2018 sin acogerse a lo dispuesto en el artículo 233 LRJS, sino que manifiesta que adjunta dicha sentencia por si fuera relevante para la resolución del recurso de suplicación en tramitación. En diligencia de ordenación de 11 de julio de

2018, el Letrado de la Administración de Justicia ordena la unión de la sentencia a las actuaciones "a los meros efectos ilustrativos".

3. *El recurso de casación para la unificación de doctrina*

La empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2019 (dictada en el procedimiento de impugnación de la sanción) invocando como de contraste la Sentencia del TSJ de Madrid de 24 de abril de 2018 (dictada en el procedimiento de recargo de prestaciones sociales).

IV. Posición de las partes

La empresa recurrente en casación unificadora pretende la revocación de la sentencia de suplicación y de la sentencia de instancia, y la estimación de la demanda rectora de las actuaciones con la finalidad de que se revoque la sanción administrativa que se le impuso.

Impugnaron el recurso el trabajador y la Comunidad de Madrid.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de declarar improcedente el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española, artículos 9.3 y 24.

Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 222.

Ley reguladora de la Jurisdicción Social, artículo 191.3 f).

VI. Doctrina básica

La sentencia objeto de comentario aborda las tres siguientes cuestiones procesales:

- Cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, la sentencia del Juzgado de lo Social es recurrible en suplicación aunque se trate de una modalidad procesal donde no se contemple la posibilidad de recurso de suplicación.
- La cosa juzgada es apreciable de oficio.
- La jurisprudencia constitucional mantiene el principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social. Sin embargo, esa doctrina no consagra el criterio de la automaticidad absoluta, sino que exige dicha vinculación siempre que no existan razones expresamente fundadas para entender que en el caso concreto cabe una distinta apreciación o valoración de los hechos.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa y (2) Casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate en el sentido estimar la demanda y dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada en el proceso.

VIII. Pasajes decisivos

1. *Sobre la recurribilidad en suplicación de la sentencia del juzgado de lo social*

Se reitera la siguiente doctrina contenida en la STS 18/5/2018 (rcud. 381/2017): "El art. 191.3. f) LRJS dispone que «procederá en todo caso la suplicación contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas», y debe por ello admitirse esa posibilidad cuando se hubiere invocado ante el

juzgado de lo social la vulneración de esa clase de derechos, y con independencia de que la modalidad procesal o el objeto del procedimiento no contemple el acceso a la duplicación, siguiendo en ese extremo la doctrina de la STC 149/2016, de 19 de diciembre, en cuanto señala que «aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que (configuración legal) ha sido prevista la suplicación por la norma en todo caso contra sentencias dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas [art. 191.3 f) LJS], no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental».

2. Sobre la apreciación de oficio de la cosa juzgada

Se reitera la siguiente doctrina contenida en la STS 26/7/2021 (rcud. 5132/2018): “La apreciación de oficio de la cosa juzgada es un criterio que ha venido sentando este Tribunal cuando es evidente su existencia al trascender del mero interés de las partes al interés público en manifestación de aquellos derechos fundamentales a los que se anuda, señalando que «la Ley de Enjuiciamiento Civil considera la cosa juzgada como una excepción apreciable de oficio cuando es evidente su existencia, toda vez que trasciende del mero interés particular de las partes, para situarse decididamente en la esfera del interés público y constituir una manifestación el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTS 372/2004, de 13 mayo, 277/2007, de 13 de marzo, 686/2007, de 14 de junio, 905/2007 de 23 julio, 422/2010, de 5 de julio). Supone, por consiguiente, que el hecho de que no se hubiera planteado formalmente y no haya sido resuelta en dicho trámite procesal, no impide que pueda estimarse de oficio en la sentencia, si en este momento se aprecia la concurrencia de los requisitos exigidos, sin que el hecho de que no lo haga o de que lo haga determine la incongruencia de la sentencia, sino la infracción en su caso de las reglas que sobre la cosa juzgada se establecen en el artículo 222 del Código Civil» (STS, Sala 1a de 1 de julio de 2013, rec. 739/2011, en la que se resuelve sobre la cosa juzgada material, negativa, cuya doctrina se reitera en la de 16 de octubre de 2018, rec. 449/2016). Y así lo ha venido manteniendo esta Sala, al decir que «La STS 7 de marzo de 1990 (rec. 2763/1989) ya advirtió que la cosa juzgada constituye una cuestión de orden público procesal; dado que la finalidad que persigue es la seguridad jurídica puede y debe ser apreciada por los Tribunales incluso de oficio, sin necesidad de una alegación de las partes, si se deduce con claridad de los datos obrantes en el proceso» (STS de 15 de enero de 2019, rec. 212/2017 y 12 de febrero de 2014, rcud 482/2013, entre otras)”.

3. Sobre la doctrina constitucional «unos mismos hechos»

Se reitera la siguiente doctrina contenida en la STS 16/7/2020 (rcud. 3565/2017): “La relación entre las sentencias que, de forma definitiva, resuelven la cuestión de las sanciones impuestas en materia de prevención de riesgos laborales y los procedimientos que se susciten con posterioridad respecto de la imposición del recargo de prestaciones del art. 123 LGGS, ha dado lugar a esta Sala a sostener que la jurisprudencia constitucional mantiene el principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social (STC 21/2011). Sin embargo, esa doctrina no consagra el criterio de la automaticidad absoluta, sino que exige dicha vinculación siempre que no existan razones expresamente fundadas para entender que en el caso concreto cabe una distinta apreciación o valoración de los hechos (así, STS/4ª de 13 marzo y 12 julio 2012 -rcud. 3779/2010 y 2980/2011, respectivamente-). Por ello, partiendo del mantenimiento del citado principio general de vinculación, rechazábamos su aplicación de forma automática; esto es, sin valorar los hechos concurrentes y específicamente probados en el proceso social seguido en materia de recargo. Ello nos ha conducido a que, tanto en las sentencias citadas como en la STS/4ª de 14 septiembre 2016 -rcud. 846/2015-, confirmáramos las sentencias que se apartaban de lo resuelto en la sentencia previa sobre impugnación de la sanción administrativa,

porque efectuaban un pronunciamiento en el que exteriorizaban el fundamento de la conclusión contradictoria con una motivación detallada y suficientemente. Y, por las mismas razones ajustadas al caso concreto, llegábamos a la solución inversa en la STS/4ª de 25 abril 2018 -rcud. 711/2016-. ... Lo relevante, por tanto, es determinar en qué medida y bajo qué circunstancias lo resuelto en sentencia firme recaída en el proceso de impugnación de la sanción impuesta a la empresa, en lo que respecta a la existencia de la infracción que la motiva, y a los hechos en que se funda esa apreciación, puede proyectarse sobre la decisión que corresponde adoptar en el litigio sobre recargo de prestaciones”.

IX. Comentario

Si bien existen algunos precedentes anteriores de la doctrina “unos mismos hechos”^[1], su elaboración más acabada la encontramos en la STC 158/1985, de 26 de noviembre, en un supuesto de hecho muy parecido al que ha dado lugar a la sentencia objeto de comentario, solo que inverso: la sentencia firme dictada en el juicio sobre impugnación de la sanción administrativa impuesta a una empresa por infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo (en aquel momento era competencia de la jurisdicción contencioso administrativa) absolvió a la empresa, y esta pretendía que fuera tomada en consideración en el proceso de recargo de prestaciones de seguridad social, lo que el viejo TCT rechazó alegando la ausencia de un trámite procesal específico para la unión de documentos.

Recordemos seguidamente esta doctrina constitucional “unos mismos hechos” precisamente cómo fue expresada en esa STC 158/1985, acaso en uno de los fundamentos de derecho más conocidos de nuestra jurisprudencia constitucional, también más criticado^[2]:

“A los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 C.E. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 C.E., pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a estos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción”.

Tal STC 158/1985 añade, en un posterior fundamento, una cláusula de escape: “El órgano judicial que haya de resolver en segundo lugar podrá razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea solo aparente, o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos. No se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en Derecho. Cuando resulta que, en principio, la resolución que un órgano judicial va a dictar puede ser contradictoria con la ya dictada por otro órgano, el que pronuncia la segunda debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio”.

Quedaría así resumida la doctrina constitucional que podemos denominar como “unos mismos hechos”, y que ha sido origen de dos cambios normativos de relevancia en el ámbito social (*rectius*, ha sido origen de hasta tres, pero el tercero ahora no nos interesa^[3]).

Uno de ellos, de alcance procedimental, dirigido a introducir un trámite en el recurso de suplicación que posibilite la aportación de documentos cuando esa aportación se dirija a evitar la vulneración de un derecho fundamental, el cual, en efecto, fue introducido en la LPL de 1990, y actualmente lo encontramos en el artículo 233.1 de la LRJS de 2011.

El otro se produjo en la LPRL de 1995, de donde pasó a la LISOS de 2000 (cuando en ella se refundió la regulación que en aquella se contenía de las infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales): “La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social” (artículo 42.5 de la LISOS; como desde la LRJS de 2011 la impugnación de sanciones administrativas ha dejado de ser competencia contencioso administrativa y ha pasado a serlo del social, la norma la debemos entender referida a los hechos probados de una sentencia firme social y como tal sigue vigente, y es buena prueba de ello la sentencia objeto de nuestro comentario y las sentencias que cita).

Como era de esperar, la sentencia objeto de nuestro comentario aplica la doctrina constitucional “unos mismos hechos” una vez ha constatado que, en relación con unos mismos hechos (la iluminación del lugar donde se produjo el accidente de trabajo), la sentencia dictada en el proceso de impugnación de la sanción declara el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por falta de iluminación, y desconoce que, en el proceso de recargo de prestaciones, se negó hubiera dicha falta de iluminación.

Además, descarta la aplicación de la cláusula de escape porque, aunque el órgano judicial conoció la previa sentencia absolutoria dictada en el proceso de recargo de prestaciones órgano judicial, no incluyó “ningún razonamiento con el que explicar motivadamente las razones por las que se aparta del pronunciamiento firme contenido en la misma, respecto a los hechos en los que se sustenta la imposición de la sanción impugnada en el proceso”; en resumen, “no hay por lo tanto una motivación expresa, detallada y suficiente, ninguna razón fundada, que pudiese justificar los motivos por los que la sentencia recurrida se aparta del criterio establecido en aquella anterior sentencia firme”.

Nada que objetar. La sentencia objeto de comentario es una fiel seguidora de la doctrina “unos mismos hechos”, y seguramente en casos como el que en ella se enjuicia su aplicación conduzca a soluciones ajustadas a las exigencias de seguridad jurídica sin merma del derecho de defensa, pues las partes de ambos juicios son sustancialmente las mismas (aunque difieran las administraciones públicas implicadas), se han alegado en ambos procesos los mismos hechos y fundamentos de derecho, y, aun así, las soluciones ofrecidas son diferentes pues en un proceso se descarta la existencia de infracción de medidas de seguridad y en el otro no y sin razonar por qué se ha separado del precedente.

Pero sí se nos plantean algunas apreciaciones críticas acerca, no de la sentencia objeto de comentario que no las merece, sino de la doctrina constitucional que le sirve de sustento, en particular en aquellos supuestos en que, no resultando factible aplicar la cosa juzgada en sentido positivo, o prejudicialidad (artículo 222.4 de la LEC), solo el argumentario propio de la doctrina constitucional “unos mismos hechos” conduciría a replicar la resolución de la primera sentencia en la sentencia dictada en el segundo juicio.

La primera de esas apreciaciones críticas se refiere a si la doctrina “unos mismos hechos” podría ser objeto de apreciación de oficio, como sin duda lo es la aplicación de la cosa juzgada (y así nos lo recuerda, precisamente, la sentencia objeto de nuestro comentario). Por hipotetizar sobre los hechos del caso enjuiciado: si la empresa hubiera recurrido en casación alegando vicios en el procedimiento administrativo o la prescripción de la infracción (en cuyo caso estaría descartada la

aplicación de la cosa juzgada por la potísima razón de que el objeto del recurso sería distinto al del anterior proceso), ¿podría el Tribunal Supremo haber aplicado de oficio la doctrina “unos mismos hechos” en base a la sentencia absolutoria dictada en el proceso de recargo de prestaciones por haber en él acreditado la empresa que la luminosidad era suficiente? Creemos que en ningún caso.

La segunda se refiere más ampliamente a la circunstancia de que la doctrina constitucional “unos mismos hechos” en principio hace *tabula rasa* de la diligencia alegatoria y probatoria de las partes en los distintos juicios. Si las partes son las mismas, ello tiene lógica pues han tenido la oportunidad de alegar y probar todo lo conducente a sus pretensiones en los distintos juicios (y para el resultado de replicar en el segundo juicio lo resuelto en el primero ni siquiera será necesario acudir a la doctrina “unos mismos hechos” pues, dado lo establecido en el artículo 400.1 de la LEC, bastará invocar la cosa juzgada positiva, artículo 222.4). Pero, ¿qué ocurre si las partes son distintas? De nuevo nos lo preguntamos sobre los hechos del caso enjuiciado con un pequeño cambio: en vez de un trabajador accidentado, son dos, y cada accidente sigue distintos procesos: de nuevo quedaría descartada la aplicación de la cosa juzgada por falta de identidad subjetiva: pero la cuestión otra vez es el alcance de “unos mismos hechos”: ¿lo resuelto en los procesos seguidos para uno de ellos declarando que, por ejemplo, la luminosidad era suficiente, se puede considerar “unos mismos hechos” en relación a los procesos que sigue el otro?

Queremos pensar que en estos casos el órgano judicial optará por inaplicar la doctrina “unos mismos hechos” invocando la cláusula de escape que la propia jurisprudencia constitucional ha diseñado: “el órgano judicial que haya de resolver en segundo lugar podrá razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea sólo aparente, o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos”.

X. Apunte final

La doctrina constitucional “unos mismos hechos” se construye sobre unas premisas aparentemente irrefutables, pero desconoce que las partes en los distintos procesos pueden desplegar diferentes alegaciones y pruebas, y más si las partes no son exactamente las mismas. Para resolver estas disfunciones, la propia doctrina constitucional abre una vía de escape: “el órgano judicial que haya de resolver en segundo lugar podrá razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea solo aparente, o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos”.

La sentencia objeto de nuestro comentario hace una aplicación impecable de la doctrina constitucional “unos mismos hechos” que, en el supuesto en concreto, seguramente coincide con la solución más acorde con las exigencias de seguridad jurídica sin merma del derecho de defensa, pues las partes de ambos juicios son sustancialmente las mismas (aunque difieran las administraciones públicas implicadas), se han alegado en ambos procesos los mismos hechos y fundamentos de derecho, y, aun así, las soluciones ofrecidas son diferentes pues en un proceso se descarta la existencia de infracción de medidas de seguridad y en el otro no, sin razonar por qué se ha separado del precedente.

Aun así, no se pueden dejar de reconocer los difíciles encajes que la doctrina constitucional “unos mismos hechos” genera en la práctica de los tribunales de justicia y las matizaciones a las que se la somete para salvaguardar el derecho de defensa de las partes.

No son pocas las ocasiones en que en procesos multitudinarios (por ejemplo, despidos por cierre de la empresa) una inicial sentencia de Juzgado de lo Social donde se resuelve, por ejemplo, sobre si hay o no grupo de empresas en el contexto del proceso de despido de una sola persona trabajadora, adquiere firmeza inmediata por no haber sido recurrida (porque el demandante no fue diligente en la alegación y prueba de los hechos que acreditaría el grupo de empresas, o en el caso de la

empresa, porque no tiene solvencia para recurrir la sentencia apreciando la existencia del grupo de empresas), y ello puede acabar marcando el sentido de todas las sentencias dictadas en procesos posteriores en relación con otras personas trabajadoras más diligentes en la gestión de sus pretensiones a pesar de lo cual van a sufrir la aplicación de la doctrina “unos mismos hechos”, o en un sentido contrario, con otras que, aunque fueron menos diligentes en la instancia, gracias al oportuno recurso de suplicación, consiguen beneficiarse de la existencia de una sentencia firme donde se aprecia el grupo de empresas alegando la doctrina “unos mismos hechos”.

Solamente la *prudentia iuris* en el uso de la cláusula de escape contenida en la propia jurisprudencia constitucional salvará las disfunciones de la doctrina “unos mismos hechos”.

Referencias:

1. ^ *Más ampliamente sobre esta jurisprudencia, véase Marien AGUILERA MORALES, Unos mismos hechos. Un ensayo sobre las contradicciones en los juicios de hecho, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales (Madrid, 2021).*
2. ^ *A decir de Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “es difícil encontrar tantas imprecisiones -que, en esta materia, constituyen errores no veniales- en un solo fundamento jurídico” (Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Ceura, Madrid, 1991, p. 192).*
3. ^ *El tercero es el artículo 86.3 de la LRJS de 2011, antiguo artículo 86.3 de las LPL de 1990 y de 1995. Al parecer, la introducción de tal motivo de revisión de sentencias fue sugerencia de Manuel ALONSO OLEA (Miguel CARDENAL CARRO, La revisión de sentencias en la jurisdicción social, Editorial Aranzadi (Cizur Menor, 2003), p. 142, nota 666.*

§ 60 **Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor.**

Belén García Romero

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

Resumen: *Igualdad y no discriminación. Familia monoparental. Solicitud por la actora, miembro de familia monoparental, de ampliar su permiso de dieciséis semanas, adicionando al mismo las semanas de prestación por nacimiento y cuidado de hijo que habrían correspondido al otro progenitor. Protección del interés del menor.*

Palabras clave: *Igualdad y no discriminación. Familia monoparental. Nacimiento y cuidado de menor. Acumulación permisos. Interés superior del menor.*

Abstract: *Equality and non-discrimination. Single parenthood. Request by the plaintiff, a member of a single-parent family, to extend her sixteen-week leave by adding to it the weeks of childbirth and childcare benefit that would have corresponded to the other parent. Best interest of the minor.*

Keywords: *Equality and non-discrimination. Single-parent family. Birth and care of a child. Accumulation of leave. Best interests of the child.*

I. Introducción

Tras la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de hijo, operada por RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, cada uno de los progenitores, adoptantes o guardadores con fines de adopción de las familias biparentales puede ejercer este derecho indistintamente, con la misma duración y sin posibilidad de transferencia.

El objetivo de esta unificación de las anteriores prestaciones de maternidad y paternidad, y el reconocimiento de permisos obligatorios, iguales e intransferibles, es el fomento de la corresponsabilidad y con ello, avanzar en la igualdad de trato entre hombres y mujeres y no discriminación por motivos familiares.

Como se sabe, el resultado de dicha reforma es que, terminado el periodo transitorio de tres años (de 2019 a 2021), previsto en la Disposición transitoria 13ª del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), desde el día uno de enero de 2021, cada uno de los progenitores tiene derecho a dieciséis semanas de descanso (o el tiempo superior que corresponda en supuestos de ampliación por parto o adopción múltiple, discapacidad del hijo y, en su caso, hospitalización), siendo las seis primeras semanas de carácter obligatorio, tanto para los hombres como para las mujeres. Con el mismo propósito, las dos semanas adicionales establecidas en casos de parto o adopción múltiple o discapacidad del menor deben repartirse equitativamente entre ambos progenitores.

Ahora bien, el nuevo diseño del permiso y de la prestación correspondiente^[1] - como derecho individual- que pueden ejercer, más allá de las seis semanas iniciales obligatorias, de forma simultánea o sucesiva, permite a las familias biparentales que reúnan los requisitos para tener derecho a esta prestación, atender el cuidado de hijo durante veintiséis semanas, si lo disfrutan de forma sucesiva y a tiempo completo y no concurre causa de ampliación. En las mismas circunstancias de ejercicio del derecho, una familia monoparental únicamente podrá disfrutar de dieciséis semanas para dedicarse plenamente al cuidado del hijo.

Se plantea, pues, una posible desigualdad de trato entre ambos modelos de familia en cuanto a que los hijos e hijas –o menores- puedan recibir los cuidados necesarios independientemente de que tengan uno o dos progenitores.

Hasta ahora, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en lo sucesivo, INSS) tan solo ha establecido que las familias con un solo progenitor o progenitora tienen derecho a disfrutar de las dos semanas adicionales de permiso retribuido por nacimiento y cuidado de hijo o menor con discapacidad o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, y no solo de una^[2], pero ha denegado las solicitudes de acumulación de permisos en el único progenitor, por lo que estas pretensiones han debido judicializarse.

En la doctrina judicial encontramos diferentes posiciones. La sentencia que aquí se comenta es una de ellas. A diferencia de otros órganos judiciales de Suplicación, el de la Comunidad Valenciana no reconoce el derecho a dicha acumulación a las familias monoparentales en base al argumento del “interés superior del menor”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 3471/2021, de 30 de noviembre.

Tipo y número recurso: Recurso de suplicación núm. 2089/2021.

ECLI: ES:TSJCV:2021:7201.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Maria Esperanza Montesinos Llorens.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Cuestión debatida

El problema suscitado se centra en determinar si la progenitora única que forma parte de una familia monoparental tiene derecho a la prestación adicional que habría correspondido al otro progenitor en caso de tratarse de una familia biparental.

2. Hechos y antecedentes

La recurrente es una mujer trabajadora que solicitó prestación por maternidad el 19 de octubre de 2020. La misma le fue reconocida con una fecha de inicio del descanso de 3 de octubre de 2020 y de finalización el 22 de enero de 2021. El 5 de febrero 2021, presentó solicitud de revisión de prestaciones, con valor de reclamación previa, para ampliar el permiso hasta las 28/32 semanas para el cuidado del menor, alegando ser familia monoparental. Dicha solicitud fue desestimada por el INSS. Frente a la misma se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, que declaró- mediante sentencia de 10 de mayo de 2021- el derecho de la demandante a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo^[3],

condenando al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por parte del INSS, que fue impugnado por la demandante.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente- el INSS- considera infringidos los artículos 177 a 180 LGSS, así como lo dispuesto en el artículo 48 (apartados 4, 5 y 6) del ET y la DT 13ª ET, y alega incorrecta interpretación para su glosa, de la Convención de las Naciones Unidas de 20/11/1989 sobre derechos del niño, ratificada por España, respecto de la que fue publicado el Instrumento de ratificación, en el BOE de 21 de diciembre de 1990.

Se argumenta por el INSS que la prestación de que se trata, se reguló dentro del marco de las contributivas, como prestación individualizada para el progenitor no biológico, sin posibilidad de cesión y con el fin de procurar su corresponsabilidad en el cuidado y protección del menor. Considera que el legislador no ha olvidado a las familias monoparentales, sino que ha regulado la prestación, sin distinción entre los menores cuyo cuidado atiende, que no tiene, desde su punto de vista, un trato diferenciado respecto al de las familias con más de un progenitor.

La parte recurrida se limita a solicitar la confirmación de los argumentos de la sentencia de instancia.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículo 48, apartados 4, 5 y 6 ET:

4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

(...)

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

(...)

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

(...)

5. En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

Las diez semanas restantes se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. (...)

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor.

(...)

6. En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato a que se refieren los apartados 4 y 5 tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los progenitores. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero.

- Art. 177 LGSS. Situaciones protegidas.

A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Art. 178 LGSS. Beneficiarios

1. Serán beneficiarios del subsidio por nacimiento y cuidado de menor las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización: (...)

- Artículo 179. Prestación económica

1. La prestación económica por nacimiento y cuidado de menor consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

(...)

VI. Doctrina básica

Dos son los principales argumentos interpretativos que se ponen de relieve en la sentencia comentada: de un lado, el de la protección del menor y, de otro, la doctrina constitucional acerca de la configuración legal de los derechos de Seguridad Social.

- Doctrina sobre la protección del menor

La tesis del interés superior del menor para justificar la acumulación de períodos es la sustentada para el caso de menores nacidos en el seno de familias originariamente monoparentales en la STSJ País Vasco de 6 de octubre de 2020^[4], que ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. Para dicho órgano existiría “una conculcación del derecho de igualdad que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño ya indicada de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, por cuanto que la atención, cuidado y desarrollo del menor afectado va a sufrir una clara merma respecto a aquellos otros que en situación semejante, encuadrados dentro de un modelo familiar biparental, van a recibir”. Y añade: “Si partimos de la rechazable discriminación del menor por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, cuando introducimos un período de cuidado y atención para el grupo de hijos o hijas monoparentales, estamos no solamente mermando la atención que en las familias biparentales se presta, sino que también introducimos un sesgo que quebranta el desarrollo del niño, al quedar atendido menos tiempo y con menor implicación personal de quien ha sido considerado progenitor”.

Argumenta la citada sentencia que “Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso, y ante una concepción de la igualdad funcionalista, que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, queda discriminada”.

Continúa razonando que la conciliación “no puede ser dispar según una situación que, partiendo del mismo hecho, la infancia y los progenitores, oferten situaciones distintas para quienes se encuentran en igual coyuntura. Ciertamente es que la suspensión del contrato de trabajo tiene una repercusión dentro de la actividad empresarial, pero la integración en un solo progenitor de la acumulación de todo el período de suspensión, aglutina toda la suspensión en un solo trabajador, pero no deja de ser el mismo disfrute que cuando nos encontramos ante una dualidad de progenitores”. Se acepta que pueda existir una justificación del trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero de la misma “no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos. Por tanto, es posible suscitar una quiebra del principio de igualdad del art. 14 CE”.

Este mismo criterio aparece recogido en un Dictamen de la Comisión Permanente del CGPJ- que pese a carecer de valor de doctrina judicial- resuelve la consulta elevada por el TSJ de Cataluña, avalando que los jueces y juezas que sean progenitor legal único en familias monoparentales pueden disfrutar de forma acumulada de los permisos por nacimiento de hijo o hija que la normativa vigente reconoce de forma separada a cada uno de los progenitores de familias biparentales. Para el CGPJ el interés superior del menor no puede verse afectado ni limitado por el hecho de pertenecer a una familia monoparental y tener un solo progenitor legal. Este órgano considera que denegar la petición a la magistrada solicitante vulneraría el derecho a la no discriminación del menor al impedir que se beneficie al mismo tiempo de atención y cuidados directos que habría tenido de haber nacido en una familia con dos progenitores.

- Doctrina constitucional acerca de la configuración legal de los derechos de Seguridad Social

Según reiterada doctrina constitucional corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o modificar para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17). Asimismo se ha afirmado que “si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus artículos 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva- art. 53.3 CE-”, sin embargo, “este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6)”:

De forma más concreta, la STC 114/1987, de 6 de julio afirma que los artículos 41 y 50 “no constriñen el establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho”.

VII. Parte dispositiva

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la Sentencia dictada el 10 de mayo de 2021 por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia, en autos número 186/21, seguidos a instancia doña Clara; y en consecuencia, desestimamos la demanda interpuesta absolviendo de sus pretensiones, al organismo demandado.

Sin imposición de costas.

(...)

VIII. Pasajes decisivos

Siendo evidente la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso de doce semanas adicionales dispensado para las familias biparentales, no debe caer en saco roto que la concesión de este supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización, de ahí que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental (...).

El argumento de la protección del menor como sustento del recurso es falaz, pues no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales.

El legislador podría haber regulado esta materia de un modo distinto a como lo hizo, entendiéndolo finalmente la Sala que el reconocimiento en condiciones de igualdad para la monoparentalidad del derecho a la prestación dispensada al otro progenitor en las familias biparentales constituye una mera argumentación de lege ferenda, que cabalmente no puede ser empleada como sustento de una decisión jurisdiccional.

En definitiva, como quiera que la sentencia recurrida no contraviene las normas citadas en el recurso, deberá este ser desestimado, confirmándose la citada resolución judicial.”

IX. Comentario

La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, en su Sentencia nº 3471/2021, de 30 de noviembre (rec. 2089/2021) analiza la solicitud realizada por la actora, miembro de familia monoparental, de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo y se reitera en su posición vertida en un pronunciamiento anterior de la misma Sala (STSJCV de 19 de octubre de 2021, rec. 1563/2021).

En esta nueva sentencia- (FJ 2º)- empieza constatando la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso adicional dispensado al progenitor distinto de la madre biológica en los casos de familias biparentales. El permiso de este otro progenitor “obedece a favorecer la vida personal, familiar y laboral al fomentar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos comunes”.

De otro lado, señala que estamos en presencia de una prestación de la Seguridad Social de nivel contributivo, lo que le dota de características muy concretas, entre ellas la necesidad de cumplimiento por el beneficiario de los concretos requisitos de acceso a la misma, lo que explica además su carácter de derecho individual e intransferible. Por ello, para esta Sala, no debe obviarse el que la concesión de este supone que el progenitor distinto de la madre necesariamente se halle afiliado a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada y cubra un periodo mínimo de cotización. De ahí que considere que la inexistencia de un progenitor que cumpla estos requisitos legales no puede ser suplida como una ficción por la propia madre integrante de la familia monoparental, ya que además, cada prestación debe ser calculada en función de la base reguladora diaria del beneficiario, que será distinta a la de la madre.

Por ello, la concesión de este subsidio acumulado a un progenitor no puede basarse en razones de discriminación comparativa con las familias biparentales, ya que estas no necesariamente van a percibir la prestación de cada uno, por cuanto se exige el cumplimiento de requisitos de encuadramiento en la Seguridad Social y carencia previa. Por el contrario, su reconocimiento al progenitor de familia monoparental plantearía una situación de desigualdad para la familia biparental cuando uno de ellos no tuviera acceso a la prestación.

Finalmente, la Sentencia aquí analizada (FJ 2) se aparta de la tesis del TSJ del País Vasco en su sentencia nº 396/2020, por considerar que dicho argumento es falaz, al no existir “una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales”.

En definitiva, para esta Sala, la distinta regulación ha sido una opción del legislador, de manera que el reconocimiento en condiciones de igualdad para familias monoparentales del derecho a la prestación dispensada al otro progenitor en las familias biparentales constituye una mera argumentación de lege ferenda, que no puede ser cabalmente empleada como sustento de una decisión jurisdiccional.

Concluye afirmando que el trato diferenciado que supone que el progenitor de la familia monoparental tenga acceso a una prestación superior y distinta a la que se reconoce a cada uno de los que conforman la familia biparental, reclama una regulación que así lo establezca de manera explícita, por lo que, en ausencia de dicha previsión normativa, debe desestimarse la pretensión de la actora.

X. Apunte final

Ante la falta de amparo normativo de la extensión a las familias monoparentales del permiso de dieciséis semanas adicionales dispensado a las familias biparentales, y la disparidad de criterios judiciales sobre el derecho acumulado a un solo progenitor, sería deseable que el Tribunal Supremo unificara doctrina sobre esta materia, en la línea interpretativa recogida en la STSJ del País Vasco nº 396/2020 (recurso 941/2020), de 6 de octubre de 2020- que reconoce el derecho a la prestación adicional. Cabe esperar que el Alto Tribunal resuelva el conflicto de manera semejante a como lo ha hecho en otros célebres pronunciamientos en el ámbito de los derechos de conciliación en los que ha salvado las lagunas normativas que generaban desigualdad de trato aplicando el criterio del interés superior del menor^[5] y/o interpretando la norma con perspectiva de género^[6].

En cualquier caso, parece necesario que se produzca una intervención del legislador que garantice la preservación del interés superior del recién nacido en

supuestos de familia con un solo progenitor, tanto en el caso de ser este el modelo familiar inicialmente elegido, como cuando es sobrevenido, por ejemplo, por causa del fallecimiento de la madre biológica o del otro progenitor, de modo que no se vea reducido el tiempo real de cuidados en comparación con el de otros menores de familias biparentales. A tal fin, puede optarse por reconocer el derecho a la duplicación de permisos para el progenitor único, o bien contemplar un supuesto de ampliación específico del periodo de suspensión de dieciséis semanas para las familias monoparentales.

Referencias:

1. *^ Regulada en los artículos 177 a 180 de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS.*
2. *^ Criterio del INSS 16/2019, de 13 de julio de 2019 (JUR\2019\251513).*
3. *^ Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la DT 13ª ET, la ampliación del periodo de suspensión en caso de nacimiento para el progenitor distinto de la madre biológica fue paulatina: en 2019, se amplió a 8 semanas, a partir del 1 de enero de 2020, a 12 y, desde 2021, a 16 semanas. Teniendo en cuenta que la solicitud de prestación por maternidad por parte de la recurrente se presentó en 2020 y la de ampliación del permiso en 2021, tiene sentido que la reclamante solicitara una ampliación de 12 o de 16 semanas (hasta las 28/32 semanas), pero no se entiende la razón por la que el Juzgado de lo Social, pese a reconocerle el derecho a la acumulación, declara tan solo el derecho a disfrutar de 8 semanas adicionales.*
4. *^ STSJ País Vasco, Sala de lo Social, nº 1217/2020, de 6 de octubre, rec. 941/2020. Sobre esta cuestión véase CAVAS MARTÍNEZ, F., "Prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor: Criterios administrativos y primeras experiencias judiciales", en Protección social del trabajo de cuidados. Belén García Romero (dir.), María del Carmen López Anierte (dir.), 2022, pp. 100-102.*
5. *^ De gran relevancia fueron las SSTS-SOC 581/2016, de 25 de octubre (rcud 3818/2015), 16 noviembre 2016 (rcud. 3146/2014) y 30 (2) noviembre 2016 (rcud. 3183/2015 y rcud. 3219/2015), que acogieron el criterio de la protección del menor como fin último de la prestación por maternidad y fundamento de su reconocimiento en los casos de maternidad subrogada.*
6. *^ Un ejemplo reciente, es la STS-SOC 908/2020, de 14 de octubre de 2020 (rec. 2753/2018), reconociendo a la mujer víctima de violencia de género el derecho a la pensión de viudedad de su ex pareja de hecho, pese a no darse el requisito de convivencia, gracias a la interpretación del art. 221 LGSS con perspectiva de género. Dicho precepto fue modificado por Ley 21/2021, de 28 de noviembre, según el mencionado criterio jurisprudencial, para equiparar a las parejas de hecho con las personas separadas o divorciadas, a las que se les eximía del requisito de pensión compensatoria cuando acrediten que eran víctimas de violencia de género.*

§ 61 Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco un mismo régimen público de Seguridad Social.

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: *Una de las cuestiones que más conflictos plantea en materia de protección social es precisamente la relativa a la compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente. Aunque ya la doctrina judicial española había entendido que la regla general de incompatibilidad de pensiones resultaba acorde con el principio de “pérdida de una renta profesional” (por lo que no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución), también había insistido en que ese principio únicamente operaba dentro del Régimen General. De este modo, únicamente se podría admitir la compatibilidad entre pensiones que pertenezcan a distintos regímenes. Empero, la cuestión se vuelve más conflictiva al confrontar las proporciones respectivas de trabajadores afectados y los que no en relación a la supuesta diferencia de trabajo entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación. Por esta razón, a la luz de la Directiva 79/7/CEE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da un giro de 360 grados al cuestionar la normativa española de Seguridad Social.*

Palabras clave: *Incapacidad permanente. Compatibilidad de pensiones. Régimen Público de Seguridad Social. Financiación y discriminación indirecta.*

Keywords: *Permanent disability. Public social security system. Financing and indirect discrimination.*

I. Introducción

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174). Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre KM y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en relación con la negativa de este último a reconocer la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total reconocidas a KM en virtud del mismo régimen legal de seguridad social sobre la base de períodos de cotización y de lesiones diferentes.

Respecto al marco jurídico regulador aplicable a la controversia jurídica (Resumen):

1.- **Derecho de la Unión Europea:** A tenor del artículo 1 de la Directiva 79/7: «La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.» 4 En su artículo 3, apartado 1, letra a), se establece que esta Directiva se aplica a los regímenes legales que aseguren una protección contra el riesgo de «invalidez», entre otros.

El artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva dispone lo siguiente: «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.»

El 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 e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23), establece, en particular, que esta Directiva contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a los regímenes profesionales de seguridad social.

2.-En cuanto al **Derecho Español:** El artículo 163 de la LGSS, titulado «Incompatibilidad de pensiones», establece lo siguiente en su apartado 1: «Las pensiones [del] Régimen General [de la Seguridad Social] serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.»

A tenor de la disposición transitoria vigésima sexta de la LGSS, aplicable al litigio principal: «1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. d) Gran invalidez. 2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. [...] 4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. [...]»

El artículo 34 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE n.o 221, de 15 de septiembre de 1970, p. 15148), establece lo siguiente: «Las pensiones que concede este régimen especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario. Quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones, optará por una de ellas.»

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20).

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial.

ECLI:EU:C:2022:508

Fuente: Curia europea.

Ponente: Sra. A. Prechal (Ponente).

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el marco de un proceso judicial de Seguridad Social, el Juzgado número 26 de Barcelona plantea, ante la sede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el posible reconocimiento de la compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total generadas, de manera sucesiva, en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante RGSS). El Juez nacional se dirige al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una concreta cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, a fin de poder comprobar, en este caso, la conformidad de la normativa nacional con este Derecho comunitario.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) había reconocido a la demandante una pensión incapacidad permanente total en el RGSS para la profesión de auxiliar administrativo, que se derivaba de una enfermedad común. Una vez reconocida la pensión, la actora comenzó a prestar servicios en profesión distinta para ese mismo régimen sufriendo, a posteriori, un accidente no laboral. Esta situación dio lugar a una segunda declaración de incapacidad permanente total en el RGSS derivada de accidente no laboral, no necesitando para causar esta pensión las cotizaciones tenidas en cuenta para reconocer la pensión anteriormente concedida. El INSS reconoció ambas pensiones, pero las declaró incompatibles conforme a lo establecido en el artículo 163 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), otorgando el derecho de opción por una u otra.

Por su parte, la demandante alegó la aplicación equívoca y/o errónea del artículo 163 de la LGSS, sobre la cual el INSS declaró la incompatibilidad de las dos pensiones. Y es que, la actora entiende que esta normativa genera una discriminación indirecta por razón de sexo, de ahí que resulte contraria al Derecho de la Unión.

Recuérdese que el artículo 163 de la LGSS impide la acumulación de dos pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del RGSS^[1], pues de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se deriva que esta disposición, interpretada a *sensu* contrario, permite admitir tal acumulación cuando dichas pensiones proceden de regímenes diferentes —a saber, el RGSS y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), normalmente—, incluso sobre la base de unas mismas lesiones. El fundamento de esta interpretación es que cada uno de estos regímenes persigue una finalidad propia, a saber, respecto al RGSS, la consistente en compensar la imposibilidad de desarrollar una actividad por cuenta ajena y, respecto al RETA, la consistente en compensar la imposibilidad de desarrollar una actividad por cuenta propia.

A este respecto, el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona plantea la existencia de una eventual discriminación indirecta por razón de género, prohibida por el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE, al entender que el artículo 163 de la LGSS determina el principio de incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente en el RGSS. Y es que, aunque la norma resulte aparentemente neutra, sus efectos pueden —en realidad— tener mayor incidencia negativa sobre las mujeres en comparación con los hombres.

Así el Juez *a quo* considera que mientras que la distribución de los afiliados al RGSS de la Seguridad Social entre hombres y mujeres está bastante equilibrada, estas últimas solo representan el 36,15 % de los afiliados al RETA, lo que viene provocado por la mayor dificultad de las mujeres para el emprendimiento autónomo. En consecuencia, dado que la acumulación de prestaciones solo es posible para las

prestaciones reconocidas en virtud de regímenes diferentes y la protección de hombres afiliados al RETA sería claramente superior a la de las mujeres, dicha acumulación sería más fácil de obtener para los hombres que para las mujeres.

El Juez *a quo* decide suspender el procedimiento y plantear, ante el TJUE, dos importantes cuestiones prejudiciales, a saber:

a) “¿Es contraria a la normativa europea recogida en el artículo 4 de la directiva 79/7, pudiendo provocar una discriminación indirecta por razón de sexo o de género, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones, recogida en el artículo 163.1 LGSS que impide compatibilizar en el mismo régimen, mientras que sí reconoce su compatibilidad en caso de ser reconocidas en diferentes regímenes, aunque en todo caso se hayan ganado en base a cotizaciones independientes, atendida la composición de sexos de los distintos regímenes de la Seguridad Social española?

b) En caso de respuesta negativa a la primera pregunta, ¿Podría ser la normativa española contraria a la europea antes apuntada en caso de que ambas prestaciones tuvieran por causas diferentes lesiones?”

IV. Posición de las partes

1. Parte Social: la demandante en el litigio principal interpuso un recurso ante el tribunal remitente solicitando que se reconociera la compatibilidad de la pensión de incapacidad relativa a su profesión de subalterna de casal con la relativa a su antigua profesión como auxiliar administrativa, con el fin de poder acumular estas dos pensiones. A tal efecto, alegaba, en esencia, que no es aplicable el artículo 163 de la LGSS, sobre cuya base el INSS declaró la incompatibilidad de las dos pensiones, porque genera una discriminación indirecta por razón de sexo y, por lo tanto, es contrario al Derecho de la Unión.

2. Parte Administrativa (INSS): el INSS declaró a la demandante en el litigio principal, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «RGSS»), en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de auxiliar administrativa, derivada de una enfermedad común relacionada con un infarto cerebral, y le concedió una pensión con arreglo al RGSS, calculada considerando las bases de cotización del período comprendido entre mayo de 1989 y abril de 1994.

Posteriormente el INSS declaró a la demandante en el litigio principal, que, entretanto, trabajaba como subalterna de casal, en situación de incapacidad permanente total también para su nueva profesión habitual debido a un accidente no laboral en el que se había fracturado un fémur, y le concedió la pensión correspondiente con arreglo al RGSS, calculada considerando las bases de cotización del período comprendido entre febrero de 2015 y enero de 2017. Sin embargo, el INSS consideró que, en virtud del artículo 163 de la LGSS, esta pensión era incompatible con la concedida anteriormente, de modo que la demandante en el litigio principal solo tenía derecho a una de las dos pensiones en el marco de un mismo régimen público de seguridad social.

El INSS -y el Gobierno español- alegan, en lo fundamental, que esta normativa nacional controvertida en el litigio principal está justificada por el objetivo de preservar la viabilidad del sistema de seguridad social.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 79/7/CEE (Igualdad de trato en Seguridad Social), artículo 4.1.

RD-Legislativo 8/2015 (TRLGSS), artículo 163.

Decreto 2530/1970 (RETA), artículo 34.

VI. Doctrina básica

1º. Se recuerda por parte del TJUE que, aunque no se discute que el Derecho de la Unión respeta la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos para la concesión de prestaciones en materia de seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión (sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C527/13, EU:C:2015:215, apartado 25), atendiendo al principio de primacía del Derecho Social Comunitario. En este sentido la legislación nacional debe respetar la Directiva 79/7 y, en particular, su artículo 4, apartado 1, en virtud del cual el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial en lo relativo al cálculo de las prestaciones.

2ª. Para apreciar si la normativa nacional controvertida en el litigio principal puede situar a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, es preciso recordar que la existencia de tal desventaja particular podría acreditarse, entre otras formas, probando que dicha normativa afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C843/19, EU:C:2021:55, apartado 25).

En el supuesto de que, como ocurre en el presente caso, el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que incumbe a este tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato y, por otro lado, que el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación (sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C843/19, EU:C:2021:55, apartado 26).

En este contexto, corresponde al juez nacional apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y si se pueden tomar en consideración, es decir, entre otras cosas, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si son suficientemente significativos (sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C843/19, EU:C:2021:55, apartado 27).

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la apreciación de los hechos que permiten presumir que existe una discriminación indirecta corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales que pueden disponer, en particular, que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio, incluso a partir de datos estadísticos (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C274/18, EU:C:2019:828, apartado 46 y jurisprudencia citada; véase, asimismo, la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C167/97, EU:C:1999:60, apartado 61).

Si, al término de dicha apreciación, el tribunal remitente llegara a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, la referida normativa supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucedería si dicha normativa responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello, entendiéndose que solo puede considerarse adecuada para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática [sentencia de 24 de febrero de 2022, TGSS (Desempleo de los empleados de hogar), C389/20, EU:C:2022:120, apartado 48].

Si bien en último término corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si la disposición legal controvertida está justificada por tal factor objetivo y en qué medida lo está [sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C223/19, EU:C:2020:753, apartado 57], el Tribunal de Justicia, que debe proporcionar respuestas eficaces a aquel en el marco de la remisión prejudicial, es *competente para dar indicaciones*, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que se le hayan presentado, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución [sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C223/19, EU:C:2020:753, apartado 58].

En el caso de autos, el INSS y el Gobierno español alegan, en esencia, que la normativa nacional controvertida en el litigio principal está justificada por el objetivo de preservar la viabilidad del sistema de seguridad social. Manifiestan, por un lado, que la posibilidad de acumular al menos dos pensiones de incapacidad permanente total obtenidas en virtud de un mismo régimen, que cubren el mismo riesgo de pérdida de ingresos profesionales, tendría consecuencias importantes en la financiación de dicho sistema y, por otro lado, que la posibilidad de acumular pensiones correspondientes a distintos regímenes tiene un efecto presupuestario reducido y además estas pensiones cubren riesgos diferentes.

Sin embargo, se demuestra fehacientemente que las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos períodos cotizados. De lo cual se deduce que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado.

Con todo, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial principal en el sentido de que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional –como la española analizada en el caso de autos– que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen público de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

VII. Parte dispositiva

En virtud de los hechos probados y de la argumentación expuesta, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: El artículo 4, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los

trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

VIII. Pasajes decisivos

Se acredita fehacientemente que las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos períodos cotizados. De lo cual se deduce que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado.

Por tanto, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial principal en el sentido de que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional –como la española analizada en el caso de autos– que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen público de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

IX. Comentario

La sentencia del TJUE de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20) permite dar un paso más en ese proceso de compatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente al interpretar que, de acuerdo con la legislación nacional, los Estados miembro podrán determinar la simultaneidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total (incluso permitir la acumulación bajo determinadas condiciones), siempre que se respete la Directiva de igualdad de trato. De forma que, se evite así, cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, sobre todo en lo que se refiere al cálculo de las prestaciones.

La STJUE de 30 de junio de 2022 declara en su fallo que: *“El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la Seguridad Social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de datos de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que la misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.*

En su fundamentación jurídica recuerda, así, el Alto Tribunal Europeo que, en el contexto de la Directiva, existirá una situación de discriminación indirecta por razón de sexo cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sitúen a

personas de un sexo en desventaja particular con respecto a otras personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y, siempre que, los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios^[2].

En consecuencia, la sentencia del TJUE no otorga una respuesta definitiva a la primera de las cuestiones prejudiciales enunciadas, sino que la condiciona a una serie de circunstancias que habrá de constatar el Juez “a quo”. De esta manera, el TJUE encomienda al Juez nacional que, en primer lugar, determine en base a datos pertinentes si se produce discriminación indirecta. Tal y como relata la sentencia, el Alto Tribunal Europea comprueba que, efectivamente, se disfrutaban de la acumulación de pensiones incapacidad permanente total una proporción significativamente mayor de trabajadores que de trabajadoras, afirmando así en su fundamentación jurídica que los datos sobre los que inicialmente se sustentaba la pregunta no eran adecuados. En segundo lugar, para el caso de que exista desproporción se encomienda al Juez “a quo” que verifique, si la referida normativa está justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo^[3]. El problema es que, la legislación española establece una diferencia de trato en función de un criterio “aparentemente neutro”, según el cual esos trabajadores únicamente pueden acumular las pensiones cuando estas correspondan a distintos regímenes de Seguridad Social.

Realizadas dichas encomiendas al Juez *a quo*, el TJUE le ofrece una serie de instrumentos que le permiten la constatación.

En primer lugar, el TJUE considera que los datos comparativos ofrecidos por el Juez nacional, es decir, los censos por género del RGSS y del RETA no clarifican el problema, pues la normativa nacional controvertida (artículo 163 de la LGSS y el artículo 34 del Decreto 2530/1970) no se aplica a todos los trabajadores afiliados a los distintos regímenes españoles de Seguridad Social, sino únicamente a aquellos que en principio cumplen los requisitos para concesión de al menos dos pensiones de incapacidad permanente total.

Por todo ello, entiende que para determinar si la legislación española supone una discriminación indirecta, no pueden tomarse en consideración a los trabajadores que no pueden acumular dos o más pensiones por la mera razón de que no cumplen los requisitos para la concesión de cada una de esas pensiones. La solución al problema pasa por aplicar el siguiente método:

Primero, se deben tomar en consideración el conjunto de los trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, tomar en consideración el número de trabajadores y trabajadoras del RGSS y del RETA que en principio pudieran tener derecho a dos pensiones con abstracción de la eventual incompatibilidad.

Segundo, entre el conjunto de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a mujeres.

Tercero, estas proporciones habrán de compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y trabajadoras que resultan negativamente afectados.

Otra de las cuestiones principales que evalúa el TJUE, en su sentencia de 30 de junio de 2022, es la relativa a la finalidad prevista por el artículo 163 de la LGSS. Y es que, tanto el INSS, como el Gobierno español alegan que la legislación española está justificada por el objetivo de preservar el sistema de Seguridad Social. Efectivamente, la posibilidad de acumular al menos dos pensiones de incapacidad permanente total de un mismo régimen tendría consecuencias importantes en la financiación de dicho sistema. Por lo que, olvidan (tanto el INSS, como el Gobierno) la finalidad de protección que el sistema de Seguridad Social otorga frente a las distintas situaciones

de necesidad. De otro lado, el admitir que se acumulen pensiones correspondientes a distintos regímenes tiene un efecto presupuestario reducido y además estas pensiones cubren riesgos diferentes.

Sorprende al TJUE que la nación española se guíe por esos criterios tan economicistas, en lugar de fomentar la protección frente a las distintas situaciones de necesidad. Y, de hecho, así lo pone de manifiesto en su sentencia. Por lo que, niega que el carácter o la naturaleza presupuestaria de la norma española pueda justificar discriminación por sexos. Realmente, el objetivo de asegurar la financiación sostenible de las pensiones de incapacidad permanente puede considerarse, en cambio, un "objetivo legítimo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo". Es por ello que, la posibilidad de acumular varias pensiones sí parezca conferir, a ojos del TJUE, "...una ventaja económica a los trabajadores de que se trata y puede implicar gastos públicos adicionales... las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de incapacidad permanente total no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes".

En base a estos argumentos, el TJUE estima que, sin perjuicio de que el Juez nacional compruebe este extremo, la legislación española "no se aplica de manera coherente y sistemática", de ahí que no pueda "considerarse adecuada" para alcanzar el objetivo invocado.

Una de las cuestiones que insiste el TJUE es en la necesidad de operar una reforma legal sobre la materia en el sentido de que se equiparen el régimen jurídico de pluriactividad con el de pluriempleo, de modo que se aplique el principio de pensión única en el sistema. Sobre este aspecto, ya se está produciendo una importante aproximación entre la acción protectora entre el Régimen General de la Seguridad Social y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, todo ello, fruto del diálogo social, en tanto se pretende que la cotización en el RETA se aproxime a la fórmula de concreción establecida en el RGSS.

Por otro lado, progresivamente se están implementando medidas de colaboración entre los distintos regímenes que recuerdan a las técnicas aplicadas en los casos de pluriempleo y así, se contemplan en los casos de pluriactividad el cómputo recíproco de cotizaciones entre distintos regímenes para causar o perfeccionar una prestación (artículo 9.2 de la LGSS y RD 691/1991, de 12 de abril), la acumulación de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes para la determinación de la base reguladora en uno de los regímenes, eso sí, con la limitación de la base máxima (artículo 49 LGSS) o el establecimiento de reglas específicas de cotización en los casos de pluriactividad, como la devolución del 50 % del exceso de las cotizaciones abonadas en el RETA cuando la suma de las cotizaciones del RGSS y del RETA excedan del límite de la base máxima, o modular las bases de cotización por debajo de la base mínima en el RETA cuando se den ciertos supuestos de pluriactividad (artículo 313 LGSS)^[4].

X. Apunte final

Se produce aquí un giro importante respecto a las reglas vigentes de compatibilidad atendiendo la obligada observancia del principio de no discriminación. Pero hay que retener que el propio TJUE señala que "De lo anterior se deduce que, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, la normativa nacional controvertida [española] en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado" (FJ 65).

En su razonamiento jurídico el Tribunal de Justicia ya ha declarado, con reiteración, que la apreciación de los hechos que permiten presumir que existe una discriminación indirecta corresponde al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales que pueden disponer, en particular, que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio, incluso a partir de

datos estadísticos (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C274/18, EU:C:2019:828, apartado 46 y jurisprudencia citada) (F.J. 55).

Se ha de esperar, pues, al pronunciamiento del órgano jurisdiccional nacional que planteó la cuestión prejudicial.

Referencias:

1. [^] *Tras la redacción dada por el apartado dos de la Disposición Final Trigésima octava de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, el número 1 del artículo 163 de la LGSS queda redactado de la siguiente forma: “1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda. No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud”.*
2. [^] *MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Compatibilidad entre pensiones y discriminación indirecta por razón de género y viabilidad del sistema de Seguridad Social”, en La Ley Unión Europea, núm. 105, 2022.*
3. [^] *Según el TJUE en su sentencia de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20) “el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación. Para ello, en primer lugar, es preciso tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a dicha normativa, a saber, todos los trabajadores y trabajadoras que, en principio, tengan derecho a más de una pensión de incapacidad permanente total. En segundo lugar, entre el grupo de trabajadores y trabajadoras así delimitado, debe determinarse, por un lado, la proporción de trabajadores a los que no se permite acumular dichas pensiones respecto de los trabajadores que pueden llevar a cabo dicha acumulación y, por otro lado, la misma proporción por lo que se refiere a las trabajadoras. Por último, estas proporciones deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre la proporción de trabajadores y la proporción de trabajadoras afectados negativamente. Corresponde al tribunal remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias y apreciar, en su caso, si es significativa la eventual diferencia existente entre las proporciones de trabajadores y trabajadoras negativamente afectados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal, teniendo presente que una diferencia menos importante pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre los trabajadores y las trabajadoras podría también poner de manifiesto una apariencia de*

discriminación indirecta por razón de sexo. Si, al término de dicha apreciación, el tribunal remitente llegara a la conclusión de que la normativa nacional controvertida en el litigio principal sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, la referida normativa supondría una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que estuviera justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucedería si dicha normativa responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello”.

4. ^ MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ INSUA, B.M y GUINDO MORALES, S: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos: entre derecho normal y derecho de la emergencia*, Murcia, Laborum, 2021.

§ 62 Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen.

Carlos Hugo Preciado Domènech

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

Resumen: *Supuesta vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen. Ausencia de indicios discriminatorios por cese en e período de prueba. Inexistencia de límites a la expresión de género de las personas trabajadoras en la empresa.*

Palabras clave: *Discriminación por identidad sexual. Derecho a la propia imagen.*

Abstract: *Alleged violation of the prohibition of discrimination based on sexual identity and the right to self-image. Absence of discriminatory circumstantial evidences due to cessation in the trial period. Inexistence of limits to the gender expression of the workers in the company.*

Keywords: *Discrimination based on sexual identity. Right to self-image.*

I. Introducción

La sentencia objeto de comentario es de enorme interés porque la misma acuña una serie de conceptos esenciales en el derecho antidiscriminatorio en su vertiente de género, por un lado; y por otro lado amplía el contenido del derecho a la propia imagen a supuestos antes no amparados. Es una sentencia que deniega el amparo solicitado porque aún concurriendo panorama indiciario de discriminación, la empresa aporta una justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva. Lo relevante es que se adentra en el deslinde de conceptos tan basales como el sexo, el género, la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género a través de la indumentaria. Su importancia, por tanto, radica más en su vertiente objetiva-doctrinal, que en su vertiente tuitiva del derecho en el caso concreto.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 67/2022, 2 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de amparo núm. 6375/2019.

ECLI:ES:TC:2022:67

Fuente: BOE

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos

a) La persona recurrente en amparo, Serge Christian M. Scevenels, titulada en ingeniería aéreo-espacial, y la empresa belga Rhea System, S.A., suscribieron un contrato de trabajo en España, para prestación de servicios por cuenta de la empresa a partir del 7 de enero de 2013. El contrato de trabajo establecía que este se regiría por la legislación laboral española y que estaría sujeto a un período de prueba de seis meses. También se acordó que la empresa podría requerir, dentro de los límites razonables, que los servicios objeto de contratación se prestasen en diferentes localizaciones, según las necesidades de la empresa. Inicialmente el domicilio del centro de trabajo se fijaba en las oficinas de la empresa situadas en Wavre (Bélgica), durante el período de prueba de seis meses (del 7 de enero de 2013 hasta el 30 de junio de 2013), y fue en esta sede en la que se prestaron enteramente los servicios profesionales el tiempo en que se mantuvo el contrato. El salario pactado fue de 60 000 € brutos al año, se atribuyó un presupuesto de hasta 5000 € para la mudanza a Wavre, y se produjo el alta en la Seguridad Social española por parte de la empleadora.

b) A lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, Serge C. M. Scevenels acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda. En una determinada ocasión, a principios de 2013, había acudido a trabajar con una ropa (un pantalón corto o una falda corta) que la directora de recursos humanos consideró inapropiada, razón por la que le pidió que regresara a su casa y se vistiera correctamente. A raíz de ello, quien actúa como recurrente en amparo, se ausentó y no regresó al lugar de trabajo ese día.

c) En el mes de febrero de 2013, Serge C. M. Scevenels mantuvo una entrevista con el director general de la empresa y con la directora de recursos humanos. En dicha reunión se trataron cuestiones de corrección en las relaciones con los clientes y, en el curso de la misma, el director general le pidió a quien recurre en amparo que vistiera de forma más correcta, pero sin exigirle que llevase falda o pantalón. No ha sido probado que en ocasión alguna se le prohibiese vestir con falda.

d) El 16 de mayo de 2013, y con efectos a partir de ese mismo día, la empresa contratante dio por finalizada la relación laboral, alegando la «no superación del período de prueba pactado en el punto tercero del contrato de trabajo suscrito en fecha 7 enero 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.1 del Estatuto de los trabajadores». Se añadía que la empresa había decidido como medida graciable abonarle, dentro de su liquidación, una gratificación correspondiente a siete días de salario bruto.

En el tiempo transcurrido entre la reunión acaecida en febrero de 2013 y el cese de Serge C. M. Scevenels no consta se produjese incidencia ni reproche alguno por su forma de vestir, a pesar de que continuó yendo a trabajar vistiendo falda ocasionalmente.

2. Antecedentes procesales

- El 1 de julio de 2013, la representación procesal de Serge C. M. Scevenels, tras intento de conciliación previa sin efecto ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, presentó en el decanato de los juzgados de Madrid, demanda sobre tutela de derechos fundamentales y petición de daños y perjuicios, contra la empresa Rhea System, S.A., y contra el Grupo Fes-Moore Stephens Madrid, dando lugar a la incoación de los autos núm. 893-2013 en el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid. En la demanda interesó que se dictase sentencia declarando la nulidad del despido y procediendo a la readmisión de Serge C. M. Scevenels en su puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación, y la cantidad de 10 000 € por daños materiales (gastos de viaje, pérdida de la fianza del alquiler de la vivienda y mudanzas efectuadas) y otros 50 000 € por la reparación de los daños morales.

- El 03/02/2014 se dicta por el juzgado sentencia desestimatoria de las pretensiones contenidas en la demanda (sentencia núm. 72/2014), al entender el órgano judicial que las quejas del demandante no habrían sido acreditadas ni siquiera de modo indiciario.

- La sentencia fue recurrida en suplicación (recurso núm. 530-2014) y, en sentencia de 20 de enero de 2015, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolvió anular la resolución de instancia, para que se practicase como diligencia final la prueba testifical de la directora de recursos humanos.

- Practicada la diligencia final se dictó sentencia nuevamente desestimatoria por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid.

- La suplicación fue desestimada por sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de julio de 2018 (sentencia núm. 568/2018), confirmatoria de la de instancia. Esta resolución añade a los hechos probados, en aplicación de lo previsto en el art. 193 b) LJS y a petición de la parte apelante, el hecho de que «el cese del actor se inscribió en un programa de reorganización de la empresa», cuestión esta incluida en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, tras la realización de la prueba testifical realizada a través de auxilio judicial internacional, pero no en el relato de hechos probados. El TSJ considera que concurren indicios de discriminación pero que, sin embargo, existe en el caso una justificación objetiva y razonable de la extinción del contrato de trabajo por terminación del periodo de prueba.

IV. Posición de las partes

El demandante de amparo entiende que la decisión empresarial de cesar el contrato en el periodo de prueba se basa en una actuación discriminatoria, relacionada con su identidad sexual y expresada en el desencuentro entre recurrente y empleadora en relación con su forma de vestir en determinadas circunstancias. Se argumenta en la demanda de amparo que, frente a la denuncia de que el cese del contrato se debía a causas sospechosas de ser discriminatorias, los órganos judiciales debieron haber invertido la carga de la prueba, constatándose que las razones aportadas por la empresa para justificar el cese resultaban insuficientes y, por tanto, no hacían decaer la presunción de trato discriminatorio. Al no hacerlo así, y haber tenido como justificado en la exclusiva voluntad de la empresa un cese que respondía a un ataque contra los derechos a la identidad sexual y a la propia imagen, las resoluciones judiciales deben ser consideradas contrarias a los artículos 9.3, 14 y 18.1 CE, en unión con los artículos 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y 1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos (DUDH).

La empleadora, Rhea System, S.A., se opone a la pretensión de la demanda y contestando todos sus argumentos, al entender que en el caso enjuiciado no concurrió ninguna vulneración de derechos fundamentales, tal y como habrían valorado ya los órganos judiciales de la instancia, dando por probados unos hechos distintos a los que se presentan en la demanda de amparo, a los solos efectos de obtener una nueva revisión de los mismos.

La Fiscalía considera que no procede el amparo solicitado. Aboga, de un lado por la inadmisión de la queja relativa a la vulneración del derecho a la propia imagen (art. 18 CE), al considerar que este no ha sido invocado previamente, ni alegadas con carácter previo las razones que sustentan la queja contenida en la demanda de amparo. Y por lo que hace a la vulneración del art. 14 CE, rechaza que se haya producido la misma una vez que la sentencia resolutoria de la apelación admitió la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba y, desde esta apreciación, valoró adecuadamente la motivación y pruebas aportadas por la empresa en relación con las razones de cese del contrato.

La Fiscalía parte de que se está ante un supuesto claro de discriminación por razón de circunstancias personales, constitucionalmente prohibida por el art. 14 CE,

pues la orientación sexual del colectivo LGTBI, según la STC 176/2008, de 22 de diciembre, comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a sus miembros, y entre ellos a las personas transgénero, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad humana (art. 10.1 CE). Así, el despido de una persona por causa de su orientación sexual o identidad de género, supondrá una vulneración del derecho fundamental a la no discriminación del art. 14 CE. Teniendo presente lo anterior, lo que se debate en este recurso es esencialmente una cuestión de prueba del motivo real del despido.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional sobre la intangibilidad de los hechos probados y las limitaciones en cuanto al análisis de la valoración de la prueba, el Ministerio Fiscal parte de los hechos probados, complementados por las afirmaciones que, con carácter fáctico, se contienen en la sentencia de instancia, para afirmar que no se puede cuestionar la existencia de indicios de discriminación, que dan lugar a la inversión de la carga de la prueba tal y como se reconoce en la segunda instancia. Desde este punto de la reflexión, la Fiscalía valora si los datos aportados por la empresa son suficientes para considerar probado que el despido fue ajeno a la discriminación denunciada, y concluye que, efectivamente así fue, pues, existe prueba sobre la existencia de motivos del despido que no tienen relación con la denunciada vulneración del derecho constitucional, las dos testificales (una de las cuales fue reclamada por la parte actora dando lugar a que se anulase la primera sentencia del juzgado de lo social para practicarla), en las que se afirma que el despido fue por motivos relacionados con el desempeño de su trabajo y la reorganización de la empresa. Prueba en la que no se han encontrado incoherencias, datos incompatibles u otros fallos objetivos de credibilidad.

V. Normativa aplicable al caso

- Arts. 9.3, 10, 14, 18.1 CE
- Arts.14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y su Protocolo nº 12
- Art.s.1, 3, 7, 19 y 29 de la Declaración Universal de los derechos humanos (DUDH).
- Art. 21 CDFUE, art. 2.1 b) Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006,
- 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, transpuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales
- Art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Art.14 ET

VI. Doctrina básica

La interdicción de discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral.

La jurisprudencia constitucional sobre la vulneración del art. 14 CE en el marco de las relaciones laborales y el reparto de la carga de la prueba en estos supuestos, puede ser aplicada cuando la causa sospechosa de haber provocado una actuación discriminatoria por parte del empleador tenga que ver con la identidad de género del trabajador, proyectando a este ámbito la doctrina iniciada en la STC 38/1981, de 23 de noviembre, sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación.

En la línea de lo que acaba de ser expuesto, en el marco normativo del Derecho de la Unión, que sirve de referencia obligada cuando se examinan cuestiones de igualdad

de trato en el ámbito laboral (en este sentido, STC 108/2009, de 30 de septiembre, FJ 2), se considera 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, se aplica también la discriminación por motivos de identidad de género. Sin embargo, la transposición parcial de esta norma, que se concreta en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no proyecta expresamente el derecho a no sufrir discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral.

Por su parte, 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, transpuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (que modifica varios preceptos del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), alude a la discriminación por razón de orientación sexual, pero no se refiere en ningún caso, ni lo hacen las normas nacionales que transponen la normativa europea, a la identidad de género.

Por tanto, la transposición de las directivas citadas al ámbito de la igualdad en general, y de la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral en particular, no ha supuesto la incorporación normativa del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de identidad de género, pero es posible ampliar el ámbito de protección de las directivas en ese sentido, habida cuenta de que se está en presencia de un derecho fundamental contenido en los arts. 21 CDFUE, 14 CEDH y 14 CE.

En primer término, y tal y como se recuerda en la STC 153/2021, de 13 de septiembre, en el ámbito de las relaciones laborales, «desde la STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2, el Tribunal ha precisado que, si bien la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida, su aplicación se encuentra sometida a una ‘importante matización’ debido al principio de autonomía de la voluntad. En los términos que reitera en la STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2, hemos advertido que, en desarrollo del art. 14 CE, ‘[l]a legislación laboral [arts. 4.2 c) y 17 del estatuto de los trabajadores (LET)] ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral (SSTC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5)’» [FJ 3 b)].

Partiendo de la consideración general de que es necesario garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades reconocidos por las normas, la doctrina constitucional consolidada reconoce «la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto litigioso» (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7). De la constatación de esa dificultad se deriva a su vez la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria, que resulta útil para desvelar «las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales» (STC 104/2014, de 23 de junio, FJ 7).

Ahora bien, la STC 104/2014, de 23 de junio, sostiene que no constituye un indicio la mera alegación de la vulneración constitucional, «ni una retórica invocación del factor protegido, sino un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de la lesión» (FJ 7). Tras la aportación del conjunto indiciario, «recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado». En esta misma idea incide la STC 31/2014, de 24 de febrero, que exige para que se produzca el desplazamiento del *onus probandi* a la

parte demandada, que se acredite, por parte de quien alega el trato discriminatorio, «la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato» (FJ 3).

E insiste de nuevo en esta idea la STC 51/2021, de 15 de marzo, cuando sostiene que «según esta doctrina constitucional cuando el recurrente alega una discriminación prohibida por el art. 14 CE –en los términos que recoge, entre otras, la STC 31/2014, de 24 de febrero, FJ 3–, aportando indicios racionales de discriminación, corresponde a la empleadora la obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 4, y 173/2013, de 10 de octubre, FJ 6, entre otras). Pero, incluso si dicha intencionalidad discriminatoria no existe, corresponde también al empleador probar que la vulneración que se le atribuye no represente objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación (en este sentido, STC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 4)» [FJ 3 b)]. Exactamente en el mismo sentido formulan la inversión de la carga de la prueba la Directiva 2000/78/CE (trigésimo primer considerando y art. 10), la Directiva 2006/54/CE (art. 19), y la STJUE de 19 de abril de 2012, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, asunto C-415/10.

VII. Parte dispositiva

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el presente recurso de amparo interpuesto por Serge Christian M. Scevenels.

VIII. Pasajes decisivos

1. *Conceptos relevantes: sexo, género, orientación sexual, identidad de género y personas trans.*

a) Para definir adecuadamente en presencia de qué causa de discriminación estamos, al analizar el supuesto que se presenta a nuestro análisis, es necesario partir de la distinción clara entre las **nociones de sexo y género**.

El sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen. Características como, por ejemplo y sin ánimo de formular una descripción exhaustiva, los genitales internos y externos, la estructura hormonal y la estructura cromosómica (características primarias) o la masa muscular, la distribución del vello y la estatura (características secundarias). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana.

Por su parte, aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al otro tiempo histórico.

Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Viene a constatar la distinción entre ambas nociones, desde el punto de vista jurídico, la mención diferenciada al sexo y al género, como características diversas del ser humano, contenida en el art.

4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 2011), cuando establece que la «aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género [...] la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación».

Independientemente del alcance normativo que se dé a las nociones de sexo y género, ni una ni otra pueden ser definidas en sentido estricto como derechos, sino como condiciones o estados que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales y que conforman uno de los muchos elementos identitarios que pueden llegar a definir el derecho a la autodeterminación personal o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana (art. 10 CE), la propia identidad personal.

b) También son condiciones **personales la orientación sexual y la identidad de género**, refiriéndose la primera a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, y la segunda a la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento. Pero además de ser condiciones personales, son elementos vinculados fundamentalmente con el derecho a desarrollar una determinada vida privada y familiar (art. 8 CEDH), tal y como se deriva de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que atribuye al concepto de «vida privada» una definición amplia, que abarca el derecho a la integridad física y psicológica de una persona, incluyendo en esa noción de integridad su vida sexual y su orientación sexual (SSTEDH de 22 de octubre de 1981, asunto Dudgeon c. Reino Unido, § 41; de 26 de marzo de 1985, asunto X e Y c. Países Bajos, § 22; de 22 de abril de 1993, asunto Modinos c. Chipre, § 24, y de 26 de octubre de 1988, asunto Norris c. Irlanda, § 38); algunos aspectos de la identidad física y social de la persona (STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 56); o la identidad de género de las personas trans (SSTEDH de 11 de julio de 2002, asunto Christine Goodwin c. Reino Unido [GC], § 71-93; de 12 de junio de 2003, asunto Van Kück c. Alemania, § 69; de 23 de mayo de 2006, asunto Grant c. Reino Unido, § 39-44; de 6 de abril de 2017, asunto A.P. Garçon y Nicot c. Francia, § 72 y 139, y de 8 de enero de 2009, asunto Schlumpf c. Suiza, § 100). Además, el art. 8 CEDH protege el derecho de las personas transgénero al desarrollo personal y a la seguridad física y moral (SSTEDH Van Kück c. Alemania, 2003, § 69; Schlumpf c. Suiza, 2009, § 100; Y.Y. c. Turquía, 2015, § 58).

La identidad de género es una faceta especialmente importante de la identificación de un individuo, por lo que el margen de apreciación que se concede al Estado es limitado (SSTEDH asunto Christine Goodwin c. Reino Unido [GC], 2002, § 90, y de 14 de diciembre de 2017, asunto Orlandi y otros c. Italia, § 203), pudiendo ampliarse cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o en cuanto a los mejores medios para protegerlo (SSTEDH de 22 de abril de 1997, asunto X, Y y Z c. Reino Unido, § 44; de 26 de febrero de 2002, asunto Fretté c. Francia, § 41, y asunto Christine Goodwin c. Reino Unido [GC], 2002, § 85), o cuando hay aún conflicto entre intereses privados y públicos contrapuestos (STEDH asunto Fretté c. France, 2002, § 42).

c) Dentro de la diversidad de identificaciones personales que engloba la noción de identidad de género, se acude, en esta resolución, a **la expresión trans** como denominación omnicomprendensiva de todas aquellas identidades de género que ponen de manifiesto una discrepancia entre esta y el sexo de la persona. Esta denominación genérica engloba las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos; las situaciones en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de esa identidad; e incluso las situaciones en que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como una adopción de

vestimenta, habla, gestos o comportamiento propios del género con el que se identifica la persona, independientemente del sexo biológico identificado en esa persona.

2. Ampliación del contenido del derecho a la propia imagen

Superando la consideración tradicional de que el derecho a la propia imagen concede a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (STC 158/2009, de 25 de junio, FJ 3), es preciso entender que el derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE). La previsión expresa del derecho a la propia imagen en el art. 18.1 CE permite ampliar la comprensión de este a la definición de la propia apariencia física, en el sentido atribuido a este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 28 de octubre de 2014, asunto Gough c. Reino Unido; de 1 de julio de 2014, asunto S.A.S. c. Francia). Por tanto, la expresión de género, definida como el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética, forman parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE)

IX. Comentario

Nos hallamos ante una sentencia de innegable importancia, en que se formulan una serie de conceptos fundamentales en el derecho constitucional antidiscriminatorio y en la que se amplía el derecho a la propia imagen, acercándolo a la realidad social actual, de forma que ahora contiene –además de su contenido tradicional- la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE).

Además de su importancia, la sentencia ha resultado ser oportuna, puesto que se publica el 22 de julio de 2022, poco después de que el BOE de 13 de julio publicara la Ley 15/22, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y no discriminación. Consciente de ello, el TC ha querido incorporar a su bagaje doctrinal nociones tan relevantes en el derecho antidiscriminatorio como sexo, género, orientación sexual, identidad de género y personas trans. El colectivo LGTBI logra de esta forma un reconocimiento legal y constitucional que no hace sino andar un primer paso en la aún larga senda de consecución de su trato igual y no discriminatorio por parte de la ciudadanía y los poderes públicos.

El conflicto que revela el caso se refiere a la indumentaria en el trabajo, y la expresión a través de la misma de la identidad de género, esto es, la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye. El grado de aceptación de que alguien del sexo masculino lleve falda en el trabajo, en la escuela o en cualquier ámbito de socialización, es quizás uno de los más potentes indicadores del grado de tolerancia del grupo respecto de las distintas y plurales manifestaciones la identidad de género. Se trata éste de un aspecto enormemente sensible desde la perspectiva de los derechos humanos, por su estrecha vinculación a los aspectos más íntimos de la personalidad y, por tanto, integrantes de la dignidad de la persona.

Contribuye la sentencia, desde una perspectiva pedagógica, a la reflexión acerca de las nociones de sexo-género, y a la promoción del respeto hacia las distintas identidades de género. Se alcanza así la máxima protección de la identidad de género por una doble vía *ius fundamentalis*: el art.14 y el art.18.1 CE. En efecto, la sentencia, como se ha dicho, amplía el derecho a la propia imagen a nuevos ámbitos. De forma que, ahora es preciso entender que el derecho a la propia imagen integra no solo el

control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de esa imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE). La previsión expresa del derecho a la propia imagen en el art. 18.1 CE permite ampliar la comprensión de este a la definición de la propia apariencia física, en el sentido atribuido a este derecho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 28 de octubre de 2014, asunto Gough c. Reino Unido; de 1 de julio de 2014, asunto S.A.S. c. Francia). Por tanto, **la expresión de género, definida como el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética, forman ahora parte integrante del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE).**

Se trata de un innegable avance, que permite a los colectivos LGTBI dejar de llevar esa “doble vida”: la que les impone la moral(es) social dominante y la que libremente han elegido. La persecución penal de personas por su identidad de género o su orientación sexual cuenta con una rancia tradición en nuestro derecho, muestra de ello fue la Ley 16/70 de 4 de agosto de peligrosidad social y su antecesora ley de vagos y maleantes. La represión de la homosexualidad es una triste realidad que desgraciadamente no ha pasado a la historia en muchos países. El mapamundi de la homofobia va desde la protección constitucional frente a la discriminación por orientación sexual hasta su criminalización, en algunos casos incluso con la pena de muerte.

Tanto la literatura como el cine dan buena cuenta de la tragedia de la “doble vida”, que han tenido que sufrir y sufren los colectivos LGTBI. Obras de autores cubanos como Pedro Juan, dan testimonio de la persecución de estos colectivos, simplemente por ejercer su derecho a la libertad sexual (vid.“Fabián y el caos”). Novelas tan devastadoras como la de Reinaldo Arenas “Antes de que anochezca”, contribuyen también al camino de la sensibilización ante el sufrimiento humano derivado de la discriminación, que alcanza sus más altas cotas en la criminalización. En la misma línea, películas como “Un hombre llamado Flor de Otoño” de Pedro Olea, narran esa “doble vida”, que la sentencia que comentamos contribuye a eliminar del mapa jurídico constitucional.

La expresión de la identidad de género, de este modo, irrumpe en el contenido del derecho a la propia imagen, lo que comporta que ninguna persona, por razón de su identidad de género deberá esconder, modificar o disimular el modo de vestir, el uso de nombre, el comportamiento, la voz o la estética, pues ahora conforman el contenido tutelable en amparo del derecho a la propia imagen y, por otro lado, del derecho a no ser discriminados por razón de su identidad de género.

§ 63 La difícil empleabilidad alarga la pensión compensatoria.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: *Tras las situaciones de crisis matrimonial es frecuente que uno de los cónyuges venga obligado a compensar al otro por el desequilibrio económico que comporta la ruptura matrimonial. A su vez, el abono de esa pensión está temporalmente condicionado por las posibilidades de que quien la percibe obtenga ingresos propios. El Tribunal Supremo (Sala Primera) ha tomado en cuenta las dificultades que posee el acceso al mercado laboral cuando se ha cumplido la edad que permite percibir el “subsidio de prejubilación”. En concreto, para sentar la doctrina de que en tales casos no procede fijar un límite temporal a la pensión compensatoria. Se trata de un ejemplo más de la interacción que los diversos sectores del ordenamiento jurídico mantienen, consecuencia de su unidad.*

Palabras clave: *Pensión compensatoria. Acceso al empleo. Trabajadores de edad avanzada. No discriminación por razón de edad. Interdisciplinariedad.*

Abstract: *After marital crisis situations, it is common for one of the spouses to be forced to compensate the other for the economic imbalance that the marriage breakup entails. In turn, the payment of this pension is temporarily conditioned by the possibilities of the person receiving it obtaining their own income. The Supreme Court (First Chamber) has taken into account the difficulties of access to the labor market when the age that allows receiving the “pre-retirement subsidy” has been reached. Specifically, to establish the doctrine that in such cases it is not appropriate to set a temporary limit to the compensatory pension. This is one more example of the interaction that the various sectors of the legal system maintain, a consequence of its unity.*

Keywords: *Compensatory pension. Access to employment. older workers. No discrimination based on age. Legal interdisciplinarity.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión versa sobre la temporalidad de la pensión compensatoria derivada de una crisis matrimonial que desemboca en divorcio. La perspectiva laboralista, que justifica su examen en este lugar, surge cuando se repara en que la (eventual y futura) obtención de ingresos por parte de quien va a beneficiarse de tal renta está supeditada a su inserción en el mercado laboral.

El problema suscitado, entonces, es si tiene sentido que el habitual horizonte temporal de este tipo de pensión se aplique a un supuesto en que comienza a percibirse tras haber cumplido los sesenta años. No es que sea imposible desarrollar

tareas productivas en régimen asalariado o (mucho menos) por cuenta propia a partir de esa edad, sino que la realidad muestra lo difícil (e improbable) que resulta.

Desde estas elementales consideraciones, tiene mucho interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 185/2022, de 3 de marzo.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4434/2019.

ECLI:ES:TS:2022:1045

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

Voto Particular: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El Trasfondo fáctico

La crisis matrimonial que genera este procedimiento aparece como el ocaso de un típico matrimonio (heterosexual) de largo recorrido. A nuestros efectos basta con subrayar lo siguiente:

- En 1977 contraen matrimonio (en régimen de gananciales) las partes ahora enfrentadas, naciendo del mismo dos hijos (de 38 y 40 años de edad al momento del divorcio).
- La vivienda que constituyó el domicilio conyugal es privativa del esposo.
- Durante los 41 años de vida conyugal la esposa es quien se ha dedicado básicamente a la educación y crianza de los hijos, lo que compatibilizó con diversos trabajos, alternando etapas en activo con otros períodos que estuvo sin trabajar.
- Al momento de la crisis matrimonial la esposa tiene 61 años de edad y percibe la Renta Activa de Inserción, equivalente a 430 € mensuales.
- Es la ahora recurrente quien (en marzo de 2018) presenta demanda de divorcio interesando la disolución del matrimonio así como el establecimiento a su favor y cargo del demandado, que se opuso, de una pensión compensatoria de 300 € al mes actualizable anualmente con arreglo al IPC.

2. Sentencia del Juzgado

Los autos de divorcio contencioso n.º 145/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Icod de los Vinos dan lugar a su sentencia de 22 de octubre de 2018. Declara disuelto el matrimonio, atribuyendo el uso del domicilio familiar al esposo (la vivienda era un bien privativo suyo) y desestimando la fijación de pensión compensatoria.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial

La demandante presenta recurso de apelación (rec. 682/2018) que dio lugar a la sentencia n.º 132/2019 de 14 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

La resolución estima el recurso y revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, fijando una pensión compensatoria en favor de la ex cónyuge, en cuantía de 200 euros mensuales y con un límite temporal de cuatro años (dado que la accionante aún puede desempeñar un trabajo remunerado). Sus núcleos argumentales son los siguientes:

- La ruptura del matrimonio provoca una desigualdad entre las condiciones económicas de cada cónyuge. No se trata necesariamente de que uno de ellos quede en una situación de necesidad; puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo.
- En el caso, el divorcio origina a la recurrente un perjuicio que debe valorarse atendiendo a un cúmulo de circunstancias: su edad, cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada a la familia, duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; el caudal y los medios económicos disponibles; las necesidades de uno y otro cónyuge.
- A la vista de cuanto antecede, ponderando todos esos factores, el Juzgado considera que la pensión compensatoria ha de establecerse en 200 euros mensuales.
- La aludida limitación temporal se justifica por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico. Explica el Juzgado que accede a la convicción de que no es preciso prolongar más allá de cuatro años su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia^[1].
- “En consideración a ello y ponderando una vez más la edad de la recurrente, que aún puede desarrollar un trabajo remunerado, se considera prudente fijar un límite de 4 años”.

4. Recurso de casación

Disconforme con la limitación temporal que la Audiencia fijó, la demandante interpone recurso de casación invocando la vulneración del art. 97 del Código Civil y de diversa jurisprudencia.

IV. Posición de las partes

1. La perceptora de la pensión compensatoria

La ex esposa discrepa de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial solo respecto del alcance temporal que la misma atribuye al deber de abonar la pensión compensatoria^[2].

Sostiene que la Audiencia ha establecido la temporalidad de la pensión sin fundamentar fehacientemente la superación del desequilibrio, dejando en manos de la incertidumbre las supuestas posibilidades de un futuro trabajo. Considera que no debe decretarse la temporalidad de la pensión compensatoria, pues no hay base fáctica que acredite que efectivamente tiene trabajo o posibilidad de trabajar.

Además, expone que el deudor (su ex cónyuge) podría solicitar una modificación de medidas si acreditase que efectivamente ella está trabajando y ha desaparecido el desequilibrio.

Su recurso de casación, como queda dicho, se funda en un motivo único por infracción del artículo 97 CC y oposición a la doctrina jurisprudencial (se citan, como más recientes, las sentencias 304/2016 de 11 de mayo; la 323/2016, de 18 de mayo y la 90/2014, de 21 de febrero). Acaba interesando que se deje sin valor ni efecto alguno el extremo de limitar temporalmente la pensión compensatoria establecida,

manteniendo el resto de la sentencia recurrida, con expresa condena en costas a la parte apelada.

2. *El deudor de la pensión*

El ex esposo se opone al recurso, interesando que se mantenga la sentencia recurrida en sus propios términos, con imposición de costas a la recurrente.

V. **Normativa aplicable al caso**

El artículo 97 del Código Civil constituye la norma básica acerca de la pensión compensatoria por desequilibrio económico y posee el siguiente tenor:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.ª La edad y el estado de salud.
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.

VI. **Doctrina básica**

1. *Identidad de la pensión compensatoria*

La pensión compensatoria es un derecho personal que la Ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte. Se trata de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación. A partir de esa consideración, en la sentencia comentada hay un enfoque laboral de la misma que (apoyándose en precedentes) resulta muy ilustrativo.

2. *Temporalidad de la pensión compensatoria*

Con apoyo en doctrina precedente^[3] se expone que la pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo,

fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente. Por tanto, es susceptible de transformación en una prestación única si así acuerdan los cónyuges.

Para su fijación y cuantificación hay que estar a los parámetros establecidos en el recordado art. 97 del CC. Y debe fundarse en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital.

El órgano judicial puede limitarla temporalmente si considera que ese lapso (cuatro años en nuestro caso) es suficiente para la reintegración de su titular (la ex esposa en nuestro caso) al mundo laboral y superar, de esta forma, el desequilibrio económico existente en relación con su situación anterior en el matrimonio.

La transformación de la pensión establecida con carácter indefinido en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio; juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación^[4].

3. *El juicio prudencial sobre la temporalidad*

La fijación de ese límite temporal exige constatar la concurrencia de una situación de idoneidad, que permita al cónyuge beneficiario superar el desequilibrio económico sufrido transcurrido un concreto período de tiempo.

Por tanto, el tope a la duración del abono compensatorio exige o presupone que no se resienta la función de restablecer el equilibrio, que es consustancial a la fijación de una pensión de tal naturaleza, conforme a lo dispuesto en el art. 97 CC.

A tales efectos, es preciso que el órgano judicial realice un juicio prospectivo a fin de explorar o predecir las posibilidades de que, en un concreto plazo de tiempo, desaparezca el desequilibrio existente, al poder contar el beneficiario con recursos económicos propios que eliminen la situación preexistente.

Se trata, en definitiva, de un juicio circunstancial y prudente, que deberá llevarse a efecto con altos índices de probabilidad, que se alejen de lo que se ha denominado mero futurismo o adivinación.

4. *La decisión sobre el fondo.*

Toma en cuenta de la edad.- Frente al criterio de la Audiencia conforme al cual la ex esposa está en edad laboral y eso le permite acceder a un empleo, el TS considera que la avanzada edad dificulta esa opción.

Por lo tanto, en el dato de la edad no se puede apoyar de forma convincente la situación de idoneidad o aptitud de la recurrente para encontrar un empleo que le permita superar el desequilibrio económico. Lo relevante no es que por su edad pueda desarrollar un trabajo remunerado, sino que, precisamente por ella, pueda encontrarlo.

Valoración de la empleabilidad.- Añádase a lo anterior, que no se conocen ni mencionan otros datos relativos a su formación, cualificación y experiencia profesional idóneos para integrar un perfil atractivo en el mercado laboral y, por lo tanto, capaces de corregir o compensar el efecto desfavorable de su edad.

La percepción de la RAI.- También se valora que la demandante estaba percibiendo la renta activa de inserción que es una ayuda específica dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y especiales dificultades para encontrar empleo (art. 1 Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre).

Conclusión.- A partir de tales antecedentes, que son los que califican el presente caso, no es posible inferir, al menos no con alto grado de probabilidad, que la recurrente consiga emplearse por mucho que lo intente.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso interpuesto por la ex esposa contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 14 de marzo de 2019 y adopta los siguientes pronunciamientos:

1º) Elimina del fallo de la sentencia recurrida la frase «con un límite temporal de cuatro años, a contar desde la fecha de esta resolución».

2º) Acuerda que cada parte asuma las propias costas derivadas del recurso de casación^[5]. □□□□

3º) Dispone la devolución del depósito constituido para el recurso de casación^[6].

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Segundo es el que condensa la doctrina sentada a propósito del establecimiento de un límite temporal a la obligación de abonar una pensión compensatoria para afrontar el desequilibrio patrimonial derivado de la crisis del matrimonio:

1) El establecimiento de un límite temporal en las pensiones compensatorias depende de que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, cuya apreciación obliga a tomar en consideración las específicas circunstancias concurrentes en cada caso.

2) Para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el art. 97 del CC.

3) En tal función, los tribunales deben ponderar, como pauta resolutive, la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado, y alcanzar, de esta forma, la convicción de que no es preciso prolongar más allá el límite temporal establecido.

4) Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto, con prudencia y con criterios de certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad.

5) El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio.

6) La fijación de una pensión, como indefinida en el tiempo, no impide se deje sin efecto o que sea revisable por alteración de fortuna y circunstancias en los supuestos de los arts. 100 y 101 del CC.

IX. Comentario

1. Criterios precedentes

Ante un supuesto similar al que abordamos, la STS 106/2014 de 18 de marzo (rec. 201/2012) censura la concesión preventiva o condicionada de una pensión compensatoria, sin cuantificación económica, en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa del esposo tras la ruptura matrimonial. Justifica ello en diversos argumentos:

- El desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior.
- El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos

posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

- A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio.
- Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables

En ese mismo sentido puede verse, entre otras, las SSTS 720/2011, de 19 de octubre (rec. 1005/2009), 385/2015 de 23 junio (rec. 1099/2014). Con arreglo a su doctrina, los sucesos posteriores a la ruptura de la convivencia son, en principio, completamente irrelevantes para determinar la existencia de la pensión compensatoria o la procedencia de elevar su cuantía; sí operan, sin embargo, para su posible disminución o extinción. Por tal razón cuando no hay desequilibrio en el instante de la ruptura tampoco procede fijar una pensión en previsión de que uno de los cónyuges pierda el empleo que tenga en ese momento.

2. Matización de la STS 120/2018

La STS (Pleno) 120/2018 de 7 de marzo es relevante porque introduce una importante inflexión en el alcance de la doctrina expuesta. Sin abandonar la idea principal (el desequilibrio económico se mide en el momento de la crisis matrimonial) se admite que debe admitirse la toma en cuenta de los acontecimientos posteriores cuando la suerte de uno de los cónyuges depende en buena medida de la voluntad del otro. Esto es lo que sucede en el supuesto (no tan infrecuente en nuestra realidad) surgido cuando uno de los cónyuges viene percibiendo sus principales ingresos como consecuencia de la actividad desplegada por cuenta del otro.

La STS 120/2018 supedita el abono de una mayor pensión compensatoria a que finalice la relación laboral entre quienes se divorcian y lo haga "por causa no imputable" a la esposa. Esa decisión posee una clara lógica: puesto que el esposo, tras el divorcio, pasa a ser deudor de una pensión compensatoria (50 euros mensuales) y empleador de su ex cónyuge, si decide extinguir la relación laboral estaría privando a la esposa de la parte más relevante de sus ingresos (1.900 euros mensuales), generando así un desequilibrio inexistente en el momento del divorcio. Revisemos las líneas argumentales de esta importante mitigación de la doctrina general expuesta:

- Se trata de realizar una valoración análoga a la propia de cuando se fija un límite temporal a la pensión compensatoria.
- Desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante: pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa.
- El juicio sobre la existencia de desequilibrio no se concreta en realidad en la cantidad fija y mensual (500 €) sino que se estima verdaderamente en la que viene percibiendo como ingreso profesional (1.900 € mensuales). Esa cantidad no ha de desembolsarse en la actualidad por el obligado como pensión por desequilibrio precisamente porque la percibe la esposa por su trabajo, pero sí habrá de abonarse íntegramente en el caso de que finalice la actual relación laboral, por causa

no imputable a ella, sin perjuicio de la posibilidad siempre presente de modificación o extinción posterior de la medida por alteración de las circunstancias que ahora se tienen en cuenta.

3. *El precedente de la STS 418/2020, de 13 julio*

Dos años atrás, la Sala Primera del Tribunal Supremo afrontó un problema similar al que ahora le ocupa. En aquella ocasión la STS 418/2020 aplicó los criterios de prudencia apuntados.

Conforme a ellos, se trata de ver si concurre una importante probabilidad de que la parte perjudicada por el desequilibrio (nuevamente, la ex esposa), en el plazo de tiempo fijado por la sentencia recurrida (allí de tres años) puede encontrar un empleo estable. La conclusión de que son “poco halagüeñas las probabilidades de integración en el mundo laboral” se deduce de la toma en cuenta de los datos obrantes en autos: cuenta con más de 55 años (un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas), posee escasa cualificación (falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna durante un largo periodo) y la viabilidad del reciclaje preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo (al que se concede oca probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral).

4. *La resolución del concreto problema*

Llama la atención que el Tribunal Supremo acepte ponderar todas las circunstancias concurrentes en el caso. No es que establezca una doctrina acerca de cómo interpretar el artículo 97 CC en conexión con el acceso al mercado laboral, sino que se adentra en la ponderación de ese elemento fáctico para concluir que “dadas las circunstancias, no podemos hacer, con los necesarios criterios de prudencia y un alto índice de probabilidad, un juicio prospectivo favorable a la superación del desequilibrio económico en un determinado límite temporal”.

De modo implícito, lo que está diciendo es que solo puede establecerse un límite temporal a la pensión compensatoria cuando el juzgador considere acreditado (en términos de probabilidad) que puede acceder a un empleo.

5. *El acceso al empleo y la edad*

Sin especial invocación de datos (“prueba estadística”) la Sala Primera parte de un hecho notorio: la especial dificultad para acceder al empleo a partir de determinada edad. A este respecto resulta inevitable realizar una referencia al acceso al empleo desde la perspectiva de esa circunstancia subjetiva y tras la publicación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND).

El art. 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) viene prohibiendo las discriminaciones por razón de sexo^[7], estado civil^[8], origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical o discapacidad que no impida el trabajo^[9].

Por su lado, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), la LITND incorpora expresamente los de enfermedad^[10] o condición de salud (prohibiendo específicamente al empleador indagar sobre las condiciones de salud en los procesos selectivos), estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta.

El citado principio, al que se dedica la Directiva 2000/78/CE, viene teniendo amplia aplicación respecto del trabajo de la mujer. La prohibición de discriminaciones en el trabajo que enuncia el ET en su art. 4.2.c) y desarrolla con alguna variante en su art. 17, responde a uno de los «valores superiores» que según la Constitución han de

inspirar al Ordenamiento español: la igualdad (arts. 1.1, 14 y 35.1 CE). Su transversalidad^[11] no debe ocultar que el terreno de las relaciones laborales resulta especialmente adecuado para invocarlo y aplacarlo.

El art. 3.1.a LITND insiste en que el principio se proyecta sobre el 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.

6. El reciclaje profesional

Como se sabe, la política de promoción de los trabajadores y de formación profesional está estrechamente conectada con la política económica y particularmente con las políticas activas de empleo. Esa conexión entre empleo y formación (y promoción) profesional está presente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que concibe la «estrategia coordinada para el empleo» especialmente «para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable» (art. 145), en consonancia con las necesidades productivas actuales, marcadas por la globalización económica y la revolución tecnológica, que a su vez plantean la exigencia de una mayor cualificación profesional, y, por tanto, de nuevas estrategias formativas y mayores recursos para llevarlas a cabo.

El reconocimiento de la promoción y formación profesional aparece en la Constitución en dos preceptos distintos: el art. 35.1 consagra el derecho de todos los españoles a «la promoción a través del trabajo»³⁰, y el art. 40.2 encomienda a los poderes públicos fomentar «una política que garantice la formación y readaptación profesionales».

El legislador ordinario se ocupa repetidamente de traducir en normas la política de promoción y formación profesional. Así ocurre tanto con normas laborales generales como con disposiciones centradas en la ordenación específica de esta materia. En cuanto a lo primero, el ET se ocupa de la dimensión contractual de los correspondientes derechos y deberes de trabajadores y empresarios [arts. 4.2.b), y 23 a 25] y la LE (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo) incluye dentro de las políticas activas de empleo a las acciones formativas. La base de nuestro ordenamiento en materia de formación profesional ha sido la LO 5/2002 de las Cualificaciones y la Formación Profesional, que creó un Sistema de Formación Profesional ligado al Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales que supuso un indudable avance. Los dos sistemas creados desde entonces, la formación profesional del sistema educativo, con sus correspondientes ciclos formativos, y la formación profesional para el empleo, a través de los certificados de profesionalidad, vinieron ofertando dos subsistemas destinados a diferentes colectivos, sin relación entre ellos. Queriendo acabar con esa situación, la LO 3/2022, de 31.3, de ordenación e integración de la Formación Profesional remodeló íntegramente la materia a partir de diversos principios (flexibilidad, modularidad, diseño y accesibilidad universal, permeabilidad con otras formaciones, corresponsabilidad pública-privada, vinculación entre centros y empresas, participación, evitación de estereotipos profesionales, innovación, investigación aplicada, emprendimiento, evaluación y calidad del sistema, e internacionalización).

Todo ese arsenal normativo, sin embargo, no parece tampoco suficiente para contradecir la realidad puesta de relieve por la sentencia comentada, aunque sí constituye una necesaria llamada de atención que el mismo no se considere suficiente para revertir situaciones como la descrita en los hechos enjuiciados por la STS comentada.

X. Apunte final

La doctrina reseñada parece acertada, aunque muestra un punto débil en la construcción sobre no discriminación por razón de edad cuando se trata de acceder al empleo. Pese a las múltiples exhortaciones normativas en tal sentido la realidad

muestra que a partir de los 52/55 años existe una dificultad objetiva para que quien ha perdido su empleo pueda reincorporarse al mercado de trabajo. Y lo mismo cabe decir respecto de la situación en materia de recualificación profesional.

Sin pretenderlo, la STS Civil 185/2022 constituye toda una llamada de atención acerca de la penetración que posean en la realidad social las sólidas construcciones jurídico-

Referencias:

1. ^ Menciona las SSTS 27 de junio 2011 y 23 de octubre de 2012.
2. ^ Por tanto, ya no cuestiona el importe (reclamaba 300 euros mensuales; el Juzgado no fijó cuantía alguna y la Audiencia Provincial la ha establecido en 200 €), como tampoco combate la adjudicación al esposo del uso de la vivienda que venían compartiendo.
3. ^ Cita las SSTS 100/2020, de 20 de febrero y 418/2020, de 13 de julio.
4. ^ SSTS de 24 de octubre de 2013 (rec. 2159/2012) y 8 de septiembre de 2015 (rec. 2591/2013).
5. ^ El art. 398.2 LEC dispone que en caso de estimación total o parcial de un recurso de casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.
6. ^ El apartado 8 de la DA 15ª LOPJ dispone que si se estimare total o parcialmente el recurso en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.
7. ^ Sobre ellas, SSTC 30.9.2019, 2.6.2020 y 21.9.2020; y TJUE 16.7.2020
8. ^ [8] En una fase inicial, el TC (Ss. 81/1982, 98/1983, 20/1987) quiso corregir lo que consideró una situación de privilegio retributivo de mujeres trabajadoras, no reduciendo su remuneración, sino elevando la de los trabajadores varones de igual categoría. La doctrina favorable al «varón discriminado» quebró con la sentencia TC 128/1987.
9. ^ Sobre esta última, TJUE 11.9.2019 y 11.2.2021.
10. ^ Su inclusión en el listado de circunstancias tuteladas viene acompañada de la especificación conforme a la cual 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 (art. 2.3 LITND).
11. ^ El art. 4.3 LITND dispone que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

§ 64 **Nulidad de la extinción del contrato temporal por vencimiento del término convenido consecuencia de la participación de la trabajadora en el comité de huelga: ¿se convierte en indefinido?**

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: Cuando una trabajadora ha estado vinculada por varios contratos temporales con la empresa y se procede a la extinción del último contrato temporal por vencimiento del término convenido tras haber formado parte del comité de huelga, dicha extinción constituye un despido nulo si la empresa no le ofrece participar en nuevas contrataciones temporales y no demuestra razones objetivas suficientes y alejadas del ejercicio del derecho de huelga para proceder a la extinción. Por ello, aunque el contrato temporal fuera causalmente válido, su extinción inconstitucional aboca al empresario a tener que readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones de trabajo que tenía anteriormente.

Palabras clave: Derecho de huelga. Contratación temporal. Ausencia de renovación por participar en el comité de huelga. Despido nulo.

Abstract: When a worker has been bound by several temporary contracts with the same company and the last temporary contract is terminated due to expiration of the agreed term after having been part of the strike committee, it constitutes a null and void dismissal if the company does not offer her to participate in new temporary contracts and does not demonstrate sufficient objective reasons disconnected from the exercise of the right to strike.

Keywords: Right to strike. Temporary employment contract. Non-renewal for participating in the strike committee. Null and void dismissal.

I. Introducción

La sentencia comentada examina y valora correctamente la prueba de indicios en un caso en el que se extingue un contrato temporal al llegar su término (un día después, exactamente) y considera que la razón última es la vulneración del derecho de huelga ejercitado por la trabajadora. Pero se dejan en el aire cuáles son las consecuencias de la nulidad declarada de la extinción de un contrato temporal ya completamente finalizado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 498/2022, de 31 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 601/2021.

ECLI:ES:TS:2022:2241

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excma. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el asunto examinado la trabajadora prestaba sus servicios para la empresa demandada Serveis Educatius Ciut'art, S.L., habiendo suscrito su primer contrato, de duración determinada y a tiempo parcial, el 06/03/2017 con fecha de finalización el 21/05/2017. El objeto del contrato era ejecutar tareas de su categoría en una exposición en un Museo, obra que se consideraba que tenía autonomía y sustantividad propia. Finalizado el contrato le fue ofrecida una nueva contratación temporal, eventual por circunstancias de la producción, a tiempo parcial, cuya duración iba desde el 2/06/2017 al 10/09/2017. El objeto de este contrato era la sustitución de los trabajadores en vacaciones. El 9/08/2017 solicitó ocupar como sustituta una de las plazas existentes respecto de las que parecía que sus titulares podrían solicitar una excedencia. Se convocó una huelga indefinida por el sindicato SUT el 16/08/2017. La trabajadora formaba parte del comité de huelga.

El 13/9/2017, dos días después de la llegada del término de su contrato temporal, se le comunica a la actora que tiene a su disposición los documentos por la finalización de contrato que se negó a recoger el día anterior. A la trabajadora no le ofrecieron ninguna de las 8 contrataciones efectuadas el mismo mes de septiembre de 2017, ni alguna de las nuevas contrataciones realizadas en octubre siguiente. La empresa Magmacultura, S.L. se subrogó el 17/10/2017 en las relaciones laborales de los trabajadores de Serveis Educatius Ciut'art, S.L. que prestaban servicios en el MACMA, la adjudicación finalizó 31/5/2019.

La sentencia del Juzgado de lo social estimó la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Magmacultura, S.L. y desestimó la demanda interpuesta sobre despido y vulneración de derechos fundamentales. Fue recurrida en suplicación por la trabajadora quien mantenía que el primer contrato celebrado (obra y servicio a tiempo parcial) debía tacharse de fraudulento, declarándose la relación como indefinida y la extinción del contrato como un despido ya que la trabajadora no estaba normalmente ocupada en la ejecución de la obra o servicio correspondiente.

El TSJ de Cataluña admite parcialmente el recurso. Aunque mantiene la falta de legitimación pasiva de la empresa Magmacultura S.L, estima el fondo de la demanda. No considera que el primer contrato fuera fraudulento porque aunque es cierto que el contrato de obra, además de la sustantividad y autonomía de las tareas, exige que en el desarrollo de la relación laboral el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas, lo cierto es que no consta la realización normal de tareas distintas a la obra o servicio objeto del contrato, sino sólo que "en algunas ocasiones" se producía la rotación, es decir, que se apunta a un carácter esporádico de las rotaciones, lo que supone, en buena lógica que se cumple el requisito de que en el desarrollo de la relación laboral esté ocupado normalmente ocupado en la ejecución de la obra o servicio contratado. Pero considera lesivo del derecho fundamental de huelga el despido de la trabajadora comunicado el 12/09/2017 y, por ello, nulo, condena a la empresa demandada a "readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones de trabajo y al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la efectiva readmisión", así como al abono de 6.251 euros de indemnización en concepto de daños morales, tomando como referencia el quantum indemnizatorio de la sanción del art.8.12 LISOS, teniendo

en cuenta la “situación de desasosiego e inseguridad que ocasiona el despido en toda persona corriente y al efecto necesariamente disuasorio que ha de tener la indemnización, para proteger el aspecto objetivo de todo derecho fundamental” teniendo en cuenta “la inexistencia de hechos anteriores similares, ni un clima de represión o persecución sindical en otros centros de la empresa, y a la gravedad de los hechos en el caso concreto”.

La representación de Serveis Educatius Ciut'Art formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina que finalmente se desestima por la presente sentencia de la Sala 4ª del TS.

IV. Posición de las partes

1. Del trabajador recurrente

La parte actora impugna el recurso negando la existencia de contradicción. Sobre el fondo debatido pone de relieve que la recurrida sigue la doctrina del Tribunal Constitucional al partir de la constatación de un panorama indiciario (miembro del Comité de Huelga, renovación previa a este hecho, no renovación posterior, contratación sustancial coetánea a la decisión de no renovación) y de la completa ausencia de cualquier justificación que no sea la llegada de la fecha estipulada. Sostiene que la sentencia de suplicación es correcta porque se ha producido la no renovación del contrato por haber formado parte del comité de huelga, de ahí que la extinción haya sido nula debiendo resarcirse los daños y perjuicios por vulneración de un derecho fundamental.

2. De la parte empresarial

El recurso de la empresa cuestiona el hecho tomado en consideración por la sentencia de suplicación de que la no contratación en septiembre (cuando se produjeron otras contrataciones en la empresa) evidencia la voluntad de represaliar el ejercicio del derecho a la libertad sindical, e indica que tal hecho no figuraba en demanda. Asimismo, rechaza que la extinción pueda ser calificada como nula al no existir represalia alguna contra la trabajadora por haber formado parte del comité de huelga, sino simple llegada del término convenido de un válido contrato temporal. La impugnación al recurso por parte de la empresa subrogada posteriormente (Magmaicultura S.L.) consiste en manifestar que ya desde el origen el Juzgado de lo Social 29 de Barcelona estimó su falta de legitimación pasiva.

3. Del Ministerio Fiscal

El Fiscal, en el trámite del art. 226.3 LRJS, informa la procedencia del recurso, previa la concurrencia del presupuesto de contradicción, e indica que no se puede apreciar que la no renovación de la contratación temporal tenga como causa directa la participación en la huelga.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 28.2 CE reconociendo el derecho fundamental de huelga; art. 49.1.c) del ET, sobre régimen extintivo del contrato de trabajo por llegada del término convenido; art. 96.1 LRJS declarando que en los procesos en que se deduzca de las alegaciones de la parte actora la existencia de indicios fundados de discriminación o en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

VI. Doctrina básica

La no renovación de un contrato temporal lesionando el derecho de huelga debe equipararse en sus efectos a los de otras medidas impeditivas de la continuidad del vínculo que se producen con vulneración de derechos fundamentales, es decir, mediante la ineficacia extintiva del acto empresarial, ilícito por discriminatorio.

Demostrados indicios de vulneración del derecho de huelga, como la clara conexión de la no renovación posterior del contrato tras su participación en el comité de huelga, o el no ofrecimiento a la trabajadora de los contratos que se realizaron posteriormente, la empresa no sólo debe demostrar la llegada del término convenido, sino que debe probar la desconexión de su acto con el derecho que se dice vulnerado, lo que no hizo al no justificar por qué no se le ofreció a la recurrente ninguna de las contrataciones que se llevaron a cabo posteriormente, a pesar de que haber mostrado su interés específico por ocupar algunas de ellas.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de Serveis Educatius Ciut'art S.L., se confirma la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declarando su firmeza, y condena en costas a la parte recurrente en cuantía de 1500 euros, acordando la pérdida del depósito y las consignaciones efectuadas.

VIII. Pasajes decisivos

- La primera de las operaciones ha de ser la atinente a la detección de los hechos claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho invocado y de aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente, y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, tengan entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Más arriba se describieron: la suscripción entre las partes de dos contratos sucesivos, siendo la fecha de finalización del último el 10.09.2017; la comunicación empresarial, dos días más tarde del fin previsto, de que la trabajadora tenía a su disposición los documentos que se había negado a recoger el día anterior; la integración de la actora como parte del comité de la huelga convocada el 16.08.2017; el no ofrecimiento de ninguna de las 8 contrataciones efectuadas durante el mismo mes de septiembre de 2017 ni tampoco ninguna de las nuevas contrataciones realizadas en octubre siguiente. Resulta conformado de esta manera el panorama indiciario de que la decisión extintiva podía obedecer a la participación en la convocatoria de huelga como miembro de su comité, correspondiendo a la parte demandada la obligación o carga de acreditar que su actuación extintiva resultaba ajena a todo móvil vulnerador del legítimo ejercicio del derecho de huelga de la parte actora.

- La entidad empleadora aduce que la causa real y efectiva del cese de la trabajadora fue la llegada del término contractual pactado entre las partes. Esa causa efectivamente tiene una entidad apreciable, pero en el presente supuesto no resulta suficiente para explicar por sí misma, objetiva, razonable y proporcionadamente, la decisión empresarial cuestionada. Como subraya la sentencia recurrida, no se ha ofrecido explicación alguna de las razones de la exclusión de la trabajadora en las nuevas contrataciones realizadas en un momento temporal muy próximo, pese a la petición también concurrente que la misma efectuó, manifestando su voluntad de seguir trabajando en la empresa, para cubrir las eventuales excedencias. No se ha desvirtuado la evidente conexión temporal entre la decisión extintiva posterior al día marcado para el fin del contrato temporal y el hecho que la precede: la participación de la actora en una huelga como miembro del comité de huelga.

- En supuestos como el enjuiciado la libertad de contratación presenta una clara dimensión constitucional, que encuentra una frontera infranqueable en el derecho fundamental a la libertad sindical: los poderes empresariales están limitados en su ejercicio, no sólo por las normas legales o convencionales que los regulan, sino también por los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un resultado prohibido su utilización lesiva.

- Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (STC

166/1988), o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio" (STC 173/1994, FJ 4).

IX. Comentario

La sentencia que ahora se comenta presenta pocas novedades en relación con el fondo sustantivo y procesal del asunto examinado. La cuestión residía en dirimir si la extinción de un contrato temporal había sido correcta y conforme con el ordenamiento jurídico o si, por el contrario, como aducía la trabajadora, había sido una represalia al hecho de haber formado parte del comité de huelga durante la huelga convocada en la empresa. Para poder dirimir tal cuestión, no cabe duda de que la prueba desplegada constituía un elemento decisivo. Como hechos probados constaba que la trabajadora había tenido un primer contrato temporal con la empresa, por obra y servicio determinado; que posteriormente se le ofreció otro contrato temporal, eventual por circunstancias de la producción para cubrir las vacaciones y permisos de diversos trabajadores fijos; que había manifestado su deseo de poder optar a una de las plazas de unos trabajadores en caso de que se acogieran a una excedencia; que formó parte del comité de huelga en la huelga convocada poco antes de la terminación de su contrato temporal y que una vez llegado el término fijado no se le volvió a contratar posteriormente a pesar de que se realizaron varias contrataciones en los meses siguientes a la extinción de su contrato. El hecho de que se le hubiera vuelto a contratar tras un primer contrato temporal pero que no se procediera a tenerla en cuenta posteriormente, escaso un mes desde que formara parte del comité de huelga, cuando la empresa realiza nuevas contrataciones, permite aseverar que existen algo más que meras sospechas retóricas y que se han demostrado indicios de vulneración del derecho fundamental a la huelga y al derecho a participar activamente en la misma. A partir de esa prueba indiciaria, como es sabido, es a la empresa a quien corresponde demostrar que su decisión ha sido conforme a Derecho. Y ello significa, no sólo que se ha realizado formalmente con cobertura de un precepto legal y conforme con la legalidad ordinaria, sino también que se ha realizado de conformidad con la Constitución española y los derechos fundamentales en ella contemplados. En los supuestos denominados despidos pluri causales, en los que existe una causa formalmente correcta y legal (vencimiento del término convenido), junto con otra encubierta inconstitucional (represalia a una trabajadora por el hecho de haber ejercitado activamente su derecho a la huelga), el TC ya ha señalado que la existencia de una causa legal no es suficiente para entender que la extinción del contrato ha sido conforme a Derecho. Aunque admite que cuando se alega una extinción del contrato basada en una causa con cobertura legal, dicha conformidad legal es ya un elemento relevante para coadyuvar a la desconexión del acto empresarial con la vulneración del derecho fundamental, considera que, por sí solo, tal elemento no es suficiente para descartar la conexión, de modo que el empresario debe demostrar que su decisión empresarial (cualquiera que sea) se encuentra completamente desconectada y al margen de toda sospecha de ser una medida encubierta o relacionada con dicha vulneración. No se trata de exigir al empresario una prueba diabólica de un hecho negativo (demostrar que no ha vulnerado el derecho de huelga), sino de que demostrar la desconexión causal, es decir que los motivos de la decisión laboral se presentan como razonablemente ajenos a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (SSTC 202/1997, FJ 4 y 257/2007, FJ 4).

Para la sentencia de instancia, precisamente, la llegada del término convenido constituía el elemento clave para entender que la decisión empresarial había sido conforme a Derecho, considerando además que ni siquiera la trabajadora había probado indicios suficientes para sospechar que subyacieran otras inconstitucionales razones. Más certeramente, la sala de lo social del TJS Cataluña considera que los hechos probados deben considerarse indicios relevantes en los que sostener la existencia de una sospecha razonable de inconstitucionalidad. En línea con doctrina consolidada del TC, la Sala de lo Social alude a la importancia de la conexión temporal como sólido mecanismo indiciario. Mientras que la trabajadora no ejerce su derecho a la huelga, la empresa le vuelve a llamar y celebra con ella un nuevo contrato temporal cuando hay oportunidad, pero la oferta cesa radicalmente desde el momento en que la

trabajadora forma parte del comité de huelga. Apenas un escaso mes desde que participa en dicho comité se produce la extinción del vínculo, ciertamente porque vencía el término convenido, pero sin que se le ofrezca después ninguna otra posibilidad de estar en la empresa. No porque la empresa no tenga necesidad de personal o por inexistencia de plaza o funciones, en tanto inmediatamente después de la extinción se celebraron nuevas contrataciones, varias en septiembre y varias en octubre, lo que habría sido una prueba de la desconexión de la decisión con todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Pero al no probar ni desplegar prueba alguna en este sentido, la consecuencia lógica permite entender que no fue por ausencia de necesidad, sino por no querer a una trabajadora reivindicativa e implicada sindicalmente.

El TS ratifica esta perspectiva procesal y de elementos probatorios, confirmando la sentencia de suplicación. Pero también confirma la sentencia desde la perspectiva material que se planteaba, cual es la de que una extinción de un contrato temporal, cuando deviene un acto ilícito empresarial, debe ser considerado nulo radical y calificado como un despido, entendido como todo acto de extinción del contrato de trabajo debido a voluntad unilateral del empleador, asimilable, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, a la regulación normativa del despido disciplinario. La confirmación de la sentencia supone igualmente ratificar la indemnización por daños morales siguiendo los criterios comunes que toman como elemento de referencia el quantum indemnizatorio de la sanción del art. 8.12 LISOS (parámetro ratificado por la STC 247/2006) con una cuantía de 6.251 euros en “atención a la situación de desasosiego e inseguridad que ocasiona el despido en toda persona corriente y al efecto necesariamente disuasorio que ha de tener la indemnización, para proteger el aspecto objetivo de todo derecho fundamental... dada la inexistencia de hechos anteriores similares, ni un clima de represión o persecución sindical en otros centros de la empresa, y a la gravedad de los hechos en el caso concreto”.

Pero es en el ámbito teórico sustantivo donde en el presente caso surgen algunas dudas. La sentencia de suplicación condenaba a la empresa demandada a readmitir a la trabajadora “en las *mismas condiciones de trabajo* y al pago de los salarios dejados de percibir dese la fecha el despido hasta la de la efectiva readmisión, a razón de 22,04 euros/día”. El TS confirma dicha sentencia y declara su firmeza. La duda reside en determinar cómo se debe readmitir en las mismas condiciones porque no sabemos muy bien cuáles eran esas condiciones que se van a reparar cuando la trabajadora tenía un válido contrato temporal que ya había llegado a su final. En casi todos los casos que se han analizado por el TC o por el TS la vulneración de un derecho fundamental ha tenido que ver con supuestos en los que quienes impugnan judicialmente la extinción del contrato temporal por supuesto vencimiento del término convenido, defendían que se trataba de contratos sin causa, o en fraude de ley, o fruto de un encadenamiento prohibido, y por ello la relación debía considerarse de carácter indefinido. En tales supuestos es lógico que se condene a la empresa a la readmisión en las mismas condiciones disfrutadas ya que la relación laboral era en puridad indefinida y la extinción del último contrato tan sólo representaba una represalia o respuesta empresarial (causa/efecto) a la reclamación realizada (garantía de indemnidad) o al ejercicio de un derecho fundamental en el marco de una relación indefinida aun no declarada judicialmente.

Pero en el presente caso, la sentencia de suplicación analizaba un dato relevante que luego no se cuestiona en casación para la unificación de doctrina y del que surge la duda expuesta. En concreto, se impugnaba por la trabajadora la infracción de los arts. 15 y 16 ET por deber haberse considerado fraudulento el primero de los dos contratos de trabajo que suscribió la actora, y, en consecuencia, haberse debido declarar la relación laboral indefinida y calificado la extinción del contrato como despido. Así, respecto del primero contrato de obra y servicio a tiempo parcial, suscrito el 06/03/17, la recurrente sostiene que el mismo es fraudulento porque no estaba normalmente ocupada en la ejecución de la obra o servicio correspondiente. Pero la sala de suplicación rechaza la existencia de fraude “por la sencilla razón de que no consta la realización normal de tareas distintas a la obra o servicio objeto del contrato,

sino sólo que "en algunas ocasiones" se producía la rotación, es decir, que se apunta a un carácter esporádico de las rotaciones, lo que supone, en buena lógica que se cumple el requisito de que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas", dando así validez a dicho primer contrato. Y en relación con el segundo contrato, eventual por circunstancias de la producción, en ningún momento del proceso se ha cuestionado su falta de causa, ni se ha impugnado su validez. Es decir, no nos encontramos ante el típico supuesto de vulneración de un derecho fundamental (la garantía de indemnidad: derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE -como en la STC 75/2010-) porque la persona trabajadora reclama la indefinición del contrato y la extinción del contrato temporal devenga nula en el marco de una relación ya *de facto* indefinida; ni tampoco en un caso en el que la acción empresarial de extinguir el contrato temporal a su vencimiento vulnerando un derecho fundamental le impida su contratación por tiempo indefinido, a diferencia de lo acontecido con otros trabajadores de la empresa que no son miembros del comité de empresa (STC 29/2002).

Ocorre, no obstante, que aquí en ningún momento se dice que las contrataciones realizadas posteriormente a los otros trabajadores fueran de carácter indefinido, ni que exista algún motivo para considerar su vínculo laboral como indefinido. La pregunta es, así pues, si la declaración de nulidad afecta a la naturaleza del vínculo, convirtiendo el contrato temporal en indefinido. Para el TS es claro que cuando la extinción inconstitucional y nula del contrato temporal vigente se produce *ante tempus*, la posterior declaración de nulidad de la medida extintiva no puede convertirlo en indefinido (STS 28-4-2010, rec. 1113/2009)^[1], por lo que podría pensarse que tal afirmación es extensible a los supuestos en que la extinción se produce llegado el tiempo convenido, de modo que la readmisión y reposición a las condiciones de trabajo a las que condena la sentencia de suplicación confirmada por el TS aludirían a la celebración de una contratación temporal en similares o equivalentes circunstancias (propias, o ajenas en tanto se realizaron contrataciones posteriores a las que podría haber optado de no haberse cercenado su derecho fundamental), pero no obligarían a la empresa a que readmita a la trabajadora como si su relación laboral hubiera mutado y se hubiera convertido en indefinida. Se cumpliría el efecto ordenado por el art. 55.6 ET y 113 LRJS -por el que el despido nulo tiene como efecto la "readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir"- pagando esos salarios hasta el momento en que se previera el fin de las nuevas contrataciones temporales en caso de que su duración hubiera sido ya superada al dictarse la sentencia firme. De hecho, en la STC 173/1994, clásica sobre extinción nula de contrato temporal, se alude a que la relación laboral podría haber continuado, pero precisando que a través de la "renovación del contrato o de sucesivas contrataciones" y que de lo que se trata es de evitar el resultado peyorativo para quien ha sufrido la vulneración del derecho fundamental^[2].

En el caso examinado sólo cabría la posibilidad de entender que se produce la readmisión en las mismas condiciones, pero en una relación devenida indefinida si se entiende que al no haber notificado (denuncia) la extinción de la relación laboral temporal en plazo, y haberlo hecho un día después de lo debido, tal incumplimiento de la normativa laboral transformaba ya la relación laboral en indefinida de acuerdo con lo establecido en el art. 49.1.c ET. De ser así lo apreciado en el presente supuesto por la Sala de suplicación, entonces, de modo correcto, la conclusión no puede ser otra más que la de interpretar las condiciones en que debe ser readmitida la trabajadora son las mismas que venía ya disfrutando en una relación ya indefinida. Ocorre, sin embargo, que los tribunales han venido interpretando que la presunción *iuris tantum* de indefinición como sanción por la ausencia tempestiva de denuncia no sólo juega cuando se demuestra la naturaleza temporal del contrato (lo que aquí ocurriría al no haberse cuestionado la causa ni otras exigencias legales), sino también cuando la denuncia del contrato no se hace estrictamente en tiempo, sino que transcurren unos pocos días posteriores continuando la actividad laboral de la persona trabajadora sin denunciar el contrato^[3]. Esta tolerancia con los breves retrasos empresariales en la

comunicación de la extinción podría haberse asumido también en el presente supuesto y, en consecuencia, el contrato extinguido nulamente podría llevar a la readmisión, pero en un contrato de trabajo también temporal o en su renovación. Al no constar con exactitud si las contrataciones posteriormente realizadas por la empresa eran indefinidas, parece conducir a que el acto lesivo del empresario lo que impidió fue el acceso al trabajo de la trabajadora a una contratación temporal, que es lo que debe repararse.

En fin, las dudas manifestadas aparentan desaparecer con la reforma de diciembre de 2021 en tanto el mero incumplimiento de cualquiera de los requisitos que condicionan los contratos de duración determinada abocan, en todo caso, a considerar la relación como indefinida, sin paliativos. Al menos así se deriva del art. 15.4 ET en su nueva redacción donde se señala que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el art. 15 ET adquieren la condición de fijas y, entre los requisitos del nuevo contrato de circunstancias de la producción se encuentra en de su duración máxima. Pero el art. 49.1.c ET no se ha modificado cuando señala que si no hubiera denuncia y la prestación laboral continuará realizándose, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, pero manteniendo que ello es así “salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del vínculo”. De nuevo dudas interpretativas que pueden solventarse en un futuro por los tribunales entendiendo que la superación del tiempo máximo conlleva la declaración de la relación como indefinida y existe una preeminencia del mandato del art. 15.4 ET sobre el art. 49.1.c) -quedando la dicción contenida en este último referida exclusivamente a otros contratos temporales (como el formativo en sus dos vertientes)-; o bien declarando que también con la reforma es posible suavizar las consecuencias de falta de denuncia de escasos días (como era el caso donde se denuncia con un único día de retraso). Toca por ello esperar.

Referencias:

1. [^] *"La incidencia en un contrato temporal de la declaración de nulidad de un despido, producido durante la vigencia del contrato, no puede llegar a convertir a aquél en indefinido, ni siquiera a prolongar su duración más allá del momento en que, ajustadamente a su propia naturaleza y a las normas que regulan su extinción debiera darse por concluso, términos en los que hay que entender lo dispuesto en el artículo 55-3 del Estatuto de los Trabajadores (...). Una cosa es la respuesta que se da a la decisión empresarial de extinguir unilateralmente el contrato, al decidir la disolución anticipada del vínculo contractual, y otra que la calificación de esa decisión nove el contrato y convierta un contrato temporal en indefinido o suponga la prórroga del mismo, novación que requiere el acuerdo expreso o tácito de ambas partes, conforme a los artículos 1203 y 1204 del Código Civil y a la jurisprudencia que los interpreta, o una disposición legal que sancione la nulidad del despido con esa modificación del contrato".*
2. [^] *Para el TC "el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, y por ello, eliminada esa denegación, habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal para el fomento del empleo".*
3. [^] *En la Administración (STS 22-7-1987, retraso de trece días, que se imputa a un error administrativo; STS 27-10-1994, rec. 212/1994 para un retraso de 6 días), pero también en el sector privado cuando la continuidad en la prestación de servicios después de llegado el término puede considerarse un error o descuido involuntario aplicando el principio de la*

buena fe: SSTSJ Galicia 19-1-1995, rec. 5203/1994 (retraso de 3 días); STSJ Cantabria 21-4-1995, rec. 396/1995 (retraso de 8 días); TSJ Asturias 31-10-2008, rec. 1792/2008 (retraso de dos días).

§ 65 Videovigilancia y despido.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *Es válida la prueba obtenida mediante cámaras de videovigilancia cuando tienen por finalidad el control de la actividad laboral y están debidamente señalizadas.*

Palabras clave: *Despido. Pruebas. Videovigilancia.*

Abstract: *Video surveillance recordings can be used as evidence of employee misconduct at trial, but the presence of the camera must be properly marked.*

Keywords: *Dismissal. Evidence. Video-surveillance.*

I. Introducción

Como es perfectamente sabido, el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación no sólo la consideración debida a su dignidad (como expresamente dice el art. 20.3 ET), sino también el respeto que merecen los derechos del trabajador, en especial los de carácter fundamental. La regla legal que consagra el poder de control y vigilancia del empleador es bastante clara, prácticamente taxativa, pero, como suele suceder en el ámbito del derecho, no está exenta por completo de dudas o incógnitas. Antes que nada, podríamos plantearnos qué alcance tiene la acertada expresión “medidas oportunas”, que en una primera aproximación parece ser una referencia de muy amplios contornos, aunque en buena lógica habrá de matizarse con el valor de aquella ineludible exigencia de consideración hacia la persona del trabajador. Adicionalmente, habría que preguntarse por las condiciones de operatividad o uso efectivo de tales medidas y, quizá más aún, por la utilidad o posible aplicación del resultado obtenido a través de su implantación o materialización. Todas estas cuestiones, naturalmente, suben de intensidad si nos concentramos en aquellas medidas de control de la actividad laboral que parecen ser más sensibles o delicadas desde la perspectiva de la vida privada o la intimidad del trabajador. Es el caso, por ejemplo, de las cámaras de videovigilancia, sobre las que empezó a pronunciarse nuestra jurisdicción constitucional hace ya mucho tiempo y sobre las que, más modernamente, también se ha pronunciado la jurisdicción europea y la jurisdicción ordinaria. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 503/2022, de 1 de junio, es una de las más recientes dentro de una línea jurisprudencial ya bastante densa que con toda probabilidad tendrá más manifestaciones en el futuro más o menos inmediato. Dos problemas de fondo se abordan en dicha resolución judicial, al menos si queremos sintetizar su contenido: las condiciones de uso de esos medios tecnológicos en el marco de lo dispuesto por el art.20.3 ET (complementado a estos efectos por el art.20 bis ET y por otras disposiciones legales), y las posibilidades de

aplicación de sus resultados a efectos probatorios con ocasión del ejercicio del poder disciplinario y, llegado el caso, en el contexto del proceso judicial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 503/2022, de 1 de junio.

Tipo y número de recurso: RCUUD núm. 1993/2020.

ECLI:ES:TS:2022:2252

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una vez más se plantea ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo un contencioso entre empresa y trabajador acerca del ejercicio por el empresario de su poder de control y sanción, y, más concretamente, acerca de la licitud del uso de cámaras de videovigilancia para el seguimiento de la actividad laboral y, de forma derivada, acerca de la licitud de la utilización de las imágenes obtenidas por dicho procedimiento para sancionar o despedir al trabajador.

El proceso judicial correspondiente tuvo su origen en este caso en la carta de despido remitida por la empresa a una trabajadora de su plantilla con fecha de 3 de mayo de 2018, con la alegación de pérdida de la confianza con transgresión de la buena fe contractual y daño a la imagen de la compañía. El despido venía precedido de las circunstancias siguientes:

--la trabajadora despedida había prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa STARBUCKS COFFEE ESPAÑA, S.L. desde el 3 de octubre de 2017 con la categoría profesional de supervisora y mediante contrato indefinido a tiempo parcial, con sujeción al convenio colectivo de hostelería de Cataluña.

--en la carta de despido se imputaba a la trabajadora que el día 25 de marzo de 2018 y dentro del horario en el que ella ejercía de supervisora, se había comprobado que antes de la apertura de la tienda a los clientes, y mientras ella se encontraba en la oficina, una compañera que trabajaba de "barista" en ese mismo establecimiento había procedido a elaborar dos zumos de naranja y calentar un sándwich, a tomar ella misma uno de los zumos y a entregar el resto "a una persona que se encuentra en el exterior de la tienda", sin que tales productos quedaran debidamente registrados en caja.

--en el local de referencia se habían instalado cámaras de videovigilancia, de modo que "los trabajadores desde el *back office* visualizan una pantalla donde se reproducen las imágenes captadas por las cámaras de seguridad siendo que les auxilia a nivel laboral". Los encargados en ocasiones visualizan las grabaciones para comprobar determinados hechos.

--una vez que hubieran accedido al puesto de trabajo, los trabajadores de la empresa demandada podían usar una *app* de la compañía donde se encuentra la descripción del puesto de trabajo y el *dress code*, y pueden consultar la nómina y demás cuestiones relacionadas con la relación laboral.

--con fecha de 8 de abril de 2018, a las 9.40 horas, un usuario de la red social en la que participa la empresa preguntó si se veía normal "que la camarera regale sándwich

y café a un amigo que viene con el perro, mientras no nos sirve a nosotros porque dice que abre en 15 minutos”.

--a resultas de ello, los superiores de la trabajadora “procedieron al visionado de las grabaciones e imputan los hechos acaecidos el día 25 de marzo de 2018 (domingo)”.

El acto de conciliación activado por la trabajadora como primera reacción frente a su despido concluyó sin avenencia, por lo que la interesada interpuso demanda de despido, resuelta por la sentencia de 1 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona, que declaró la improcedencia del despido con condena a la opción entre readmisión o extinción del contrato con abono de indemnización.

La sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la empresa y por la propia demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en sentencia de 7 de febrero de 2020 desestimó el recurso de la empresa y estimó el recurso de la trabajadora, con la declaración de nulidad del despido y la condena a su readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir y de una indemnización por daños y perjuicios morales.

Contra dicha sentencia formalizó la empresa recurso de casación para la unificación de doctrina con la aportación de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de febrero de 2019 y de la sentencia TS de 2 de febrero de 2017 (rcud 554/2016) como resoluciones contradictorias.

IV. Posiciones de las partes

La cuestión suscitada por la empresa en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centraba en determinar la validez de la prueba videográfica que en su momento había sido manejada y presentada para la constatación de los hechos imputados en la carta de despido, con la petición de que se aceptara la procedencia de esa medida empresarial o, en otro caso, su improcedencia en lugar de la nulidad declarada en suplicación.

La parte recurrida sostuvo en su escrito de impugnación del recurso que en relación a la validez de la prueba videográfica concurría falta de identidad entre los respectivos hechos de las sentencias comparadas, ya que en la sentencia recurrida la nulidad de la prueba se decidió porque la empresa, al proceder al visionado de las cámaras, no se limitó al día referido en la denuncia del cliente sino que se extendió a otros momentos anteriores en los que no se habían dado quejas de clientes, mientras que en la sentencia de contraste el repaso a las grabaciones efectuado por los supervisores no se había ampliado a fechas precedentes a la de la queja presentada ante la empresa.

Aducía la representación de la trabajadora despedida, además, que en la sentencia recurrida las imágenes captadas mediante videovigilancia habían constituido la única prueba para la decisión de la empresa, siendo así que en el proceso que dio lugar a la sentencia de contraste se habían aportado más medios de constatación de los hechos imputados.

Y a todo ello añadía esa misma parte del proceso que, en todo caso, no concurría infracción normativa alguna en la sentencia recurrida, haciéndose eco a tal efecto, fundamentalmente, del criterio defendido en “una sentencia de Sala de lo Social del TSJ de Extremadura”.

En su preceptivo informe, el Ministerio Fiscal consideró que el recurso debía ser estimado, pues a su juicio la obtención de la prueba videográfica no incurrió en intromisión alguna que pudiera haber vulnerado el derecho de intimidad de la demandante, por cuanto dicha persona era conocedora tanto del sistema de videovigilancia y de la ubicación de las cámaras, como de su finalidad, por lo que la medida adoptada por la empresa había de calificarse de “justificada, idónea y necesaria”.

Al no advertir obstáculos para tener por válida la prueba ni motivos para considerar afectados los derechos fundamentales de la trabajadora, solicitaba el Ministerio Fiscal la remisión de las actuaciones a la Sala de suplicación para que, valorando dicho medio probatorio, resolviera de nuevo sobre la procedencia o no del despido disciplinario.

V. Preceptos relevantes

Artículo 18 CE: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 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. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Artículo 18 ET. Inviolabilidad de la persona del trabajador: “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”.

Artículo 20 ET. Dirección y control de la actividad laboral: “1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. 2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 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....”.

Artículo 20 bis ET. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión: “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”.

Artículo 54 ET: “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....”.

Artículo 58 ET: “1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. 2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan”.

Artículo 90 LRJS: “1. Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesarios de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. 2. No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia....”.

Artículo 6 LO 15/1999: “1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

Artículo 6 Reglamento UE 2016/679: “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento 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”.

Artículo 6 LO 3/2018: “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas. 3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

Artículo 22.3 LO 3/2018: “Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación”.

Artículo 89 LO 3/2018: “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 o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, 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 o los empleados públicos 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 o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 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. 3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley”.

Artículo 4 Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD: “1. De conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, las imágenes sólo serán tratadas cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, legítimas y explícitas, que hayan justificado la instalación de las cámaras o videocámaras. 2. Sólo se considerará admisible la instalación de cámaras o videocámaras cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal. 3. Las cámaras y videocámaras instaladas en espacios privados no podrán obtener imágenes de espacios públicos salvo que resulte imprescindible para la finalidad de vigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquéllas. En todo caso deberá evitarse cualquier tratamiento de datos innecesario para la finalidad perseguida”.

VI. Doctrina básica

En esencia, la sentencia TS 503/2022 acoge y aplica la doctrina elaborada y defendida por sentencias anteriores de la misma Sala: sentencia 86/2017, sentencia 817/2021, sentencia 1003/2021 y sentencia 285/2022. A partir de aquí, sostiene que la videovigilancia es una medida empresarial de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, que debe diferenciarse entre la videovigilancia oculta y la que se lleva a cabo con conocimiento de los trabajadores, que el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad y control del cumplimiento de la relación laboral es conforme con el art. 20.3 del ET y no necesita el consentimiento expreso del trabajador, que en estos casos es menester ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto (derecho a la protección de datos del trabajador y poder de dirección empresarial), y, en fin, que no se vulnera el derecho de protección de datos personales por el hecho de rastrear en las grabaciones acumuladas para comprobar si hubo o no otros incumplimientos precedentes.

VII. Parte dispositiva

(FJ 4º) “Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el motivo debe ser estimado y, por ende, que resulta innecesario entrar a conocer del segundo motivo. A partir de aquí, al resolver el debate en suplicación, en lo que al recurso de la parte actora se refiere, lo único que procede es desestimar su recurso y confirmar el

pronunciamiento de instancia. Y ello porque el juez de lo social calificó el despido como improcedente por falta de prueba de los hechos imputados en la carta de despido, en el entendimiento de que la prueba videográfica no acreditaba las imputaciones y aunque la empresa interpuso un recurso de suplicación éste fue desestimado porque no planteaba ningún motivo de infracción sustantiva -en relación con la improcedencia del despido-, defecto del escrito de interposición del recurso que impidió que aquella Sala resolviera nada al respecto y que aquí debe mantenerse al no haberse formulado recurso por aquella parte. Todo ello sin imposición de costas, por virtud del art. 235.1 de la LRJS y con devolución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir y la consignación que haya realizado a tal efecto”.

(Fallo) “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 el letrado D. Juan Ignacio Olmos Martínez, en nombre y representación de Starbucks Coffee España SL, contra la sentencia dictada el 7 de febrero de 2020, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 4104/2019. 2.- Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo la cuestión previa debatida en el de tal clase respecto del recurso de la parte actora, desestimar este y, en consecuencia, manteniendo la desestimación del recurso de suplicación de la demandada, procede confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm.12 de Barcelona, de fecha 1 de marzo de 2019, recaída en autos núm. 490/2018, seguidos a instancia de D^a Elisenda frente a Starbucks Coffee España SL, sobre despido”.

VIII. Pasajes decisivos

(FJ 3^a) “La doctrina de esta Sala, en correspondencia con los pronunciamientos emitidos por el TC y el TEDH, nos ha venido recordando que, de conformidad con el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, la videovigilancia es una medida empresarial de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales y que ha de diferenciarse entre la videovigilancia oculta y la que se lleva a cabo con conocimiento de los trabajadores”.

“Los anteriores pronunciamientos son citados en el más reciente emitido en la STS de 30 de marzo de 2022, rcud 1288/2020, en el que, haciéndose eco también de la doctrina constitucional, y más pronunciamientos de esta Sala, como el de la sentencia de contraste que aquí se ha traído, subraya que “De conformidad con la citada doctrina constitucional y jurisprudencial interpretativa de la LOPD de 1999, el tratamiento de datos de carácter personal del trabajador consecuencia de la videovigilancia no requería el consentimiento del art. 6 de la LOPD de 1999 porque se trataba de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral. El empleador no necesitaba el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad, ya que se trataba de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y que era conforme con el art. 20.3 del ET. Solamente era necesario el deber de información del art. 5 LOPD de 1999”. Y respecto del caso que resuelve, declara la licitud de la prueba diciendo que “Las cámaras estaban señalizadas con carteles adhesivos que permitían que todas las personas presentes en la cafetería, tanto trabajadores como clientes, tuvieran conocimiento de su presencia, habiéndose informado a los representantes de los trabajadores. Es menester ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto; el derecho a la protección de datos del trabajador y el poder de dirección empresarial. El demandante era dependiente de primera, prestando servicios en la cafetería de un aeropuerto. La instalación de esas cámaras de vigilancia era una medida justificada por razones de seguridad en sentido amplio, a fin de evitar hurtos, al existir un problema consistente en la pérdida desconocida en el comercio al por menor; idónea para el logro de esos fines, al permitir descubrir a eventuales infractores y sancionar sus conductas, con un efecto disuasorio; necesaria, debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad; y proporcionada a los fines perseguidos, habiéndose utilizado el dato obtenido para la finalidad de control de la relación laboral

y no para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato. En consecuencia, la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia era una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad. A juicio de esta Sala, estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego”.

“La doctrina expuesta nos lleva a entender que la sentencia recurrida se ha apartado de ella. En efecto, la sentencia impugnada parte de que la prueba de videovigilancia sería lícita si su visionado se hubiera ceñido a constatar la realidad de la queja que provocó el visionado, pero desde el momento en que ese vista ha sido indiscriminada y la plantilla no tenía conocimiento de ese control califica de intromisión en la privacidad al no tener los trabajadores la notificación previa que ahora contempla el art. 89 de la vigente ley de protección de datos lo que repercute en el caso que resuelve en el que la investigación se generalizó sin individualización a casi dos semanas”.

“Pues bien, partiendo de que los hechos acontecieron antes de la entrada en vigor de la nueva regulación en la materia de protección de datos de 1999 y la doctrina que hemos recogido anteriormente, no es posible considerar que los hechos imputados no se puedan acreditar acudiendo a la prueba de videovigilancia por la sola razón de que aquellos no hayan sido los correspondientes a la queja que motivó acudir al visionado de las cámaras para con ello obtener que la trabajadora no tenía conocimiento del uso de control de la actividad por medio de esas cámaras”.

“La plantilla no solo tenía conocimiento de las mismas, sino que estaban identificadas mediante carteles en el local. Además, los empleados disponían de una pantalla, que se visualizaba desde el back office, en la que recibían las imágenes que dichas cámaras captaban y que también les auxiliaba laboralmente. Junto a ello se deja constancia que los encargados solían visualizar las grabaciones para tener constancia de determinados hechos. Esto es, las cámaras tenían una clara finalidad de seguridad y control de la actividad en sentido amplio en el local en el que prestaba servicios la demandante. Junto a ello la empresa recibe una queja de que en un determinado horario y antes de la apertura al público, se atendía a amigos de la empleada de turno proporcionándoles consumiciones que no se abonaban. Queja que provocó que la empresa acudiera al visionado de las cámaras para su constatación de lo que obtuvo que días previos al de la queja se había producido conductas como la de objeto de la queja”.

“En estas condiciones no podemos entender que la empresa haya vulnerado el derecho de protección de datos por pretender constatar si los hechos denunciados, ocurridos un domingo, tuvieron lugar también días anteriores al de la queja, aunque estos fueran en más de una semana o lo que sería lo mismo, en otro domingo -dos anteriores al de la denuncia-, plazo que, por otra parte, no supera el de un mes que existe para la cancelación de lo captado por las cámaras (art. 6 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras). De ello no se puede obtener que se haya generalizado y no individualizado la investigación”.

“Por otro lado, tampoco podría servir para calificar de ilícita la prueba por falta de esa comunicación previa con base, también, en que las sospechas de la empresa, según la sentencia recurrida, no son calificables de fuertes o muy graves porque eso no es el caso. La queja que llegó a la empresa no solo lo era por no atender al público antes de la apertura del local cuando resultaba que estaban siendo atendidos otras personas que pudieran ser amigos de los empleados sino que se indicaba también que se les regalaba la consumición, siendo estos datos suficientes para proceder a la averiguación de si tal conducta se había producido y pudiera calificarse de transgresión de la buena fe contractual que pudiera justificar la imposición de la máxima sanción en la relación laboral”.

IX. Comentario

La sentencia objeto de comentario utiliza una prosa clara y directa, aunque aborda al mismo tiempo problemas de muy diversa clase y de evidente complejidad, que van aflorando de manera sucesiva y en buena medida acumulada a lo largo de su fundamento jurídico tercero. El primero es el relativo al uso de cámaras de videovigilancia para el control empresarial de la actividad de sus trabajadores, el segundo se refiere a las condiciones de uso del material obtenido a través de ese instrumental, y el tercero tiene que ver con la aportación de dicho material al proceso. El primer aspecto remite sobre todo a las reglas sobre el poder de dirección, el segundo conecta con las normas sobre derechos digitales y protección de datos personales, y el tercero guarda conexión con las normas de procedimiento laboral. En todos ellos, por lo demás, cuentan con presencia destacada los derechos más intensos de la persona, con el derecho a la intimidad como principal protagonista.

La respuesta dada por el TS a esos distintos problemas puede calificarse de correcta, no sólo por el *background* jurisprudencial que le precede y alimenta, sino también por el estado de la normativa de aplicación al caso. No es fácil dudar ya de la licitud del uso de cámaras de videovigilancia en las tareas de control y supervisión del trabajo, como tampoco lo es tratar de dejar a un lado en todo este contexto las exigencias de información y las limitaciones de tratamiento impuestas por la legislación sobre derechos digitales y protección de datos personales, con las que ineludiblemente hay que contar. Con buen juicio, la sentencia TS 503/2022 recuerda que la instalación de cámaras de videovigilancia puede perfectamente conjugar los fines de control de la actividad laboral con los fines de seguridad de los bienes y productos de la empresa, que para ello no hace falta consentimiento del trabajador en tanto que tiene que ver con el ejercicio de facultades propias de la ejecución del contrato de trabajo, que en cambio sí es necesario como regla general que el trabajador tenga conocimiento de su existencia, y que en tales condiciones la grabación obtenida puede servir de prueba para acreditar los hechos imputados.

Quizá el punto más novedoso en este pronunciamiento del TS estribe en la posibilidad de extender las comprobaciones a fechas distintas de las correspondientes a los hechos denunciados e imputados con el fin de rastrear otros posibles incumplimientos del mismo o de otro trabajador. Desde luego, ese eventual proceder encuentra un límite sustancial en la regla que impone el tope temporal de un mes para el mantenimiento en archivo de las imágenes captadas a través de los medios de videovigilancia (tope al cabo del cual hay que proceder a la cancelación y que, dispuesto inicialmente por el art.6 de la Instrucción 1/2006 de la AEPD, hoy en día recoge el art.22.3 LO 3/2018, al que precisamente remite el art.89 de este mismo texto legal). También es verdad que la sentencia que ahora comentamos no confiere una facultad absoluta o incondicionada para efectuar un control de esas características. Pero lo que sí deja claro es que el hecho de hacerlo no contamina negativamente la actuación empresarial en relación con los actos denunciados e imputados, al margen – podríamos añadir – de que la ampliación temporal o material de las comprobaciones pudiera ser objeto de revisión judicial en sí misma considerada.

También parece razonable, en fin, la salida franqueada por la sentencia TS 503/2022 al contencioso enablado entre la trabajadora y su empresa. Si las medidas de control adoptadas por el empresario se estimaron correctas, va de suyo que se deje sin efecto la calificación dada al despido por la sentencia de duplicación, que se había construido sobre la idea de vulneración del derecho a la protección de datos personales (precisamente por aquella discutida ampliación del “visionado”). Con esa base, no parece descaminada la recuperación de la decisión adoptada en instancia por el Juzgado Social competente, que había calificado el despido como improcedente “por falta de prueba de los hechos imputados en la carta de despido, en el entendimiento de que la prueba videográfica no acreditaba las imputaciones”. Aclaremos: no es que no sean aptas las pruebas del tenor de la que fue utilizada en el proceso de referencia, sino que, como podría suceder con cualquier instrumento probatorio, en el caso de autos no pudo lograr la convicción del magistrado. Tanto por

economía procesal como por motivos de reparto institucional de papeles en el proceso, probablemente sea preferible esta opción a la propuesta por el Ministerio Fiscal, que se inclinaba más bien por la remisión de las actuaciones “a la Sala de suplicación” para que, valorando dicho medio probatorio (que también era válido para esa institución pública), resolviera sobre la procedencia o no del despido.

X. Apunte final

La sentencia TS 503/2022 significa un paso más en el camino de la racionalización jurídica del uso de unos medios de control y seguimiento de la actividad laboral tan polémicos como las cámaras de videovigilancia. Las grandes premisas en ese particular y atormentado terreno fueron construidas mayormente por la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero la continuada labor de la Sala de lo Social del TS en los últimos años, aparentemente mucho más discreta y sigilosa, ha logrado proporcionarnos un acervo de criterios capaz de despejar en gran medida el escenario de incertidumbre y confusión al que parecíamos asistir hace tan sólo unos pocos años.

§ 66 ¿Los teletrabajadores de contact center tienen derecho al plus de transporte?

María Areta Martínez

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

Resumen: *El plus de transporte que establece el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center se abona al personal que, además de comenzar o finalizar su jornada laboral diaria entre las 24:00 h y las 6:00 h, se desplaza al centro de trabajo de la empresa para desempeñar su actividad laboral. La Sala de lo Social del TS declara que el personal de contact center que pasa de la modalidad de trabajo presencial a la modalidad de teletrabajo deja de percibir el plus en cuestión porque desaparece una de las condiciones que lo justifica, que es el desplazamiento al centro de trabajo para prestar servicios. Además, el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial porque su finalidad no es retribuir la penosidad de trabajar en horario nocturno, sino compensar los gastos adicionales de transporte en los que incurre el personal por el hecho de tener que ir al centro de trabajo o salir del mismo en horas nocturnas en las que el transporte público no funciona o lo hace con menos regularidad.*

Palabras clave: *Teletrabajo. Contact center. Plus de transporte. Extrasalarial.*

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. 514/2022, de 1 de junio, que resuelve el RCO núm. 247/2021, interpuesto frente a la SAN-SOC núm. 90/2021, de 30 de abril; se examina el significado y alcance del artículo 51 del Convenio Colectivo estatal del sector de contact center, que establece el plus extrasalarial de transporte para los los trabajadores que se desplacen al centro de trabajo de la empresa para prestar servicios, comenzando o finalizando su jornada laboral a una hora comprendida entre las 24:00 horas (inclusive) y las 6:00 horas (inclusive).

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. 514/2022, de 1 de junio.

Tipo y número de recurso: RCO núm. 247/2021.

ECLI:ES:TS:2022:2253

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si el personal de contact center que pasa a la modalidad de teletrabajo tiene derecho a seguir percibiendo el plus de transporte establecido en el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center (antes *telemarketing*) (Código convenio núm. 99012145012002).

Las actuaciones llevadas a cabo para tratar de resolver la cuestión han seguido el *iter* cronológico señalado a continuación:

El **28 de mayo de 2020**, la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo estatal de contact center celebró reunión que finalizó sin acuerdo por considerar la parte empresarial que *no corresponde el abono del Plus de Transporte en la situación de teletrabajo ya que no obedece a los fines para los que fue creado, como son compensar los gastos o suplidos que sufre el empleado por desplazarse de su domicilio al centro de trabajo, ya que esta situación no se produce cuando no existe desplazamiento alguno*.

El **2 de diciembre de 2020** tuvo lugar ante el SIMA el intento de mediación sobre conflicto colectivo, ex artículo 156.1 de la LRJS, que fue promovido por el sindicato Confederación General de Trabajo (CGT) y finalizó sin acuerdo.

El **30 de marzo de 2021**, el sindicato CGT interpuso demandas de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la AN, ex artículo 157 de la LRJS, en la que solicitaba se condenase a la empresa demandada a abonar el complemento del artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center durante el periodo de afectación por teletrabajo; demanda a la que se adhirieron el resto de sindicatos llamados como interesados comparecientes.

El **29 de abril de 2021** tuvo lugar el intento de conciliación judicial, ex artículo 160.1 de la LRJS, que resultó sin avenencia, y la posterior celebración del acto de juicio, en el que practicaron las pruebas.

El **30 de abril de 2021**, la Sala de lo Social de la AN dictó la sentencia núm. 90/2021 (ECLI:ES:AN:2021:1669), ex artículo 160.2 de la LRJS, en la que desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato CGT.

El sindicato CGT anuncia y formaliza en plazo RCO frente a la referida SAN, que viene a resolver la sentencia de la Sala de lo Social del TS que ahora se comenta.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (sindicatos)

El sindicato CGT articula dos motivos en el escrito de interposición del RCO, que son los siguientes:

- **Primer motivo del RCO**, formulado al amparo del art. 207.d) de la LRJS, en el que se solicita la revisión fáctica basada en la prueba documental que obra en autos. Concretamente, se solicita la adición del texto siguiente a uno de los hechos declarados probados: *No obstante, se ha acreditado que en otra empresa del sector se ha abonado el meritado plus*.
- **Segundo motivo del RCO**, formulado al amparo del art. 207.e) de la LRJS, en el que se denuncia la infracción del artículo 26 del ET y de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, por considerar que el plus de transporte previsto en el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de

contact center tienen naturaleza salarial y continúa devengándose durante la modalidad de teletrabajo. El sindicato recurrente argumenta que, aunque el Convenio Colectivo establece el carácter extrasalarial del plus de transporte, en realidad tiene naturaleza salarial, porque *abona la mayor penosidad del trabajo desarrollado en las horas nocturnas, sin exigir un desplazamiento del trabajador ni unos concretos gastos, por lo que debe abonarse a los teletrabajadores.*

La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) presenta escrito adhiriéndose al RCO interpuesto por el sindicato CGT.

2. *La parte recurrida (empresa)*

La empresa presenta escrito de impugnación del RCO, ex artículo 211 de la LRJS, en el que solicita la confirmación de la SAN-SOC núm. 90/2021, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2021:1669).

3. *El Ministerio Fiscal*

El Ministerio Fiscal emite informe preceptivo, ex artículo 214.1 de la LRJS, en el que aboga por la improcedencia de la casación pretendida.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social del TS fundamenta su resolución en la normativa vigente y en la doctrina jurisprudencial señaladas a continuación:

- **Normativa:** Convenio Colectivo estatal del sector de Contact Center (Código convenio núm. 99012145012002):

Artículo 48. Plus de nocturnidad

En lo referente a la nocturnidad se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores respecto a la misma

El personal que en su jornada habitual trabaje entre las 22:00 horas y las 6:00 horas, percibirá este plus de nocturnidad de conformidad con las cuantías establecidas en las tablas salariales anexas.

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

- **Doctrina de la Sala de lo Social del TS sobre la naturaleza (salarial o extrasalarial) del plus de transporte previsto en convenio colectivo:**
 - La STS, Sala Social, de 16 de abril de 2010 (RCO núm. 70/2009) (ECLI:ES:TS:2010:2489), señala que *la condición jurídica de salario o de complemento extrasalarial no depende de la calificación que efectúe el convenio colectivo, sino que por imperativo legal que se impone al propio convenio colectivo. Toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado debe ser salario puesto que el art. 26.1 constituye una norma de derecho necesario, [...] en su caso, lo que habrá de averiguar es cual sea la naturaleza real de los mismos, y ello dependerá, al margen de la denominación que las partes han dado en el convenio, de si los repetidos conceptos*

remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte o de mantenimiento del vestido del trabajador.

- La STS-SOC núm. 400/2018, de 16 de abril (RCO núm. 24/2017) (ECLI:ES:TS:2018:1705), argumenta que *cuando no existe desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato para la prestación de servicios en el lugar que constituía su objeto, «es claro que lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. Es precisamente la inexistencia del deber de desplazarse de un centro de trabajo a otro por imposición empresarial el dato que sirve para calificar la naturaleza jurídica de las indemnizaciones pagadas*, con cita de STS, Sala Social, de 16 de febrero de 2015 (RCUD núm. 3056/2013. ECLI:ES:TS:2015:983) y 7 de abril de 2015 (RCUD núm. 1187/2014. ECLI:ES:TS:2015:1968).

VI. Doctrina básica

La doctrina de la STS-SOC núm. 514/2022, de 1 de junio, se condensa en las ideas siguientes:

- **Primera idea.** El plus de transporte, que establece el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center, no tiene naturaleza salarial porque no retribuye la penosidad del trabajo realizado en horario nocturno (entre las 22:00 h y las 6:00 h). Dicha penosidad se retribuye a través del plus de nocturnidad, que tiene naturaleza salarial y está previsto en el artículo 48 del referido Convenio Colectivo.
- **Segunda idea.** El plus de transporte, que establece el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center, tiene naturaleza extrasalarial porque compensa los gastos en los que incurren los trabajadores que se desplazan al centro de trabajo de la empresa para prestar servicios, y además inician o finalizan su jornada laboral diaria en horas nocturnas (entre las 24:00 h y las 6:00 h) en las que el transporte público no funciona o lo hace con mucha menos frecuencia que en el horario diurno.
- **Tercera idea.** A diferencia del plus salarial de nocturnidad, que se abona a los trabajadores que prestan servicios en horario nocturno, el plus extrasalarial de transporte se abona a los trabajadores que reúnen los dos requisitos siguientes: 1) se desplazan al centro de trabajo para prestar servicios y 2) la hora de comienzo o finalización de su jornada diaria está comprendida entre las 24:00 h y las 6.00 h.
- **Cuarta idea.** Los teletrabajadores de contact center no tienen derecho a percibir el plus extrasalarial de transporte porque no se desplazan al centro de trabajo para prestar servicios, de modo que no hay posibilidad de compensar gastos de desplazamiento.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de lo Social del TS, *en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución*, ha decidido:

- Desestimar el RCO núm. 247/2021, interpuesto por la representación de la CGT contra la SAN-SOC núm. 90/2021, de 30 de abril, confirmando la citada sentencia.
- Sin condena al pago de las costas, ex artículo 235 de la LRJS.

- Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir, ex artículo 228.3 de la LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social del TS inicia su argumentación con la *diferencia entre pluses salariales (arts. 45 a 50) y pluses extrasalariales (arts. 51 y 52)* establecidos en el Convenio Colectivo estatal de contact center.

El Alto Tribunal declara que *cuando el art. 51 del convenio colectivo regula el plus de transporte no está instaurando un segundo plus de nocturnidad que retribuya la penosidad del trabajo realizado en horas nocturnas (el plus de nocturnidad ya está previsto en el art. 48), sino que establece un plus extrasalarial cuya razón de ser se encuentra en las diferentes frecuencias de transporte público; y añade que a diferencia del plus de nocturnidad, que se abona al personal que trabaja en horas nocturnas, el plus de transporte no se paga por la prestación laboral en horas nocturnas, sino en función de la hora de comienzo o finalización de la jornada. Así, un trabajador que comience su jornada a las 5:45 horas y preste servicios durante ocho horas, cobrará el plus de transporte porque tuvo que acudir al centro de trabajo en una hora en que el transporte público tenía peores frecuencias, a pesar de que la mayor parte de su prestación de servicios se realiza en horario diurno. El TS concluye que el plus de transporte es extrasalarial, lo que excluye que se abone a los teletrabajadores que no prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa y que no tienen que desplazarse a ella.*

IX. Comentario.

1. *Los elementos que definen el plus de transporte del artículo 51 del convenio colectivo estatal de contact center*

El artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center establece que el plus de transporte tiene carácter extrasalarial y se abona por cada día que el trabajador comience o finalice su jornada laboral diaria en la franja horaria comprendida entre las 24:00 h y las 6:00 h.

Del tenor literal de la norma convencional se desprende que el requisito para devengar el plus de transporte es que el trabajador comience a trabajar cada día o termine de trabajar cada día entre las 24:00 h y las 6:00 h. Ciertamente, un teletrabajador puede que comience o finalice su jornada laboral diaria a una hora que está comprendida dentro de la franja horaria señalada, de modo que devengaría el referido plus. Sin embargo, tanto el título como el contenido del artículo 51 del Convenio Colectivo incluyen la palabra «transporte», que comporta la concurrencia de un segundo requisito para el devengo del plus en cuestión, y es el desplazamiento del trabajador al centro de trabajo para trabajar, requisito inexistente en el caso de los teletrabajadores, que prestan servicios en su domicilio o en el lugar libremente elegido por ellos.

En definitiva, el plus extrasalarial de transporte del artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center se devenga cuando concurren los dos requisitos siguientes:

- El trabajador inicia o finaliza su jornada laboral diaria a una hora comprendida dentro de la franja horaria que va de las 24:00 h a las 6:00 h; nótese que dicha franja horaria no coincide plenamente con la correspondiente al trabajo nocturno (entre las 22:00 h y las 6:00 h, ex artículo 36.1.párrafo 1º ET).
- El trabajador se desplaza al centro de trabajo de la empresa para prestar servicios.

Nótese que: 1) el plus salarial de nocturnidad pueden percibirlo tanto los trabajadores que realizan trabajo presencial como los que trabajan a distancia (teletrabajo), 2) el plus extrasalarial de transporte queda reservado a los trabajadores que realizan trabajo presencial en el centro de trabajo, y 3) no es preciso ser trabajador nocturno para percibir el plus de transporte. En definitiva, una cosa es que el trabajador inicie o finalice su jornada laboral diaria por la noche (entre las 24:00 h y las 6:00 h), en cuyo caso devenga el plus extrasalarial de transporte si además se desplaza al centro de trabajo para realizar trabajo presencial (artículo 51 Convenio Colectivo), y otra cosa bien distinta es que el trabajador realice normalmente, al menos, 3 horas de su jornada laboral diaria en horario nocturno (entre las 22.00 h y las 6:00 h), en cuyo caso percibirá el plus de nocturnidad (artículo 48 Convenio Colectivo) por ser trabajador nocturno (artículo 36.1.párrafo 3º ET), con independencia de que se desplace o no al centro de trabajo para prestar servicios, con independencia de que su trabajo sea presencial o a distancia.

2. *¿Los teletrabajadores de contact center tienen derecho al plus de transporte cuando parte de su jornada laboral es presencial?*

El teletrabajador es la persona que con carácter regular trabaja por cuenta ajena en su domicilio o en el lugar que elija, durante toda su jornada laboral o parte de ella, haciendo *uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación* [artículos 2.a) y 2.b) Ley 10/2021].

Conviene subrayar que el teletrabajador puede trabajar a distancia durante toda su jornada laboral o solo durante parte de ella. Concretamente, el teletrabajador realizará a distancia un mínimo del 30 % de su jornada dentro de un periodo de referencia de tres meses, o el porcentaje proporcional equivalente en función de la duración de su contrato de trabajo (artículo 1.párrafo 2º Ley 10/2021). Por tanto, puede suceder que el teletrabajador se desplace algunos días al centro de trabajo de la empresa para prestar servicios porque una parte de su jornada es presencial.

Llegados a este punto parece oportuno destacar que los teletrabajadores del sector de contact center no perciben el plus de transporte cuando realizan a distancia toda su jornada laboral diaria. Sin embargo, cabe entender que el teletrabajador devengará el plus extrasalarial de transporte cuando una parte de su jornada laboral es presencial, comenzando o finalizando algunos días entre las 24:00 h y las 6:00; el plus en cuestión se devengará en proporción al número de días trabajados en modalidad presencial. Para determinar si el teletrabajador devenga o no el plus extrasalarial de transporte por cada día de trabajo efectivo presencial hay que examinar el contenido del acuerdo de trabajo a distancia que tenga suscrito con la empresa; hay que prestar especial atención a dos elementos que forman parte del contenido mínimo del acuerdo del trabajo a distancia, que son los siguientes:

- *Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad* [artículo 7.c) Ley 10/2021].
- *Porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia, en su caso* [artículo 7.d) Ley 10/2021].

3. *Las sentencias de la Sala de lo Social de la AN sobre el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal de contact center*

La Sala de lo Social de la AN ha tenido ocasión de pronunciarse hasta la fecha en tres ocasiones sobre el reconocimiento a los teletrabajadores de contact center del plus extrasalarial de transporte previsto en el artículo 51 del Convenio Colectivo estatal del sector. El planteamiento de la demanda de conflicto colectivo no ha sido el mismo en los tres casos, de ahí su interés:

- La **SAN-SOC núm. 90/2021, de 30 de abril** (ECLI:ES:AN:2021:1669), desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato CGT, en la que solicita se condene a la empresa demandada a abonar al personal el plus de transporte durante el periodo de afectación por

teletrabajo. La Sala de lo Social de la AN declara la naturaleza extrasalarial del referido plus y señala que su finalidad es resarcitoria porque compensa los gastos de transporte adicionales que soporta el personal que se desplaza desde su domicilio al centro de trabajo y comienza o finaliza su jornada laboral diaria por la noche, entre las 24:00 h y las 6:00 h. La STS-SOC núm. 514/2022, que ahora se comenta, confirma la SAN-SOC núm. 90/2021, previa desestimación del RCO núm. 247/2021 interpuesto frente a la misma por el sindicato CGT.

- La **SAN-SOC núm. 157/2021, de 30 de junio** (ECLI:ES:AN:2021:3078), desestima las demandas acumuladas de conflicto colectivo presentadas por el Sindicato de Trabajadores de Telecomunicaciones (STC) y CGT, solicitando *se declare el derecho de las personas trabajadoras que se acogieron a la modalidad de teletrabajo a percibir el plus de transporte en las mismas condiciones que lo venían recibiendo antes de pasar a teletrabajo, de acuerdo con el artículo 51 del Convenio Colectivo de aplicación*. La pretensión se fundamenta en el hecho de que los acuerdos individuales de teletrabajo suscritos entre empresa y trabajador señalan que *el empleo de la modalidad de Trabajo a Distancia (Teletrabajo) no supone variación en las condiciones laborales del EMPLEADO, que continuarán rigiéndose por el marco laboral establecido para los empleados de LA EMPRESA (contrato de trabajo, Convenio Colectivo y legislación aplicable)*; los sindicatos demandantes concluyen que la empresa debe seguir abonando el plus de transporte a los trabajadores que pasan a la modalidad de teletrabajo. La Sala de lo Social de la AN desestima las demandas por considerar que en la modalidad de teletrabajo no se devenga el plus de transporte, que tiene naturaleza extrasalarial y no retribuye la mayor penosidad de trabajar por la noche. La AN indica que los acuerdos individuales de teletrabajo remiten, *en cuanto a las condiciones de trabajo, al marco laboral establecido para los empleados de la empresa, citándose expresamente el contrato de trabajo, el Convenio Colectivo y la legislación aplicable*. La remisión al convenio colectivo lo es sin particularidad alguna, no conteniendo los citados pactos individuales una *cláusula expresa que garantice la percepción del plus de transporte mientras se presta servicios en la modalidad de trabajo a distancia*. La AN termina su argumentación indicando que ha resultado acreditado que la empresa ha abonado el plus de transporte a algunos teletrabajadores durante los meses de marzo a junio de 2020 porque la aplicación informática utilizada para verificar el fichaje no diferenciaba entre trabajo presencial y teletrabajo y, una vez advertido el error, lo corrige y deja de pagarlo de manera generalizada a partir de julio de 2020.
- La **SAN-SOC núm. 186/2021, de 13 de septiembre** (ECLI:ES:AN:2021:3798), desestima las demandas acumuladas de conflicto colectivo presentadas por los sindicatos CGT, CSIF y Unión Sindical Obrera (USO), solicitando que siga abonándose el plus de transporte al personal que pasa a la modalidad de teletrabajo, por dos razones: 1) los acuerdos individuales de trabajo a distancia suscritos entre empresa y trabajador indican que *la realización de trabajo fuera de oficina no supone variación en las condiciones laborales y económicas*, de modo que deben mantenerse las condiciones económicas anteriores al teletrabajo, incluido el abono del plus de transporte; y 2) la empresa ha abonado el plus de transporte a los teletrabajadores durante 9 meses (de abril a diciembre de 2020) generándose con ello una condición más

beneficiosa (CMB), de modo que la supresión del referido plus a partir de enero de 2021 constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) que debe adoptarse conforme al procedimiento del artículo 41 del ET. La Sala de lo Social de la AN desestima la demanda, señalando que: 1) los acuerdos individuales de teletrabajo hacen una referencia genérica a las condiciones de trabajo que se disfrutaban con anterioridad al teletrabajo y que el trabajador seguirá rigiéndose por el Convenio Colectivo, Pactos, Acuerdos y la Normativa Laboral, que le fuera de aplicación. Por tanto, si resulta aplicable el Convenio Colectivo estatal de contact center, no procede el abono del plus de transporte de su artículo 51 porque, siendo de naturaleza extrasalarial, no tiene sentido mantener su abono cuando desaparece una de las condiciones que lo justifica, que es el desplazamiento al centro de trabajo; y 2) el hecho de que la empresa haya abonado el plus de transporte a los teletrabajadores durante 9 meses no revela una voluntad inequívoca de configurar un CMB, sino una conducta empresarial torpe que sigue la rutina en el abono de las nóminas y que queda corregida tras percatarse de ello; la Sala concluye que *no existiendo CMB tampoco cabe considerar que se hubiera tenido que acudir al procedimiento de MSCT para adoptar la decisión empresarial que ahora se impugna*.

X. Apunte final. Sustitución del plus extrasalarial de transporte por una compensación de gastos relacionada con la adscripción a la modalidad de teletrabajo

Los teletrabajadores realizan su actividad laboral a distancia con regularidad durante toda o parte de su jornada laboral, empleando para ello herramientas informáticas. Concretamente, el teletrabajador hace un uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación para realizar su trabajo a distancia. El artículo 12.1 de la Ley 10/2021 dispone que el desarrollo del trabajo a distancia no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. En relación con la compensación de los gastos en que incurra el teletrabajador por el hecho de trabajar a distancia:

- El **artículo 12.2 de la Ley 10/2021** faculta (no obliga) al convenio colectivo y al acuerdo colectivo para establecer un mecanismo de determinación y compensación o abono de los referidos gastos.
- El **artículo 7.b) de la Ley 10/2021** dispone que el acuerdo de trabajo a distancia suscrito entre trabajador y empresa debe recoger la *Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación*; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto al respecto por el convenio o acuerdo colectivo.

Llegados a este punto merece la pena destacar, a modo de apunte final, que los trabajadores de contact center que comienzan o finalizan su jornada laboral diaria entre las 24:00 h y las 6:00 h y pasan de la modalidad presencial a la modalidad de teletrabajo experimentan un cambio en relación con la compensación económica de gastos:

- Dejan de percibir el plus extrasalarial de transporte porque ya no hay que compensar los gastos en los que incurrían cuando realizaban trabajo presencial y se desplazaban al centro de trabajo en horas nocturnas en las

que el transporte público no funciona o lo hace con mucha menos regularidad que en el horario diurno.

- Pasan a percibir una compensación por los gastos en que puedan incurrir y que estén relacionados con el uso de herramientas tecnológicas en el desempeño del trabajo a distancia. Esta compensación se hará efectiva según lo dispuesto en el acuerdo individual de trabajo a distancia, ex artículo 7.b) de la Ley 10/2021, sin perjuicio de la regulación que sobre esta materia recoja el convenio colectivo o acuerdo colectivo, ex artículo 12.2 de la Ley 10/2021.

El **4 de junio de 2021**, la Sala de lo Social de la AN señaló en sentencia núm. 132/2021 (ECLI:ES:AN:2021:2567) que los derechos a la compensación económica de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo del trabajo a distancia se harán efectivos en *los términos establecidos, en su caso, en el acuerdo individual, convenio o acuerdo colectivo de aplicación [...].* La AN declara que *la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados [...] o , en su caso, podrían plantearse reclamaciones individuales en compensación de los gastos efectuados a consecuencia del trabajo a distancia o teletrabajo, previa justificación de los mismos, pero lo que no cabe es el reconocimiento del derecho a una compensación de gastos genéricos a través del planteamiento de una demanda de conflicto colectivo.* Esta sentencia no es firme en la actualidad.

Conviene subrayar que el Convenio Colectivo estatal de contact center no contiene previsión sobre compensación económica de gastos por realizar teletrabajo. Esta falta de previsión convencional puede deberse, en parte, al hecho de que el Convenio Colectivo fue adoptado mucho antes de la entrada en vigor de la Ley 10/2021 y del precedente Real Decreto-ley 28/2020 sobre trabajo a distancia. Concretamente, el Convenio Colectivo estatal de contact center fue suscrito el 30 de mayo de 2017, retrotrayendo sus efectos económicos al 1 de enero de 2015, y extendiendo su vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2019. El 5 de noviembre de 2019, el Convenio Colectivo fue denunciado, y desde entonces su contenido normativo continúa vigente en fase de ultraactividad hasta que se logre acuerdo expreso sobre un nuevo Convenio Colectivo. Habrá que esperar al nuevo Convenio Colectivo estatal de contact center para comprobar si hace uso de la facultad que le confiere el artículo 12.2 de la Ley 10/2021 en orden a fijar un mecanismo para la determinación y compensación o abono de los gastos que pudieran derivarse por la adscripción a la modalidad de teletrabajo. Nótese que dicha materia también puede ordenarse por la vía del acuerdo colectivo. En cualquier caso, en tanto no haya previsión convencional sobre la compensación de gastos vinculados al teletrabajo, habrá que estar a lo dispuesto al respecto en el correspondiente acuerdo individual de trabajo a distancia que cada trabajador suscriba con su empresa.

El **22 de marzo de 2022**, la Sala de lo Social de la AN dictó la sentencia núm. 44/2022 (ECLI:ES:AN:2022:1132) en la que examinó la legalidad de diversas cláusulas del modelo de acuerdo de trabajo a distancia utilizado por una empresa del sector de contact center. Una de las cláusulas cuestionadas es la referida a la compensación de gastos (cláusula 2), cuyo tenor literal es el siguiente: *El Trabajador percibirá la compensación de los gastos en los que incurra a causa del Home Office / trabajo en lugares de trabajo fuera de la empresa, según lo previsto en la negociación colectiva sectorial.* La AN declara nulo el inciso subrayado (*según lo previsto en la negociación colectiva sectorial*) porque el Convenio Colectivo estatal de contact center, al que remite la cláusula, no establece criterio alguno para la compensación de gastos. En definitiva, **el acuerdo individual de trabajo a distancia no puede fijar la compensación de gastos por remisión a una norma en blanco**, es decir, no puede remitir al convenio colectivo si este no establece un mecanismo de determinación y compensación o abono de los gastos vinculados al trabajo a distancia. La AN añade

que esta laguna no impide la aplicación del artículo 7.b) de la Ley 10/2021 y el pleno derecho a que el trabajador sea resarcido por todos los gastos que se le ocasionan al trabajar a distancia.

Merece la pena subrayar que algunos convenios colectivos adoptados tras la entrega en vigor de la Ley 10/2021 contemplan el abono a los teletrabajadores de una compensación económica de los gastos que asumen por realizar trabajo a distancia y cuya cuantía es la prevista para el complemento extrasalarial de transporte, que dejan de percibir. A tal efecto sirva de muestra lo dispuesto en el **artículo 18.5.I del Convenio Colectivo estatal de agencias de viajes** (Código convenio núm. 99000155011981) cuyo tenor literal es el siguiente:

Las cantidades que vienen cobrándose en el concepto de Plus Transporte y a pesar de no tener ese gasto del cual es cantidad compensatoria, se seguirán cobrando en las mismas condiciones.

La citada cantidad tiene por objeto compensar a las personas teletrabajadoras por aquellos gastos que pudieran derivarse por su adscripción a la modalidad de teletrabajo. El concepto pasará a denominarse Plus Transporte/Teletrabajo.

El trabajo a distancia requerirá de un lugar en que lleve a cabo el teletrabajo con los medios físicos y ambientales, así como de suministros, adecuados al trabajo a desarrollar, incluidos los elementos muebles y conexión a internet, que tendrán que cumplir con lo establecido en la normativa vigente en cada momento en materia de Prevención de Riesgos Laborales. Todos los gastos que por ello se ocasionen serán asumidos directamente por el trabajador, y la empresa compensará al trabajador por tales gastos con el abono de una compensación a tanto alzado establecida en el denominado «Plus de Transporte/Teletrabajo».

En concreto con la compensación establecida en el denominado «Plus de Transporte/Teletrabajo la empresa compensará al trabajador los siguientes gastos: i) espacio físico que reúna las condiciones ambientales adecuadas para el desempeño del trabajo encomendado, ii) mesa, silla y reposapiés, iii) los consumos energéticos (incluida la climatización) y gastos derivados de los mismos, y iv) conexión suficiente y consumo a internet.

La empresa, por su parte, facilitará a las personas teletrabajadoras los medios, tecnológicos y ofimáticos, necesarios para un eficiente desarrollo de las funciones propias del puesto de trabajo.

Los medios que la empresa facilitará al teletrabajador son, de forma enumerativa y no limitativa, en función del trabajo que tenga que desarrollar, i) ordenador portátil, ii) software necesario, iii) ratón, iv) auriculares, v) acceso a las aplicaciones y webs de la empresa necesarias para realizar el cometido encomendado y estar adecuadamente conectado con la empresa y con los demás miembros del equipo de trabajo, y vi) los consumibles necesarios para desarrollar el trabajo encomendado, etc... Los medios anteriores variarán en función de las características propias del puesto de trabajo y de la posible normativa vigente.

En el supuesto de que, en el desarrollo de sus funciones, la persona trabajadora deba realizar viajes de trabajo, serán a cuenta de la Empresa los gastos de desplazamientos, alojamiento y manutención en que incurriera, de conformidad con la normativa vigente en el Convenio Colectivo de Agencias de Viajes. Todos los gastos de desplazamiento al centro de trabajo en el que se encuentre adscrito la persona trabajadora que éste tenga que realizar serán a su costa, con independencia del lugar que haya elegido para el desarrollo del trabajo a distancia.

§ 67 Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma en consideración de las cotizaciones ficticias por parto.

Belén García Romero

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

Resumen: *Las madres que soliciten el subsidio por desempleo para mayores de 55 años se beneficiarán de 112 cotizados por cada parto (art. 235 LGSS). Su aplicación a esta prestación, pese al silencio legal, resulta de una interpretación de la norma teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género. Estima recurso frente a STSJ Andalucía (Granada) 2802/2020.*

Palabras clave: *Subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Cotizaciones ficticias por parto. Perspectiva de género.*

Abstract: *Mothers who apply for unemployment benefit for the over-55s benefit from 112 contributions for each birth (article 235 LGSS). Its application to this benefit, despite the legal silence, is the result of a teleological, systematic interpretation of the rule, in constitutional terms and with a gender perspective. Appeal upheld against STSJ Andalucía (Granada) 2802/2020.*

Keywords: *Unemployment benefit for the over 55s. Fictitious contributions for childbirth. Gender perspective.*

I. Introducción

Es evidente que la maternidad y la mayor dedicación de las mujeres al cuidado de la familia provoca efectos indeseados en materia de pensiones y que la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en materia de pensiones solo se alcanzará cuando todas las personas trabajadoras, con independencia de su sexo, tengan trayectorias profesionales equiparables, sin mayores interrupciones en perjuicio de aquellas y además esté realmente asegurada la igualdad retributiva.

Mientras no se logra la plena equiparación, sigue siendo necesario reducir la brecha prestacional. A tal fin, es preciso valorar la dimensión de género en materia de Seguridad Social y aplicar medidas correctoras que permitan solventar los vacíos de cotización por las irregularidades en las carreras profesionales derivados de la dedicación al cuidado de familiares y dependientes y por causa de la maternidad.

La LGSS agrupa estas medidas dentro del Capítulo XV del Título II, rubricado. "Protección a la familia", estructurado en 3 artículos (arts. 235 a 237), y cuyo denominador común es que consisten en la asimilación a periodos cotizados de los periodos de gestación y otros supuestos de tiempo dedicados al cuidado de hijos o familiares dependientes^[1]. Entre ellas, se encuentra la medida que es objeto de controversia en el presente recurso para la unificación de doctrina, a saber: las cotizaciones ficticias por parto. Tal medida fue introducida por la Ley Orgánica 3/2007,

de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres- LOI- (DA 18ª, apartado 23) y se regula en el art. 235 LGSS.

Este derecho en materia de Seguridad Social constituye una medida de acción positiva que pretende mejorar las carreras de cotización de las trabajadoras que no se encontraban en el mercado de trabajo, o se habían apartado de él, en los años de fertilidad.

En virtud de esta previsión, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán a todos los efectos 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 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, si el parto fuese múltiple, el tiempo que corresponda. Es decir, esta previsión legal permite atribuir cotizaciones por el simple hecho del parto cuando la mujer no se encontraba en dicho momento en situación de alta que le permitiera acceder a una prestación de maternidad.

Pues bien, en esta interesante sentencia, el Tribunal Supremo se plantea la posible extensión del citado beneficio legal a la modalidad especial del subsidio por desempleo para mayores de 55 años solicitado por mujeres trabajadoras. Para resolver esta cuestión tendrá en cuenta la finalidad de la medida, el perfil de esta prestación y la incorporación de la perspectiva de género en la interpretación de las normas.

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. 576/2022, de 23 junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 646/2021.

ECLI:ES:TS:2022:2549.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión sometida a unificación de doctrina se centra en determinar si el acceso al subsidio por desempleo para mayores de 55 años constituye una prestación que también se beneficia del régimen de cotizaciones ficticias anudado por la LGSS a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente de trabajadoras que han tenido hijos biológicos.

1. Antecedentes de hecho

La actora cotizó a regímenes que protegen la contingencia por desempleo por un total de 1861 días, siendo madre de tres hijos nacidos en 1980 y 1981.

Su solicitud de subsidio por desempleo para mayores de 55 años fue denegada por resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) porque no había cotizado al menos seis años a un régimen que proteja la contingencia de desempleo.

Disconforme con la anterior resolución, interpuso reclamación administrativa previa, que fue desestimada por nueva resolución del SPEE con el argumento de que no es posible completar los seis años de carencia requerida a efectos del subsidio especial para mayores de 55 años mediante la aplicación de los periodos de cotización

ficticia por parto, dado que dichos periodos de cotización asimilados solo computan a efectos de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

Contra la citada resolución, la actora interpuso demanda, siendo estimada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Jaén, mediante sentencia 70/2020, de 2 de marzo de 2020 que declaraba el derecho de la trabajadora a percibir el subsidio por desempleo en cuestión desde la fecha de la solicitud. Para ello, completa la carencia exigida computando los días de cotización ficticia por parto. Considera el órgano judicial de instancia que si bien la literalidad del art. 235 LGSS llevaría a dar la razón al SPEE, la finalidad del mismo (compensar a la mujer que se vio compelida a abandonar el mundo laboral como consecuencia de la maternidad) aboca a la conclusión contraria.

Dicha resolución fue recurrida en suplicación por el SPEE, y la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede en Granada), dictó sentencia estimado dicho recurso y revocando la sentencia de instancia.

Contra la sentencia dictada en suplicación la interesada formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando infracción del art. 235 LGSS y Disposición Adicional 44 LGSS/1994 y aportando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2015 (rec. 6619/2014).

2. Sentencia recurrida y sentencia de contraste

- La sentencia recurrida es la STSJ de Andalucía (Granada) 2802/2020 de 15 de diciembre (rec. 815/2020), la cual estima el recurso interpuesto por el SPEE y revoca la sentencia 70/2020, de 2 de marzo, del Juzgado de lo Social de Jaén.

En ella se argumenta que en el supuesto del subsidio por desempleo para mayores de 55 años no resulta de aplicación el beneficio del artículo 235 LGSS consistente en cotizaciones ficticias por parto, previsto únicamente para las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. A su juicio, dado que el tenor de la norma es claro, debe aplicarse en sus estrictos términos, sin que quepa ampliar ese beneficio a prestaciones distintas como es el caso del subsidio por desempleo para personas de edad avanzada.

- Como sentencia de contraste se propone la STSJ de Cataluña 1581/2015 de 3 de marzo (rec. 6619/2014). Esta resolución fue recurrida en casación para la unificación de doctrina y dio lugar a la STS 973/2016 de 22 de noviembre (rec. 1692/2015) invocada tanto por el Juzgado de lo Social en su sentencia 70/2020 de 2 de marzo, cuanto por el Tribunal de Suplicación de Andalucía en la sentencia 2802/2020 de 15 de diciembre.

En la sentencia referencial se analizaba igualmente una solicitud de subsidio por desempleo para personas de edad madura (entonces para mayores de 52 años) planteada por una trabajadora que había sido madre en 1975 y 1978. Dicha prestación le fue denegada por no haber cotizado al menos seis años en un régimen que proteja la contingencia por desempleo. La actora alegaba que la DA 44ª de la LGSS/1994 (que albergaba una regla prácticamente idéntica a la contenida en el vigente art. 235 LGSS/2015), pese a que únicamente contemple el beneficio de la cotización ficticia para el lucro de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, ha de ser aplicada para computar 112 días por cada uno de los nacimientos de sus hijas.

En dicha resolución se examina la razón de ser del periodo de cotización ficticio por parto señalando que el legislador ha querido compensar el inconveniente que acompañó a la mujer en el pasado que se vio compelida a abandonar el mundo del trabajo por circunstancias de matrimonio y maternidad. Dicha interpretación teleológica le lleva a reconocer el beneficio de cotización ficticia que le permiten sumar 224 días a los 1945 días de cotización por desempleo acreditados para completar la carencia exigida y, en consecuencia, declara el derecho a percibir el subsidio por desempleo reclamado.

IV. Posición de las partes

1. La recurrente en casación es la trabajadora a la que se le deniega el acceso al subsidio por desempleo para mayores de 55 años, quien reclama la aplicando del beneficio de cotización ficticia por parto para completar la carencia de seis años requerida para tener derecho a esta prestación. Aporta como sentencia de contraste la STSJ de Cataluña 1581/2015 de 3 de marzo (rec. 6619/2014).

2. La Abogacía General del Estado, en representación del SPEE, formaliza su impugnación rechazando la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas por aplicar ambas normas diversas. En cuanto al fondo, considera que ha de estarse al tenor de lo preceptuado claramente por el legislador, pues lo contrario aboca a un puro voluntarismo.

3. La representante del Ministerio Fiscal ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo emite el Informe previsto en el art. 226.3 LRJS acerca de la procedencia o improcedencia de la casación pretendida. Considera cuestionable la contradicción, teniendo en cuenta que en los supuestos enfrentados los hijos de las trabajadoras han nacido en momentos diferentes de la carrera profesional de aquellas. Respecto de la pretensión deducida, advierte que el tenor de la norma es claro y que la perspectiva de género difícilmente puede aplicarse a una norma que concede un beneficio exclusivo para la mujer.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales normas aplicables al caso son los artículos 274.4 LGSS y 280.1 LGSS (ambos relativos al subsidio por desempleo para personas “prejubiladas”), el art. 235 LGSS sobre periodos de cotización asimilados por parto, y los artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica de Igualdad (LOI), sobre perspectiva de género.

- Subsidio por desempleo para mayores de 55 años:
- Art. 274.4 LGSS. “Beneficiarios del subsidio por desempleo”:

“Podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de cincuenta y cinco 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.

Para obtener el subsidio el trabajador deberá tener cumplida la edad de cincuenta y cinco años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo; o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio de los supuestos contemplados en los apartados anteriores o cumplirla durante su percepción”.

- Art. 280.1 LGSS. “Cotización durante la percepción del subsidio”:

“La entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, tomándose como base de cotización el 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

Las cotizaciones efectuadas conforme a lo previsto en el párrafo anterior tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella en cualquiera de sus modalidades, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada.

En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 205.1.b), que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 274.4 ha debido quedar acreditado en el

momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años”.

- “Periodos de cotización asimilados por parto”

Art. 235 LGSS. (con redacción casi idéntica a la regla contenida en la precedente DA 44 de la LGSS/1994): *“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”.*

- Perspectiva de género:
- Art. 4º LOI. “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”.

- Art. 15 LOI. “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”:

“El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre el significado de la interpretación con perspectiva de género

En su Fundamento Jurídico Cuarto, la Sentencia objeto de comentario se detiene a examinar la propia doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación con perspectiva de género contenida en abundantes resoluciones dictadas por la Sala IV, tanto en lo que se refiera a la obligación en general de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas^[2], cuanto, de modo más específico, en los numerosos supuestos en que se ha planteado su aplicación para la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres en las relaciones laborales^[3] y en el ámbito de la Seguridad Social^[4].

2. Sobre cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento

La doctrina sobre cotizaciones asimiladas por parto es expuesta con gran detalle y cuidada sistemática en el Fundamento Jurídico Quinto.

En él comienza recordando la finalidad de esta regla^[5], que no es otra que beneficiar a las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral cuando aquella se ha visto afectada por una eventualidad exclusivamente femenina como es el parto.

A continuación, examina los no pocos pronunciamientos en que se ha planteado su aplicación en el RETA y a beneficiarios del SOVI^[6].

Más adelante expone la doctrina sobre los alumbramientos comprendidos en este beneficio contenida en su STS 525/2016 de 14 de junio (rcud. 1733/2015), en la que se precisa que aquel se aplica por cada parto, sin límite temporal o locativo, es decir, cualquiera que sea el lugar donde se produzca y el momento, incluso aunque el parto sea anterior al alta en la Seguridad Social, por cuanto precisamente se bonifica el hecho de que la maternidad impidiera el trabajo.

Finalmente, se detiene en la STS 973/2016 de 22 de noviembre (rcud. 1692/2015), que considera de gran trascendencia al haber sido invocada en el presente

procedimiento. En ella, aunque se planteaba también la aplicación de la bonificación de cotización ficticia por parto al subsidio por desempleo, sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que no existía la contradicción requerida para pronunciarse sobre el fondo del asunto, quedando sin resolver la cuestión debatida.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto pormenorizadamente los argumentos en el Fundamento Sexto, la sentencia concluye resolviendo el debate en sentido favorable al recurso, considerando que la sentencia recurrida no alberga la buena doctrina y que el recurso presentado por la solicitante debe prosperar.

VIII. Pasajes decisivos

FJ4º:

** La regla sobre cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento constituye una norma de acción positiva a favor de las mujeres (...).*

** Tiene por objeto fomentar una política de natalidad creando un trato desigual respecto de las mujeres sin hijos, es lo cierto que el beneficio se dirige a la mujer trabajadora que realiza el doble esfuerzo de un desempeño laboral y el cuidado de su descendencia.*

3. El reconocimiento de esos días asimilados a cotizados obedece al parto, sin que la Ley delimite a qué partos, lo que es lógico pues los reconoce a los partos en general sin límite alguno Temporal o locativo). Ello impide excluir su cómputo so pretexto de que el parto se produjo antes del alta en el sistema, por cuanto, precisamente, se bonifica el hecho de que la maternidad impidiera el trabajo.

FJ 6ª:

La transversalidad del principio de igualdad y no discriminación exige que asumamos la interpretación normativa que resulte más acorde con la consecución de los fines queridos por el ordenamiento en tal sentido.

C) El acceso a las prestaciones de Seguridad Social mayoritariamente lucradas por mujeres ha de controlarse asumiendo una interpretación flexible de sus requisitos. Por su propia configuración, los "periodos de cotización asimilados por paro" (art. 336 LGSS), que forman parte de la Protección a la familia (Capítulo XV del Título II) son una de ellas (en concreto, de carácter familiar y contributivo: art. 42.1.d LGSS).

D) La interpretación con arreglo a criterios finalistas o analógicos conduce a extender a supuestos no expresamente contemplados por el ordenamiento lo previsto para otros

Hay que recalcar esta íntima conexión entre las dos situaciones de necesidad protegidas: las reglas sobre desempleo remiten a las propias de la jubilación.

Siendo obvio que el beneficio de cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación (art. 235 LGSS) y que ahora se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de la pensión cuando se postula el subsidio, resulta innegable que la cotización ficticia despliega efectos en materia de desempleo.

La incorporación de la perspectiva de género como cedazo interpretativo de nuestras normas ... es la razón básica en que apoya su doctrina la sentencia referencial y el eje a cuyo alrededor ha girado el debate casacional.

Esta pauta interpretativa, precisamente, tiene el máximo sentido a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento.

IX. Comentario

En esta sentencia la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se enfrenta a una cuestión inédita en su doctrina: resolver sobre la aplicación o no al subsidio por desempleo para mayores de 55 años del beneficio de la cotización ficticia por parto contenida en el artículo 235 LGSS.

Pero antes de pronunciarse sobre el fondo, debe examinar la concurrencia de la contradicción entre las sentencias comparadas por el recurrente, cuestionada en la impugnación del recurso y en el Informe de la Abogacía. Tras revisar la doctrina general sobre la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y las sentencias enfrentadas, concluye que ambas resoluciones contienen fallos contradictorios. La sentencia recurrida entiende que no puede ampliarse el beneficio a supuestos no previstos en la norma, mientras que la sentencia de contraste sostiene que, en atención a la finalidad de la norma, y, en particular, a que se pretende compensar a la mujer, hay que reconocerle el beneficio.

Resuelta esta cuestión previa de orden público procesal, la Sala está en disposición de entrar a resolver la cuestión sometida a unificación doctrinal.

El Alto Tribunal es consciente de los sólidos argumentos que pesan en contra de la extensión del citado beneficio, en especial, el tenor literal del precepto que circunscribe su eficacia a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente y la persistencia en el tiempo de la redacción, pese a las reformas que ha experimentado la LGSS desde su versión de 1994 a la de 2015.

No obstante, el análisis detenido de su doctrina sobre la finalidad de las cotizaciones ficticias por parto- previamente expuesta en el FJ. 5º-, en conjunción con otros parámetros interpretativos relevantes, le hace inclinarse por una respuesta afirmativa a la cuestión planteada.

En efecto, en primer lugar, la Sala recuerda que la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación exige que se asuma la interpretación normativa más favorable con la consecución de los fines queridos por el ordenamiento jurídico. En el ámbito de la Seguridad Social, conduce a realizar una interpretación flexible de los requisitos de las prestaciones mayoritariamente lucradas por mujeres, así como a extender a supuestos no expresamente contemplados por el ordenamiento lo previsto para otros y, en particular, a aplicar el beneficio de los 112 días de cotización por parto a supuestos de protección social análogos a los acotados por la LGSS y a considerar el supuesto de hecho (el alumbramiento) en el sentido más favorable, reconociendo su virtualidad aplicativa sin límite alguno de tiempo o de espacio.

En segundo término, se centra en la naturaleza del subsidio por desempleo para mayores de 55 años y su íntima conexión con la pensión de jubilación, tanto por su remisión en cuanto a los requisitos de acceso a las reglas de la jubilación (de acuerdo con el art. 274 LGSS el trabajador debe acreditar el cumplimiento de “todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación”) cuanto por su duración (según el art. 277.3 LGSS “hasta que el trabajador alcance la edad que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación”). Asimismo, tiene en cuenta que durante la percepción del subsidio el SPÉE debe cotizar por la contingencia de jubilación y tales cotizaciones tienen efectos para la determinación de la base reguladora y también del porcentaje aplicable a la misma.

Además, la LGSS exige expresamente que quien solicita el subsidio por desempleo para mayores de 55 años debe tener acreditados quince años de cotización, esto es, el periodo mínimo exigido para acceder a la pensión de jubilación, para cuya suma sí se pueden contabilizar las cotizaciones ficticias por parto. Esta evidente interconexión entre subsidio y pensión de jubilación y la interpretación sistemática de las normas en presencia aconseja la extensión del beneficio a la hora de contabilizar el tiempo previo de cotización por desempleo, dada la paradoja que supondría tenerlas en cuenta para la pensión futura y no para la prestación inmediata.

En tercer lugar, recuerda que el mandato constitucional del artículo 41 CE debe informar la práctica judicial a la hora de interpretar las leyes que lo desarrolla (art. 53.3). Dicho precepto ordena mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes “ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Teniendo en cuenta la finalidad de las cotizaciones ficticias por parto (art. 235 LGSS), es evidente que la mejor forma de proteger ante situaciones por desempleo a las mujeres que han sido madres es extender su aplicación a esta prestación.

Un último argumento a favor de resolver el debate en sentido favorable al recurso, deriva de la incorporación de la perspectiva de género para flexibilizar el alcance de las exigencias normativas en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, y ello, incluso, cuando las medidas solo van referidas a la población femenina, como es el caso de las cotizaciones ficticias por alumbramiento, en contra de lo que señalaba la Fiscalía.

En definitiva, la Sala Cuarta resuelve el debate afirmando que, a efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, los periodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) han de tomarse en cuenta para calcular si se cumple el requisito de carencia, tanto de la pensión de jubilación (quince años, conforme al art. 205.1.b LGSS), como también para completar los seis años requeridos para lucrar el subsidio por desempleo (art. 274.4 LGSS). Esta conclusión se alcanza tras un riguroso análisis de la cuestión planteada a partir de una interpretación teleológica, sistemática, en clave constitucional y con perspectiva de género de la norma.

X. Apunte final

La solidez de los argumentos y de los criterios interpretativos expuestos inclinan irremediabilmente la balanza a favor de una interpretación favorable a la extensión del beneficio legal a una prestación no prevista por la norma.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo, con apoyo en criterios finalistas o analógicos, obvia la literalidad de alguna previsión legal cuando ello ha sido juzgado necesario para alcanzar los fines perseguidos por el legislador y armonizarlos con los generales en materia de no discriminación, extendiendo a supuestos no contemplados (cómputo como cotizado del Servicio Social de la mujer, acreditación de la violencia de género, etc.).

Ello no equivale a adoptar soluciones voluntaristas ni a alterar las fronteras de la protección social legalmente definidas. Es más, el propio Tribunal Supremo advierte que esta resolución no presupone la extensión del beneficio a otras prestaciones de Seguridad Social, ni siquiera a otros supuestos de protección por desempleo. Lo que ocurre es que la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. En el caso de la modalidad especial de subsidio por desempleo aquí analizada, las pautas interpretativas utilizadas (naturaleza del subsidio para mayores de 55 años, concordancia interna de la LGSS, finalidad de la LOI y mandato constitucional) convierten en razonable y deseable el resultado a que llega la sentencia de contraste y permite disipar las dudas suscitadas.

Referencias:

1. ^ Sobre esta cuestión, entre otros, GARCÍA ROMERO, B., “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su

- impacto en la protección social”, en Protección Social del trabajo de cuidados (Belén García Romero y M. Carmen López Anierte, Dirs), Aranzadi, 2022, pp.58-68.*
2. *^ Entre otras, SSTS de 36 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018).*
 3. *^ STS 7 de diciembre 2010 (rcud. 77/2010), sobre conciliación de la vida laboral y familiar y la diferencia entre excedencia voluntaria y la excedencia por cuidado de hijo; STS 25 mayo (rec. 307/2013), sobre adaptación horaria que afecta a trabajadores con contrato a tiempo parcial; STS 778/2019 de 13 de noviembre (rec. 75/2018) sobre aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria a los trabajadores puestos a disposición por una ETT; STS 815/2019, de 3 de diciembre (rec. 141/2018, Pleno) acerca de la posible discriminación en la determinación del quantum remuneratorio de diversos permisos laborales; STS 250/2020, de 12 de marzo (rec. 209/2018) en relación con el personal de limpieza de pisos; STS 641/2020, de 13 de julio (rec. 155/2018) sobre profesorado de religión en centros públicos, colectivo muy feminizado; STS 815/2019, de 3 de diciembre (rec. 141/2018), sobre convenio aplicable, si el de limpieza o el de hostelería.*
 4. *^ Sobre cesión del derecho de maternidad a favor del otro progenitor antes del reconocimiento de permisos iguales e intransferibles (SSTS 21 diciembre 2009, rcud 201/2009, Pleno; y 864/2018 de 26 septiembre, rcud. 1352/2018); STS 26 enero 2011 (rcud. 4587/2009), sobre pensión de viudedad de mujer divorciada víctima de violencia de género; STS 79/2020, de 29 de enero (rec. 3097/2017) prestación a favor de familiares a beneficiaria de pensión de vejez SOVI; la muy interesante STS 115/2020, de 6 de febrero (rcud. 3801/2017) sobre cómputo del Servicio Social obligatorio de la mujer para acceder a la jubilación anticipada (comentada en RJL nº 2/2020); STS 580/2020 de 2 de julio (rcud. 201/2018) calificando como accidente no laboral las lesiones sufridas en el parto; STS 908/2020, de 14 de octubre (rcud. 2753/2018) sobre pensión de viudedad de parejas de hecho en el caso de víctima de violencia de género separada.*
 5. *^ Reiterada en no pocas sentencias dictadas en casación por el propio Tribunal Supremo: STS 21 diciembre 2009, rcud. 201/2009 y 426/2009; STS 2 marzo 2010, rcud. 94572009; STS 27 febrero 2013, rcud. 1055/2012; STS 18 noviembre 2013, rcud. 792/2013; STS 525/2016 de 14 de junio, rcud. 1733/2015.*
 6. *^ A favor de su aplicación en el RETA, STS 21 diciembre 2009 (rcud. 201/2009; Pleno). En cuanto a su aplicación a las beneficiarias del SOVI, por todas, STS 606/207 de 7 de julio (rcud. 606/2017).*

§ 68 **Sucesión de empresa y responsabilidad de la empresa transmitente por actos posteriores de la empresa cesionaria, y sobre la existencia de grupo laboral de empresas.**

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *En un supuesto de sucesión de empresa, la empresa transmitente responde solidariamente con la empresa cesionaria durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, pero no así de las obligaciones surgidas con posterioridad, a salvo que se aprecie fraude de ley en la cesión o la existencia de un grupo laboral de empresas. No habiéndose acreditado ninguno de estos extremos, la empresa cedente no responde de las obligaciones adquiridas por la cesionaria después de la transmisión, no pudiéndose desconocer lo resuelto con valor de cosa juzgada en un procedimiento previo sobre conflicto colectivo, aun versado sobre materia diversa.*

Palabras clave: *Sucesión de empresa. Responsabilidad solidaria. Grupo laboral de empresas. Fraude de ley. Cosa juzgada.*

Abstract: *In a case of company succession, the transferring company responds for three years in solidarity with the transferee company for unsatisfied labor obligations arising before the transfer, but not for obligations arising subsequently, except if fraud law in the transfer is appreciated or if a labor group of companies exists. Not having proven any of these facts, the transferring company is not responsible for the obligations acquired by the transferee company after the transfer. It is not possible to disregard what was resolved with the value of res iudicata in a previous proceeding on collective conflict, even on diverse matters.*

Keywords: *Company succession. Joint liability. Business labor group. Fraud law. Res iudicata.*

I. Introducción

Como se sabe, el efecto negativo de la cosa juzgada exige la triple identidad en cuanto a sujetos, petición y causa de pedir. En cambio, el efecto positivo de la cosa juzgada no precisa que concurra la más perfecta igualdad entre todos los componentes de los dos procesos, siendo suficiente la identidad subjetiva entre las partes y la conexión entre los dos pronunciamientos, de modo que lo decidido en el primer proceso actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial.

En el supuesto examinado por la STS 589/2022, de 29 de junio de 2022 (rcud. 588/2019), se sostiene por la Sala Cuarta que la STS 474/2021, de 4 de mayo (rec. 81/2019) que pone fin a un procedimiento de conflicto colectivo versado sobre la impugnación de la decisión empresarial de suspender la totalidad de los contratos

trabajo, y en la que la Sala Cuarta rechazó expresamente que dos sociedades conformaran un grupo laboral de empresas junto con la demandada así como que hubiera tenido lugar una venta fraudulenta de unidad de negocio entre las mismas incardinable en el art. 44.3 ET, produce efectos de cosa juzgada en un proceso posterior en el que las mismas empresas son codemandadas por un trabajador de la empresa cesionaria que interesa la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo por impago de salarios. La exoneración de responsabilidad solidaria proclamada por la STS 474/2021 no puede ser desconocida en este segundo procedimiento.

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. 589/2022, de 29 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ. núm. 588/2019.

ECLI:ES:TS:2022:2751

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se cuestiona si, en un supuesto de sucesión de empresa ex. art. 44 ET, se puede declarar la responsabilidad solidaria de la empresa cedente por actos posteriores de la empresa cesionaria y, además, si existe un grupo de empresas a efectos laborales que desencadene ese mismo tipo de responsabilidad.

El litigio nos sitúa ante el caso de un trabajador que entre el 1 de agosto de 2012 y el 31 de marzo de 2014 estuvo de alta en la plantilla laboral fija de una empresa (sociedad A), mayoritariamente participada por un grupo internacional (sociedad B). A partir del 1 de abril de 2014, el trabajador figura de alta en la plantilla de otra mercantil (sociedad C), si bien, en virtud de sucesivas subrogaciones empresariales, su antigüedad a todos los efectos se remontaba a octubre de 1996. Esta empresa se encuentra en situación de concurso voluntario.

El 30 de diciembre de 2013, la sociedad A procedió a la firma de un acuerdo para la venta de su unidad de negocio industrial (fabricación, impresión y distribución de sobres, manipulados y sistemas de archivos) a una entidad mercantil (sociedad D) que es a su vez titular del 100 por 100 de las participaciones de la sociedad C (empresa cesionaria). A raíz de dicha venta de unidad productiva autónoma, se activó el mecanismo subrogatorio previsto en el art. 44 ET y el trabajador de la sociedad A pasó a serlo por subrogación de la sociedad C.

El 8 de noviembre de 2016 el trabajador presenta demanda al amparo del art. 50 ET interesando la extinción indemnizada del contrato de trabajo, por impago de salarios, contra su empleadora (sociedad C) y frente a las otras tres compañías, en la que solicitaba el abono de la indemnización propia de un despido improcedente, más los salarios adeudados.

La demanda fue estimada en la instancia, condenando el Juzgado de lo Social solidariamente a las cuatro sociedades por considerar que todas ellas conformaban un único grupo de empresas a efectos laborales. Esta decisión fue confirmada por el TSJ de Andalucía (Málaga) mediante sentencia 1982/2028, de 28 de noviembre de 2018 (rec. 545/2018).

IV. Posición de las partes

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa cedente

La sociedad transmitente (A) recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Málaga que confirmó su condena, invocando como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 1621/2018, de 11 de septiembre de 2018 (rec. 1510/2018). El recurso denuncia infracción del art. 44 ET y de la jurisprudencia que lo desarrolla; del art. 217 LEC, sobre carga de la prueba; de los arts. 385 y 386 LEC, sobre presunciones; de los arts. 6.4 y 7.2 del CC, sobre buena fe, así como la jurisprudencia que interpreta y aplica dichos preceptos (en concreto, doctrina jurisprudencial sobre levantamiento del velo), con la consiguiente infracción del art. 44 ET, art. 97.2 LRJS y arts. 6, 10 y 18 LEC.

El recurso solicita la casación y anulación de la sentencia en lo que se refiere a las sociedades A y B.

2. La impugnación del recurso

El trabajador impugna el recurso, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público, partiendo de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, se alinea con la postura del trabajador e interesa en su informe la desestimación del recurso.

4. La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. En ambas decisiones se trata de trabajadores que efectuaron idéntica reclamación ante las mismas empresas, siendo asimismo sustancialmente iguales los hechos y las pretensiones; pese a ello las sentencias llegan a soluciones contrarias en lo que se refiere a las responsabilidades de las sociedades A y B, pues mientras la recurrida declara y mantiene su responsabilidad, la sentencia referencial las absuelve de los pedimentos en su contra.

V. Normativa aplicable al caso

Pues se trata de dirimir el alcance subjetivo y objetivo de la responsabilidad solidaria en un supuesto de transmisión de empresa, procede interpretar y aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, precepto del que reproducimos, por su relevancia, estos tres pasajes:

“1. 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.

2. 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 accesorio.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.”

VI. Doctrina básica

Aplicando las conclusiones a las que accedió la Sala Cuarta en su precedente sentencia 474/2021, de 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019), confirmatoria de la SAN 193/2018, de 5 de diciembre de 2018, aquella llega a la conclusión (compartida con la sentencia aportada para contraste) de no considerar responsables solidarias a las mercantiles A y B, toda vez que no forman un grupo laboral con la sociedad que fue condenada en la instancia, siendo inexistente la alegada existencia de confusión patrimonial o caja única.

En cuando a la declaración de responsabilidad solidaria de las referidas sociedades por aplicación del segundo párrafo del apartado 3 del art. 44 del ET, la Sala Cuarta, acogiéndose igualmente a lo estimado en la STS 474/2021, rechaza que la venta de la unidad de empresa hubiera sido fraudulenta, pues no existen indicios de la existencia de una acción concertada entre compradores y vendedores que buscara directa o indirectamente el fin de la actividad empresarial transmitida y la extinción de los contratos de trabajo, previa constitución en insolvencia de la empresa adquirente. En consecuencia, no procede que la sociedad A (transmitente) ni la sociedad B (que la participa al 100 por 100) se hagan cargo solidariamente de las responsabilidades por obligaciones que la cesionaria haya adquirido con posterioridad a la transmisión, al no haber sido declarada delito dicha cesión.

El instituto procesal de la cosa juzgada, en su dimensión positiva, impide que lo resuelto en una resolución judicial firme sea desconocido en otro procedimiento. De ahí que haya de estarse a lo dictaminado en la STS 474/2021, que ya tuvo ocasión de descartar, en el marco de un procedimiento de conflicto colectivo sobre impugnación de un ERTE, que las sociedades A y B formaran parte de un grupo laboral de empresas con la sociedad C y que la venta de la unidad productiva fuera fraudulenta.

VII. Parte dispositiva

En el referido contexto, resulta obligada la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina promovido por la sociedad transmitente, en los siguientes y literales términos:

“1. De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede: estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina; casar y anular parcialmente la sentencia recurrida respecto a la condena a Adveo España, S.A., y a Adveo Group International, S.A.; y resolver el debate de suplicación, en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por Adveo España, S.A., revocando parcialmente la sentencia del juzgado de lo social en lo que se refiere a la condena a Adveo España, S.A., y a Adveo Group International, S.A.

2. No procede efectuar pronunciamiento sobre costas en este recurso de casación unificadora (artículo 235 LRJS) y sí el de devolución de los depósitos constituidos para recurrir y la cancelación de la consignación o aseguramiento que en su caso se hubiera efectuado por Adveo España, S.A., y Adveo Group International, S.A. (artículo 228.3 LRJS). Sin costas en suplicación”

Adviértase que, si bien el recurso fue interpuesto únicamente por Adveo España, S.A., la Sala Cuarta del TS extiende la absolución igualmente a la mercantil Adveo Group International, S.A. (poseedora del 100% del accionariado de aquella), lo que es congruente con la doctrina de la propia Sala que sostiene la extensión subjetiva de los beneficios obtenidos en el proceso a los corresponsables solidarios, aun cuando estos no hubieran recurrido^[1].

VIII. Pasajes decisivos

La doctrina de la STS 589/2022 puede enunciarse a partir de estos cuatro pasajes de su fundamento de derecho tercero:

“Nuestra STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019), tras recordar la doctrina de la sala sobre grupo laboral de empresas y el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, llega a la conclusión, en su fundamento de derecho cuarto y en sintonía -afirma expresamente- con la sentencia de instancia, de que no hay elementos fácticos que permitan concluir que las empresas absueltas Adveo España, S.A., y Adveo Group International, S.A., formaran parte del grupo que fue condenado, siendo inexistente la alegada confusión patrimonial o caja única.”

“Y, respecto al argumento de la venta de la unidad de empresa hubiera sido fraudulenta, también comparte nuestra STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019), la decisión de la sentencia de instancia que rechazó que existieran indicios de la existencia de una acción concertada entre compradores y vendedores que buscara directa o indirectamente el fin de la actividad empresarial transmitida y la extinción de los contratos de trabajo previa insolvencia de la empresa adquirente”.

“Tras recordar que hubo una transmisión de una unidad productiva autónoma que provocó, como consecuencia de la aplicación del artículo 44 ET, que la entidad adquirente se subrogase en la posición de la vendedora respecto de todos los contratos de trabajo, asumiendo las obligaciones pendientes, de las que respondió solidariamente la entidad transmitente, la STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019), rechaza que Adveo España, S.A., y Adveo Group International, S.A., tengan también que hacerse cargo de las responsabilidades nacidas con posterioridad a la transmisión, lo que, en principio no resulta factible, salvo que, como prescribe el párrafo segundo del artículo 44.3 ET, la cesión fuera declarado delito, sin que tampoco ello pueda hacerse derivar -concluye la STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019)- del alegado fraude de ley que no ha quedado acreditado.”

“Lógicamente, si nuestra STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019), ha rechazado expresamente que Adveo España, S.A., y Adveo Group International, S.A., formaran parte de un grupo laboral de empresas con Unipapel S.L.U., e igualmente ha rechazado de forma expresa que la venta por parte de Unipapel de una determinada unidad de negocio a Adveo España y a Adveo Group International fuera fraudulenta, ello tiene efectos de cosa juzgada y no podemos aceptar lo contrario, como hace la sentencia recurrida. De ahí que deba rechazarse la responsabilidad de Adveo España y de Adveo Group International, porque nuestra STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019) ha descartado que formen parte de un grupo laboral de empresas con Unipapel S.L.U., y que la venta de la unidad productiva fuera fraudulenta.”

IX. Comentario

1. Antecedentes jurisprudenciales del caso

Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina declaró, confirmando la sentencia de instancia, que la empresa recurrente (sociedad A) era responsable solidaria de las cantidades indemnizatorias y salariales a las que la empresa empleadora del trabajador (sociedad C) resultó condenada, tras estimarse la acción extintiva promovida por el empleado por impago de salarios. La sociedad A había sido anteriormente la empleadora del trabajador y vendió la unidad de negocio en la que aquel prestaba servicios a la sociedad C. Tanto la sentencia recurrida como la de instancia apreciaron que la venta de la unidad de negocio fue fraudulenta y que existía un grupo de empresas a efectos laborales.

Para ello, se sustentaron en el voto particular formulado a la SAN 265/2016, de 7 de noviembre (proc. 244/2016), la cual declaró la nulidad de la suspensión de los contratos de los trabajadores de la sociedad C, condenando a esta empresa a reponer a los empleados en sus anteriores condiciones. Pero la sentencia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva de las demás empresas codemandadas, entre las que

estaba la sociedad A, por entender que la existencia de grupo de empresas y el supuesto fraude de ley en la venta de la unidad de negocio debieron de haberse invocado en el periodo de consultas del procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo, razón por la que la sentencia de la AN no entró a examinar la existencia del grupo de empresas alegado. El voto particular discrepaba de esta decisión.

La consideración de que la existencia de grupo de empresas tendría que haberse hecho valer en el periodo de consultas del procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo fue revocada por la STS 843/2018, 28 de septiembre de 2018 (rec. 69/2017), que casó y anuló la SAN de 2016 y ordenó reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicha sentencia para que la AN dictase nueva sentencia en la que entrase a valorar y resolver todas las cuestiones atinentes a la pretensión relativa a la existencia de grupo laboral de empresa alegadas en la demanda de conflicto colectivo. Es relevante señalar que la Sala Cuarta no examinó, ni menos declaró, la existencia de un grupo de empresa a efectos laborales, sino que lo que hizo fue devolver las actuaciones a la AN para que, precisamente, la AN resolviera las cuestiones atinentes a la pretensión relativa a la existencia de grupo laboral de empresa alegadas en la demanda de conflicto colectivo.

Conviene subrayar, en consecuencia, que la sentencia de la AN de 2016 no había entrado a valorar ni a resolver las cuestiones atinentes a la pretensión relativa a la existencia de grupo laboral de empresa alegadas en la demanda. Fue el voto particular formulado a dicha sentencia el que consideró que el análisis del procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo no podía quedar circunscrito a la sociedad C, entendiendo el voto particular -que no la sentencia- que se estaba ante un supuesto de "operaciones de ingeniería financiera y societaria encaminadas a eludir responsabilidades laborales, creación de empresa aparente, y de utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo".

En cumplimiento de lo ordenado por la Sala Cuarta del TS, la AN dictó nueva sentencia, la 193/2018, 5 de diciembre de 2018, en la que desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva de otras empresas, pero estimó, por el contrario, la falta de legitimación pasiva de las sociedades A y B, por no apreciar que respecto de ellas existiera grupo laboral de empresas ni fraude ley en la transmisión empresarial. De nuevo se formuló voto particular a esta segunda sentencia de la AN de 2018, sosteniendo que no debía estimarse la falta de legitimación de dichas sociedades.

Las conclusiones de la nueva SAN de 2018 fueron íntegramente asumidas por la STS 474/2021, 4 de mayo de 2021 (rec. 81/2019), que confirmó y declaró la firmeza de aquella SAN de 2018, desestimando los recursos de casación que pretendían extender la responsabilidad a las sociedades A y B y que se declarase que la venta de la unidad de empresa había sido fraudulenta. La Sala Cuarta del TS, tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre grupo laboral de empresas (grupo "patológico") y el levantamiento del velo de la personalidad jurídica (recogida y sistematizada por la STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017, seguida de la STS de 11 de julio de 2018, entre otras), concluye que las sociedades A y B no formaban parte del grupo que fue condenado en instancia, siendo inexistente la alegada confusión patrimonial o caja única. Y, respecto al argumento de que la venta de la unidad de empresa hubiera sido fraudulenta, la referida STS 474/2021 comparte la decisión de la sentencia de instancia que rechazó que existieran indicios de la existencia de una acción concertada entre compradores y vendedores que buscara directa o indirectamente el fin de la actividad empresarial transmitida y la extinción de los contratos de trabajo previa insolvencia de la empresa adquirente.

2. Solución del recurso

La sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina erró al sustentar su decisión en los argumentos del voto particular a la SAN de 2016, pues, si bien cierto que esta sentencia fue anulada por la Sala Cuarta del TS, no lo es menos que, con posterioridad, la AN dictó una segunda sentencia en la expresamente se pronunciaba

sobre la responsabilidad de las sociedades A y B, descartando expresamente la existencia de un grupo laboral de empresas así como la existencia de una venta fraudulenta que pudiera hacer responsable solidaria a la empresa transmitente respecto de las obligaciones laborales adquiridas por la empresa cesionaria con posterioridad a la sucesión. Esta segunda sentencia de la AN, que volvió a incluir un voto particular sosteniendo la responsabilidad solidaria de las sociedades A y B, resultó plenamente confirmada por la Sala Cuarta del TS, con lo que el criterio del voto particular -tenido en cuenta por la sentencia aquí recurrida- quedó por completo desautorizado.

En este contexto, el desenlace del recurso no podía ser otro que la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la sociedad A contra la sentencia del TSJ que, en un procedimiento sobre extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave de la empresa, había confirmado la sentencia de instancia en la que se la declaraba responsable junto con otras mercantiles (entre ellas, la empleadora del trabajador demandante) en cuanto al abono del importe de la indemnización y las cuantías salariales no satisfechas, más los intereses por mora. Este pronunciamiento de suplicación deviene contradictorio con lo resuelto por la STS de 474/2021, efecto no consentido por el instituto de la cosa juzgada (positiva).

X. Apunte final

La sentencia cuyo comentario aquí concluye reviste interés, no tanto por su doctrina en materia de responsabilidades laborales compartidas en supuestos de concentraciones empresariales (grupos de sociedades) o de sucesión de empresa (donde ninguna novedad aporta), cuanto en la constatación de que lo decidido en un procedimiento adquiere valor de cosa juzgada una vez que la sentencia gana firmeza y no puede ser obviado ni contradicho cuando la misma *causa petendi* reaparece en un procedimiento ulterior. No estamos aquí ante el efecto vinculante propio de las sentencias que se dictan en los procedimientos colectivos en relación con los pleitos individuales que versen sobre el mismo objeto (en el caso comentado, el procedimiento de conflicto colectivo, anterior en el tiempo, tenía por objeto la impugnación de la decisión empresarial de suspender varios contratos de trabajo y el segundo procedimiento era una demanda individual sobre extinción de contrato por incumplimiento empresarial grave), sino ante el constructo procesal de la cosa juzgada en sentido positivo, el cual impide que existiendo una sentencia firme que ha rechazado expresamente la existencia de responsabilidad solidaria de la sociedad transmitente en un pleito anterior sobre impugnación de ERTE, pueda apreciarse en un segundo pleito, sustanciado al amparo del art. 50 ET, la existencia de dicha responsabilidad.

Referencias:

1. ^ Por todas, STS 158/2020, de 19 de febrero, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina número 2852/2017. Ha comentado esta sentencia J. García Murcia, "Efectos de la sentencia de absolución en caso de concurrencia de dos o más responsables solidarios", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3/2020, pp. 1-9.

§ 69 **A vueltas con la (no) obligatoriedad de facilitar un correo personal a la empresa para asuntos laborales (y sobre el acceso de la representación sindical a los correos).**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *El litigio versa sobre la conformidad o no a derecho de la decisión empresarial de solicitar al personal que pusiera a su disposición un correo electrónico personal para mantener las relaciones de trabajo durante la situación de crisis sanitaria, y que se mantuvo bastante tiempo después. La pretensión de las organizaciones sindicales demandantes de declaración de nulidad de tal decisión es estimada por la AN, basándose en la normativa laboral aplicable, en la de protección de datos, y también en la jurisprudencia ya existente del TS sobre esta cuestión, al haberse dictado sentencias en los mismos, o muy parecidos, términos, que los que ahora se recogen en la resolución judicial de la AN.*

Palabras clave: *Libertad sindical. Correo electrónico. Protección de datos.*

Abstract: *The litigation deals with the conformity or not to the law of the business decision to request the staff to make a personal email available to them to maintain working relationships during the health crisis, and which was maintained for a long time afterwards. The claim of the trade union organizations requesting a declaration of nullity of such decision is estimated by the AN, based on the applicable labor regulations, on data protection, and also on the already existing jurisprudence of the Supreme Court on this matter, having issued sentences in the same, or very similar, terms, than those that are now included in the judicial resolution of the AN.*

Keywords: *Trade union freedom. E-mail. Data protection.*

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN el 27 de junio (rec 128/2022). La resolución judicial estima las demandas presentadas por los sindicatos CGT y la Federación de Servicios de CCOO contra la empresa Global Sales Solutions Line SLU, del sector de contact center.

El interés de la sentencia radica principalmente en el mantenimiento del criterio de no obligatoriedad para la parte trabajadora de poner a disposición de la empresa sus dispositivos electrónicos personales para la prestación de la actividad laboral, siendo en este caso concreto la aportación de su correo personal el que suscitó el conflicto, reforzando las tesis expuestas por la propia AN en dos sentencias anteriores, debatiéndose en una de ellas la obligatoriedad de aportar el teléfono móvil propio, que fueron confirmadas por dos importantes sentencias de la Sala Social del Tribunal

Supremo, dictadas el 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014) y el 8 de febrero de 2021 (rec. 84/2019).

Ahora bien, hay otro contenido de la sentencia que también debe merecer atención, y en esta ocasión es debido al cambio de criterio de la AN respecto al derecho de la representación sindical al acceso de los correos personales de las y los trabajadores de la empresa, y que habían sido facilitados a esta para poder llevar a cabo sus servicios, para el ejercicio de su derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical en el ámbito empresarial. En efecto, en una resolución judicial anterior la AN se pronunció en sentido contrario, por lo que habrá que esperar al pronunciamiento del TS si la empresa interpone recurso de casación.

Será objeto de atención cuál fue el conflicto suscitado primeramente en sede empresarial y que llevó a la presentación de las demandas, en procedimiento de conflicto colectivo, debiendo lógicamente prestar atención a cuáles fueron las tesis defendidas por cada parte. Para resolver el caso, hay que estar a la normativa aplicable, poniendo ya de manifiesto, aun cuando no tuviera afectación al fallo, estimatorio, de los tres litigios, que la normativa sobre protección de datos fue distinta en la primera sentencia, y conviene resaltar cuáles serán los argumentos, es decir la doctrina básica, que la AN ha mantenido en esta ocasión para estimar las demandas acumuladas^[1].

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. 99/2022, de 27 de junio.

ECLI:ES:AN:2022:3073

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Analicemos en primer lugar cual es el problema suscitado en el ámbito empresarial y que llevará a la presentación de las dos demandas por la CGT y la Federación de Servicios de CC.OO, a la que se adhirieron los sindicatos CIG, CSIF, USO y UGT.

Estamos en presencia, según conocemos por los hechos probados, de una empresa que forma parte de un grupo, con una plantilla aproximada de 2.500 personas trabajadoras, habiendo incorporado en julio de 2021 al personal procedente de otra del mismo sector, mediante una operación de fusión por absorción "conforme al art. 44 ET", y que desde el inicio de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 en marzo de 2020 hasta la fecha del acto de juicio, el 21 de junio, mantenía "aproximadamente" al 80% de la plantilla en la modalidad de prestación de servicios de trabajo a distancia.

Conocemos igualmente que en la empresa absorbida, UNITONO, se había llegado a un acuerdo con las secciones sindicales, el 23 de julio de 2019, según el cual la empresa ponía a disposición de cada persona trabajadora un correo electrónico corporativo, para llevar a cabo todas las gestiones relacionadas con su actividad laboral. En el momento del conocimiento del conflicto por la AN sólo disponían de correo corporativo "los trabajadores de estructura y las secciones sindicales", siendo este dato un hecho conforme.

El conflicto encontrará su punto de partida en marzo de 2020, fecha, recordemos, del inicio de la crisis sanitaria y con su importante impacto en la ordenación y desarrollo de las actividades de gran parte de las empresas, cuando la empresa

(véase hecho probado quinto) “comenzó a celebrar acuerdos individuales de teletrabajo, en ellos se indica entre otras cosas que el trabajador facilite un número de teléfono móvil y una dirección de correo electrónico, campo este último que se señala como obligatorio”. Conocemos en el hecho probado sexto los distintos trámites que se debían llevar a cabo durante la actividad laboral y que requerían del uso de dicho correo personal, al mismo tiempo que también se informa de que “algunos” de tales trámites podían gestionarse mediante la presentación de la correspondiente solicitud en el centro de trabajo, así como también las distintas vías de comunicación, electrónicas, de las que disponía la empresa para contactar con su personal.

Otra vertiente del conflicto, y que motivará la segunda pretensión de las partes demandantes en sus respectivas demandas, se inicia en agosto de 2020 cuando la sección sindical de CCOO solicitó que la empresa pusiera a su disposición “un medio adecuado” para poder dirigirse a la plantilla, reiterando la petición en octubre. La respuesta de la empresa, que reproduzco por su interés para comprender mejor la tesis, estimatoria de las demandas, de la AN, fue la siguiente: “Creo haber indicado que ustedes ya disponen de los medios indicados en el E.T puestos a su disposición. Como entenderán los correos particulares de las personas trabajadoras no pueden ser puestos a su disposición sin consentimiento expreso de los mismos. En cuanto a la posibilidad de que las personas trabajadoras puedan ponerse en contacto con ustedes, lo pueden hacer a través de la cuenta de correo que la empresa les ha facilitado hace años”.

También se expone, en el hecho probado noveno, que la empresa propuso a las secciones sindicales un “tablón de notas” a través de Google Chrome “y que se enlazara a través de una URL en el portal del empleado”, posibilidad rechazada por ambos sindicatos por no considerarla una herramienta adecuada para su actividad.

IV. Posiciones de las partes

Una vez conocidos los hechos que suscitaron el conflicto, hemos de pasar al terreno jurídico judicial, es decir a la presentación de las demandas de ambos sindicatos, presentadas por separado el mismo día, 12 de abril, y que fueron acumuladas para ser debatidas en el mismo acto de juicio.

¿Cuáles fueron las pretensiones formuladas? ¿Cuáles fueron las argumentaciones de la parte empresarial para su oposición?

En primer lugar, se solicitaba en las demandas, cito por la de la Federación de Servicios de CCOO y siendo sustancialmente semejante la de la CGT, que se declarara contrario a derecho “la exigencia empresarial de poner a disposición el correo electrónico personal para completar la operativa de gestión de actividad y recursos humanos, así como las cláusulas de los contratos de teletrabajo que obligan a las personas trabajadoras a la puesta a disposición de este medio”, complementada con la declaración de la obligación empresarial de “poner a disposición del personal en teletrabajo un correo corporativo como medio necesario para el desarrollo de la actividad”.

Y en segundo término, que se declarara igualmente contraria a derecho “la negativa empresarial a suministrar los recursos precisos para garantizar la comunicación entre la representación social y la plantilla en la modalidad de teletrabajo”. En este punto, la CGT añadió la petición de que se pusieran a su disposición “los correos corporativos ya implantados”.

Pasemos a la argumentación empresarial. En primer lugar, sostuvo que la prestación del trabajo a distancia encontraba su justificación en la crisis sanitaria, y que por ello no podía considerarse con carácter ordinario. Tras explicar brevemente los avatares de la absorción de la empresa antes citada y que “dejó de tener el dominio de correo corporativo de dicha compañía”, expuso las gestiones efectuadas con las secciones sindicales para facilitar las gestiones necesarias por parte del personal, tanto a través de la vía electrónica como de la presentación de solicitudes en papel, volviendo al final de su exposición sobre el mismo asunto y manifestando el

rechazo por parte sindical. Argumentó que para las gestiones del personal no era necesario un correo electrónico corporativo, ya que la interacciones con la dirección de la empresa se realizaba "... mediante la aplicación COVISIAN desde mayo de 2021, ..., bastando con una URL accediendo con Google Chrome bastando un nombre de usuario, contraseña, país y sitio de trabajo". Insistió en que no era necesario un correo electrónico para gestionar las relaciones con el área de recursos humanos, ya que podía hacerse a través del portal del empleado, y que además no existía una obligación legal de facilitar por parte empresarial un correo corporativo a cada miembro de la plantilla, añadiendo, sin que alcance a comprender por mi parte la diferencia respecto a su impacto sobre los correos personales, que el riesgo de un ciber ataque, como el que había sufrido la empresa en septiembre de 2021, "aumentaría por el hecho de otorgar un correo corporativo". Con respecto a la segunda pretensión de las demandantes, la facilitación de los correos electrónicos personales que las y los trabajadores debían poner a disposición de la empresa, se remitió a la sentencia de la propia AN de 30 de diciembre de 2020 (aunque se cita el mes de septiembre), para recordar que se trataba de un dato de carácter personal y que por ello no podían ser comunicados a las secciones sindicales de los sindicatos demandantes.

Las síntesis de los argumentos de ambas partes es efectuada por la AN en el fundamento de derecho tercero, siendo especialmente clarificador a mi entender la efectuada de las tesis empresariales, en estos términos: "La empresa se opone fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, se alega que el correo personal no resulta necesario para la ejecución de la actividad propia de los teleoperadores que en todo caso pueden acceder a la información de la empresa a través del portal del empleado y que no resultan de aplicación a los trabajadores las normas de LTD y la doctrina de esta Sala al respecto por cuanto que la misma no se aplica al teletrabajo impuesto a raíz del art. 5 del RD Ley 8/2.020".

V. Normativa aplicable al caso

Conocidos ya los hechos que suscitaron el conflicto, las pretensiones de las partes demandantes y la oposición a estas por la empresa, toca adentrarse en la fundamentación jurídica de la sentencia, para lo que será necesario primeramente exponer cual es la normativa de aplicación, para pasar después al examen de aquella.

Si reparamos en primer lugar en la normativa procesal laboral, la competencia de la AN para conocer del litigio se sustenta en los arts. 9.5 y 67 de la LOPJ, en relación con los art. 8.1, y 2 g) de la LRJS. Estamos ante un conflicto de carácter colectivo en el que plantean pretensiones "dentro de la rama social del Derecho", y que afecta a un ámbito supraautonómico. También es referenciado el art. 138.1 de la ley procesal laboral por lo que respecta a la tramitación de la demanda, y los plazos para interponerla, en los supuestos regulados en el mismo, cabiendo señalar en este punto que un argumento expuesto por la empresa en su oposición a las demandas era que la actuación sindical "vulneraba la doctrina de los actos propios, pues la actuación (en este proceso) resultaba contradictorio a lo pactado con la empresa pues no impugnaron como MSCT el desconocimiento del acuerdo que se alcanzó con UNITONO respecto del correo corporativo".

En cuanto a la normativa sustantiva laboral, son de aplicación para la AN, en mayor o menor medida, los art. 1.1 y 44.1 de la LET de los trabajadores, el art. 19.2 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de trabajo a distancia, los arts. 2.1 d), 2.2 d) y 8 de la LOLS, y el art. 6.1 del Reglamento comunitario relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Asimismo, la sentencia seguirá fielmente, para dar respuesta a la primera pretensión sindical, la jurisprudencia del TS sentada en sus sentencias, antes referenciadas, de 21 de septiembre de 2015 y 8 de febrero de 2021, confirmatorias ambas de resoluciones de la AN de 28 de enero de 2014 y 6 de febrero de 2019, y que han sido objeto de detallada atención en el apartado anterior de este trabajo,

sintetizada en la no obligatoriedad de facilitar la persona trabajadora sus dispositivos electrónicos propios para llevar a cabo la actividad laboral.

Distinto será como responde la Sala a la segunda pretensión, ya que tal como he apuntado antes, se apartará de su doctrina fijada en la sentencia de 30 de diciembre de 2020, sin que haya una argumentación, o al menos no la he sabido encontrar, que justifique dicho cambio de criterio, que ciertamente viene a potenciar el derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical en la empresa.

VI. Doctrina básica

La Sala parte de los hechos que ha declarado probados, bien porque ha existido conformidad de las partes, bien porque se ha obtenido tal conclusión a partir de las pruebas aportadas y practicadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS, y conviene ahora recordar que la anterior propietaria de la empresa se comprometió en julio de 2019 a poner a disposición de la plantilla de la empresa cuentas de correo corporativo.

Pues bien, el primer argumento de la Sala, y que puede muy bien calificarse de “doctrina básica” es el de desmontar la tesis empresarial de no necesidad de disponer de correo electrónico para las gestiones que deban llevarse a cabo, o al menos de algunas de ellas, en el marco de la relación contractual existente entre la empresa y cada miembro de su plantilla, tanto por las obligaciones asumidas por aquella al absorber otra empresa (que tenía un acuerdo con las secciones sindicales para facilitar cuentas de correo corporativo), como porque del conjunto de los hechos probado se acreditaba sin género de dudas que el correcto desenvolvimiento de la relación contractual laboral requería de “la existencia de una comunicación vía correo electrónico entre empresa y empleado”.

Será a partir de esta premisa previa, es decir la necesidad de uso de un correo electrónico para relacionarse cada miembro de la plantilla con la empresa, cuando la sala recordará brevemente, en primer lugar, la jurisprudencia del TS señalada con anterioridad, y junto con la aplicación de la normativa sobre trabajo a distancia, en concreto la disposición transitoria tercera, llegará a concluir estimando la primera pretensión de las demandas. Más adelante, al dar respuesta a la segunda pretensión, concluirá que la puesta a disposición de los correos electrónicos (personales) de los que dispone la empresa para relacionarse con sus empleados y empleadas, deben facilitarse a las representaciones sindicales por ser este, al menos, añadido por mi parte, en este caso concreto, “el único medio que permite (garantizar el derecho a difundir información sindical) sin intromisiones por parte de la demandada”.

Como ya he indicado, la AN reitera sustancialmente las tesis defendidas en dos litigios anteriores y que fueron confirmadas por el TS. Sólo recojo los dos argumentos que la AN considera ahora necesarios traer a colación para defender la misma tesis que en las dos sentencias anteriores: en primer lugar, que la ajenidad del contrato de trabajo, uno de sus presupuestos sustantivos ex art. 1.1 de la LET, “implica, entre otras cosas, la ajenidad en los medios, lo que implica que es el empleador el que tiene que proporcionar al trabajador los medios necesarios para el desenvolvimiento de su relación laboral”; por otra, que ya el TS en 2015 “consideró contrario a la entonces vigente normativa nacional y europea en materia de protección de datos que el trabajador se viese obligado a proporcionar su correo y su número de teléfono personal a la empresa, razonando que si los mismos resultasen esenciales para el desenvolvimiento del contrato tanto uno como otro debían ser proporcionados por la empresa al trabajador”.

Debe la Sala también dar respuesta a otro argumento de la parte demandada, cual era que no era de aplicación la normativa “ordinaria” sobre trabajo a distancia, ya que la prestación de servicios al amparo de dicha modalidad respondió a la necesidad extraordinaria de adaptarse a la situación de grave crisis sanitaria provocada por la Covid-19 en marzo de 2020. Tesis que será rechazada, con acertado criterio a mi parecer, por parte de la AN tras recordar el contenido de la disposición transitoria

tercera (“Al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria. En todo caso, las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario”). Habiéndose ya expuesto que era necesario el uso de un correo electrónico, la obligación de facilitarlo, en cuanto que herramienta o dispositivo de trabajo, corresponde al sujeto empleador, sin que razones como su coste, o el riesgo de un ciberataque tal como expuso la defensa jurídica de la empresa, puedan ser argumentos que invaliden o exceptúen tal obligación (ajenidad en los riesgos). A mayor abundamiento, la empresa no aportó ninguna prueba, es decir no acreditó, que en el momento de celebración del acto de juicio existieran alguna medida concreta de contención adoptada a consecuencia de la crisis sanitaria, por lo que entraría en juego el art.11.1 de la Ley de trabajo a distancia, que dispone que “las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación...” .

Aun cuando sea de manera incidental, en cuanto que a mi parecer se trató de un argumento meramente de carácter subsidiario con respecto al principal antes expuesto, la Sala debe dar respuesta a la tesis de que si se había producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo, por no respetar la empresa el pacto de la absorbida con la representación sindical, se hubiera debido accionar vía procedimiento de MSCT y en un determinado plazo, de caducidad, que sería el de “los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes”. El rechazo de la tesis empresarial radica en primer lugar, en que tales modificaciones son, ex art. 4.1.1 LRT, aquellas de naturaleza contractual, siendo así que la obligación de facilitar la herramienta o dispositivo que permita a la persona trabajadora llevar a cabo su actividad prestacional corresponde al sujeto empleador en virtud del marco jurídico que regula la relación contractual, siendo uno de los preuestos sustantivos el de ajenidad, y más concretamente en los riesgos, por la parte trabajadora.

Por otra parte, la dicción del art. 138.1 es bien clara en cuanto al inicio del plazo de cómputo para poder accionar en sede judicial, requiriendo para ello que la representación laboral tenga conocimiento por escrito de la modificación sustancial, sin que conste que ello se haya producido en el conflicto ahora enjuiciado.

Toca ahora examinar la segunda de las pretensiones formuladas en las demandas, de claro contenido colectivo por afectar a la actividad sindical como manifestación expresa del derecho constitucional de libertad sindical. Repasaremos los argumentos utilizados para estimar su pretensión, para confrontarlos después con una sentencia anterior, de 30 de diciembre de 2020 (rec 213/2020), para llegar a una conclusión opuesta.

Los términos en que se formularon las demandas, conviene ahora recordarlos, fueron los siguientes (antecedente de hecho tercero):

Por parte de la Federación de Servicios de CCOO, que “se declare contraria a derecho la negativa empresarial a suministrar los recursos precisos para garantizar la comunicación entre la representación social y la plantilla en la modalidad de teletrabajo”.

Por parte de la CGT, que “se declare el derecho a que se pongan a disposición los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa entre la RLT y las personas trabajadoras a distancia en la empresa, así como los correos corporativos ya implantados”.

La Sala parte del marco normativo regulador del contenido del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional de actividad sindical, es decir primeramente acude al art. 2 de la LOLS que incluye en su apartado 2 d) el derecho de las organizaciones sindicales al “ejercicio de la actividad sindical en la empresa”, y acude también al Título IV de la LOLS que regula la acción sindical, y más concretamente los derechos de las y los trabajadores afiliados a un sindicato, y de las secciones sindicales de los sindicatos que cumplan los requisitos fijados en el art. 8.2, con una mención concreta al tablón de anuncios con “acceso adecuado al mismo” (la referencia es lógicamente, por el año de publicación de la norma, al tablón “presencial”, pero la condición de dicho acceso adecuado es igualmente aplicable al tablón electrónico que, en su caso, se haya acordado en sede convencional). En sintonía con la jurisprudencia del TC y del TS, la Sala manifiesta que el precepto obliga a la empresa, además de facilitar dicho tablón, a “garantizar el derecho a la información por parte de las organizaciones sindicales a la plantilla”.

A continuación relaciona el marco normativo citado con la situación que suscitó el conflicto, siempre a partir de los hechos que han sido declarados probados, recordando que gran parte de la plantilla sigue prestando sus servicios en régimen de teletrabajo, que la negativa empresarial a facilitar los correos de su personal, solicitada por las demandantes para poder llevar a cabo su actividad sindical, se basó en que se trataba de datos de carácter personal, y que la alternativa propuesta de un tablón de anuncios electrónico había sido rechazado por los sindicatos por las limitaciones que a su parecer tenía para el correcto desarrollo de dicha actividad. De todo ello, concluye que las demandantes no pueden desarrollar una tarea eficaz en punto a difundir información y estar en contacto con la plantilla, o lo que es lo mismo, la empresa ha obstaculizado un derecho legalmente reconocido, en cuanto que la única posibilidad ofrecida, un tablón de anuncios virtual, no era eficaz ya que no se podía hacer uso del mismo en las forma y manera que los sindicatos consideraran oportuno, por cuanto que “... para que no se inserte publicidad hay que abonar una suscripción, y tener limitado el contenido de la información a colgar en la misma (50 megas)”, subrayando además que en caso de régimen ordinario de teletrabajo, el art. 19.2 de la Ley de trabajo a distancia dispone la obligación de implantar el tablón virtual, por lo que su confección “no puede ser desplazada a la acción que lleven a cabo las organizaciones sindicales con un tercer servidor, como ha hecho la empresa en este caso”.

Es, en consecuencia, la doctrina básica que sienta la sentencia en este punto, añadiendo en apoyo de su tesis que dado que gran parte de la plantilla se encuentra en régimen de teletrabajo y que han debido facilitar un correo personal a la empresa para llevar a cabo muchas gestiones relacionadas con la prestación de sus servicios, es necesario que para desarrollar la actividad sindical “proporcione a las secciones sindicales el directorio de correos de los empleados **por ser el único medio que permite tal derecho sin intromisión por parte de la demandada**” (la negrita es mía)

Y sustenta también su tesis en una sentencia de la propia Sala dictada solo cinco días antes, el 22 de junio rec 145/2022), en la que el conflicto suscitado versaba sobre la pretensión formulada en la demanda presentada por la Federación de Servicios de CCOO y un delegado sindical a que se le reconociera el derecho a este recibir la información completa, “sin enmiendas y tachaduras ... o en blanco” de los boletines de cotización a la Seguridad Social TC1 y TCE, por considerar que la actuación empresarial era constitutiva de vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional de actividad sindical, tesis que fue también la defendida por el Ministerio Fiscal. La Sala se plantea, a partir de los términos de la demanda y de las pretensiones formuladas, si se ha lesionado el derecho de libertad sindical “tanto del delegado sindical de CCOO como del propio sindicato” por la gestión de la empresa sobre la información facilitada de los boletines de cotización. La demanda será parcialmente estimada y se declarará la vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente de acción sindical “del delegado LOLS de CCOO... y del propio sindicato”, condenando a la empresa a facilitar la información en los términos solicitados en la demanda y a “abonar en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados de toda índole, la cantidad de 6.000 euros”, siendo la doctrina

básica de la sentencia que aun cuando se trate de datos de carácter personal, “no es necesario el consentimiento del titular de los datos cuando los mismos se entregan para la realización de fines legítimos constitucionalmente y en la forma que prescribe el art. 64.6 E.T.”.

A mi parecer, hay un cambio relevante con respecto a la doctrina de la Sala y que amplía considerablemente el derecho de actividad sindical en la empresa, siempre partiendo de que cada caso debe ser analizado, y resuelto, a partir de las circunstancias concreta del mismo. Como ya he indicado, una sentencia anterior, y no muy lejana en el tiempo, dictada el 30 de diciembre de 2020, y que afectaba justamente a la empresa, UNITONO, que fue absorbida por la demanda en la sentencia analizada en este artículo, desestimó la demanda interpuesta por la CGT, cuya pretensión era que se declarara la nulidad de la práctica empresarial “de no facilitar... los correos corporativos creados para el teletrabajo, con el fin de enviar comunicados sindicales”, y que se reconociera del derecho “de los representantes de los trabajadores/as a repartir comunicados e información sindical por medio de estos correos electrónicos”, siendo la tesis defendida por la demandante que la argumentación de la empresa de tratarse de correos personales y no corporativos implicaba que quedaban comprendidos dentro del Reglamento comunitario de protección de datos “respecto a cada una de las personas trabajadoras”, no tenía amparo legal y que en modo alguno la difusión de la información por esa vía iba a ocasionar perjuicio a la actividad empresarial, apoyándose en varios preceptos de la LOLS y de la LET, así como en jurisprudencia del TC y del TS, y en la doctrina judicial de la propia AN. Conviene señalar al respecto, para una mejor comprensión del supuesto litigioso, que, inmediatamente después de la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, la empresa implantó el día 15 el régimen de teletrabajo en todo el territorio nacional y remitió un correo electrónico a su personal en el que les pedía “crear una cuenta de Gmail para poder comunicarnos en caso de teletrabajo o para realizar formaciones virtuales en caso de trabajar desde la oficina”, indicándoles además como debían proceder a dicha creación. Obsérvese también, y subrayo su importancia, la diferente tesis del Ministerio Fiscal con respecto a la sostenida en la sentencia de 27 de junio: mientras que en esta última se consideraba contraria derecho la decisión empresarial, en la de 30 de diciembre de 2020 se propugnaba la desestimación de la demanda, basando su tesis en diversos preceptos del Reglamento comunitario y de la LOLS, argumentando que “... los correos electrónicos han sido creados por los trabajadores y cedidos a la empresa para hacer frente a una situación de emergencia, y estos datos sólo puede ser cedidos a terceros cuando haya consentimiento de sus titulares” (fundamento de derecho segundo).

Quizá, lo sugiero para debate, a los efectos de considerar que existe una diferencia razonable entre las tesis sostenidas en las dos sentencias, desestimatoria en la primera y estimatoria en la segunda, pueda argumentarse que la creación de las cuentas personales fue en un caso consecuencia de la situación excepcional, o más exactamente que se consideraba que iba a ser excepcional en aquel momento, creada por la Covid-19 y, tal como se recoge en la primera sentencia, “con el carácter de temporalidad con el fin de enviar comunicados sindicales”, y además que la demanda se presentó el 24 de junio de 2020, es decir estando aun en una situación incierta sobre el desarrollo y evolución de la crisis sanitaria y sus consecuencias sobre la actividad empresarial, mientras que en la sentencia más reciente los correos personales se han mantenido durante mucho tiempo y el argumento de la crisis sanitaria ha quedado prácticamente vacío de contenido, de tal manera que una decisión, o más bien una imposición por cuanto que así se establecía en los acuerdos individuales firmados a partir del 20 de marzo de 2020, de carácter coyuntural y que podía identificarse con la de la sentencia anterior, deviene estructural y por ello completamente diferente en cuanto a su razón de ser jurídica.

En todo caso, para llegar a la conclusión desestimatoria de la demanda, la Sala, tras proceder a una amplia transcripción de la jurisprudencia del TC y del TS, acude al marco convencional aplicable a la empresa, reconociendo el convenio colectivo aplicable el derecho de las representaciones unitarias y sindicales a disponer de

tablones de anuncios en los distintos centros de trabajo, de tal manera que, partiendo de la dicción literal de la norma, se concluye que “no hay norma jurídica alguna que conceda al Sindicato el derecho a que la empresa le facilite los correos electrónicos de los trabajadores creados para un supuesto como el presente, en el que de manera excepcional y temporalmente los trabajadores han creado los correos para el teletrabajo”. Obsérvese, insisto en este punto, que la sentencia pone el acento en el carácter excepcional de la situación para fundar su desestimación, además de tratarse de correos personales “que no son titularidad de UNITONO”. La insistencia en el carácter excepcional, por si no hubiera sido suficiente la referencia anterior, se vuelve a enfatizar poco después, al exponerse que “La empresa, ante la situación excepcional existente, está generando una logística complicada para mandar a los trabajadores a prestar servicios en casa para preservar su salud. Se trata de una situación excepcional en la que los trabajadores voluntariamente han colaborado creando la cuenta Gmail en la que pueden acceder a chats y conectar con trabajadores de la campaña”, llegando a sostener que en realidad estamos en presencia de un conflicto no jurídico sino de intereses, ya que la parte demandante realmente lo que pretende es “modificar por vía judicial el convenio colectivo”. Y si no quieres caldo, toma dos tazas, y la referencia a este conocido refrán la efectúo para subrayar que una vez más aparecerá en la fundamentación jurídica el carácter excepcional de la decisión, ya que la medida adoptada “... se trata de un supuesto excepcional y temporal provocado por la situación de pandemia existente en nuestro país, siendo significativo que la empresa ofreció en el acto de conciliación el compromiso de generar un tablón virtual a través de la intranet lo que fue rehusado por CGT”.

VII. Parte dispositiva

Y llegamos, tras toda la explicación efectuada del conflicto, a la parte dispositiva de la sentencia, aquella que sin duda es la más esperada, y temida, por las partes demandantes y demandadas. Ya conocemos que serán estimadas las pretensiones, y ello se concreta en estos términos:

En primer lugar, se declara contraria a derecho “la práctica patronal de requerir la puesta a disposición del correo electrónico personal en determinadas actuaciones u operativas de la relación laboral, así como la cláusula del contrato de teletrabajo por la que se obliga al trabajador a poner a disposición de la empresa el correo personal”. Corolario de lo anterior, se declara el derecho a que “se ponga a disposición del personal de operaciones y en teletrabajo cuenta de correo corporativo en cuanto medio necesario para la actividad”. Reiterado tal fallo, para dar estricto cumplimiento a las pretensiones de las partes demandantes, y por supuesto para responder a la oposición de la demandada, y garantizar el efectivo respeto del derecho constitucional reconocido en el art. 24.1 a la tutela judicial efectiva, se declara contraria a derecho “la exigencia empresarial de poner a disposición el correo electrónico personal para completar la operativa de gestión de actividad y recursos humanos, así como las cláusulas de los contratos de teletrabajo que obligan a las personas trabajadoras a la puesta a disposición de este medio”, y se declara la obligación de la empresa “de poner a disposición del personal en teletrabajo un correo corporativo como medio necesario para el desarrollo de la actividad”.

Y en segundo término, para dar debida respuesta a la segunda pretensión, para delimitar el alcance del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, la sentencia declara el derecho “a que se pongan a disposición los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa entre la RLT y las personas trabajadoras a distancia en la empresa, así como los correos corporativos ya implantados”, es decir se declara contraria a derecho “la negativa empresarial a suministrar los recursos precisos para garantizar la comunicación entre la representación social y la plantilla en la modalidad de teletrabajo”.

Referencias:

1. ^ Vid un comentario de la sentencia a cargo del profesor Oriol Cremades. "Ilegalidad de la obligación de aportar correo electrónico personal en el teletrabajo y derecho a la distribución de información sindical" <https://oriolcremades.com/ilegalidad-obligacion-aportar-correo-electronico-personal-teletrabajo/> (consulta: 23 de agosto).

§ 70 **Pactos de fin de huelga y convenios colectivos. Y sobre la frustración de la negociación colectiva por disolución de la asociación empresarial negociadora.**

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 Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón anula el pacto de fin de huelga y el nuevo convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón, suscritos el 15 de febrero de 2022 ante el Servicio Aragonés de Medición y Arbitraje, por la UTE Transportes sanitarios de Aragón, en su nombre y en representación de la Asociación de Empresarios de Ambulancias de Aragón, la Unión General de Trabajadores la Central Sindical Independiente de funcionarios, Comisiones Obreras, Sindicato Cooperación Sindical y la Confederación General del Trabajo, por falta de legitimación negociadora de la asociación empresarial.*

Palabras clave: *Pactos de fin de huelga. Convenios colectivos de sector. Legitimación negociadora. Asociaciones empresariales. Convenios colectivos extraestatutarios. Sector de transporte en ambulancias.*

Abstract: *The Social Chamber of the High Court of Justice of Aragon annuls the end of strike pact and the new collective agreement for the sector of transport of sick and injured persons by ambulance in the Autonomous Community of Aragon, signed on 15 February 2022 before the Aragonese Service of Measurement and Arbitration, by the UTE Transportes sanitarios de Aragón, in its name and on behalf of the Asociación de Empresarios de Ambulancias de Aragón, the Unión General de Trabajadores, the Central Sindical Independiente de funcionarios, Comisiones Obreras, Sindicato Cooperación Sindical and the Confederación General del Trabajo, for lack of capacity to negotiate on the part of the employers' association.*

Keywords: *End of strike agreements. Sectoral collective bargaining agreements. Negotiating legitimacy. Employers associations. Extra-statutory collective bargaining agreements. Ambulance transport sector.*

I. Introducción

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que va a ser comentada, constituye una buena muestra de la renovación constante de los problemas jurídicos que afectan al funcionamiento de nuestro sistema legal de negociación colectiva. Vigente hace más de cuatro décadas, naturalmente con reformas legislativas, esos problemas, que protagonizan los sujetos negociadores en ejercicio de su autonomía colectiva y presentan facetas o aspectos siempre nuevos y

viejas y nuevas soluciones para sortearlos, hacen de él un sistema vivo y creativo, pero al tiempo intrincado, cuyo conocimiento exige, ineludiblemente, el de la jurisprudencia y doctrina judicial, que brinda un observatorio de análisis imprescindible de los caminos ya conocidos y de los nuevos derroteros de desenvolvimiento de la negociación colectiva.

En este caso, tras una larga e infructuosa negociación de sustitución del convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón, iniciada en 2019, afectada, por tanto, por la pandemia de la COVID-19 y compensada por la vigencia ultraactiva indefinida del convenio cuya vigencia ordinaria inicial había finalizado al cierre de 2018, los trabajadores afectados iniciaron una huelga indefinida el 8 de abril de 2021, alcanzándose el 15 de febrero de 2022 un pacto de fin de huelga y un acuerdo de un nuevo convenio colectivo del sector de transporte sanitario en ambulancia de ámbito autonómico ante el ante el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje. El pacto de desconvocatoria de la huelga y el acuerdo anexo sobre el nuevo convenio colectivo sectorial autonómico fueron suscritos por el comité de huelga y la UTE Transportes sanitarios de Aragón, en su condición de empresa contratista del servicio de transporte sanitario, competencia del Gobierno autonómico contratante, y, simultáneamente, en representación de la asociación empresarial, en la que se encuadraba y era mayoritaria, la Asociación de Empresarios de Ambulancias de Aragón, disuelta tan solo unos días antes.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 487/2022, de 22 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Impugnación de convenio colectivo 330/2022, al que se acumuló el procedimiento de impugnación de los mismos acuerdos 394/2022.

ECLI:

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado es justamente el de la validez o nulidad de dichos acuerdos suscritos por el comité de huelga y por la unión temporal de empresas Transportes sanitarios de Aragón (UTE TSA), mayoritaria en la Asociación de Empresarios de Ambulancias de Aragón (AEAA), disuelta urgentemente por su asamblea extraordinaria de 9 de febrero, antes de alcanzarse los acuerdos de 15 de febrero de 2022 ante el Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje (SAMA).

1. Hechos

Según los hechos probados de la sentencia, relacionados atendiendo a la documental, cuya validez la Sala ha aceptado, según explica en el FD 3º de la sentencia:

La Ley aragonesa 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón regula las competencias de la Comunidad de Aragón en materia sanitaria conforme a lo dispuesto en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluyendo el transporte sanitario (artículo 6 y Anexo VIII) y diferenciando el transporte terrestre, aéreo y marítimo. Para la prestación de esos

servicios la Diputación General de Aragón diferencia el régimen del denominado “transporte urgente” del propio del “transporte programado”, habiendo externalizado su prestación a empresas contratistas.

La Diputación General de Aragón contrató el transporte urgente a la UTE Transportes sanitarios de Aragón (en adelante UTE TSA), integrada por Acciona Facility Services, SA y Ambunova Servicios Sanitarios SL, desde el 1 de agosto de 2019 hasta el 1 de agosto de 2022, por importe a cargo del Gobierno de Aragón de 76.387.756 euros.

Por su parte, el transporte programado se adjudicó a la UTE Transalud Aragón, integrada por Ivemom Ambulancias Egara SL y Ambulancias Maíz SA, desde el 12 de febrero de 2020 hasta el 12 de febrero de 2024, por importe a cargo del Gobierno de Aragón de 42.211.805 euros.

La Asociación de Empresarios de Ambulancias de Aragón (AEAA) está constituida por UTE Transporte Sanitario de Aragón, Transport Sanitari de Catalunya, Amberme, Ambuaragón y Transalud Aragón UTE Maiz Egara.

Finalizada la vigencia inicial del convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón el 31 de diciembre de 2018^[1], el 11 de abril de 2019 se constituyó la comisión negociadora del futuro convenio colectivo autonómico del sector, integrada en representación de la parte empresarial por la AEAA, haciendo constar que “dado que dentro de la AEAA es mayoritaria la Sociedad UTE Transporte sanitario Aragón”, ésta igualmente es mayoritaria y por tanto tendrá capacidad de decisión dentro de la representación empresarial de la Comisión Paritaria del presente convenio colectivo”. En representación de los trabajadores, la comisión negociadora estuvo integrada por UGT (5 miembros), CSIF (4 miembros), Sindicato Cooperación Sindical (4 representantes), CCOO (1 representante) y CGT (1 representante) en proporción a la correspondiente representatividad.

Los trabajadores afectados por la negociación del convenio iniciaron una huelga indefinida el 8 de abril de 2021, desarrollándose la negociación entre los representantes de los trabajadores en el comité de huelga^[2] y los de las empresas para alcanzar un convenio colectivo y poner fin a la huelga.

El día 2 de febrero de 2022 se negoció un preacuerdo entre las partes negociadoras que no consta llegara a suscribirse, ni figura en autos.

En la junta de la AEAA, de 3 de febrero de 2022, las empresas criticaron la actuación de UTE TSA en la negociación del fin de la huelga y las medidas laborales asociadas a esa terminación del conflicto e iniciaron los trámites para proceder a su disolución, solicitando la convocatoria por el presidente de una asamblea extraordinaria a tal efecto. Señalaron a la junta directiva de la asociación que la negociación en el transporte sanitario de Aragón debía contar con el respaldo económico de la Administración autonómica y su decisión de causar baja con efectos inmediatos. Convocada por el presidente la asamblea extraordinaria para el 9 de febrero, se aprobó, por voto mayoritario cualificado, su disolución, poniéndose en marcha los correspondientes trámites administrativos. Se hizo constar en el acta de dicha asamblea que UTE Transporte Sanitario Aragón se quedaba sin el respaldo del resto de asociados a AEAA y, por tanto, “sin legitimación para negociar/firmar el convenio colectivo de transporte sanitario de Aragón en representación de la asociación” (HP 6º). El acta se aprobó en la posterior asamblea de 15 de febrero. El acuerdo de disolución de AEAA obtuvo el correspondiente depósito administrativo y se publicó en el Boletín Oficial de Aragón. UTE TSA impugnó la disolución de AEAA ante el juzgado de Primera instancia nº 11 de Zaragoza, demanda admitida a trámite por decreto de fecha 21 de marzo de 2022.

En representación del comité de huelga el representante del Sindicato Cooperación Sindical promovió acto de conciliación ante el Servicio Aragonés de Mediación y

Arbitraje (SAMA), solicitando que convocase a las partes del conflicto, el propio comité de huelga y la "Patronal ex. 1745/21)", para "la firma del pre-acuerdo troncal de los conceptos salariales" que darían lugar a la "revisión y adecuación del convenio colectivo del sector" (HP 9º). El 15 de febrero de 2022 comparecieron, por parte del comité de huelga, 2 representantes de CSIF, 2 del Sindicato Cooperación Sindical, 1 de UGT y 1 de CCOO, sin que lo hiciera CGT, pese a haber sido citada. En representación de la parte empresarial compareció UTE TSA en su propio nombre y en representación de la AEAA simultáneamente.

En aquella misma fecha, se alcanzó ante el SAMA un pacto de desconvocatoria de la huelga (acta de conciliación con avenencia levantada por el SAMA), al que se asoció a otro acuerdo, adjunto a dicha acta, sobre el régimen y las condiciones de trabajo de un nuevo convenio colectivo estatutario para las empresas y trabajadores de transporte sanitario en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón, que se decía celebrado por su comisión negociadora al aceptar la parte social la propuesta de acuerdo de la AEAA, del que aquí conviene señalar que se fijó un incremento de 4.200 euros brutos anuales en tablas salariales, con efectos desde que se produjera la adjudicación del próximo concurso público de transporte sanitario, que, conforme al informe de la Dirección General del Área Económico-Administrativo del Servicio Aragonés de Salud de 22 de marzo de 2022, suponían un incremento salarial del 23 '87 % para los años 2022 y 2023 y del 22 '54% para los años siguientes, respecto al salario del actual convenio y un incremento de financiación de 50 millones de euros para la Diputación General de Aragón, del que el 80% correspondía a gastos de personal, según prueba pericial de la Diputación General de Aragón.

Al finalizar la contrata del transporte sanitario urgente el 31 de julio de 2022, el Gobierno de Aragón procedió a licitar el nuevo concurso conforme a un presupuesto que pudiera hacer frente al incremento salarial previsto en el acuerdo de convenio referido, lo que hizo por prudencia administrativa, dado que el servicio de transporte sanitario de urgencia no podía suspenderse en función del resultado del proceso.

2. Antecedentes

El Gobierno de Aragón presentó demanda de impugnación del Acuerdo del SAMA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma el 29 de marzo de 2022.

El 22 de abril TRANSALUD ARAGON UTE, integrada por Ivemon Ambulancias Egara SL y Ambulancias Maíz SA, interpuso demanda de impugnación del mismo pacto de fin de huelga de los trabajadores del sector de transporte sanitario de Aragón y acuerdos vinculados al mismo, acordados ante el SAMA, solicitando su nulidad, registrada con el número 394/22.

Por auto de 19 de mayo siguiente se acordó la acumulación del proceso 394/22 al seguido con el número 330/22.

Fueron codemandadas CSIF, el Sindicato Cooperación Sindical, UGT, CCOO, CGT, las empresas Transport Sanitari de Catalunya, S.L.U., UTE TSA, Ambulancias Amberme S.A., Ambuaragón S.L., y la AEAA.

IV. Posición de las partes

El Gobierno de Aragón, demandante, solicitó la nulidad del pacto de fin de huelga y del acuerdo de convenio colectivo anexo al mismo por considerarlos ilegales y gravemente lesivos para los intereses de la Comunidad Autónoma. Sostuvo su legitimación activa en la ilegalidad y lesividad de los acuerdos alcanzados ante el SAMA; su ilegalidad resultaba de la falta de legitimación negociadora de la parte empresarial, pues no era jurídicamente factible que UTE TSA negociase y acordase el 15 de febrero de 2022 en representación de una asociación empresarial disuelta el anterior 9 de febrero; su lesividad, en esencia, se producía como consecuencia del uso fraudulento y abusivo de la negociación colectiva, consecuencia del cual las condiciones laborales pactadas se sustentaban en que habían de ser asumidas por la

Administración autonómica, legalmente obligada a prestar el servicio de transporte sanitario de enfermos -para la que significaban la carga económica evaluada por el informe de la Dirección General del Área Económico Administrativa del Servicio Aragonés de Salud-, condiciones que no se hubieran pactado de haber sido la empresa negociadora la que hubiera debido asumirlas.

La demanda de TRANSALUD ARAGON UTE denunció también la falta de legitimación negociadora de UTE TSA para suscribir tales acuerdos en nombre de la AEAA, asociación disuelta en la fecha de la fecha de la suscripción de los acuerdos ante el SAMA.

La demandada "UTE TSA", tras invocar las excepciones de litispendencia e inadecuación de procedimiento, defendió la legalidad de los acuerdos basándose en el preacuerdo del 2 de febrero, obtenido en el seno de la comisión negociadora y después aceptado en asamblea por los trabajadores. La disolución de la AEAA se dirigía a enervar la fuerza vinculante y aplicación del preacuerdo. Tampoco los acuerdos alcanzados eran lesivos para el Gobierno de Aragón, pues el nuevo convenio trataba de homogeneizar las condiciones laborales de los trabajadores incluidos en su ámbito con otros convenios del sector de distintas Comunidades Autónomas.

Los sindicatos coincidieron en señalar la autonomía del pacto de fin de huelga, datando el acuerdo sobre el nuevo convenio colectivo en 2 de febrero, fecha del preacuerdo alcanzado en la comisión negociadora, con las consecuencias de falta de legitimación de la Diputación General de Aragón e inadecuación de procedimiento (UGT); negando la lesividad del pacto de fin de huelga, protegido por el artículo 28 de la Constitución y ajeno al Gobierno de Aragón, defendiendo las nuevas condiciones de licitación del servicio establecidas en abril de 2022 por la Diputación General de Aragón, y con la insólita petición de que, "en caso de estimarse la demanda, el Tribunal declarara que se mantenía la huelga" (Sindicato de Cooperación Sindical) (FD 1º); rechazando la legalidad de la disolución de la AEAA conforme a la LO 1/2002, reguladora del derecho de asociación(CSIF); adhiriéndose CCOO a las alegaciones sindicales.

El Ministerio Fiscal, de acuerdo con los demandantes, descartó la viabilidad de la excepción de litispendencia y, sobre el fondo, destacó el incremento de costes derivado del convenio colectivo que había de asumir la Diputación General de Aragón, superior al 20% respecto a la contrata vigente y al tope señalado en los pliegos de licitación de las contratas vigentes.

V. Normativa aplicable al caso

- **Ley reguladora de la jurisdicción social**

Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social

"Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan [...]

h) Sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, incluidos los concertados por las Administraciones públicas cuando sean de aplicación exclusiva a personal laboral; así como sobre impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada. De haberse dictado respecto de las Administraciones públicas, cuando dichos laudos afecten en exclusiva al personal laboral".

Artículo 4. Competencia funcional por conexión

1. La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a

dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal^[3].

2. Las cuestiones previas y prejudiciales serán decididas en la resolución judicial que ponga fin al proceso. La decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte.

3. Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla.

4. La suspensión de la ejecución por existencia de una cuestión prejudicial penal sólo procederá si la falsedad documental en que se base se hubiere producido después de constituido el título ejecutivo y se limitará a las actuaciones ejecutivas condicionadas directamente por la resolución de aquélla”.

Artículo 7. Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia

“Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán:

- En única instancia, de los procesos sobre las cuestiones a que se refieren las letras f), g), h), j), k) y l) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, así como de todos aquellos que expresamente les atribuyan las leyes”.
- [...]

“Artículo 67. Impugnación del acuerdo de conciliación o de mediación

1. El acuerdo de conciliación o de mediación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad”.

[...]

“Artículo 165. Legitimación

[...]

4. El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos [de impugnación de convenios colectivos].

- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación

“Artículo 2. Contenido y principios

[...]

5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación”.

[...]

Artículo 7. Estatutos

1. Los Estatutos deberán contener los siguientes extremos:

[...]

g) Los criterios que garanticen el funcionamiento democrático de la asociación”.

[...]

“Artículo 11. Régimen de las asociaciones

[...]

La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año”.

[...]

“Artículo 12. Régimen interno

“Si los Estatutos no lo disponen de otro modo, el régimen interno de las asociaciones será el siguiente:

[...]

d) Los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de las personas presentes o representadas, cuando los votos afirmativos superen a los negativos. No obstante, requerirán mayoría cualificada de las personas presentes o representadas, que resultará cuando los votos afirmativos superen la mitad, los acuerdos relativos a disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación”.

“Artículo 17. Disolución

1. Las asociaciones se disolverán por las causas previstas en los Estatutos y, en su defecto, por la voluntad de los asociados expresada en Asamblea General convocada al efecto, así como por las causas determinadas en el artículo 39 del Código Civil y por sentencia judicial firme”.

[...]

- **Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo**

“Artículo 8

- “Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el Comité de huelga y el empresario, y en su caso los representantes designados por los distintos Comités de huelga y por los empresarios afectados, deberán negociar para llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que en cualquier momento los trabajadores puedan dar por terminada aquélla. El pacto que ponga fin a la huelga tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo”.
-
- **Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre**

Artículo 87. Legitimación

“3. En representación de los empresarios estarán legitimados para negociar:

a) En los convenios de empresa o ámbito inferior, el propio empresario.

b) En los convenios de grupo de empresas y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas.

c) En los convenios colectivos sectoriales, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2, y siempre que estas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados.

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 su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio”.

VI. Doctrina básica

1. Sobre las excepciones procesales y el conocimiento conexo de cuestiones previas no pertenecientes al orden jurisdiccional social

Tras afirmar la competencia objetiva de la Sala para conocer de las demandas acumuladas sobre el pacto de fin de huelga, un tipo de acuerdo social alcanzado en la resolución de controversias [art. 2.e) LRJS], de efectos territoriales autonómicos (art. 7 LRJS)^[4], la sentencia desestima las excepciones de inadecuación de procedimiento, de falta de legitimación procesal activa de la Diputación General de Aragón y de litispendencia.

Precisa la sentencia que se ha llamado al proceso al Ministerio Fiscal, de modo similar a lo previsto en el art. 165.4 de la LRJS, en defensa de la legalidad, pues la acción de impugnación de los demandantes del acuerdo de conciliación ante el SAMA comprende “el acuerdo de convenio colectivo estatutario ya negociado”.

Con cita de abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue la sentencia entre la titularidad de la acción procesal por lesividad y la efectiva existencia de la lesión de un bien o derecho. Quedándose, como debe, en aquel primer plano, considera legitimada activamente a la Diputación General de Aragón para impugnar las condiciones del nuevo convenio colectivo, asociado al pacto de fin de huelga controvertido en este proceso, habida cuenta de que resulta directamente afectada en su calidad de empresa principal para la gestión y pago del servicio de transporte de enfermos y accidentados de Aragón por el relevante incremento de la carga económica que ha quedado señalado en el relato fáctico.

En fin, en aplicación del artículo 4 de la LRJS, ningún efecto suspensivo del presente proceso produce la demanda civil de UTE TSA ante el juzgado de primera instancia nº 11 de Zaragoza en impugnación del acuerdo de disolución de la AEAA, ni cabe apreciar litispendencia. No obstante, la Sala considera con toda corrección que, con dicha base legal, antes de decidir el fondo del asunto debe resolver por conexión, con carácter previo y exclusivos efectos en este proceso, sobre la validez de dicho acuerdo de disolución de la AEAA, ya que los impugnantes han basado la nulidad de lo acordado en conciliación en la invalidez de la actuación de la UTE TSA en nombre de la AEAA, mientras que los codemandados opusieron la nulidad de la disolución asociativa al no haberse convocado la asamblea de la asociación del 9 de febrero de 2022 con los debidos requisitos formales, legales y estatutarios.

A la luz de la Ley Orgánica 2/2002 y de los estatutos de la AEAA^[5], la sentencia considera válidas la convocatoria para la disolución y la disolución de la asociación. Según figura en la relación de hechos probados, la AEAA celebró junta el 3 de febrero de 2022, en la que los miembros de su junta directiva propusieron la disolución de la

asociación a la asamblea general, solicitando del presidente la convocatoria de la asamblea, quien, al día siguiente, convocó con carácter urgente asamblea extraordinaria para el día 9 de febrero con el único punto del orden día relativo a la “disolución de la asociación, ruegos y preguntas”. Se cumplieron las prescripciones estatutarias, pues el presidente estaba facultado para realizar la convocatoria, que observó el plazo de preaviso necesario, pues en caso de “notoria urgencia discrecionalmente apreciada por la Presidencia” el plazo de preaviso ordinario de 15 días naturales puede reducirse a “cinco días, también naturales” (arts. 28 y 14 de los estatutos). Por su parte, la decisión de disolución se adoptó por mayoría absoluta -4 de los 5 integrantes de la AEAA-, siendo posteriormente ratificada en reunión del día 15 de febrero.

2. Sobre la nulidad del pacto de fin de huelga

Tras reproducir la jurisprudencia constitucional y social sobre la naturaleza y valor de los acuerdos de desconvocatoria o finalización de la huelga, efecto que, obviamente, pueden conseguir los trabajadores o los sujetos colectivos que la declararon sin necesidad de acuerdo con la parte empresarial y sin perjuicio del deber de negociar, la sentencia centra su enjuiciamiento en la validez y eficacia del pacto de terminación de la huelga alcanzado el 15 de febrero ante el SAMA, validez y eficacia *ex lege* de convenio colectivo (art. 8.4 RDLRT 17/1977), que depende de la efectiva representatividad de las partes que convienen y, en el caso, “de quien dice actuar y convenir por parte de la empresa” (FD 8º).

No era necesario que la sentencia se pronunciase sobre la representatividad del comité de huelga, cuyos integrantes sindicales que pactaron la finalización de la huelga dijeron ser mayoritarios, aunque la composición de dicho comité no constaba en la relación de hechos probados, pues el objeto del litigio estaba en la representatividad de la parte empresarial. Disuelta la AEAA el 9 de febrero, la UTE TSA no pudo representar a una asociación empresarial disuelta al alcanzar dicho pacto, en el procedimiento de conciliación del SAMA, el posterior 15 de febrero. Desde luego, no cabe firmar un acuerdo de convenio colectivo con una asociación disuelta. *Ex abundantia*, UTE TSA no podía representar a la AEAA, ya que esa función estaba asignada estatutariamente al presidente de la asociación (art. 28 de los estatutos). El pacto de fin de huelga solo pudo “considerarse suscrito, en lo que respecta a la parte empresarial, por UTE TSA y por nadie más” (FD 8º).

Sin mayor explicación, el pacto de fin de huelga se declara nulo. Sobre ello he de volver en el comentario.

La improcedencia de la extravagante petición del Sindicato Cooperación Sindical de que la estimación de las demandas conlleve la declaración del mantenimiento de la huelga se despacha bien por la sentencia, no sólo por el principio de congruencia procesal -las demandas nada de eso habían solicitado-, sino porque los órganos judiciales ni pueden ni deben “interferir en la eventual conducta que adopten las partes en litigio para poner fin al conflicto que las tiene enfrentadas” (FD 10º). Desde luego, no corresponde a los jueces declarar la huelga ni su mantenimiento, sino únicamente a los titulares del derecho fundamental del artículo 28.2 de la Constitución.

3. Sobre la nulidad del acuerdo sobre nuevo convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias de la Comunidad de Aragón

No existiendo duda sobre la voluntad de los negociadores de atribuir al acuerdo sobre condiciones laborales, anexo al pacto de fin de huelga, valor de convenio colectivo estatutario sectorial autonómico, como la sentencia evidencia con declaraciones de los sindicatos codemandados en el juicio y pruebas documentales (papeleta de los promotores de la mediación dirigida al SAMA y acta del organismo), el *punctum dolens* de la cuestión litigiosa vuelve a estar donde estaba en el pacto de fin de huelga, en la falta de legitimación negocial de la parte empresarial de la negociación colectiva.

No se sustrae la sentencia a reproducir la doctrina legal del Tribunal Supremo, también suscrita por la doctrina científica, sobre los tres niveles sucesivos de legitimación (inicial, plena y negociadora o decisoria), enlazados con su representatividad, de los sujetos asociativos empresariales negociadores de convenios colectivos sectoriales dentro del título III del ET, de la mano de la reciente sentencia del Pleno de su Sala de lo Social de 29 de marzo de 2022, aunque reitere la doctrina con otras decisiones. Ni a recordar que esas exigencias de legitimación negocial/representatividad son de orden público y no están a la disposición de los negociadores, con cita de otras sentencias del Tribunal Supremo. Precisa, además, que, conforme a esa consolidada doctrina, la legitimación inicial que exige el artículo 87.3.c) del ET debe satisfacerse por cada asociación empresarial individualmente considerada, y no por la suma o coalición de dos o más asociaciones.

“Tan consolidada y contundente doctrina” sobre una regulación legal indubitada le sirve al Tribunal Superior de Justicia de Aragón para negar la legitimación de “UTE TSA” para suscribir un acuerdo de condiciones de trabajo de sector de ámbito autonómico de eficacia estatutaria.

En efecto, en el caso, es de toda evidencia que UTE TSA no cumple con la legitimación legalmente exigida para negociar convenios colectivos sectoriales, que el artículo 87.3.c) reserva a “las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 (ET), y siempre que estas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados”. Obviamente, la UTE TSA no tiene naturaleza de asociación empresarial y no pudo representar en el acuerdo de convenio colectivo de condiciones laborales vinculado al pacto de terminación de la huelga a una asociación inexistente al haber sido disuelta la AEAA.

La consecuencia de la fundamentación de la sentencia en este punto esencial es que “solo podría predicarse respecto a “UTE TSA” el compromiso que asumió ante el “SAMA” con valor de convenio colectivo de empresa, pero no de convenio colectivo estatutario de sector” (FD 9º).

La sentencia no reconoce fuerza vinculante al acuerdo de convenio colectivo, anexo al pacto de fin de huelga, al que los negociadores quisieron atribuir valor de convenio colectivo estatutario de ámbito funcional sectorial y ámbito geográfico autonómico. En su parte dispositiva declara la nulidad del acuerdo.

Coherentemente con esta declaración de nulidad no se pronuncia sobre la eventual lesividad del acuerdo de convenio colectivo anulado para el Gobierno de Aragón.

La sentencia deniega la validez con eficacia extraestatutaria “de alguno de los acuerdos de referencia”, si fuera éste el acuerdo implícitamente aludido, porque no se pidió en la demanda ni en el acto del juicio, en que se descartó por los demandantes pretender ningún pronunciamiento de tal contenido. Pero este es tema del comentario de la sentencia.

VII. Parte dispositiva

“Rechazamos las excepciones de falta de legitimación activa de la “DGA”, inadecuación de procedimiento y litispendencia y estimamos las demandas acumuladas promovidas por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón y por “Transalud Aragón UTE Ambulancias Maíz SAU e Ivemon Ambulancia Egara SL”, declarando la nulidad del pacto de fin de huelga y del acuerdo vinculado al mismo referente al nuevo convenio colectivo estatutario para empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón suscrito ante el SAMA en fecha 15/2/22”.

Naturalmente, con pie de recurso: “Contra esta resolución cabe recurso ordinario de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que deberá prepararse en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, bien mediante manifestación de las partes o de su Abogado o representante, al hacerle la notificación

de la presente, de su propósito de entablarlo, o por comparecencia o por escrito de las partes o de su Abogado o representante, dentro del mismo plazo, ante esta Sala [...]”.

VIII. Pasajes decisivos

- “[H]a de considerarse legitimada activamente la “DGA” para impugnar las condiciones del nuevo convenio colectivo asociado al pacto de fin de huelga controvertido en este proceso, por cuanto esa Administración se ve directamente afectada en su calidad de empresa principal para la gestión y pago del servicio de transporte de enfermos y accidentados de Aragón y tal posición le supone el relevante incremento de la carga económica que ha quedado señalada en el relato fáctico [...] (FD 5º).
- “[...C]omo es evidente, son los trabajadores quienes ponen fin a una huelga y para hacerlo no necesitan el acuerdo con la empresa. Cosa distinta es que esa voluntad de poner fin a una huelga se supedita a la aceptación por parte de la empresa de una serie de condiciones, en cuyo caso la validez y eficacia del pacto de terminación del conflicto depende de la efectiva representatividad de quien dice actuar y convenir por parte de la empresa” (FD 8º).
- [...] No cabe firmar un acuerdo de convenio colectivo en nombre de una asociación disuelta, pues a partir de ese momento entra en liquidación, lo que en este caso ni siquiera procedía, ya que se ha alegado y no ha ofrecido controversia que no había nada a liquidar. Resulta así que cuando en el acta suscrita en el “SAMA” el día 15 de febrero de 2022 se indica que por la parte empresarial comparecieron “UTE TSA” [...] y “AEAA”, representada por la misma “UTE TSA”, no puede admitirse esta última representación y, en consecuencia, el pacto de fin de huelga solo puede considerarse suscrito, en lo que respecta a la parte empresarial, por “UTE TSA” y por nadie más” (FD 8º).
- “No hay duda de que los sujetos negociadores quisieron atribuir valor de convenio colectivo estatutario de sector de ámbito comunitario de Aragón al acuerdo sobre condiciones laborales anexo al pacto de fin de huelga” (FD 9º).
- “Así se evidencia por los términos literales de la papeleta de conciliación dirigida por los promotores de la mediación al “SAMA” (“para que convoque a las dos partes del conflicto (Patronal ex. 1745/21) y Comité de Huelga en aras de que sea garante de la firma del pre-acuerdo troncal de los conceptos salariales que darán lugar a revisión y adecuación del convenio colectivo del sector”), por los términos literales del acta de dicho Organismo (“Desconvocar la huelga convocada que dio lugar a la tramitación del presente procedimiento, a la vista del acuerdo alcanzado entre los comparecientes y que se adjunta a la presente acta”) y por la manifestación en el acto del juicio de los sindicatos codemandados según la cual la eventual declaración judicial de falta de validez de lo pactado sobre el nuevo convenio colectivo supondría la vuelta a la huelga” (FD 9º).
- “En consecuencia, hemos de examinar si concurría un requisito esencial para la validez de ese convenio: la legitimación de los negociadores por la parte empresarial” (FD 9º).
- Tan consolidada y contundente doctrina [del Tribunal Supremo y de la doctrina científica] que acabamos de reseñar [sobre la regulación por el ET de la legitimación inicial, plena y negociadora las asociaciones empresariales] conduce a negar la legitimación de “UTE TSA” para suscribir un acuerdo de condiciones de trabajo de valor estatutario de sector de ámbito autonómico. La ley es clara al restringir esa legitimación a las asociaciones empresariales en el caso del convenio estatutario de

sector y, como se ha dicho, una vez disuelta “AEAA”, ninguna asociación podía representarla ni dar su respaldo negociador al acuerdo de convenio colectivo de condiciones laborales al que se vinculaba la terminación de ese conflicto. Por tanto, solo podría predicarse respecto a “UTE TSA” el compromiso que asumió ante el “SAMA” con valor de convenio colectivo de empresa, pero no de convenio colectivo estatutario de sector” (FD 9º).

- “En cuanto a la existencia de lesividad para la “DGA” derivada del acuerdo al que los negociadores quieren atribuir valor de convenio colectivo estatutario: Nada hay que analizar sobre el fondo de esta cuestión una vez que hemos negado valor vinculante a dicho acuerdo” (FD 10º).
- “En cuanto a la petición del “Sindicato de Cooperación Sindical” relativa a que, de ser estimatoria la sentencia, se declare que se mantendría la huelga: No procede tal pronunciamiento. La sentencia ha de ser coherente con la pretensión de las demandas y en ellas nada se pide sobre tal extremo, todo ello al margen de que este órgano judicial ni puede ni debe interferir en la eventual conducta que adopten las partes en litigio para poner fin al conflicto que las tiene enfrentadas” (FD 10º).
- “En cuanto a la posibilidad de declarar el valor extraestatutario de alguno de los acuerdos de referencia: Tampoco cabe pronunciamiento alguno, ya que nada se ha pedido en demanda y en el acto del juicio se preguntó expresamente a los actores si pretendían formular algún pronunciamiento en tal sentido y lo descartaron” (FD 10º).

IX. Comentario

La doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre el fondo de los litigios es inicialmente correcta en sus dos grandes líneas de construcción. En principio, acota bien los problemas de fondo que debe resolver, separando, como es obligado, el análisis del pacto de finalización de la huelga (FD 8º) del acuerdo para un nuevo convenio colectivo estatutario del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón (FD 9º). Sin embargo, esa separación de dos figuras convencionales distintas no recorre la sentencia, ni antes, ni después de los citados FFDD 8º y 9º, y no se sigue en su fundamentación, en la que la destinada al acuerdo de un nuevo convenio colectivo fagocita el necesario tratamiento autónomo del pacto de fin de huelga por mucho que se alcanzaran simultáneamente por el comité de huelga y la UTE TSA el 15 de febrero de 2022 ante el SAMA.

Nadie puede dudar a estas alturas de que la legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito sectorial, dentro de la regulación del título III del ET, corresponde a las asociaciones empresariales constituidas conforme a la LAS y que cumplan los *quantums* de volumen asociativo y ocupación que miden su representatividad y se exigen por los artículos 87.3.c), para la legitimación negociadora inicial, 88.2, para la válida constitución de la comisión negociadora (o legitimación plena), y 89.3 para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora (o legitimación propiamente negociadora o decisoria). La fundamentación de la sentencia sobre el acuerdo para un nuevo convenio colectivo sectorial recoge bien en su FD 9º una jurisprudencia que califica de “consolidada y contundente”, como ya hemos podido comprobar. Tampoco la lleva a sus últimos extremos y, por ello, no acaba de encauzar una respuesta totalmente adecuada al objeto de la litis.

La sistemática de la sentencia es también parcialmente apropiada, si bien ese penúltimo Fundamento de Derecho, el 10º, “sobre el alcance de la presente sentencia”, es, en mi opinión, inconveniente en su colocación y oscuro e impreciso en su contenido, claro que viene condicionado por el fallo. En efecto, la sistemática seguida por la sentencia se justifica por la simétrica consecuencia de nulidad con que la sentencia sanciona tanto el pacto de fin de huelga como el acuerdo de convenio colectivo sectorial estatutario. En ese tratamiento simétrico de uno y otro acuerdo,

como si su naturaleza y régimen jurídicos fueran los mismos, y en la aplicación extensiva del enjuiciamiento del acuerdo de convenio colectivo y de las reglas de legitimación negocial del ET sobre los convenios colectivos sectoriales al pacto de finalización de la huelga por el hecho de que el artículo 8.4 del RDLRT 17/1977 -y el artículo 24, párrafo 1º, del mismo texto legal, referido a los acuerdos en procedimientos de conflicto colectivo- le atribuya “*la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo*”, pierde la sentencia, en mi opinión, su buena doctrina.

Es lugar común en la jurisprudencia y doctrina científica considerar que los pactos de fin de huelga no son convenios colectivos estatutarios, sino atípicos o impropios, extraestatutarios si se prefiere, que carecen de eficacia personal *erga omnes*, y poseen una fuerza vinculante u obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. No se rigen por las prescripciones del título III del ET, sino directamente por el artículo 37.1 de la Constitución y demás preceptos constitucionales, por las normas del Código civil sobre contratos -su artículo 1257 prescribe que los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan-, por las reglas generales del propio ET y del resto de la legislación laboral y, desde luego, por las normas que específicamente los contemplan, como el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad.

La sentencia, en su FD 8º, reproduce jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los pactos de fin de huelga, que, como consecuencia de la equiparación legal de su eficacia a los acordado en convenio colectivo, les aplica las normas sobre interpretación de los convenios colectivos. Aplicación que no ofrece duda, porque esas normas de interpretación son las normas de interpretación del Código civil sobre los contratos, sin que esa asimilación conlleve la aplicación del precepto alguno del título III del ET, pues su artículo 91 sobre aplicación e interpretación del convenio colectivo es por su contenido inaplicable a los convenios colectivos extraestatutarios.

1. *Sobre pactos de fin de huelga y convenios colectivos y su necesaria separación*

No es nada infrecuente en la práctica negocial la declaración de huelgas por los negociadores en representación de los trabajadores para presionar en la negociación -hasta el punto de haber alumbrado un llamado “modelo contractual del derecho de huelga”, superado por la Constitución-, ni que los pactos de fin de huelga convengan la apertura de negociaciones sin tiempo o en tiempo determinado para la celebración de un nuevo convenio colectivo, incorporen temporalmente condiciones de trabajo para la satisfacción y cierre del conflicto o acojan compromisos que han de residenciarse en el convenio colectivo que ya se negocia. La jurisprudencia, incluso constitucional, es numerosa, aunque lo sea más la ordinaria, sobre pactos de fin de huelga y convenios colectivos. Aquéllos están protegidos por la fuerza vinculante que garantiza el artículo 37.1 de la Constitución, una fuerza vinculante distinta a la que el legislador del título III del ET ha reservado a los convenios colectivos negociados dentro de sus reglas indisponibles, una eficacia obligatoria u obligacional, que se limita a los firmantes del mismo, como ha venido y viene diciendo el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la doctrina científica.

Resumidamente, sobre la interacción entre pactos de fin de huelga y convenios colectivos, bastará con citar las recientes SSTs 203/2020, de 4 de marzo -citada también por la sentencia comentada-, y 1085/2021, de 3 de noviembre^[6], y traer aquí sus conclusiones acerca de que, ni con base en el artículo 37.1 ni en el artículo 28.1 de la Constitución, el comité de huelga puede suplantar a los sujetos con legitimación negociadora de convenios colectivos conforme al ET -al contrario, la suplantación de sindicatos legitimados para negociar supone la vulneración de su derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva y la de órganos unitarios de representación equivaldría a la revocación prohibida por el artículo 67.3 del ET-, si bien el acuerdo de finalización de la huelga puede ser también negociado y suscrito por los sujetos sindicales representativos con legitimación negocial según el ET, integrantes del comité de huelga. Con palabras de la STS 203/2020, reitera la sentencia comentada que la “STS 1056/2018 de 13 diciembre [...]

reafirma doctrina previa confirme a la cual "aun cuando fueran lícitos los pactos tendentes a poner fin a la huelga, no cabe dar eficacia general a aquéllos que afectan al desarrollo de cuestiones de carácter estatutario", como son las referidas a legitimación para negociar". Tampoco pueden los acuerdos de fin de huelga ser suscritos con una vocación de permanencia y generalidad o de regulación de condiciones de trabajo contra el derecho fundamental de negociación colectiva de los sujetos legalmente legitimados para negociar colectivamente.

Recuérdese que, según expone el HP 10º de la sentencia, el acuerdo adjunto al pacto de fin de huelga, que, entre otros contenidos, relacionaba las condiciones labores que tenía que establecer el nuevo convenio colectivo estatutario de ámbito autonómico, afirmaba la legitimación de los firmantes para suscribir el acuerdo "conforme a lo que se establece en el acta de constitución de la mesa negociadora del Convenio Colectivo de trabajo para las empresas y trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón [...] (apdo I). Añadiendo que el 2 de febrero de 2022 se había reunido la comisión negociadora del convenio colectivo, efectuándose propuesta de acuerdo por parte de la AAEA, la cual ha sido aceptada por la parte social, tras la ratificación asamblearia de los sindicatos presentes, oportunamente comunicada a la presente mesa negociadora" [...] (apdo II). Y que "con base, por tanto, en la legitimidad que se ha sido otorgada a las partes para llegar a acuerdos en el seno del CC, ambas exponen que han llegado a un entendimiento respecto a las siguientes materias que constituyen un acuerdo de CC, que servirá de base para la redacción del texto (sic) definitivo del dicho CC" (apdo. III) [...]. Preveía incluso la vigencia temporal del nuevo convenio colectivo desde el 1 de enero de 2019 a 31 de diciembre de 2016. Y concluía acordando la creación de una comisión reducida con la finalidad de redactar el texto definitivo del convenio colectivo, una vez establecidas las materias (salario, tiempo de trabajo, antigüedad...) que serían objeto de desarrollo (punto 12º).

El acuerdo para la negociación de un nuevo convenio colectivo sectorial autonómico se separaba del pacto de fin de huelga, al que se adicionaba. Sin embargo, la sentencia otorga el mismo tratamiento jurídico al acuerdo de fin de huelga y al acuerdo anejo de convenio colectivo, aplicándole las mismas reglas procesales -sobre la excepción de inadecuación de procedimiento- y las mismas las reglas sustantivas determinantes de su validez o nulidad.

La sentencia afirma, en su FD 8º, como ya ha quedado subrayado al exponer su doctrina, que, disuelta la AAEA, el pacto de fin de huelga solo podía "considerarse suscrito, en lo que respecta a la parte empresarial, por "UTE TSA" y por nadie más". En efecto. La suscripción por la USE TSA, debidamente representada, fue válida.

Pudo entonces el pacto de finalización de la huelga, en esa consideración, ser considerado válido, y no nulo, estando su eficacia obligacional limitada a los firmantes y a sus representados, a los trabajadores del sector de transporte sanitario en ambulancias de Aragón y a la UTE TSA. Este podía haber sido el resultado demandado por la aplicación del artículo 9.1 del ET sobre la validez de los contratos, resultando sólo ineficaz y nula su firma por la UTE TSA en representación de la disuelta AAEA.

Sin embargo, la sentencia en la enigmática referencia de su FD 10º a "la posibilidad de declarar el valor extraestatutario de *alguno* de los acuerdos de referencia" -¿el pacto de fin de huelga o el acuerdo de convenio colectivo o a los dos, dejada la declaración de dicho valor extraestatutario a los demandantes?- emprendió un camino equivocado en los dos casos, tanto en del pacto de fin de huelga como en el del acuerdo para un nuevo convenio colectivo. Sin aclararlo, según la sentencia, no se pidió un pronunciamiento del Tribunal de reconocimiento de esa validez y eficacia ni en la demanda ni en el acto del juicio, pese a que el Tribunal preguntó "expresamente a los actores si pretendían formular algún pronunciamiento en tal sentido y lo descartaron". Al no haber ese pronunciamiento, su solución, ya conocida, ha sido la nulidad de ambos pactos alcanzados el 15 de febrero de 2022 ante el SAMA. Sin otra explicación, y no siendo la expuesta una explicación convincente.

Pues, ¿cómo es posible declarar el valor extraestatutario de un pacto, como el de finalización de la huelga, que es por naturaleza extraestatutario, digan lo que digan los demandantes? ¿Quería referirse el órgano judicial en esa solicitud a los actores a limitar su eficacia a quienes lo suscribieron? ¿Necesitaba el pacto de fin de huelga, para su validez, dado el ámbito sectorial de la huelga, que fuese suscrito, del lado empresarial, por alguien mas que la UTE TSA y, en concreto, por una asociación empresarial, como, en cambio, es necesario por mandato legal imperativo en el caso de un convenio colectivo sectorial? ¿Dependía el pronunciamiento judicial sobre la nulidad parcial y validez del pacto de finalización de la huelga alcanzando en trámite de mediación ante el SAMA de esa pregunta a los demandantes?.

Los derechos fundamentales de libertad sindical y de libre negociación colectiva amparan la celebración de pactos de fin de huelga entre el comité de huelga y solo determinada o determinadas empresas del sector en que está declarada la huelga. Ninguna norma legal condiciona la validez del pacto de finalización de una huelga sectorial a que sea suscrito por una asociación empresarial representativa o por todas las empresas del sector. El pacto de fin de huelga carece precisamente de efectos vinculantes *erga omnes*. Excluida su suscripción por la UTE TSA en representación de la AEAA, el pacto debía resultar válido y su fuerza obligacional limitada a los sujetos firmantes y a sus representados. Su suscripción no fue ilegal ni el pacto de fin de huelga fue lesivo para los derechos e intereses del Gobierno de Aragón demandante.

Y ello aunque el pacto de fin de huelga hubiera estado expresamente condicionado en eficacia, por propia decisión de los contratantes, por la validez del acuerdo para el futuro convenio colectivo sectorial autonómico. No es esto lo que parece deducirse de las alegaciones de los sindicatos codemandados. Así, en el FD 1º de la sentencia se lee:

- “UGT” mantuvo que el pacto de fin de huelga *solo se suscribió con ese fin, no con el propósito de fijar el contenido del futuro convenio colectivo*, puesto que las nuevas condiciones laborales de éste ya quedaron fijadas el día 5/2/22, de donde dedujo que la “DGA” no tenía legitimación para promover el proceso, con la consiguiente inadecuación del presente procedimiento”.
- “SCS”, pese a su absurda petición de que el Tribunal declarara el mantenimiento de la huelga si estimaba las demandas, *negó la lesividad del pacto de fin de huelga por causa del acuerdo a él vinculado*, protegido por el art. 28 CE y ajeno a la DGA, como tercero no negociador, de donde resultaba la falta de legitimación activa de la Administración autonómica en este proceso”.

En cambio, la negociación de ambos acuerdos fue simultánea, figurando en el acta de mediación con avenencia del SAMA el resultado de “[d]esconvocar la huelga convocada que dio lugar a la tramitación del presente procedimiento, a la vista del acuerdo alcanzado entre los comparecientes y que se adjunta a la presente acta”. Y en el juicio los sindicatos codemandados manifestaron que “la eventual declaración judicial de falta de validez de lo pactado sobre el nuevo convenio colectivo supondría la vuelta a la huelga” (FD 9º).

El pacto de finalización de la huelga devendría ineficaz por la ineficacia del pacto sobre el nuevo convenio colectivo, pero sin perjuicio de su validez. La sentencia, que se limita a aludir en alguna ocasión “al acuerdo de convenio colectivo de condiciones laborales al que se vinculaba la terminación de ese conflicto” (FD 10º), no ofrece argumentación al respecto.

2. Sobre el acuerdo para el futuro convenio colectivo sectorial autonómico y su inviable virtualidad extraestatutaria

Volvamos por un momento al FD 10º de la sentencia y a la posibilidad que enuncia de “declarar el valor extraestatutario de *alguno* de los acuerdos de referencia”, lo que deshecha al descartarlo los demandantes.

Excluida la posibilidad de que el acuerdo de referencia fuera el pacto de finalización de la huelga, dada su naturaleza extraestatutaria, sólo queda el acuerdo sobre el nuevo convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias de la Comunidad de Aragón.

Por razones distintas, tampoco en este caso es posible sostener la viabilidad de un pronunciamiento judicial que declarase ese valor extraestatutario del acuerdo alcanzado en mediación ante el SAMA sobre el futuro convenio sectorial autonómico al faltar la parte empresarial. No se trata de un supuesto de representatividad insuficiente de los sujetos asociativos empresariales legitimados para negociar convenios sectoriales dentro del título III del ET. Disuelta la AEAA, no hay parte negociadora en representación de los empresarios, sin que la UTE TSA esté legitimada como tal empresa para negociar un convenio colectivo sectorial. El acuerdo, dice la sentencia, carece de valor vinculante. De todo valor vinculante, porque la falta de parte legitimada, siquiera inicialmente, para negociar, además de incumplir las disposiciones indisponibles del ET sobre legitimación negocial, deja al acuerdo desprovisto de una parte que lo hace inviable. No estamos, pues, ante una mera falta de representatividad del sujeto empresarial negociador.

La sentencia es consciente de ello, por lo que afirma, como quedó dicho, algo tan singular como que al haber suscrito el acuerdo la UTE TSA en su propio nombre “solo” podría reconocerse el acuerdo firmado por UTE TSA ante el SAMA como convenio colectivo de empresa. ¿Un aviso del Tribunal a los negociadores ante la disolución de la asociación de empresarios del sector? Tampoco ese reconocimiento sería posible, pues el acuerdo de convenio colectivo lo era para una unidad de negociación preexistente. Sin necesidad de recordar aquí que al estar cubierta la unidad de negociación por el convenio anterior con vigencia ultraactiva no rige la regla de prohibición de concurrencia entre convenios colectivos del artículo 84.1 del ET, lo que quiero significar es que la elección de esa unidad de negociación es siempre producto de la libre decisión de las partes, que la intervención judicial no puede modificar. Si así lo decidieran ante la disolución de la AEAA, las partes deberían negociar un convenio de ámbito empresarial, que, por cierto, tendría naturaleza estatutaria, no extraestatutaria. “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”, prescribe el artículo 83.1 del ET. Habría que añadir: siempre que reúnan los requisitos de legitimación que el ET exige y sobre los que las partes negociadoras no pueden disponer.

La conclusión es que no era posible un pronunciamiento de la sentencia sobre la virtualidad extraestatutaria del acuerdo de convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón, aunque los demandantes lo hubieran pretendido.

3. Sobre la desestimación de las excepciones procesales

Por último, sobre las excepciones procesales, la relativa a la inadecuación del procedimiento se resuelve de manera excesivamente sucinta y únicamente sobre “el acuerdo de convenio colectivo estatutario ya negociado”, sin apoyo alguno en la reciente jurisprudencia del TS sobre la adecuación de la modalidad procesal impugnatoria de convenios colectivos a convenios no estatutarios, pero con apariencia de tales o presentados, y sin la menor referencia al pacto de finalización de la huelga, que, como es patente, no es un convenio colectivo. La desestimación de la excepción de falta de legitimación procesal activa de la Diputación General de Aragón vuelve a dejar en plano oculto el pacto de fin de huelga, aunque su doctrina es la establecida por el TS. Finalmente, la excepción de litispendencia está bien reconducida al

conocimiento prejudicial o competencia funcional por conexión de la jurisdicción social y bien fundamentada.

X. Apunte final

La sentencia, de gran interés fáctico y jurídico revela las dificultades de alcanzar un nuevo convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Aragón, una actividad prestada por empresas contratistas, organizadas con frecuencia como uniones temporales de empresas, del servicio público de transporte sanitario externalizado por el gobierno autonómico. Esa externalización subyació a los obstáculos de la negociación colectiva de renovación del convenio colectivo que mantenía su vigencia ultraactiva y afloró con el protagonismo del Gobierno de Aragón en la judicialización del conflicto al impugnar ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el pacto de fin de huelga de los trabajadores del sector y acuerdos vinculados al mismo adoptados por el comité de huelga y la UTE TSA ante el SAMA el día 15 de febrero de 2022, solicitando su nulidad por ser ilegales y gravemente lesivos para los intereses de la Administración de la Comunidad Autónoma aragonesa.

Los sindicatos y la UTE TSA, mayoritaria en la AEAA, integrantes de la comisión negociadora del nuevo convenio colectivo sectorial autonómico, habían exteriorizado la negociación de su lugar natural, la comisión negociadora, ante su encallamiento, hacia el conflicto, después, tras un preacuerdo que encendió todas las alarmas y detonó de inmediato la respuesta asociativa, hacia un pacto de fin de la huelga, al que se adosó un acuerdo de nuevo convenio colectivo que se atribuía la legitimidad de la comisión negociadora, y hacia el procedimiento de solución de conflictos mediante una mediación ante el SAMA. La operación jurídica de traspaso de poderes de la comisión negociadora al comité de huelga se abortó, también desde el exterior o rededor de la negociación colectiva, pero afectando a la pieza esencial de la legitimación estatutaria para negociar colectivamente, mediante la disolución de la Asociación empresarial de Ambulancias de Aragón, haciéndose constar inequívocamente, como consecuencia de tal disolución asociativa, la deslegitimación de la UTE TSA para negociar y firmar el convenio colectivo de transporte sanitario de Aragón en representación de la asociación. No es impertinente suponer el movimiento del Gobierno de Aragón, contratante del servicio, cerca de las otras empresas contratistas, ni el de estas empresas de la competencia -la UTE Transalud Aragón presentó una segunda demanda, acumulada a la del Gobierno aragonés-, y de la extraordinaria decisión de disolución de la asociación empresarial. Está en la relación de hechos probados de la sentencia. La repercusión de la subida salarial pactada se traducía en 50 millones de euros respecto de la aplicación del convenio colectivo ultraactivo. También está en la relación de hechos probados de la sentencia. Ventajas quizás insospechadas de la ultraactividad conservadora.

Referencias:

1. [^] Art. 3; sobre su ultraactividad indefinida, art. 4: BO Aragón 15/6/16.
2. [^] Sin “que conste la composición del comité de huelga”, dice el HP 6º de la sentencia.

3. *^ Sustituida por el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, con modificaciones posteriores.*
4. *^ "UTE Transalud Aragón", la segunda demandante, había interpuesto previamente su demanda ante el juzgado de lo social nº 3 de Zaragoza, quien por auto de 20/4/22 apreció de oficio la excepción de incompetencia objetiva de ese órgano judicial, previo informe del Ministerio Fiscal (FD 1º de la sentencia).*
5. *^ Reproducidos en el relato fáctico de la sentencia, HP 4º: "Artículo 14. La convocatoria de la Asamblea General se hará por decisión de la Presidencia de acuerdo con la Junta Directiva, por medio de un escrito, fax o telegrama con quince días naturales de antelación y con expresa indicación del orden del Día, lugar, fecha y hora de su celebración. En caso de notoria urgencia discrecionalmente apreciada por la Presidencia o por la Junta Directiva, se podrá reducir el anterior plazo a cinco días, también naturales". "Artículo 18. Los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de votos de los asistentes presentes o representados, no teniéndose en cuenta los que se abstengan". "Artículo 38. Disolución: La disolución se acordará por la Asamblea general con el quórum de asistencia y votación que exigen estos Estatutos, cuando por baja de las Empresas asociadas y por otros motivos, la AEAA no pueda cumplir con los fines para los que fue constituida. En el acuerdo de disolución se llamarán los Censores que actuarán de liquidadores de la entidad y se fijará el plazo para cumplir su cometido, así como el destino que haya de darse a sus fondos y bienes".*
6. *^ ECLI:ES:TS:2020:1060 y ECLI:ES:TS:2021:4125, respectivamente.*

§ 71 ¿Prevarica quien discrimina, laboralmente, por asociación?

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: *La unidad del ordenamiento jurídico invita a que las categorías propias de cualquier disciplina sean conocidas y, en la medida de lo posible, asumidas por las restantes. Aquí nos encontramos con un supuesto de discriminación por asociación que salta desde el plano del empleo (público) al del castigo penal (prevaricación). El Tribunal Supremo (Sala Segunda) considera que hay delito en el Cargo público (Alcalde) que, como represalia por la denuncia formulada en su contra por miembro de partido distinto, decide cesar a una empleada interina por su parentesco con el denunciante. Se trata de un ejemplo más de la interacción que los diversos sectores del ordenamiento jurídico mantienen, consecuencia de la unidad del mismo.*

Palabras clave: *Represalia. Derecho de indemnidad. Discriminación por asociación. Prevaricación. Alcalde. Interdisciplinariedad jurídica.*

Abstract: *The unity of the legal system invites the categories of any discipline to be known and, as far as possible, assumed by the rest. Here we find a case of discrimination by association that jumps from the level of employment (public) to that of criminal punishment (prevarication). The Supreme Court (Second Chamber) considers that there is a crime in the Public Office (Mayor) who, in retaliation for the complaint made against him by a member of a different party, decides to dismiss an interim employee because of her relationship with The complainant. This is one more example of the interaction that the various sectors of the legal system maintain, a consequence of its unity.*

Keywords: *Reprisal. Right to compensation. Discrimination by association. Prevarication. Mayor. Legal interdisciplinarity.*

I. Introducción

El debate suscitado en esta ocasión versa sobre la tipicidad penal de la conducta desarrollada por un Alcalde, en su vertiente de máximo responsable en materia de personal. En esencia, lo que ha ocurrido es que, como represalia por la denuncia formulada en su contra por miembro de partido distinto, decide cesar de su puesto de trabajo en el Ayuntamiento a una empleada interina que, a su vez, es pariente del denunciante.

Basta esa somera descripción para entender que estamos ante una decisión desfavorable que se dirige a persona distinta (la empleada) de aquella otra a la que se desea perjudicar (el político denunciante). Con independencia de las circunstancias concretas del caso, lo relevante de la sentencia glosada, desde la perspectiva

laboralista que aquí interesa, es que asume no solo la construcción jurisprudencial sobre represalias a quien ha ejercido la libertad de expresión y opinión sino también, aunque sin especial teorización, el concepto de la discriminación refleja o por asociación.

Desde estas elementales consideraciones, tiene interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 439/2022, de 4 de mayo.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 4831/2020.

ECLI:ES:TS:2022:1638

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

Voto Particular: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El Trasfondo fáctico

La polémica de orden político que genera este procedimiento aparece como trasfondo de este caso, que ha conocido una deriva primero de orden laboral (en sentido amplio) y finalmente de carácter penal. A nuestros efectos conviene subrayar lo siguiente:

- (18 abril 2017): al acabar la Semana Santa, el Partido Popular interpone ante la Fiscalía una denuncia contra el Alcalde de Alicante.
- Ese mismo día el referido Alcalde contacta con el Concejal competente en materia de Personal y le indica que debía ordenar de modo inmediato el cese de una funcionaria interina, cuñada del Portavoz del Partido Popular.
- (19 abril 2017): al encontrarse fuera de la ciudad (en Santander) el referido Concejal, es el propio Alcalde quien ordena al Técnico de la Concejalía de Recursos Humanos que elabore el Decreto de cese de dicha interina, sin que existiese ningún expediente en tramitación para la regularización de los interinos ni de esa en concreto, y sin indicar la causa de tal decisión.
- El referido Técnico contactó con su Concejal responsable, quien le recomendó que solicitara la Orden por escrito. Ante la negativa del Alcalde a hacerlo, el Técnico incorporó una diligencia en el expediente indicando que había recibido una orden verbal en el sentido antes expuesto.
- Tanto ese Técnico cuanto otro más comprobaron que la funcionaria interina lo era desde noviembre de 2010 y había sido nombrada para la elaboración de determinado cometido. Acto seguido elaboraron un Proyecto de Decreto cesándola por haberse cumplido el objetivo para el que había sido contratada.

- Sin embargo, se comprobó que desde 2015 la funcionaria había cambiado de destino y gestionaba la Sala de Exposiciones de la Lonja de Pescado y el Centro Municipal de las Artes, dentro de la Concejalía de Cultura.
- El Alcalde confirmó con el Concejal de Cultura el destino de la funcionaria y le comunicó que iba a cesarla porque su cuñado lo había desacreditado y que ya la sustituirían.
- (20 abril 2017): el Concejal de Personal se reincorpora al Ayuntamiento y, al interesarse por el tema, el Alcalde le manifiesta que disponía de un expediente favorable al despido, que había recibido un requerimiento para ello de la Sindicatura de Greuges, y que contaba con un informe de la Concejalía de Cultura.
- (20 abril 2017): el Concejal de Personal firmó el cese sin comprobar la veracidad de lo manifestado por el Alcalde. Sin embargo, no existía expediente, ni el informe de la Concejalía de Cultura era favorable al cese, ni el requerimiento del Sindic de Greuges se refería a la funcionaria cesada en concreto, sino en general a la sustitución de todos los funcionarios interinos, en cuanto fuera posible, por funcionarios de carrera.
- (26 abril 2017): el Pleno Municipal aprueba (14 votos favorables, 8 abstenciones, 6 en contra) una Declaración institucional condenando las "medidas ordenadas, adoptadas o promovidas por el Sr. Alcalde de forma arbitraria o con presunto abuso de poder, que afecten a la plantilla de personal del Ayuntamiento", que no sean tomadas en base a criterios estricta y le requiere para que la revoque, trasladando "a toda la plantilla municipal un mensaje de tranquilidad, manifestando que este Pleno ni promoverá ni consentirá la adopción partidista de decisiones arbitrarias que puedan conculcar la ley y los legítimos derechos de todos y cada uno de los trabajadores de este Ayuntamiento."
- (2 mayo 2017): mediante Decreto específico se deja sin efecto el mencionado cese, de modo que la funcionaria interina afectada no llegó a dejar materialmente su cometido profesional.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alacant, en su procedimiento abreviado nº 78/2018, dimanante del procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Alacant con el número 1853/2017, por delito de prevaricación administrativa, dictó su sentencia nº 40/2020 de 3 de febrero de 2020.

La resolución condena al Alcalde como autor de un delito de prevaricación administrativa a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de nueve años, así como al pago de las costas causadas. Con amplia cita de jurisprudencia, esta resolución resalta detalladamente la trascendencia jurídica de lo acaecido:

- La orden de cese debe ser considerada ilegal de una manera manifiesta: emanó de forma unilateral e injustificada del propio Alcalde, sin previa consulta, sin previa sustanciación de ningún tipo de expediente, sin atender a las necesidades concretas del servicio Público prestado, contraviniendo la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

- Del elevado número de personas interinas del Ayuntamiento solo ella es cesada, intentando justificarlo en un Informe que recomendaba la paulatina sustitución de este tipo de personal por otro estable.
- La pretextada causa del cese (buscada "a posteriori"), además, era sumamente controvertida.
- No solo se omitieron trámites esenciales del procedimiento sino que la ilegalidad de la resolución es palmaria, y no puede explicarse mediante una argumentación técnico-jurídica medianamente razonable.
- El resultado de todo este desatino el cese de la empleada, despedida de forma fulminante y reincorporada solo por la decisión del Pleno.
- Todo ello lo llevó a cabo el acusado con plena conciencia de que su actuación no era conforme a derecho, y supuso una verdadera desviación de poder.

Concluye que la actuación fuera de todo procedimiento legalmente establecido, de manera abrupta, sorpresiva e injustificada, que constituye una verdadera desviación de poder, tenía la finalidad no ya de perjudicar a la interina, única cesada entre cientos de interinos, sino que constituía un acto de venganza contra quien ese mismo día había interpuesto una denuncia contra el hoy acusado por un presunto delito de prevaricación.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

El condenado presentó recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Valenciana. En concreto, se rebajó la pena impuesta, quedando en la inhabilitación especial para empleo o cargo público así como para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cuatro años y seis meses. La STSJ 160/2020 de 17 septiembre, con abundante cita de jurisprudencia, argumenta del siguiente modo:

- Aun cuando quepa admitir que concurría una causa legal de cese, la decisión del acusado no resiste el juicio de legitimidad o de justicia intrínseca que toda resolución debe contener de conformidad con constante jurisprudencia.
- La resolución ordenando el cese de una determinada funcionaria interina fue tomada en claro ejercicio de una desviación de poder, del cual abusó para represaliar a un rival político que le había denunciado por un delito de prevaricación.
- La antijuricidad del acto realizado por el acusado es innegable. Hay abuso de poder al haberse desviado de los fines propios de su actuación pública como Alcalde, ya que se prevaleció de su superior posición política y administrativa para ejercer las presiones adecuadas que movieran las voluntades de quienes estaban bajo sus órdenes para conseguir su fin particular de represaliar a un rival político por haberle denunciado.
- No se acepta el razonamiento de que de no haber adoptado esa decisión de cese se habría avalado una situación ilegal, porque la situación de la funcionaria interina cesada era una más de un estado de cosas generalizado en el ayuntamiento que afectaba a muchos interinos y cuya solución exigía unas medidas generales y consensuadas a fin de cambiar su configuración funcional.

Aprecia la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada, dado que el culpable procedió "a reparar el daño ocasionado a la víctima con anterioridad a la celebración del juicio oral" (art. 21.5ª Código Penal). Ello con independencia de que viniera exigida por el Acuerdo del Pleno.

4. Recurso de casación

Disconforme con la referida condena, el actor interpone recurso de casación basado en cinco motivos, Además de las garantías constitucionales inherentes al proceso, aparecen invocados diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal (CP).

IV. Posición de las partes

En el presente caso basta la lectura de los argumentos expuestos por la sentencia para comprender el alcance de lo pretendido por el recurrente, que había sido condenado en las dos instancias anteriores.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución

El art. 9.3 de nuestra Constitución garantiza, entre otros principios, «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

El art. 103.1 establece: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

2. Código Penal

Según la redacción vigente en el momento en que se producen los hechos sancionados (que es la actual), el artículo 404 del CP prescribe que *“A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”*.

Por su lado, el artículo 405 especifica que *A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años*.

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada, como resulta obligado, asume un estricto enfoque casacional y de Derecho Penal, de modo que alguna cuestión especialmente atractiva para la perspectiva laboral queda en la penumbra. Con todo, parece interesante repasar sus pilares argumentales.

1. Ámbito del recurso de casación frente a sentencias de segunda instancia

La Ley 41/2015 varió sustancialmente el régimen del recurso de casación frente a sentencias dictadas en segunda instancia. Consecuencias de ello son las siguientes:

- Lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.
- No debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear

cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de ésta, se trata de cuestiones ya consentidas.

- El recurso de casación ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos.
- No es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.
- Si el Supremo considera convincentes los argumentos del TSJ y nada nuevo se arguye frente a ellos, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados.

2. La presunción de inocencia

La invocación de que se ha vulnerado la presunción de inocencia lleva a que el Supremo examine la racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación en cuanto a licitud, regularidad y suficiencia de la prueba^[1].

Puesto que la sentencia de apelación ha revisado tales parámetros, no cabe en casación reiterar dicho examen pues equivaldría a es suplantar la valoración hecha por el tribunal ante cuya presencia se practicó la prueba, superado el filtro del tribunal de apelación.

Asimismo, considera tan evidente la irregularidad de tomar una decisión que debe sujetarse a unos trámites, prescindiendo por completo del procedimiento, que hasta el más profano sabe esto; por lo tanto, con más razón quien tiene obligación de saberlo por el cargo que ocupa, y mucho más si concurre en él la condición de abogado, como concurría en el condenado.

3. El cese como represalia

Como presupuesto de la condena impugnada aparece el hecho de que el Alcalde acordó el cese "como represalia por la denuncia que se había interpuesto contra él en la fiscalía por el Partido Popular"^[2].

Para así concluir, las sentencias previas han contado con una prueba personal, que, en ese contexto de valoración conjunta de toda la prueba practicada a su presencia, como demanda el art. 741 LECrim, ha llevado a unas conclusiones razonables en relación con ese particular. Esa valoración hecha por el tribunal de instancia ya ha pasado por el filtro del juicio de revisión realizado por el tribunal de apelación, por lo que, cumplida esa doble instancia, al Supremo solo toca verificar el examen de la racionalidad de la sentencia de apelación. No cabe entrar en una nueva valoración de una prueba que ya ha sido valorada por quien correspondía, con más razón si se trata de una prueba personal.

Lo decisivo es que la Administración Pública queda sujeta a servir con objetividad intereses generales, de ahí que resulte incompatible con ello cualquier actuación realizada «como represalia», en cuanto que encierra una idea de venganza, en opuesta confrontación, por tanto, con cualquier actuación conforme a la ley y al Derecho. EL Tribunal Supremo destaca "lo burdo del abuso y ese elemento de venganza que irradia la actuación".

4. El principio de intervención mínima

Es generalmente aceptado que el artículo 24 CE alberga, de forma implícita, los principios de intervención mínima, fragmentariedad y última ratio del Derecho Penal. Es lícito invocarlos cuando sea discutible dónde se encuentra la frontera entre lo penal y lo que no llega a serlo. El principio de intervención mínima aboca a que solo han de caer en ámbito del Derecho Penal las ilegalidades de aquellas actuaciones administrativas que constituyan una infracción grave de los principios más elementales de la Administración, no aquellos otras que sean meras ilegalidades o irregularidades antijurídicas y siempre guiados con un criterio interpretativo a favor de reo.

El Tribunal Supremo considera que en el caso examinado es indiscutible la subsunción de los hechos en el delito del art. 404 del CP. Sostiene que en los supuestos de prevaricación la gravedad del hecho, tipificado como delito, es notoria y alcanza, en una jerarquía de desvalores, uno de sus primeros lugares. Es más, la doctrina científica expresa, en general, su sorpresa de que hechos de tanta gravedad reciban un tratamiento punitivo tan especial al contemplarse para ellos solo penas de inhabilitación que, a todas luces, parecen desproporcionadas, en sentido negativo, a la gravedad de los comportamientos sancionados.

Es tan notoria y grave la ilegalidad de la decisión de cese de la empleada pública, en represalia de algo y sin cumplir el más elemental presupuesto al respecto, como es la apertura de un procedimiento, que entra sin paliativos en el campo del Derecho Penal.

5. La arbitrariedad de la conducta

Para alcanzar la tipicidad del art. 404 CP no es suficiente la mera ilegalidad, la simple contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". La norma califica como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir aquellos actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho.

Especial relevancia poseen las reflexiones acerca de la concurrencia de los elementos del tipo penal de la prevaricación. La decisión que ha generado las actuaciones penales debe someterse a un doble filtro de legalidad y legitimidad para no incurrir en la arbitrariedad que define el delito de prevaricación administrativa.

Pero, aunque se encontrara una causa legal para el cese de la indicada interina, lo cierto es que ésta se busca para cubrir la arbitrariedad ya consumada, cuando ya se la había cesado por las vías de hecho. La resolución ordenando el cese de una determinada empleada pública fue tomada por el Alcalde en claro ejercicio de una desviación de poder, del cual abusó para represaliar a un rival político que le había denunciado por un supuesto delito de prevaricación.

Una vez que ha cometido la arbitrariedad, carece de relevancia que se busque cualquier resorte para justificarla porque, sin si siquiera haber iniciado trámite hábil para adoptar tal decisión. La arbitrariedad del cese se aprecia por la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento^[3]. Por mero capricho y como represalia se acordó, sin que sea admisible la posterior tergiversación de los hechos para buscar una cobertura legal. Se trata de una desviación o abuso de poder característico de la prevaricación del art. 404 CP. La arbitrariedad del cese (sin el más mínimo trámite que lo justifique) es tal que acaba readmitiéndose a la empleada pocos días después.

La arbitrariedad aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. También cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. O cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista

objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

6. *La injusticia de la decisión*

El delito de prevaricación nada tiene que ver con el problema del acierto o desacierto en la actuación administrativa y/o política de un político que tendrá sus correcciones, si ha lugar a ellas, en el campo administrativo y/o político correspondiente.

El requisito de la injusticia de la resolución que el precepto requiere puede entenderse referido a la falta absoluta de competencia jurídica-decisoria del inculpado, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial. Será, por consiguiente, injusta aquella resolución que se dicte en un procedimiento administrativo sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial.

La prevaricación aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad sin fundamento técnico-jurídico aceptable^[4].

7. *Ausencia del procedimiento debido*

La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones^[5].

En el caso resulta tan patente que tomar una decisión como la adoptada por el condenado, habiéndose saltado todo procedimiento, constituye una arbitrariedad tan evidente, que poco más podemos decir para considerar que queda cumplido el elemento objetivo del delito y, en consecuencia, para desestimar este particular del motivo de recurso. Considera la sala acreditado que el condenado ha tratado de crear una apariencia de legitimidad a lo que fue una decisión arbitraria, que adoptó en represalia por razones de enfrentamientos entre concejales de distintos partidos políticos.

8. *Reparación del daño*

La concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes permite rebajar la pena correspondiente en uno o dos grados^[6]. La sentencia recurrida aplicó la atenuante de reparación del daño como muy cualificada y rebajó la pena en un grado. El recurrente interesa que sea reducida en dos.

Sin embargo, se trata de una materia correspondiente al terreno de la individualización judicial de la pena, dependiente de criterios de arbitrio del órgano sentenciador, que han de ser respetados siempre que se encuentre debidamente motivada. En consecuencia la casación no es hábil para admitir lo pretendido^[7] por las siguientes razones:

- Esa individualización encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación.

Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales^[8].

- Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde, a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropiada por el Tribunal de casación.
- El órgano a quo ha de exteriorizar los porqués de su decisión, para que pueda comprobarse que se ajustan a pautas legales y racionales y no a simple intuición, o desnudo decisionismo (art. 72 CP). Esta exigencia proporciona las bases para una cierta fiscalización en vía de recurso que, sin embargo, no llega al punto de poder sustituir de forma voluntarista, la pena impuesta por la Audiencia por otra por igual de legal que pueda ser.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye declarando que no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a la sentencia 160/2020, dictada con fecha 17 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que se confirma, con imposición de las costas ocasionadas con motivo del mismo.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Cuarto condensa la caracterización jurisprudencial del delito de prevaricación, especialmente interesante cuando se piensa en decisiones adoptadas en materia de empleo público:

- *Para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho^[9].*
- El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.
- Se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita

a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución^[10].

IX. Comentario

1. Límites de la casación como tercer grado

El orden penal comparte con el social la restricción que el Tribunal Supremo tiene a la hora de examinar lo realmente acaecido cuando conoce del recurso frente a una sentencia dictada en el segundo nivel (apelación, suplicación). A este respecto conviene traer a colación tres criterios básicos de la doctrina social.

Primero.- La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba^[11]. El error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta^[12], como sobre los criterios legales en materia de presunción judicial^[13].

La finalidad de este recurso es «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia; quebranto que no se produce cuando el órgano judicial parte de una distinta apreciación de los hechos, que -acertada o no- no puede corregirse a través de este recurso»^[14].

Segundo.- No cabe examinar un recurso construido a partir de unos hechos distintos a los que se han dado como probados en la instancia, sin posterior cuestionamiento. En diversos supuestos^[15] las sentencias salen al paso de tales planteamientos. Mientras el recurso sostiene que combate determinada realidad, lo acreditado es algo bien distinto. Al desplegar su razonamiento sobre premisas que no coinciden con la crónica judicial acaba incurriendo en una petición de principio o hacer supuesto de determinada cuestión.

Tercero.- Tampoco acepta el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) una valoración de la realidad discrepante con la ya realizada por el Juzgado y el TSJ. La finalidad institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina determina que no sea posible en este excepcional recurso revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba, pues es claro que el error de hecho no puede fundar un recurso de casación para la unificación de doctrina, y ello tanto si la revisión se intenta por la vía directa de la denuncia de un error de hecho como si de forma indirecta^[16].

2. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad (art. 14 CE) no es absoluto, no impone un trato absolutamente uniforme a toda la plantilla, como si sus integrantes (y sus respectivas prestaciones) fuesen idénticos entre sí; la desigualdad razonable no se opone al art. 14 CE. Aspecto cualificado del derecho a la igualdad es el principio de no discriminación por motivos típicos, históricamente arraigados y contrarios a la dignidad de la persona. Aparece recogido con carácter general en el importante Convenio de la OIT núm. 111 «relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación» (ratificado por España en 26.10.1967) y, respecto de la igualdad de los trabajadores con responsabilidades familiares, en el Convenio núm. 156 (ratificado en 26.7.1985).

Con el fin de trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, la Ley de Medidas, Fiscales, Administrativas y de Orden Social-2004 dedicó un capítulo (arts. 27 ss.) sobre «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», en el que se

ocupó de éste en su dimensión general (con especial énfasis en la discriminación por el origen racial o étnico) y en su aspecto laboral.

Poco después, la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres llevó a cabo un ambicioso esfuerzo en esta línea. Finalmente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha sistematizado (a veces de manera redundante) y ampliado todas esas previsiones.

3. *Discriminación por asociación*

En concordancia con la preexistente jurisprudencia (de diverso orden) la Ley 15/2022 identifica los diversos tipos de discriminación: directa e indirecta, por asociación o por error, múltiple o intersectorial, inductiva o imperativa. Es discriminación indirecta la que surge 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 reseñadas. Y la discriminación por asociación surge si una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas protegidas, es objeto de un trato discriminatorio (art. 6.2.a).

La misma norma entiende por represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

Desde luego, entre las circunstancias frente a las que no cabe discriminación aparecen la convicción u opinión, además de cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El Tribunal Supremo (Sala Cuarta) ha venido considerando ilícita la discriminación refleja o transferida^[17]. La aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación. Acoge de este modo el concepto de discriminación por asociación, delimitado por las STJUE de 17 julio 2008 Coleman -C-303/06- y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD -C-83/14-, recogido en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RDLeg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido, por ejemplo, en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del CP, que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4.

4. *Indemnidad*

Las leyes laborales consideran «nulos y sin efectos» los actos discriminatorios, tanto si consisten en decisiones unilaterales del empresario como si vienen incluidos en disposiciones normativas o contratos individuales. Se configura como represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrirse por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

La garantía de indemnidad consiste en que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza», toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo «mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad», como dijera tempranamente la STC 14/1993, de

18 de enero. Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma —afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero—, «quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial». La jurisprudencia ha extendido la protección de la garantía de indemnidad, por las mismas razones, a las reclamaciones administrativas y a las efectuadas en el interior de la empresa^[18].

La jurisprudencia constitucional ha precisado que «el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva», de manera que, además de lesiones «intencionales» pueden darse lesiones «objetivas» contrarias a la garantía de indemnidad (STC 6/2011, de 14 de febrero).

5. Daños y perjuicios

La jurisprudencia viene advirtiendo que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. La indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación. 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^[19].

La utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional^[20], a la par que considerado idóneo y razonable^[21]. La utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no implica su sistemática y directa aplicación.

En ocasiones el recurso a las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Por ello, 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^[22].

X. Apunte final

La construcción acogida por la Sentencia Penal comentada concuerda con aspectos procesales del ámbito social (finalidad del recurso de casación unificadora, valoración de los hechos probados), pone en juego construcciones típicas del ámbito laboral (despido como represalia, discriminación por asociación), analiza los elementos

de la conducta incriminada (ilegalidad, ausencia de procedimiento adecuado, finalidad) y ladea los aspectos contractuales (resarcimiento del daño).

Referencias:

1. ^ *Se trata de constatar si la sentencia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.*
2. ^ *La sentencia de instancia añadía que por el Alcalde «se realizan afirmaciones absolutamente falaces por parte del acusado, que resultan en frontal contradicción con lo declarado por algunos testigos, de cuya objetividad carece esta Sala de motivos para dudar».*
3. ^ *“Cualquiera, hasta el más profano, puede apreciar, porque de común entender es que en el ámbito administrativo no cabe cesar a nadie por capricho, sin pasar por el trámite correspondiente, y arbitrario es tomar esa decisión saltándose las normas de procedimiento más elementales, que no deja de serlo aunque, luego, se busque una razón de fondo que la ampare, e incluso la llegue a convalidar, porque injusta puede ser una decisión materialmente correcta, pero sin pasar por las normas de procedimiento más elementales”.*
4. ^ *Invoca aquí la STS 773/2014, de 28 de octubre y otras varias en ella citadas.*
5. ^ *Basa estas afirmaciones en las SSTS 18/2014, de 13 de enero y 152/2015, de 24 de febrero, entre otras.*
6. ^ *Conforme al artículo 66.1 del CP, en la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: “1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”.*
7. ^ *En tal sentido, por ejemplo, STS-PE 207/2020, de 21 de mayo 2020.*
8. ^ *En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).*
9. ^ *En apoyo de estas afirmaciones la Sala invoca anteriores resoluciones como las SSTS 49/2010, de 4 de febrero; 1160/2011, de 8 de noviembre;*

- 502/2012, de 8 de junio; 743/2013, de 11 de octubre; 1021/2013, de 26 de noviembre; 773/2014, de 28 de octubre; o 259/2015, de 30 de abril, entre otras.
10. ^ *Invoca al efecto las SSTS 743/2013, de 11 de octubre; 152/2015, de 24 de febrero; y 259/2015, de 30 de abril, entre otras.*
 11. ^ *SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013).*
 12. ^ *SSTS de 01/06/10 (R. 1550/2009), 14/10/10 (R. 1787/2009), 06/10/10 (R. 3781/2009), 15/10/10 (R. 1820/2009), 31/01/11 (R. 855/2009), 18/07/11 (R. 2049/2010), 05/12/11 (R. 905/2011)]*
 13. ^ *[SSTS de 13/05/2013 (R. 1956/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 05/07/2013 (R. 131/2012), 26/11/2013 (R. 2471/2011), 17/09/2013 (R. 2212/2012), 03/02/2014 (R. 1012/2013), 17/06/2014 (R. 1057/13)*
 14. ^ *SSTS de 12/03/2013 (R. 1531/2012), 02/07/2013 (R. 2057/2012), 17/09/2013 (R. 2212/12)*
 15. ^ *Como los resueltos por las SSTS 898/2017 de 15 noviembre (rec. 247/2016), 532/2019 de 3 julio (rec. 51/2018) y 794/2021 de 15 julio (rec. 74/2021, Pleno).*
 16. ^ *SSTS de 17 septiembre 2013 (rcud. 2212/2012); 3 diciembre 2014 (rcud. 1012/2013) y 17 junio 2014 (rcud. 1057/2013), entre muchas.*
 17. ^ *La STS 79/2020 de 29 enero la refiere a que determinada interpretación de la norma pudiera derivar en una discriminación indirecta por excluir a un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, ha de añadirse que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta la beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación.*
 18. ^ *Cf. La STS 24 junio 2020 (rcud. 3471/2017).*
 19. ^ *SSSTS de 22 de febrero de 2022 (rcud. 4322/2019) y 9 marzo 2022 (rcud. 2269/2019), entre otras.*
 20. ^ *STC 247/2006, de 24 de julio.*
 21. ^ *SSTS-SOC de 15 de febrero de 2012, R. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, R. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras*
 22. ^ *Cf. La importante STS del Pleno 356/2022 de 20 abril.*

§ 72 **Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el Cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino.**

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 Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo anula el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, que aprobó el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, que exigía, entre otros, el requisito de tener una estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 metros las mujeres para ser admitidos a la práctica de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía. El requisito discriminaba a las aspirantes mujeres al exigir una estatura mínima proporcionalmente mayor que a los hombres en relación con las respectivas estaturas medias, con perjudiciales efectos de exclusión de las mujeres de su empleo en la Policía, injustificados y desproporcionados. El Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, ha sido después derogado por el Real Decreto 853/2022, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación de la Policía Nacional.*

Palabras clave: *Características genéticas. Estatura mínima. Policías. Discriminación indirecta. Mujeres.*

Abstract: *The Judgment of the Contentious-Administrative Chamber, Fourth Section, of the Supreme Court annuls article 7.c) of Royal Decree 614/1995, of April 21, which approved the Regulation of the selection processes and formation of the National Corps of Police, which demanded, among others, the requirement of having a minimum height of 1.65 meters for men and 1.60 meters for women to be admitted to the practice of selective tests for admission to the National Police Corps. The requirement discriminated against female applicants by requiring a proportionally higher minimum height than men in relation to their respective average heights, with harmful effects of exclusion of women from their employment in the Police, unjustified and disproportionate. Royal Decree 614/1995, of April 21, has subsequently been repealed by Royal Decree 853/2022, of October 11, which approves the Regulations for the selection and training processes of the National Police.*

Keywords: *Genetic characteristics. Minimum height. Police force. Indirect discrimination. Women.*

I. Introducción

La exigencia de un requisito de estatura mínima para ingresar en el Cuerpo Nacional de Policía se estableció por el Real Decreto 614/1995, de 21 de abril,

fijándose en 1,70 metros para los hombres y 1,65 metros para las mujeres. El Real Decreto 249/2006, de 3 de marzo, rebajó la altura exigida a las mujeres a 1,60 metros. Explicó la nueva norma reglamentaria que el requisito de estatura hallaba su justificación en la especialidad y peculiaridades de las funciones que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, encomienda a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que implican, entre otros, el uso institucionalizado de la coacción jurídica. Reconoció, sin embargo, que la estatura mínima exigida a las mujeres había impedido su ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía en condiciones de igualdad con los hombres, al existir una clara desproporción, pues la estatura requerida a las mujeres superaba la estatura media nacional femenina, mientras que la exigida a los hombres era inferior la estatura media nacional masculina, con las consiguientes consecuencias discriminatorias para las mujeres en el acceso al empleo público en la Policía. Un año después, el Real Decreto 440/2007, de 3 de abril, volvió a rectificar las estaturas mínimas, disminuyendo la masculina a 1,65 metros. Todavía defendía aquel Reglamento que el requisito de la talla física operaba como elemento importante para el desempeño de algunas de las funciones encomendadas a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Destacaba también, sin embargo, que del cumplimiento de ese requisito físico resultaban efectos impositivos del ingreso de “un número apreciable de aspirantes”, que reunían sobradamente el resto de los condicionantes exigidos y disponían del perfil adecuado para el trabajo policial. De otra parte, los cambios y nuevos retos de la criminalidad demandaban conceder relevancia a otros factores selectivos, como el alto grado de especialización y tecnificación. Era, por ello, “aconsejable” adecuar de nuevo sobre el requisito de la estatura mínima con el fin de facilitar el acceso a aspirantes cualificados que resultaban excluidos “al no alcanzar la estatura mínima exigida por escasos centímetros”. La elección, desafortunada, de la horquilla de 1,60 metros para las mujeres, y en 1,65 metros para los hombres, decía tomarse de la media de los países de nuestro entorno.

Estos son los términos de medición del requisito de estatura mínima, diferenciado por sexos, y exigido a las y los aspirantes a participar en las pruebas de acceso al Cuerpo Nacional de Policía, contenidos en la norma reglamentaria que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anula, en un recurso de impugnación indirecta de la disposición reglamentaria, por sus efectos desproporcionados de exclusión de la participación de las mujeres en la selección para el acceso a la Policía, sin justificación alguna para ello. La norma reglamentaria anulada producía una discriminación indirecta por sexo femenino en el acceso al empleo público.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.

Número de resolución judicial y fecha: 1000/2022, de 14 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso contencioso-administrativo 452/2018.

ECLI:ES:TS:2022:2944

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado consistía en determinar si la exigencia de ese requisito reglamentario de altura mínima a las mujeres para su participación en las pruebas

selectivas al ingreso en la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía, proporcionalmente mayor que la estatura mínima exigida a los hombres, atendiendo a sus respectivas estaturas medias, discriminaba a las mujeres al impedir su acceso al empleo público en el Cuerpo Nacional de Policía en porcentaje significativo.

1. Hechos

La resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, convocó oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía. La base 2.1.1.f) estableció un requisito de estatura mínima para la admisión a la práctica de las pruebas selectivas de 1,65 metros para los hombres y 1,60 para las mujeres, conforme a lo establecido en el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, de aprobación del Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía.

El tribunal calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional, por acuerdo de 26 de abril de 2018, declaró a la recurrente: "NO APTO. EXCLUIDO DEL PROCESO. NO REÚNE REQUISITO 2.1.1.f) DE LA CONVOCATORIA. Altura de 1,567 metros".

La recurrente interpuso interpuesto el 24 de mayo de 2018 recurso de alzada *per saltum* ante el Consejo de Ministros, en virtud de lo establecido en el art. 112.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que permite la interposición directa ante el órgano que dictó la resolución de los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general. Su demanda cuestionaba la validez del requisito fijado en el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, de aprobación del Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía. El recurso administrativo fue desestimado por silencio.

2. Antecedentes

La recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra:

1) La desestimación por silencio administrativo del recurso administrativo, *per saltum* ante el Consejo de Ministros, frente al Acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional de 26 de abril de 2018, que declaró a la recurrente no apta, excluyéndola del proceso selectivo convocado mediante resolución del Director General de la Policía de 18 de abril de 2017 por no reunir el requisito de altura exigido por el artículo 2.1.1.f de las bases.

2) El Acuerdo del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional, que excluyó a la recurrente del proceso selectivo convocado por la mencionada resolución del Director General de la Policía, por no reunir el requisito de altura exigido por el artículo 2.1.1.f de las bases

3) Por vía indirecta, frente al requisito de estatura mínima establecido en el artículo 7.c) del Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, reformado por el artículo único del Real Decreto 440/2007, de 3 de abril.

Solicitó la actora la nulidad de todos los actos administrativos, alegando la nulidad de pleno derecho del artículo 7.c) del citado Real Decreto 614/1995, en su versión del Real Decreto 440/2007, de 3 de abril, en cuanto exige, como requisito de participación en las pruebas selectivas, cumplir el requisito de "Tener una estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 metros las mujeres". Se basó para ello en los artículos 47.1.a) y 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por la vía del artículo 26.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998 solicitó también la nulidad del citado precepto reglamentario.

En cuanto a los actos administrativos, con la nulidad de su exclusión del proceso selectivo convocado por Resolución del Director General de la Policía y la anulación del requisito de estatura mínima, pidió la recurrente que, en caso de superarlo, se le reconociese la antigüedad y los efectos administrativos, económicos y de escalafonamiento que le corresponderían si hubiese superado el proceso selectivo en su debido momento.

La demanda de la actora solicitó que se declarase contrario a derecho y nulo de pleno derecho el requisito de estatura mínima exigido para el ingreso al Cuerpo Nacional de Policía, de acuerdo al art. 34.1 LJCA, argumentando la vulneración de su derecho fundamental a no ser discriminada por razón de su estatura, e indirectamente, por sexo, y, conforme a lo establecido en el art. 34.2 LJCA, la declaración de su derecho a participar en el proceso selectivo en condiciones de igualdad real con el resto de aspirantes, disponiendo el Tribunal lo necesario para hacer efectivo ese derecho; y el derecho, en caso de superar el proceso selectivo, al reconocimiento de la antigüedad y los efectos administrativos, económicos y de escalafonamiento que le correspondería si hubiese superado el proceso selectivo en su debido momento, junto al resto de compañeros de la promoción correspondiente a la convocatoria impugnada.

Pidió la condena a la Administración a pasar por tales declaraciones, restituyendo a la recurrente en su derecho a no ser discriminada, indemnizándola por los daños y perjuicios ocasionados, y al pago de las costas en todo caso al haber incumplido su obligación de resolver expresamente el recurso administrativo interpuesto, obligándola a acudir a la jurisdicción.

En el 4º otrosí de su demanda, interesó del Tribunal el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE a fin de que se pronunciase sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea

IV. Posición de las partes

La recurrente consideró vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminada por su sexo en el acceso a la función pública (arts. 1.1, 9.2, 14, 23 .2 y 35.1 CE), citando los textos y normas internacionales y europeas que reconocen el mismo derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y que tienen un valor interpretativo cualificado de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución: artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Protocolo número 12; artículos 2.1 y 21.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 25.c) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 20, 21.1 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; artículo 14.1 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 e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Basó también su demanda en los artículos 3, 5 y 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. Trajo en su apoyo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales (STC 76/1987, FJ 2). Y la doctrina de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, dictada en el asunto Kalliri (C-409/16) ^[1], que declaró que las Directivas europeas de igualdad de trato entre hombres y mujeres se oponían al establecimiento por un Estado miembro de un requisito de estatura mínima para el acceso a la Policía, que perjudique en mayor medida a las mujeres que a los hombres.

En su demanda alegó que los aspirantes al Cuerpo Nacional de Policía de sexo masculino resultaban sujetos a un requisito de estatura mínima menos exigente, que excluía a un porcentaje de hombres menor que el mas exigente requisito de estatura exigido a las de mujeres, que producía la exclusión de las mujeres en un porcentaje muy superior, y ello cuando los hombres y las mujeres realizan funciones policiales enteramente análogas, sin que exista justificación alguna para la imposición de un

mayor nivel de exigencia en el acceso de las mujeres. Además, el requisito de estatura mínima establecido para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía no obedecía a ninguna necesidad objetiva derivada de las funciones asignadas a la Policía, existiendo, por lo demás, en el proceso selectivo pruebas físicas y médicas que garantizaban la idoneidad física y médica de los aspirantes para el desempeño de las funciones atribuidas a la Policía, existiendo dentro de la estructura de la Policía numerosas áreas funcionales que no necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, ni tener una estatura más o menos elevada, que no guarda la más mínima relación con las funciones realizadas. Concluía señalando que en la Guardia Civil y en las Fuerzas Armadas los requisitos de estatura mínima eran menores.

En relación con la concreta impugnación indirecta del artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, denunció la recurrente la falta de cobertura legal de la norma, pues, de conformidad con el artículo 53.1 de la CE, sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, un requisito como el de la estatura mínima, que debe entenderse incluido entre los factores de discriminación mencionados en los artículos 14 y 23.2 CE, precisa de una previsión expresa en la ley, de la que carece. Subraya que la estatura es una característica física que viene determinada, en gran medida, por vía genética, de modo que las diferenciaciones realizadas con base en la estatura pueden resultar especialmente injustas y discriminatorias.

La Administración General del Estado contestó a la demanda negando la vulneración del principio de igualdad y que el requisito de estatura mínima reglamentariamente fijado integrase un supuesto de discriminación de la mujer. Adujo que los funcionarios de Policía, con independencia de su sexo, deben poseer unas características que permitan una polivalencia (ocupar distintos puestos de trabajo y realizar diferentes tareas, dependiendo de las necesidades) en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas. La altura y otros requisitos físicos pueden tener relevancia para el desarrollo de las funciones encomendadas a los funcionarios de la Policía Nacional, que se encuentran relacionadas con el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Su exigencia a las mujeres no podía considerarse discriminatoria con respecto a los varones, pues, la altura mínima exigida a éstas, distinta de la de los hombres, pretendía precisamente permitir la participación plena de ambos sexos en las funciones propias del Cuerpo Nacional de Policía, sin que por ello las mujeres queden reducidas a la realización de determinadas tareas, reservando otras a los varones, lo que sería discriminatorio.

La Administración General del Estado señaló que, en la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2017, el Tribunal de Justicia había puesto de relieve (apartados 33 y 34) que es al órgano jurisdiccional nacional cuestionante al que corresponde decidir, en función de las circunstancias concretas del caso, si el requisito de altura mínima está justificado. Sostuvo que, conforme al artículo 2, apartado 2, segundo guion, de la Directiva 76/207, la normativa que exige un requisito mínimo de altura no constituye una discriminación indirecta, prohibida por esa Directiva, si está objetivamente justificada por un objetivo legítimo y si los medios para alcanzar ese objetivo son adecuados y necesarios, lo que de nuevo corresponde determinar al órgano jurisdiccional nacional. Con cita de los artículos 39.3 de la LPACAP y 12 del Real Decreto 614/1995, se opuso a la pretensión de la recurrente de que, en caso de estimarse su recurso, declarándose su indebida exclusión del proceso selectivo, y de superar las restantes pruebas de dicho proceso, se le reconociesen la antigüedad y los efectos económicos y administrativos y de escalafonamiento que le hubieran correspondido de haber superado en su momento la selección, ya que el reconocimiento de tales derechos está vinculado a la efectiva toma de posesión, y la pretensión de la recurrente supondría la retroacción de efectos a un momento en el que no se había completado el proceso selectivo.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución

“Artículo 1

“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

[...]

“Artículo 9

[...]

“2.

[...]

“Artículo 14

[...]

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

[...]

“Artículo 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”.

“Artículo 104

1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad”.

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 y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)

[...]

“Artículo 14. Prohibición de discriminación.

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:

a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;

b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;

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;

d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

2. Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

“Artículo 19. Carga de la prueba”

1. Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

[...]

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

[...]

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

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

[...]

“Artículo 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.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional

[...]

“Artículo 3. Legislación aplicable

[...]

2. Los artículos 55 y 82, y la disposición transitoria tercera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, serán de aplicación directa al régimen de personal de los Policías Nacionales.

3. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, como principio informador del ordenamiento jurídico, se observará en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el acceso, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo de los Policías Nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

“Artículo 4. Adquisición de la condición de funcionario de carrera.

La condición de funcionario de carrera de la Policía Nacional se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

a) Superación del proceso selectivo”.

“Artículo 26. Requisitos.

1. Para poder participar en los procesos selectivos, los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos:

d) No hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional. El catálogo de exclusiones médicas para el ingreso en la Policía Nacional se establecerá reglamentariamente”.

[...]

“Artículo 27. Proceso de selección.

1. El proceso de selección que habrán de superar los aspirantes será adecuado al título académico requerido, al nivel y características de la formación a cursar, así como a las funciones a desarrollar.

2. Reglamentariamente se determinará la forma en que deberán desarrollarse los procesos selectivos, sus distintas fases, así como las materias sobre las que versarán. Además de las pruebas de conocimientos, podrán establecerse otras de carácter físico o psicométrico, que sirvan para acreditar que los aspirantes reúnen las aptitudes psicofísicas necesarias para el eficaz desempeño de las funciones atribuidas a la Policía Nacional, así como para realizar los respectivos cursos de formación”.

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

“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.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:

a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

b) Transparencia.

c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”.

Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, que aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía

“Artículo 7. Requisitos de los aspirantes

“Para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas será necesario reunir, antes de que termine el último día de plazo de presentación de solicitudes, los siguientes requisitos:

[...]

c) Tener una estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 metros las mujeres^[2]

“Artículo 8. Pruebas

Las pruebas selectivas que habrán de superarse se desarrollarán en las fases y en la forma que se establezcan en la correspondiente convocatoria y, además de las que puedan establecerse de carácter médico, físico o psicométrico, versarán sobre conocimientos de ciencias físicas, antropológicas, sociales y jurídicas relacionadas con la función policial y a un nivel concordante con el título académico requerido a los aspirantes.

No obstante lo anterior, a aquellos aspirantes ya pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía que se encuentren en situación de servicio activo, se les eximirá de las pruebas de carácter médico y físico”.

“Artículo 12. Nombramiento.

Los alumnos que superen el curso o cursos selectivos establecidos en la correspondiente convocatoria y el módulo de formación práctica en el puesto de trabajo, serán declarados aptos y nombrados, por el Secretario de Estado de Interior, Policías o Inspectores, según proceda, del Cuerpo Nacional de Policía”.

Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional

Cuadro médico de exclusiones

B. Parámetros biológicos, enfermedades y causas generales

B.1 Parámetros biológicos.

1. Altura: se establecerá en función de la estatura recogida en el reglamento de procesos selectivos y formación vigente en el momento de la convocatoria y se medirá en bipedestación en tallímetro clínico y en dos ocasiones, dando por válido la mejor de ambas. No se admitirá ningún tipo de cirugía o técnica semejante (prótesis temporales o permanentes) que supongan una alteración de la altura anatómica.”

[...]

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

[...]

También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

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

“Artículo 26

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho”.

[...]

“Artículo 34

1. Serán acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación.

2. Lo serán también [acumulables] las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa”.

“Artículo 139

“1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

[...]

“4. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima “

[...].

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo comienza su enjuiciamiento precisando que las pretensiones de nulidad del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, que aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, ejercitadas por la recurrente se sustentan en la vulneración de los principios de no discriminación y de legalidad y de reserva de ley por causa de la fijación reglamentaria del requisito de estatura mínima de 1,65 metros los hombres y 1,60 metros las mujeres para ser admitidos a la práctica de las pruebas selectivas, antes de que termine el último día de plazo de presentación de solicitudes [art. 7.1.c)]^[3].

1. *Sobre la reserva de ley y el establecimiento por reglamento del requisito de estatura mínima para la participación en procesos selectivos de ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía*

La Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, regula la adquisición de la condición de funcionario de carrera (artículo 4), exigiendo para esa adquisición la superación de los procesos selectivos por lo aspirantes que reúnan los requisitos fijados por el artículo 26.1, entre los que no figura expresamente el de la estatura mínima.

Sin embargo, el establecimiento por el citado Real Decreto 614/1995 del requisito de estatura mínima en los términos señalados no vulnera el principio de reserva de ley, que no prohíbe toda participación o colaboración del reglamento en la regulación de la materia, sino la aprobación de reglamentos independientes. El artículo 26.1.d) de la Ley Orgánica 9/2015 contiene una específica habilitación al reglamento, al establecer, como requisito de participación de los aspirantes en las pruebas selectivas, que no se encuentren incluidos "en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional. El catálogo de exclusiones médicas para el ingreso en la Policía Nacional se establecerá reglamentariamente", habilitación específica que se completa con la genérica contenida en su disposición final novena, que autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley orgánica. Con esa base legal el Real Decreto 614/1991 fijó el requisito de estatura mínima, que recogió el Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso en la Policía Nacional, que incorporó a dicho cuadro médico los parámetros de exclusión, entre ellos la altura^[4]. Consideró la Sala que ese desarrollo reglamentario no vulneraba los límites de la remisión legal.

2. *Sobre la vulneración del derecho a la no discriminación por sexo; la discriminación indirecta de las mujeres producida por el requisito de estatura mínima, injustificado, innecesario y desproporcionado, exigido para participar en procesos selectivos para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía*

En cambio, el Tribunal Supremo estimó que esa disposición reglamentaria, que, como había alegado y acreditado la recurrente, imponía a los aspirantes de sexo masculino un requisito de estatura mínima menos exigente (1,65 cm), con una consiguiente capacidad de exclusión de los hombres (3%) muy inferior al porcentaje de exclusión (25%) que producía el requisito de estatura mínima exigido a las mujeres (1,60 cm), más exigente, requisitos de estatura ajenos a los estándares de estatura media actuales de hombres (1,74) y mujeres (1,63) entre los 20 y 49 años^[5], infringía el principio de igualdad y no discriminación por sexo.

Razonó el Tribunal Supremo que el establecimiento de esos requisitos de estatura mínima con la diferencia señalada para mujeres y hombres, como límite de acceso a las pruebas de ingreso, carecía de una justificación objetiva y razonable y, por tanto, válida.

Ni la Administración había satisfecho la carga de demostrar la existencia de razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad del principio de igualdad (artículo 14 CE), exigida por el artículo 19.1 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 e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y por el artículo 60.7 de la LJCA 29/1998, ni la norma reglamentaria impugnada ofrecía en su preámbulo la mas mínima justificación, ni la Administración en su escrito de contestación a la demanda explicaba la relación de la polivalencia que los funcionarios de policía habían de tener en el desempeño de las funciones encomendadas con la diferente estatura mínima, ni la influencia de esa estatura mínima en el mantenimiento de la seguridad ciudadana. Al contrario, la expresada finalidad de la norma reglamentaria de permitir la participación plena de

ambos sexos en las funciones del Cuerpo de Policía resultaba desmentida por el requisito de estatura mínima diferente, discriminatorio por restrictivo para el acceso de las mujeres. Ninguna valoración concreta se hacía del requisito de la estatura mínima, fijada reglamentariamente para el acceso a toda escala y categoría, en relación con las funciones propias de la categoría y escala objeto de la convocatoria, la Escala Básica, cuando la recurrente había argumentado que dentro de la estructura de la Policía existen multitud de áreas funcionales que no necesitan para su adecuado desempeño de ninguna condición física especial, así como una serie de unidades en las que la estatura mínima no guarda ninguna relación con las funciones asignadas, alegato que no fue cuestionado en el escrito de contestación a la demanda^[6]. Finalmente, en el proceso selectivo existen pruebas físicas y médicas destinadas a garantizar la idoneidad física y médica para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía. Así se desprende del artículo 26.1,d) y 27.2 de la Ley Orgánica 9/2015, del artículo 8 del Real Decreto 614/1995, y de las bases de la convocatoria (base 2 - requisitos- y anexo III). También lo había señalado la demandante.

La conclusión alcanzada por la Sala resultaba confirmada por la Sentencia Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2017, Kalliri^[7], C- 409/16^[8], que respondiendo a la cuestión prejudicial elevada por el Consejo de Estado de Grecia^[9], declaró que las disposiciones de la Directiva 76/207, que prohibía toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación [art. 3.1.a)], deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no es adecuada ni necesaria para alcanzar un objetivo legítimo, como sería "garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de Policía" (apdo. 36), circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar. Sin perjuicio de la competencia del órgano judicial nacional, el TJUE afirma que no todas las tareas desempeñadas por la Policía requieren el empleo de la fuerza física e implican una aptitud física particular, ni, de otra parte, esa aptitud esta necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima, de modo que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud (apdos. 38 y 39).

El FJ 5º de la sentencia está en gran parte destinado a reproducir los "considerandos" de la STJUE citada, que, como ha podido comprobarse, atribuyó a la normativa griega que exigía una estatura mínima para el acceso a la Escuela de Policía el efecto de producir una discriminación indirecta de las mujeres, sin relación alguna con un objetivo legítimo, por lo que era contraria a la Directiva 76/2007, después refundida en la Directiva 2006/54. En concreto, transcribe sus apdos. 25, 28, 29, 32, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 44 y su fallo declarativo.

A continuación, el Tribunal Supremo explica el carácter "determinante" de la STJUE Kalliri para corroborar el resultado de su enjuiciamiento: la discriminación injustificada que introduce la norma reglamentaria impugnada en el proceso al fijar para las mujeres una estatura mínima más restrictiva que para los hombres, proyectando su doctrina al caso enjuiciado.

1º.- Los razonamientos del TJUE eran plenamente aplicables a la discriminación indirecta de las mujeres resultante de la norma reglamentaria española, con mayor razón aun por la decisión de dicha norma de exigir requisitos de estatura diferentes para hombres y mujeres que afectaban de manera más intensa a las mujeres que a los hombres, según había quedado probado a partir de la exposición de la demanda, de manera que, también según la demanda, "sólo una estatura mínima de 1,54 cm para la mujeres reestablecería la necesaria igualdad". Tanto si el requisito mínimo de

edad era común para ambos sexos, como si diferenciaba por razón de sexo, era discriminatorio por los perjuicios de exclusión producidos a las mujeres, sin guardar relación alguna con las funciones a realizar, ni con las acreditadas diferencias de estatura media, por sexo, de la población española.

2º.- Ningún apoyo encontraba la norma española sobre el requisito de estatura mínima en necesidades objetivas derivadas de las funciones asignadas al Cuerpo Nacional de Policía, ni de condiciones de aptitud física y médica para su ejercicio, demostradas en el proceso selectivo a través de pruebas físicas y médicas que no guardan relación con la estatura, “máxime cuando dentro de la estructura de la policía, como alega la demanda y no cuestiona la Administración, existen áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada”.

3º.- Otros cuerpos policiales, como la Guardia Civil, con identidad esencial de cometidos (artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado), requieren de unos requisitos de estatura mínima inferiores a los que se exigen para el Cuerpo Nacional de Policía. Así, el Anexo I de la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, contiene el cuadro médico de exclusiones de ese ingreso, que incorpora, entre los parámetros biológicos requeridos, “1. Talla. En bipedestación inferior a 160 cm en hombres y 155 cm en mujeres, o superior a 203 cm, en ambos casos”.

A los integrantes de las Fuerzas Armadas se aplican los mismos límites que a la Guardia Civil (apartado A.1 del Cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, aprobado mediante Orden PCI/6/2019, de 11 de enero).

La discriminación indirecta por sexo femenino que el requisito de estatura mínima y diferente para hombres y mujeres para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía se traducía en el perjuicio que ocasionaba a las mujeres, frente a los hombres, en el acceso al empleo público, contraría al artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, y a los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

3. *Sobre la estimación plena del recurso contencioso-administrativo*

El Tribunal Supremo estima las pretensiones de nulidad de la demanda, declarando la del requisito de estatura mínima del artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, que aprobaba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, y de la base 2.1.2 de la Resolución de 18 de abril de 2017, de la Dirección General de la Policía, por la que se había convocado oposición libre para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, así como la de los actos administrativos impugnados que acordaron la exclusión de la recurrente por incumplir ese requisito “ilegal”.

Satisfizo también el Tribunal Supremo la pretensión de la recurrente de que se reconociese su situación jurídica individualizada: debió y debe ser admitida a la realización del proceso selectivo por oposición libre convocado por la referida resolución de la Dirección General de la Policía de 18 de abril de 2017, para lo que la Administración había de arbitrar las medidas necesarias con la consecuencia de que, de superar el proceso selectivo, los derechos económicos y administrativos correspondientes, incluida la antigüedad y el escalafonamiento, surtirían efecto desde el mismo momento en que se produjeron para los aspirantes que resultaron nombrados en virtud de la convocatoria de que la recurrente fue excluida.

Precisa el Tribunal Supremo que es el criterio fijado por la Sala en numerosas sentencias, de las que son ejemplo las de 1 de febrero de 2016^[10] y 1 de junio de 2022^[11].

La sentencia impone las costas a la Administración demandada (art. 139.1 LJCA) y, en atención a las particulares circunstancias del caso y al vicio de nulidad estimado, fija en cuatro mil (4.000) euros la cantidad máxima a reclamar por la recurrente, por todos los conceptos (art. 139.4 LJCA).

VII. Parte dispositiva

La Sala ha decidido:

“1º.- ESTIMAR el recurso de contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de [...la recurrente] contra la desestimación presunta del recurso de reposición por ella interpuesto contra el Acuerdo de 26 de abril de 2018 del Tribunal Calificador del proceso selectivo de ingreso en la Escala Básica de la Policía Nacional, que la declaró excluida del proceso por oposición libre convocado por la Resolución de la Dirección General de la Policía, de 18 de abril de 2017, para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía, de la División de Formación y Perfeccionamiento, aspirantes a ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía.

2º.- ANULAR el artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, y la base 2.1.2 de esa Resolución de 18 de abril de 2017, en cuanto fijan el requisito de "Tener una estatura mínima ... y 1,60 las mujeres" [...] para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas de ingreso.

3º.- HACER IMPOSICIÓN de costas en los términos previstos en el último fundamento de Derecho de esta sentencia”.

VIII. Pasajes decisivos

- “La [...Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional] regula la adquisición de la condición de funcionario de carrera -artículo 4- fijando como primer escalón para ello el de superar los procesos selectivos, siendo el artículo 26.1 el que fija los requisitos que los aspirantes deberán reunir para participar en los procesos selectivos, siendo cierto que entre ellos no se incluye expresamente el de la estatura mínima” (FD 3º).
- “Ahora bien, esa falta de previsión expresa no permite apreciar la vulneración del principio de reserva de ley, que no supone la prohibición total de acceso a la misma de la potestad reglamentaria, aunque sí la posibilidad de que se aprueben reglamentos independientes. En este caso la ley orgánica 9/2015 establece el marco normativo básico sobre la materia dejando a la colaboración reglamentaria un ámbito concreto referido a la determinación de las causas de exclusión en función de las capacidades necesarias para el desempeño de las funciones. Así, la norma orgánica contiene una clara habilitación reglamentaria en el artículo 26.1.d), cuando dispone que será requisito de participación el "No hallarse incluido en ninguna de las causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las tareas propias de la Policía Nacional. El catálogo de exclusiones médicas para el ingreso en la Policía Nacional se establecerá reglamentariamente", que se completa con su disposición final novena. Y, con base en ello, el Real Decreto 614/1991 ahora cuestionado fija el requisito de estatura mínima, que se complementa con el Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones para el ingreso

en la Policía Nacional, y consideramos que ese desarrollo reglamentario no vulnera los límites de la remisión” (FD 3º).

- [...]la parte recurrente apoya la denuncia de infracción del principio de igualdad y no discriminación en el hecho de que los aspirantes de sexo masculino se ven sometidos a un requisito de estatura mínima menos exigente (1,65 cm), en el sentido de que excluye a un porcentaje de hombres menor que el de mujeres que resultan excluidas por la estatura que se les exige a ellas, y las aspirantes mujeres se ven sometidas a un requisito de estatura mínima más exigente (1,60 cm), en el sentido de que excluye a un porcentaje de mujeres mayor que el de hombres que resultan excluidos por la estatura que se les exige a ellos. Es decir, en que es mucho mayor el porcentaje de mujeres (25%) que el de hombres (3%) que no alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos por la norma reglamentaria, de manera que sólo una estatura mínima de 1,54 cm para las mujeres reestablecería la necesaria igualdad (FD 4º).
- “Alega que esa discriminación es consecuencia de que los límites fijados no atienden a los estándares de estatura media actuales de hombres (1,74) y mujeres (1,63) entre los 20 y 49 años que se acreditan con el documento núm. 7 de la demanda, y que ello se constata en la prueba pericial aportada como documento núm. 9 de la demanda, prueba que ha sido ratificada a presencia judicial y con contradicción entre las partes y que así la concluye. El efecto discriminatorio de la regulación cuestionada queda así acreditada” (FD 4º).
- “[...E]l límite de acceso a las pruebas de ingreso consistente en el establecimiento de una estatura mínima de 1,60 cm para las mujeres, a diferencia de los 1,65 cm para los hombres, carece de válida justificación por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque incumbe a la Administración la carga de demostrar la existencia de esas razones objetivas y legítimas que han de concurrir en una diferencia de trato para que no sea discriminatoria y cubra el canon de constitucionalidad que significa el principio de igualdad [...].

b) En segundo lugar, porque ninguna justificación se ofrece en el preámbulo de la norma reglamentaria.

c) En tercer lugar, porque lo que genéricamente se alega por la Administración en el escrito de contestación a la demanda es que los funcionarios de policía, con independencia del sexo, deben poseer unas características que permitan una polivalencia (ocupar distintos puestos de trabajo y realizar diferentes tareas, dependiendo de las necesidades) en el desempeño de las funciones que tienen encomendadas, pero nada nos dice sobre la justificación de la diferente estatura mínima en relación con esa polivalencia y su influencia en el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

d) En cuarto lugar, porque la alegada finalidad de la norma, de permitir la participación plena de ambos sexos en las funciones que son propias de dicho Cuerpo de Policía, en nada se relaciona con ese requisito de estatura mínima diferente que, como ha quedado acreditado con las pruebas realizadas, es en sí mismo discriminatorio por restrictivo para el acceso de la mujer.

e) En quinto lugar, porque tratándose en este caso de un proceso selectivo para el acceso a la Escala Básica, categoría de Policía, del Cuerpo Nacional de Policía, sorprende que ninguna valoración concreta se haga del requisito de la estatura

mínima, que se fija reglamentariamente para el acceso a toda escala y categoría, en relación con las funciones propias de la categoría y escala objeto de la convocatoria. Y ello es particularmente relevante si reparamos en lo siguiente: (i) en que, como pone de relieve la parte recurrente, dentro de la estructura de la Policía existen multitud de áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada, haciendo exposición de una serie de unidades en las que la estatura mínima no guarda ninguna relación con las funciones que tienen asignadas, exposición no cuestionada en el escrito de contestación a la demanda [...].

f) En sexto lugar, porque en el proceso selectivo, como advierte la demanda, existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad física y médica para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía. Así se desprende del artículo 26.1,d) y 27.2 de la Ley Orgánica 9/2015, el artículo 8 del Real Decreto 614/1995, y de las bases de la convocatoria (base 2 -requisitos- y anexo III)” (FD 4º).

- “Para resaltar aún más el carácter discriminatorio de la previsión reglamentaria, hay que tomar en consideración la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2017 en el asunto c- 409/2016 (STJUE) cuando aplica los artículos 1 y 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. Estas previsiones están actualmente contempladas en los artículos 1 y 2 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 [...] (FJ 5º).
- “Los razonamientos del TJUE, aunque aquí nos encontremos con requisitos de estatura diferentes para hombres y mujeres y no ante una estatura mínima común, son plenamente trasladables al presente caso ya que, de cualquier modo y como ha quedado demostrado a través de las pruebas practicadas, los límites de estatura mínima establecidos diferenciadamente para hombres y mujeres siguen afectando de manera mucho más intensa a las mujeres que a los hombres pues en función de los límites fijados, los estándares de estatura media actuales de hombres y mujeres, es mucho mayor el porcentaje de mujeres (25%) que el de hombres (3%) que no alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos por la norma reglamentaria, de manera que sólo una estatura mínima de 1,54 cm para la mujeres reestablecería la necesaria igualdad. Por ello, también aquí nos encontramos ante un caso de discriminación indirecta por sexo” (FJ 5º).
- “La norma reglamentaria que fija el requisito de estatura mínima para el ingreso en el CNP nada dice sobre el hecho de que pueda obedecer a alguna necesidad objetiva derivada de las funciones asignadas al CNP y, aunque las funciones ejercidas por la policía exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud. Es más, como ya se ha dejado dicho en el fundamento de Derecho cuarto, en el proceso selectivo existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad física y médica para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía, máxime cuando dentro de la estructura de la policía, como alega la demanda y no cuestiona la Administración, existen áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada” (FJ 5º).

- “Finalmente, cabe añadir que existen otros cuerpos policiales, como la Guardia Civil, que según el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, integran los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que tienen identidad esencial de cometidos según sus artículos 11 y 12, donde se establecen unos requisitos de estatura mínima por debajo de los que se exigen para el CNP. Así se establece en el Anexo I de la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, donde la estatura mínima para hombres es de 1,60 cm y para mujeres de 1,55 cm” (FJ 5º).
- “Lo mismo cabe decir, aunque aquí la identidad de funciones no es la misma, de los integrantes de las Fuerzas Armadas, donde se fijan los mismos límites que para la Guardia Civil a tenor del Apartado A.1 del Cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación (aprobado mediante Orden PCI/6/2019, de 11 de enero)” (FJ 5º).
- En conclusión, el requisito de estatura mínima y diferente para hombres y mujeres para el acceso al CNP, teniendo en cuenta los concretos valores establecidos para cada sexo, constituye una discriminación indirecta contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres que perjudica a éstas frente a aquellos en el acceso al empleo público (artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, y artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)” (FD 5º).

IX. Comentario

1. Sobre el fallo de la sentencia y su aplicación del Derecho de la Unión Europea

El fallo de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo es incontestable. El artículo 7.c) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril -y la base 2.1.2 de la Resolución de 18 de abril de 2017-, en cuanto fijaba el requisito de “Tener una estatura mínima [...] de 1,60 las mujeres ”para ser admitidas a la práctica de las pruebas selectivas de ingreso” del Cuerpo Nacional de Policía, incurría en una notoria discriminación indirecta de las mujeres, acreditada por los datos estadísticos, pues el referido requisito excluía de las pruebas selectivas y, en consecuencia, del acceso al empleo público en la Policía Nacional a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres (un 25% de mujeres frente a un 3% de hombres).

Es una sentencia de aplicación del Derecho de la Unión Europea, interpretado por el Tribunal de Justicia, por la STJUE, de 18 de octubre de 2017, Kalliri^[12], C- 409/16. La recurrente había solicitado del Tribunal Supremo el planteamiento de la cuestión de prejudicialidad (o de “europeidad”) sobre la aplicación del Derecho de la Unión a su caso concreto. El Tribunal Supremo no contestó a esa petición, pues seguramente entendió que no debía hacerlo ya que, de conformidad con la doctrina de la STJUE de 6 de octubre de 1982, CILFIT ^[13], la interpretación del Derecho de la Unión estaba ya aclarada y la Sala no tenía duda de cuál debía ser su correcta aplicación. Es más, construyó buena parte de la motivación de su sentencia sobre la STJUE Kalliri, aunque en ésta, en que el requisito de altura mínima para el acceso a la Policía era igual para hombres y mujeres, el Tribunal de Justicia había tenido en cuenta el hecho de que en otros cuerpos policiales y en las fuerzas armadas las alturas mínimas exigidas eran diferentes para hombres y mujeres, consideraciones que le parecieron “pertinentes” (apdos. 40-41)^[14]. Sin embargo, lo cierto es que en el precedente apdo. 39 el Tribunal de Justicia había afirmado que “aun suponiendo que todas las funciones ejercidas por

la policía helénica exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud". La Sentencia comentada reproduce ese apdo. en su FJ 5º.

Ni el fallo de la sentencia, ni esa aplicación del Derecho de la Unión, merecen mas comentario que el de destacar su absoluta corrección.

Sin embargo, hay algunas ausencias notorias en la motivación de sentencia que no pasarán inadvertidas al lector.

2. Sobre el presunto carácter discriminatorio de las "características genéticas" y el criterio "funcional"

Se refiere la primera a la condición discriminatoria del patrimonio genético, de las características físicas genéticas. La demanda había apuntado con claridad la cuestión al referirse a la condición de la estatura como característica física, que viene determinada, en gran medida, por vía genética, con la consecuencia de que las diferencias basadas en esa condición pueden resultar especialmente injustas y discriminatorias. La recurrente había citado, además, en apoyo de sus pretensiones anulatoria, los artículos 20, 21.1 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que proclaman los derechos a la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones y la igualdad entre mujeres y hombres, preceptos sobre los que la sentencia guarda un absoluto silencio, pese a que la jurisprudencia del TJUE los vincule con las Directivas antidiscriminatorias, y, en concreto, con la Directiva 2006/54/CE, aquí aplicada.

Además, el art. 21.1 de la Carta prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo y características genéticas. Sabemos que artículo 19 del TFUE habilita al Consejo, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión, para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación "por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual", por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo. Y que la Carta "no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados" (arts. 51.2 y 6.1.2º TUE). Los derechos fundamentales garantizados en la Unión, y aplicables a los Estados cuando aplican el Derecho de la Unión, sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados. Sin embargo, no hay ampliación alguna de las competencias de atribución de la Unión en la interpretación de las "características genéticas", tomadas en consideración por el artículo 21.1 de la Carta como causas de discriminación, en relación con las causas de discriminación tasadas del artículo 19 del TFUE, algunas de ellas también genéticas, como el sexo biológico, y no de situación o conductuales. Hay márgenes de oportunidad -mejor, de necesidad- para esa interpretación de "discriminaciones primarias" o "previas" que se integran en otras y que llevaría a cuestionar la idoneidad de una condición genética como la estatura para construir tratamientos normativos diferenciados.

La sentencia no aporta, a este propósito, más que una mera referencia indirecta o por remisión a una sentencia previa de la Sala acerca de la legitimidad de la utilización de la estatura como criterio normativo, del que deriven situaciones jurídicas distintas, a partir de la necesidad de una mínima coherencia entre medios y fines, esto es, de una adecuación que proporcione una justificación objetiva y proporcionada entre la estatura y las funciones: partiendo un "criterio funcional específico" la Sala, en sentencia casacional de 31 de enero de 2016^[15], había admitido la validez de un requisito de estatura mínima en el acceso al cuerpo de inspectores de la policía autonómica de la Comunidad Autónoma de Cataluña [FJ 5º.e)]. Pero repárese en que esta argumentación está suponiendo o presumiendo el carácter discriminatorio del uso de la altura como característica genética para deparar efectos jurídicos diferenciados, al margen del sexo, al que sujeta a un cierto juicio de proporcionalidad (adecuación,

necesidad y proporcionalidad estricta), propio de las limitaciones de los derechos fundamentales en beneficio de otros derechos y bienes constitucionales, o, al menos, a un juicio de “funcionalidad”, que debería haberse desarrollado más para enlazarlo con el plano de la constitucionalidad, europea e interna, de la prohibición de discriminaciones de las personas. Ese “criterio funcional” manejado por la Sala en una decisión anterior envolvería una especie de “requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”, a que se refieren las Directivas antidiscriminatorias de la Unión.

En esta línea permisiva de la utilización “funcionalmente” justificada de la altura física, bien que claramente restrictiva, se ha situado el Real Decreto 853/2022, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación de la Policía Nacional, con cuya noticia acabaré este comentario.

3. La ausencia de los derechos fundamentales

Llamativamente está ausente de la sentencia comentada el planteamiento jurídico-constitucional de la actora, que también había alegado la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. No hay enjuiciamiento constitucional de la disposición reglamentaria y de los actos administrativos anulados. El fallo se apoya únicamente en el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, y en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Nada sobre los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, cuya vulneración había denunciado la recurrente, ni del artículo 21.1 de la Carta, sobre el principio o derecho de igualdad y a la no discriminación por sexo, del que la Directiva 2006/54/CE es expresión o materialización concreta en su ámbito material, según jurisprudencia del TJUE. Y ni la más mínima referencia a la jurisprudencia constitucional sobre la cuestión de fondo.

La recurrente había traído al juicio de manera nada afortunada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales de la STC 76/1987, FJ 2 (FD 1º). Es obvio que no se trataba de esa jurisprudencia, antigua y en desuso salvo excepciones. Sino de la jurisprudencia sobre los artículos de la Constitución antes mencionados.

Sobre los efectos de la estimación de la demanda en la situación jurídica individualizada de la recurrente, de reparación necesaria de las consecuencias producidas por la lesión de su derecho fundamental a no padecer discriminación por sexo, de cuyo reconocimiento no pueden derivarse perjuicios constitutivos de una nueva vulneración de su derecho fundamental (SSTC 66/2014, 162/2016, 108/2019), esto afirmado, compete al órgano judicial concretarlos por tratarse de una cuestión de aplicación de la legalidad ordinaria. Así lo hace la sentencia, reponiendo a la recurrente en su situación jurídica anterior a la anulación del precepto de la disposición reglamentaria y de los actos administrativos impeditivos de su participación en el proceso selectivo, con cita en su FD 6º *in fine*, como antes quedó dicho, de las sentencias de la Sala de 1 de febrero de 2016 y de 1 de junio de 2022; efectos que la Administración General del Estado había discutido.

X. Apunte final: la sentencia como detonante del necesario cambio normativo

Ya se dijo que el Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, ha sido recientemente derogado por el Real Decreto 853/2022, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación de la Policía Nacional. La disposición derogatoria única del Reglamento en vigor, además de contener un mandato de derogación implícita, deroga “específicamente el Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía, y el capítulo segundo del Reglamento de ingreso, formación, promoción y perfeccionamiento de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por el Real Decreto 1593/1988, de 16 de diciembre”.

La filosofía gubernamental sobre el acceso a la Policía Nacional ha cambiado decisivamente. La característica genética de la estatura o talla mínima ya no es requisito esencial. No sólo actuaba como un “verdadero techo de cristal”, perjudicando a las mujeres, sino que, afortunadamente, el talento, ha de ser el criterio prioritario de selección por encima de las características físicas. Y de nuevo Europa: de este modo nos acercaremos a lo que hacen otros cuerpos civiles de policía de Europa que no establecen requisito de altura para acceder a sus pruebas selectivas. Aunque, naturalmente, se mantienen causas de exclusión física o psíquica que impidan o menoscaben la capacidad funcional u operativa necesaria para el desempeño de las funciones propias de la Policía Nacional, conforme al cuadro médico de exclusiones del Real Decreto 326/2021, de 11 de mayo, avanza el valor selectivo de la formación y del conocimiento de lenguas.

La altura permanece como requisito residual para acceder a determinadas unidades especiales y cursos de especialización, en las que la altura se justifica al afectar a la operatividad de la labor policial específica que deben desarrollar (art. 42.2).

El cambio hay que celebrarlo, sin duda.

Referencias:

1. ^ ECLI:EU:C:2017:767.
2. ^ *En la versión procedente de la reforma del RD 440/2007, de 3 de abril, art. Único, como ya se advirtió.*
3. ^ *Modificado por RD 440/2007, de 3 de abril.*
4. ^ “1. *Altura: se establecerá en función de la estatura recogida en el reglamento de procesos selectivos y formación vigente en el momento de la convocatoria y se medirá en bipedestación en tallímetro clínico y en dos ocasiones, dando por válido la mejor de ambas. No se admitirá ningún tipo de cirugía o técnica semejante (prótesis temporales o permanentes) que supongan una alteración de la altura anatómica*”: Anexo. Cuadro médico de exclusiones, B. Parámetros biológicos, enfermedades y causas generales, B.1 Parámetros biológicos.
5. ^ *Acreditados con el documento núm. 7 de la demanda y constatados mediante la prueba pericial aportada como documento núm. 9 de la demanda, ratificada a presencia judicial y con contradicción entre las partes (FD 4º).*
6. ^ *El criterio funcional específico había sido admitido por la Sala en Sentencia de 31 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2006:441), dictada en recurso de casación 2202/2000, como justificación válida del requisito de estatura mínima en el acceso al cuerpo de inspectores de la policía autonómica de la Comunidad Autónoma de Cataluña.*
7. ^ *La sra. Kalliri había presentado una candidatura con objeto de participar en el concurso para el ingreso en una Escuela de Policía de un Estado miembro.*
8. ^ ECLI:EU:C:2017:767.
9. ^ *Preguntaba el Consejo de Estado griego si “[...]e] artículo 1, apartado 1, del Decreto Presidencial n.o 90/2003, que modificó el artículo 2, apartado 1, del Decreto Presidencial n.o 4/1995, y con arreglo al cual los aspirantes civiles al ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Academia de Policía, entre otros requisitos”, debían “tener una estatura (hombres y mujeres) de al menos 1,70 m”, era “compatible con las Directivas 76/207/*

CEE, 2002/73/CE y 2006/54/CE, que prohíben cualquier discriminación indirecta por razón de sexo en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo en el sector público (a menos que la diferencia de trato sea atribuible en última instancia a factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, y no vaya más allá de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la medida)”.

10. ^ ECLI:ES:TS:2016:299.
11. ^ Dos sentencias de igual fecha: ECLI:ES:TS:2022:2128 y ECLI:ES:TS:2022:2126.
12. ^ La sra. Kalliri había presentado una candidatura con objeto de participar en el concurso para el ingreso en una Escuela de Policía de Grecia.
13. ^ ECLI:EU:C:1982:335.
14. ^ J. M^a MIRANDA BOTO, “Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017) y apéndice sobre la Carta Social Europea”, *Rev. del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, nº 137, 2018, pág. 466.
15. ^ ECLI:ES:TS:2006:441.

§ 73 Transitoriedad de la Ley 40/2007 y la agilidad de la justicia.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *La cuestión de fondo que aborda el Tribunal se centra en la determinación del derecho aplicable al reconocimiento de la pensión de viudedad en situaciones de crisis familiar al momento de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, ponderando la trascendencia que a estos efectos representa la dilación del órgano judicial al tiempo de dictar la correspondiente sentencia en los procesos de disolución matrimonial y separación de mutuo de acuerdo.*

Palabras clave: *Pensión de viudedad. Divorcio. Pensión compensatoria. Derecho transitorio.*

Abstract: *The substantive issue addressed by the Court focuses on the determination of the law applicable to the recognition of the widow's pension in situations of family crisis at the time of the entry into force of Law 40/2007 of 4 December on measures in the field of Social Security (that is, on 1 January 2008, in accordance with its sixth final provision), weighing the importance that for these purposes represents the delay of the judicial body at the time of issuing the corresponding sentence in the processes of marital dissolution by mutual agreement.*

Keywords: *Widow's pension. Divorce. Compensatory pension. Transitional law.*

I. Introducción

La cuestión analizada orbita en torno a la determinación del derecho aplicable al reconocimiento de la pensión de viudedad en situaciones de crisis familiar en el momento de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (esto es, el 1 de enero de 2008, de conformidad con su disposición final sexta), ponderando la trascendencia que a estos efectos representa la dilación del órgano judicial al tiempo de dictar la correspondiente sentencia en los procesos de disolución matrimonial de mutuo de acuerdo.

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 548/2022, de 15 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCD núm. 671/2019.

ECLI:ES:TS 2022:2550

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El caso que comentamos parte del matrimonio celebrado por la actora (Doña A.) y el causante en fecha 1991, siendo ambos padres de una niña nacida en el año 1995.

El 27 de febrero de 2007 los cónyuges presentaron demanda de divorcio de mutuo acuerdo, que incluía entre sus previsiones el abono de una pensión compensatoria a favor de la Señora A. hasta octubre de 2008; recayendo sentencia el 1 de julio de julio de 2008 que aprobó el convenio regulador presentado por los cónyuges.

El ya exesposo falleció en noviembre de 2014, y tras solicitar Doña A. el reconocimiento de pensión de viudedad, el INSS en fecha 13 de enero de 2015 deniega su derecho argumentando que la solicitante no venía percibiendo pensión compensatoria, así como que el divorcio no era de fecha anterior al 1 de enero de 2008.

Impugnada tal resolución ante la Jurisdicción Social, el 31 de mayo de 2017 recayó sentencia del Juzgado de lo Social nº 24 de los de Madrid que rechazó la posición de la actora, razonando que, siendo la naturaleza de la sentencia de divorcio de carácter constitutivo, y haber recaído aquélla estando vigente ya el nuevo texto legal la norma aplicable habría de serlo el artículo 174 de la LGSS, y no la DT 13 (antigua DT18º) de la LGSS.

No conforme con tal decisión, recurre ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recayendo Sentencia^[1] de nuevo desestimatoria de sus pretensiones, razonando que, pese a la doctrina de la Sala Cuarta flexibilizadora del requisito temporal de (que) la separación o divorcio sean anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, ampliando el derecho a aquellos supuestos en los que, aun siendo la sentencia de separación o divorcio posterior a 1 de enero de 2008, la demanda se había presentado con anterioridad, añade que "en el presente supuesto (...) la viuda demandante carecía de pensión compensatoria, razonando con acierto la instancia que "de la lectura de la sentencia de divorcio (véase el primero de sus AA. de H.) resulta que si bien se los litigantes, entre los efectos personales y patrimoniales, pactaron una pensión compensatoria a razón de 300 euros al mes (a favor de la actora y apagar por quien fue su esposo y después causante de la pensión ahora discutida), no es menos cierto que también previeron su extinción de suerte que la mensualidad de octubre de 2008 habría de ser la última. Por ello, cuando enviudó la actora (XI-2014), la pensión compensatoria llevaba seis años extinguida. Y por ello la actora no reúne el requisito general que exige el art. 174.2 de ser acreedora de la pensión compensatoria al tiempo del óbito del causante de la pensión, por lo que ésta no se extinguió por su muerte".

IV. Posición de las partes

Frente a tal resolución se alza en casación para unificación de doctrina la Señora A. esgrimiendo como sentencia y doctrina de contradicción la contenida en Sentencia de la Sala Cuarta de 14 de marzo de 2016 (rcud.208/2015) que abordaba el caso del reconocimiento de pensión de viudedad, tras el fallecimiento del causante en abril de 2013, a quien había contraído matrimonio con aquél en septiembre de 1976 hasta que en febrero de 2008 recayó sentencia de divorcio. En el convenio regulador se rubricado en noviembre de 2007 (sin contemplar pensión compensatoria) y la demanda de divorcio se presentó en diciembre de 2007.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala, en la resolución comentada, se enfrenta al análisis de la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS de 1974 introducida por la Disposición Final tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, ahora Disposición Transitoria 13ª, en cuya virtud: *“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”

También analizan la trascendencia del artículo 777 de la LEC que disciplina el procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo, que señala que *“Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo.*

2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Letrado de la Administración de Justicia citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Letrado de la Administración de Justicia podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal.

4. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia que fuere competente concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la

demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

5. Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si este no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

6. Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador”

VI. Doctrina básica

La Sala Cuarta en la resolución que comentamos reitera la doctrina del Tribunal^[2] relativa a la flexibilización del cumplimiento del requisito temporal a que se refería la DT 18 de la LGSS, pues dicho precepto permitía la exoneración del requisito de la condición de ser acreedor de pensión compensatoria al solicitante de pensión de viudedad que, reuniendo los requisitos exigidos en la referida transitoria, acreditara que su separación o divorcio hubiera acontecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, esto es, antes del 1 de enero de 2008.

Sigue razonando la Sala que, pese al carácter constitutivo de la sentencia de divorcio^[3], ello no impide mantener tal criterio, pues la resolución judicial que declara el divorcio de mutuo acuerdo se limita constatar la concurrencia de los requisitos previos exigidos por el legislador para acceder a tal forma consensuada de disolución del matrimonio, homologando la decisión de los cónyuges de dejar de serlo puesta de manifiesto ya desde la propia demanda así como desde la ratificación por cada uno de ellos del convenio regulador por separado.

Esta realidad queda corroborada, a juicio del Alto Tribunal, por la expresión utilizada en el artículo 777 de la LEC; que se refiere, tras la referida ratificación del convenio, a que “inmediatamente después” se procederá a dictar sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio sin necesidad de ningún otro trámite, aprobando en el primer caso las medidas contenidas en el convenio regulador.

En este escenario, concluye la Sala, no existe obstáculo procesal alguno para que la sentencia pueda dictarse de manera casi simultánea a la fecha de interposición de la demanda, pues ese es el espíritu y finalidad de la norma y a esa conclusión conduciría una interpretación auténtica y finalista del precepto; de tal suerte que ha de entenderse que se reúnen los requisitos exigidos por la transitoria que nos ocupa en casos como el comentado aun cuando la resolución que acuerde el divorcio de mutuo acuerdo sea de fecha posterior a 1 de enero de 2008, en tanto en cuanto, insistimos, el órgano judicial se ha limitado “a homologar lo pretendido por las partes y expuesto al órgano jurisdiccional”.

Añade, como *obiter dicta*, que la resolución adoptada no puede resultar “ajeno a la posibilidad -silenciada en las actuaciones- de una posible concurrencia de personas beneficiarias, caso en el que debe reservarse el posible derecho de las mismas a participar en la pensión.

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala concluye que procede estimar el recurso de casación por lo que procede casar y anular la sentencia de suplicación, y también la dictada por el juzgado de lo social, puesto que la demanda debía haber sido estimada, sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en el fundamento de derecho cuarto, donde sintetiza su doctrina unificada sobre la interpretación de la disposición Transitoria 18ª de la LGSS en casos como el que analizamos.

IX. Comentario

Varias cuestiones se desprenden de la sentencia que comentamos. La primera que consideramos relevante reseñar es la relativa a como la Sala Cuarta se muestra especialmente sensible frente a las dificultades que viven los justiciables frente al retraso en la administración de justicia, desde el punto de vista más estricto; pues no cabe que por el hecho de la tardanza de un concreto órgano judicial en el señalamiento y dictado de una resolución judicial que, *a priori*, no conlleva especial complejidad técnica, se desencadenen perniciosos efectos para el ciudadano que ha acudido de manera diligente a la jurisdicción, en búsqueda de la tutela de sus derechos.

Sin embargo, demoras como las que contempla la Sala no siempre serán debidas a causa imputables al titular del órgano sentenciador, pues es sabido y conocido el “*infradimensionamiento*” de la planta judicial, encontrándonos con una “super” demanda de actuación de los Tribunales de Justicia en todos los órdenes que multiplica de manera exponencial las previsiones contenidas en una ya más que obsoleta Ley de Demarcación y Planta Judicial del siglo pasado.

Pero dejando de lado esta desdichada realidad, que sería casi más de logística judicial; podemos destacar otras cuestiones a las que casi de soslayo se refiere la Sala, como es el supuesto de concurrencia de beneficiarios en los casos de crisis familiar, materia que fue ya abordada por el Alto Tribunal en Sentencia número 136, de 9 de febrero de 2022 donde tras reiterar su doctrina más reciente, sentada en sentencia de 9 de junio de 2021, recurso 3901/2018 junio de 2021, insiste en que la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios es única y plena; de tal suerte que el fallecimiento del excónyuge ni da lugar a un nuevo hecho causante, ni a un nuevo cálculo de ésta. Únicamente se trata de la recuperación del estado de cosas a la que en un inicio habría tenido derecho el cónyuge legítimo caso de haber concurrido a esta prestación contributiva en solitario

X. Apunte final

Uno de los problemas aplicativos de la DT 18ª que también resultaría de interés el relativo a su alegación respecto de procedimientos ya en curso, pudiendo diferenciar tres momentos bien diferenciados^[4]: el primero sería aquél en que la demanda se hubiere presentado antes de la entrada en vigor de la disposición transitoria, habiéndose agotado la vía administrativa bajo la regulación anterior. El principio de congruencia sentado por el artículo 72 de la LRJS^[5] parecería conducir a la conclusión relativa a la imposibilidad de introducir en la sede judicial nuevos argumentos novedosos basados en la DT 18ª.

Sin embargo, esta no fue la posición acogida por la Sala Cuarta^[6] quien distingue entre lo que denomina “un problema sustantivo de uno procesal”. El sustantivo se refiere “a la aplicación temporal de la nueva norma a un hecho causante que se produjo con anterioridad a su aprobación, publicación y vigencia”; y “el problema procesal que consiste en la posibilidad de aplicar esa norma en un proceso que tiene su origen en lo decidido en un procedimiento administrativo que se inició y se resolvió cuando la nueva regulación no existía”.

La cuestión que aborda el Tribunal es la posibilidad de plantear en vía judicial una cuestión -la aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS a la solicitud de pensión formulada por la actora- que por las razones temporales no pudo ser resuelta en el procedimiento administrativo. Este planteamiento incluye, sin embargo, varias cuestiones: 1ª) el alcance de la denominada congruencia entre la vía administrativa previa y el proceso; 2ª) la posible existencia de una variación sustancial de la

demanda y 3ª) la entrada en el recurso extraordinario de una cuestión no debatida en la instancia y, eventualmente, sin su alegación a través de un motivo de suplicación.

Respecto de la primera cuestión concluye que *“la aplicación de la disposición transitoria 18ª de la LGSS no vulnera la denominada congruencia o, más exactamente, correspondencia entre la vía previa y el proceso, que establecen los arts. 72 y 142.2 de la LPL. Esta exigencia de correspondencia puede relacionarse con el carácter revisor del proceso de Seguridad Social en la medida en que se examina en él un acto administrativo, cuyo control acotaría su objeto. Pero esta Sala ha venido admitiendo una flexibilidad en la apreciación de esta exigencia”*^[7]. Se trata de una flexibilidad, añade la Sala que se corresponde con la doctrina de la Sala Tercera^[8] relativa al carácter revisor de la vía administrativa.

En definitiva, “no ha existido un cambio ni en el objeto de la pretensión -"tiempo, cantidades y conceptos"-, ni en "los hechos" que la fundamentan. La variación que se ha producido es extraña a la conducta de las partes, pues deriva de la entrada en vigor de una nueva norma que no regía cuando se dictó el acto administrativo, lo que no afecta propiamente a la pretensión, sino solo a un elemento jurídico de ésta, que ni siquiera tenía que haber sido alegado en el procedimiento administrativo, ni en la demanda (art. 80.1 LPL), y que además podía y debía haber sido apreciado en la sentencia de instancia en virtud del principio *“iura novit curia”*, ya que la norma entró en vigor antes de dictarse esta resolución”.

La segunda posibilidad ante la que se puede encontrar el operador jurídico es aquella en la que la DT 18ª entrara en vigor entre la presentación de la demanda y la sentencia de instancia. La doctrina que acabamos de transcribir dará la respuesta esta segunda hipótesis, debiendo ser el juzgador el que, por mor de este principio rector del proceso, deba aplicar de oficio la disposición en cuestión.

El problema surgiría, en la tercera situación posible, que es en el caso de encontrarse el proceso en fase de recursos extraordinario de suplicación o casación, donde no rige el citado principio, quedando el Tribunal sujeto, en cuanto a la censura jurídica, al derecho aplicado y denunciado como infringido en el recurso^[9]. Lo que para un sector de la doctrina^[10] conduciría inevitablemente a la necesidad de interponer una nueva solicitud de reconocimiento de la pensión de viudedad, de nuevo colisiona con la posición de la doctrina jurisprudencial^[11] que interpreta y aplica otra vez de manera flexible la DT 18ª, reconociendo el derecho sin necesidad de formular nueva solicitud.

Para terminar el análisis de esta disposición transitoria hemos de señalar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social añadió un nuevo apartado segundo ala DT 18ª (que entraría en vigor el 1 de enero de 2013) con el siguiente tenor: “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 65 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 15 años. La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior”.

La doctrina ha tenido ocasión de interpretar esta nueva disposición, no carente de imprecisiones, surgiendo una primera duda en torno al sentido que haya de darse a la expresión “situación señalada en el párrafo anterior”. Tal mención podría referirse a quienes reuniesen todos requisitos enunciados en el apartado primero de la DT 18ª (esto es: que 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; que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años; que tengan de hijos comunes; y que tenga una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión). O también, como mantienen otros lo más razonable fuera entender que el envío esté

referido a los hechos causantes acontecidos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, pues ya el propio apartado viene a exigir para el acceso a la pensión unos requisitos propios y distintos, los cuales sustituirían a los del apartado primero. Por tanto, la ampliación se referiría a las separaciones y divorcios acaecidos con anterioridad al 1 de enero de 2008 y hechos causantes producidos hasta el 31 de diciembre de 2009.

Se plantean también algunos en qué momento ha de concurrir el requisito de la edad a que se refiere el precepto, si en el momento de acontecer el fallecimiento del causante, o en aquél en el que se solicita la pensión. Parece que lo razonable será optar por esta última posición dado el carácter imprescriptible de la pensión de viudedad^[12] lo que determina que pueda ser solicitada por el beneficiario en cualquier momento una vez reuniera los referidos requisitos.

Para algunos^[13] las propias exigencias relativas a la edad del beneficiario (ya pensionable) así como al hecho de carecer del derecho de acceso a cualquier otra pensión pública aproxima a esta nueva forma de la pensión a la función constitucional de sustitución de rentas y, por lo tanto, al nivel asistencial de la Seguridad Social. En cualquier caso afirman, y no les falta razón, que las medidas adoptadas para acreditar la insuficiencia de rentas y la situación de dependencia económica en ese intento legislativo de recuperar la protección de los cónyuges históricos, no se logró de manera satisfactoria ni a través del acceso al instrumento de la pensión compensatoria, ni tampoco por el cauce de los elementos introducidos vía disposiciones transitorias tales como la edad del beneficiario, la duración del vínculo matrimonial, o el lapso entre la ruptura matrimonial y el hecho causante; pues ninguno de todos ellos resulta ser capaz de constatar de manera real y efectiva la capacidad económica del cónyuge supérstite^[14].

Referencias:

1. *^ Sentencia nº 662/2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de noviembre de 2018, en el recurso de suplicación nº 730/2017.*
2. *^ Sentada en sentencias 215/2016 de 14 de marzo (rcud.208/2015), 932/2017 (rcud.1620/2016) y 1042/2017 de 20 de diciembre (rcud.1911/2016). Aquí la Sala señala que “esta Sala comparte el criterio mantenido en la sentencia de instancia, que a la hora de enjuiciar el concreto supuesto que nos ocupa argumenta que nos encontramos ante un divorcio de mutuo acuerdo, en el que no existe controversia alguna entre las partes, ni en cuanto al divorcio ni en cuanto a ninguno de sus efectos, siendo presentada la demanda el 12-12-2007 a la que se acompaña un convenio regulador de fecha 20-11-2007, en el que se ratificaron las partes, siendo aprobado en su integridad por sentencia de fecha 8 de febrero de 2008 . Ello supone, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda, que de haberse respetado los plazos establecidos en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a los procesos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo, (admitida la solicitud de separación o divorcio, el secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud si la documentación aportada fuera suficiente, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el Tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre*

el convenio regulador), teniendo en cuenta que no existían hijos menores de edad por lo que no era necesario el informe del Ministerio Fiscal, la sentencia de divorcio bien pudo haber recaído antes del 31 de diciembre de 2007, sin que el retraso en la Administración de Justicia deba perjudicar a las partes en sus derechos cuando el mismo no les es imputable, por ello no debe hacerse una interpretación literal de la Disposición Transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la fecha de efectos del divorcio, atendiendo a que las partes suscribieron el convenio regulador de los efectos del divorcio ya el 20 de noviembre de 2007 y presentaron la demanda de divorcio de común acuerdo el 12 de diciembre de 2007 y a pesar de que la sentencia de divorcio se dictó en fecha 8 de febrero de 2008, debe estimarse que en este concreto supuesto debe reconocerse el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 18 de la Ley General de la Seguridad Social sin que resulte exigible para generar dicha prestación de viudedad la previa existencia de una pensión compensatoria tras la separación o el divorcio de los cónyuges".

3. ^ Así, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 2018 (recurso de apelación 770/2017) señala que "Dado el carácter constitutivo de la sentencia de divorcio y que los particulares necesariamente deben acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener una disolución por divorcio de su vínculo matrimonial, no se hace expreso pronunciamiento en costas en este tipo de procesos".
4. ^ DESDENTADO DAROCA, E. "La pensión de viudedad. Retos del derecho de Familia" Bomarzo SL. Albacete. 2013. Páginas 136 a 139.
5. ^ En cuya virtud "en el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad".
6. ^ En Sentencia de 15 de febrero de 2012 (recurso 4262/2010) seguida por Sentencias de 26 de diciembre de 2012 (recurso 154/2012), de 24 de julio de 2012 (recurso 1573/2011), de 21 de julio de 2014 (recurso 2074/2013), de 22 de abril de 2015 (recurso 70/2014), de 10 de octubre de 2016 (recurso 1787/2015) o de 16 de noviembre de 2017 (recurso 1507/2016).
7. ^ Sentencias de 25 de junio de 1998 y 7 de diciembre de 2004.
8. ^ Sentencias de la Sala 3ª de 15 de junio de 2002 y de 14 de febrero de 2002.
9. ^ Así, artículos 193 y 219 de la LRJS.
10. ^ DESDENTADO DAROCA, E. "La pensión de viudedad. Retos del ..." Pág. 138.
11. ^ Sentencia de la Sala Cuarta de 8 de febrero de 2012 que aplica la doctrina sentada en sentencia de 18 de enero de 2012, recurso 1609/2011 afirmando que "el recurso ha de ser desestimado pues la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida que resuelve un litigio que aplica la nueva normativa, aunque se inicia antes de que entre en vigor dicha normativa porque en la misma se dispone que "será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009 (D.T. 18 LGSS, en redacción dada por la DT 3ª.14 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)". No obstante dicha resolución cuenta con un voto particular que afirma que "las conclusiones tienen que ser

necesariamente distintas desde el momento en que se entra en un recurso extraordinario, como la suplicación o la casación" (...) lo que supone que "queda limitado no sólo el ámbito de impugnación de la pretensión, sino también el ámbito de decisión de la Sala, que, salvo supuestos excepcionales vinculados al orden público procesal, solo puede pronunciarse sobre los motivos propuestos en el recurso". De esta realidad procesal se extrae una primera consecuencia: "la sentencia de instancia no ha podido infringir una norma que no estaba vigente en el momento en que se dictó esa sentencia, tampoco es posible revocar esa resolución, pues es obvio que no concurre ningún motivo legal de revocación o casación: la infracción simplemente no ha existido". Y en segundo término, "esa nueva norma no solo no ha podido ser infringida por no existir cuando se dictó la sentencia de instancia, sino que tampoco ha sido invocada en el recurso de suplicación, es claro que no podía determinar la revocación de la sentencia de instancia porque la Sala de suplicación no podía aplicarla de oficio en el recurso" con lo que tal sentencia "de suplicación o de casación que estima un recurso por un motivo que no ha sido propuesto no sólo rompe el carácter extraordinario del recurso, sino que es además una sentencia incongruente que vulnera los principios de audiencia, contradicción y defensa". Y concluye que "la decisión de la sentencia recurrida de aplicar de oficio la Ley 26/2009 es, por tanto, una decisión incongruente, que, al alterar el fundamento de la pretensión impugnatoria, ha vulnerado el principio de audiencia, pues ha impedido al INSS formular alegaciones sobre la causa -la aplicación de la nueva disposición transitoria 18ª de la LGSS - por la que finalmente ha sido condenado"; rechazando duramente que exista lesión alguna del derecho de tutela judicial efectiva de la beneficiaria como consecuencia de la denegación de su derecho con necesidad de plantear nueva solicitud ante la entidad gestora; pues precisamente un quebranto tan grave de las garantías del procedimiento se compece torpemente con los principios de economía procesal; existiendo ya una consolidada doctrina de la Sala sobre los efectos retroactivos de las normas cuando entran en vigor en fase de recurso extraordinario, así en Sala en sentencia del Pleno de STS 10 de octubre de 2005 (recurso 60/2004) recaída en materia de cláusulas de jubilación forzosa. A favor de esta posición doctrinal se ha posicionado autores como GOLZALEZ DEL PATIO, ROSA Mª "La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial..." La pensión de viudedad. Una reforma necesaria ante los cambios en las estructuras familiares, Editorial Comares. 2013. Pág. 224.

12. ^ En los términos del artículo 230 de la LGSS en cuya virtud "El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio 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
13. ^ GOLZALEZ DEL PATIO, ROSA Mª "La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad..." La pensión de viudedad. Una necesaria reforma.... Op.cit. Pág 225.
14. ^ En este mismo sentido VIDA FERNANDEZ, R. "Pensión de viudedad y violencia de género. Análisis crítico de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género". MORENO VIDA, Mª N. Y OTROS La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares, Editorial Comares. 2013. Página.271.

§ 74 **Permiso de lactancia. Derecho del padre trabajador sin estar condicionado por la no actividad laboral de la madre.**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia que es objeto de comentario aborda la problemática del derecho del trabajador que es padre, a disfrutar del permiso de lactancia reconocido en la Ley del Estatuto de los trabajadores cuando la madre no presta una actividad laboral. Tras un amplio análisis de la normativa anterior a la actualmente vigente, y a la jurisprudencia comunitaria y española, la Sala concluye que debe reconocerse el derecho al demandante, al amparo de una interpretación de la normativa vigente que debe tener en consideración todos los criterios de interpretación regulados en el Código Civil, y prestando especial atención al fortalecimiento del principio de no discriminación por circunstancias personales o familiares.*

Palabras clave: *Derecho. Paternidad. Lactancia. Estatuto de los Trabajadores. Constitución.*

Abstract: *The judgment which is the subject of commentary addresses the problem of the right of a worker who is a father to enjoy the breastfeeding leave recognised in the Workers' Statute Law when the mother does not work. After an extensive analysis of the legislation prior to that currently in force, and the european and spanish case law, the Chamber concludes that the plaintiff's right must be recognised, based on an interpretation of the legislation in force that must take into consideration all the interpretation criteria regulated in the Civil Code, and paying special attention to strengthening the principle of non-discrimination on the grounds of personal or family circumstances.*

Keywords: *Right. Paternity. Breastfeeding. Workers' Statute. Constitution.*

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la Sala Social del TS el 12 de julio (Rec. 1367/2019)

La resolución judicial desestima, en contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe y en el que abogaba por su procedencia (si bien, señala la sentencia, la Fiscalía reconoce que el precepto “ya ha desvinculado el permiso de la condición femenina”), el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias el 19 de febrero de 2019 (Rec. 2855/2018), cuyo resumen oficial es el siguiente: “Conciliación de la vida laboral y familiar. Reducción de jornada. Permiso de lactancia pedida por el padre. Caso en que no trabaja la otra

progenitora. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Reforma de hechos probados: requisitos". El TSJ asturiano confirmó el pronunciamiento principal de la sentencia de instancia, dictada por el JS núm. 4 de Gijón el 14 de diciembre de 2018, de reconocimiento del derecho al disfrute del permiso de lactancia del trabajador demandante.

El interés de la resolución judicial radica a mi parecer en el cuidado y riguroso estudio histórico de la norma objeto de aplicación, así como en especial de la jurisprudencia comunitaria, constitucional y de la propia Sala que incide directa o indirectamente sobre la cuestión abordada en el litio, para llegar a la conclusión del reconocimiento del derecho al disfrute del permiso de lactancia por parte del trabajador-padre, sin estar condicionado por el hecho de que la madre no lleve a cabo una actividad laboral, y ser la actuación empresarial vulneradora del derecho a no ser discriminado el demandante por circunstancias personales o familiares.

El escueto, pero bien claro, resumen oficial de la sentencia del alto tribunal es el siguiente: "Permiso de lactancia: puede ser ejercido por el trabajador, aunque la madre del menor no desempeñe actividad laboral. Aplica art. 37.4 ET (redacción Ley 3/12) y doctrina comunitaria y reitera la de la Sala".

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. 646/2022 de 12 de julio

Tipo y número de recurso: RCUUD núm. 1367/2019

ECLI:ES:TS:2022:3022

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados: hechos y antecedentes. Sentencias de instancia y de suplicación

Acerquémonos en primer lugar a los hechos que motivaron el posterior litigio en sede judicial, prestando atención a las fechas. Se trata de un trabajador que presta servicios en la empresa desde el 22 de mayo de 2006, y que el 11 de mayo de 2018 solicita el permiso por lactancia, con efectos desde el 6 de junio y "a disfrutar acumulados durante 14 días laborables".

La respuesta de la empresa fue desestimatoria de la petición, siendo su escrito transcrito literalmente en el hecho probado tercero de la sentencia del JS, siendo el argumento para ello que el citado permiso "no está previsto ser ejercitado en aquellos supuestos en los que el otro progenitor no trabaje", añadiendo argumentaciones adicionales de carácter mucho menos jurídico a mi parecer, cuales eran que el progenitor que no trabaja "se encuentra en disposición de realizar las funciones que con ese permiso se persiguen", y además que, de conceder el permiso solicitado, "se incurriría en un agravio comparativo con el resto de miembros de la plantilla en el que solo uno de los miembros puede ejercitar el permiso si ambos trabajan".

Los hechos relatados, es decir la petición del permiso y su no concesión, motivaron la presentación de la demanda por la parte trabajadora, que como ya he indicado fue estimada parcialmente por el JS, reconociendo el derecho del trabajador al disfrute de tal permiso, "con derechos a reducir una hora de jornada diaria para el cuidado de su hijo menor acumulándose en jornadas completas en total de 14 días laborables a disfrutar desde el día siguiente de la presente comunicación".

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación por la parte empresarial. Ya sabemos que fue desestimado en lo relativo al disfrute del derecho por la parte trabajadora, siendo estimado parcialmente al suprimir la referencia a dicho disfrute "mediante acumulación y reducción de una hora de su jornada en jornadas completas en un total de catorce días". Para la Sala autonómica, las reformas operadas desde la redacción original del precepto han implicado que la referencia a la mujer como titular del derecho haya dado paso "a la desvinculación del género de su titular como superación de una tradicional concepción vinculada al hecho físico de la lactancia para la instauración de una medida conciliadora de la vida personal y familiar del trabajador progenitor con su jornada laboral".

Para la Sala, con plena corrección jurídica a mi parecer, "... tanto la literalidad del precepto estatutario como la finalidad que el mismo persigue tras la profunda evolución normativa sufrida a la luz de la jurisprudencia constitucional y europea conducen a rechazar que la indistinta titularidad que reconoce pueda quedar condicionada, como sostiene el recurrente, por el hecho de que uno de los progenitores no trabaje y pueda asumir el cuidado del menor durante los primeros meses de vida. Tratándose como se trata de una medida conciliadora de la vida familiar y laboral, el legislador ha centrado el reconocimiento de la titularidad del derecho en la condición de trabajador de cualquiera de los progenitores y el objeto del permiso en el tiempo de cuidado a favor del hijo, sin otras consideraciones adicionales o cortapisas que su ejercicio solo pueda corresponder a uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen..."

También se interpuso recurso de suplicación por la parte trabajadora, al haber sido estimada solo parcialmente su demanda, que incluía la petición de indemnización por vulneración de su derecho a la no discriminación, que fue estimado por el TSJ asturiano, que declaró que se había vulnerado el derecho constitucional fundamental (art. 14 CE) a la no discriminación, en esta ocasión por motivos personales o familiares, condenando a la empresa al abono de una indemnización de 6.000 al demandante en instancia, que era justamente la cuantía solicitada. La estimación del recurso se produce tras un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del TC, para llegar a la conclusión de que "... como reclama el recurrente y admite la jurisprudencia constitucional, con la denegación del permiso la demandada vulnera su derecho a no ser discriminado " por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE) relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)".

IV. Examen del Recurso de casación para la unificación de doctrina

1. Existencia de contradicción

Una vez conocidos los hechos y los pronunciamientos de las resoluciones judiciales de instancia y suplicación, es el momento de entrar en el examen del RUCD interpuesto por la empresa, y la argumentación de la Sala del alto tribunal que concluirá con su desestimación.

Indico con anterioridad que al tratarse de un RUCD debió aportarse sentencia de contraste, siendo esta la dictada por el TSJ de Andalucía el 1 de julio de 2015 (Rec. 963/2015), cuyo resumen oficial es el siguiente: "Se plantea si el demandante tiene derecho a disfrutar el permiso por lactancia, solicita una indemnización de 3.000€ por entender que se ha vulnerado el derecho fundamental de igualdad.

Con prontitud centra la Sala la cuestión suscitada y a la que debe dar respuesta, que no es otra que la del "eventual derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia, teniendo en cuenta que la madre no desarrolla actividad productiva y que los hechos litigiosos ocurren durante la primavera de 2018".

La importancia de las fechas, apuntada con anterioridad, se observa con claridad en la manifestación formulada en el fundamento de derecho primero, ya que la Sala nos dice que va a recordar el contenido de la norma cuestionada, el art. 37.4 de la LET, que ha sufrido diversas redacciones desde su aprobación en el lejano año 1980,

reflexión que hará siempre teniendo bien claro que aquello a lo que deberá responder es, en el litigio que tiene ante sí, quién es el sujeto titular del derecho y su ejercicio.

¿Existe la contradicción requerida por el apartado 1 del art. 219 de la LRJS? Es el trámite previo que debe abordar la Sala, siendo dos los motivos alegados por la recurrente, si bien apoyándose en la misma sentencia ya citada del TSJ andaluz.

Esta sentencia reconocía primeramente que las modificaciones operadas en el art. 37.4 de la LET habían significado su desvinculación del hecho biológico de la lactancia natural, pasando a ser considerado “como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo, y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral; derecho de los que son titulares en igual medida ambos progenitores, con la única limitación de que solo puede ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen”, añadiendo que con esta medida “se garantiza que **uno de los progenitores(no los dos)** atienda esas necesidades del menor en los primeros meses de vida” (la negrita es mía), y pasando sin solución de continuidad a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora por darse el supuesto de trabajar el padre y la madre encontrarse en situación de desempleo, haciendo suya la tesis de la sentencia de instancia, cual es que “no procede acceder a la pretensión actora, porque lo que subyace en el permiso de lactancia es la protección del menor y no solo a la lactancia como inicialmente se concibió, para facilitar el amamantamiento del bebé por parte de la madre; sino que se ha ampliado tal derecho a necesidades de toda índole durante los primeros meses de vida, para su cuidado, ampliándose pues el citado derecho al padre, siendo ambos trabajadores por cuenta propia o ajena, como medida conciliadora de la vida laboral y familiar, debiendo evitar toda discriminación. Sin embargo, dice la sentencia recurrida, no se produce tal discriminación, y comparte esta Sala el criterio, **cuando se reconoce el citado permiso a uno de los progenitores, independientemente del sexo, amparando así la corresponsabilidad familiar en el cuidado del menor; siempre que ambos trabajen; de tal suerte que cuando uno de ellos lo disfruta, ya no tendría derecho el otro.** Pero si, como aquí ocurre, la madre no trabaja, no procede el citado reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado; no siendo discriminatoria la denegación” (la negrita es mía).

De los dos motivos del RCUD es desestimado el segundo, cuál era la petición de eliminación de la indemnización de 6.000 euros, por no darse la obligada contradicción entre las dos sentencias, en cuanto que en una se declara existente la discriminación y se condena al abono de tal cuantía, mientras que en la segunda no hay manifestación sobre una posible indemnización al haber sido desestimado el recurso de suplicación por la parte empresarial, habiendo sido necesario, como muy bien expone el TS, que para poder apreciar contradicción a los efectos de entrar a conocer el RCUD hubiera una sentencia de contraste “en que se reconociese el derecho del padre al disfrute del permiso, pero descartase la condena a la empresa en concepto de daños y perjuicios por vulneración de derecho fundamental”.

Sí existe contradicción en relación con el primer motivo del recurso, ya que en ambos casos hay solicitud de permiso por lactancia, siendo así que el otro progenitor, la madre, no trabaja, y en la sentencia recurrida se estima la pretensión, mientras que es desestimada en la de contraste. No deja de señalar la Sala que la normativa vigente no es la que fue de aplicación en ambas sentencias, la existente en virtud de la reforma operada a partir de la Ley 3/2012 de 6 de julio, pero ello no tiene mayor relevancia para apreciar la contradicción (sí la tendrá en la fundamentación de la Sala para estimar el recurso), siendo lo importante para apreciar su existencia que estemos en presencia de los mismos fundamentos de derecho, sin que tampoco tenga relevancia alguna para desestimar la contradicción el hecho de que la sentencia comparada “invoque doctrina judicial cuando estaba vigente una versión precedente del artículo 37.4 ET”.

Por todo ello, reitera ahora la Sala tras haber procedido a la obligada comparación de la sentencia recurrida y la de contraste, pasará a dar respuesta a la cuestión de “sí,

bajo la redacción de la Ley 3/2012, el derecho a permiso por lactancia (art. 37.4 ET) puede denegarse cuando uno de los dos progenitores no está trabajando”.

2. Normativa anteriormente aplicable

Antes de abordar la resolución de este problema, la Sala pasa rigurosa revista a las vicisitudes históricas del precepto, que ciertamente son a mi parecer un buen reflejo de cómo ha evolucionado la regulación de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, y de cómo un derecho reconocido inicialmente a las mujeres trabajadoras se ha ido ampliando en el tiempo a toda persona trabajadora en quien concurra el estatus jurídico de progenitora, habiendo ciertamente influido en estos cambios la jurisprudencia del TC, del TJUE y por supuesto la de la propia Sala.

Cabe señalar que el análisis histórico se inicia por supuesto con el texto originario de la LET de 1980, que reconocía el derecho a “las trabajadoras”, regulación que no fue considerada discriminatoria por el TC al entender que con dicho derecho se avanzaba en la protección de un grupo “especialmente desfavorecido”.

A continuación, la Sala se detiene en las modificaciones operadas en la LET por la Ley 3/1989 de 3 de marzo, que reconoce el derecho del trabajador al permiso de lactancia si la madre también trabaja; por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, que no modifica la titularidad pero introduce un matiz “al clarificar que la reducción del tiempo de trabajo no operaba sobre la jornada *normal* sino sobre la propia de la mujer trabajadora”, y junto a referencias de sentencias de la propia Sala se encuentra aquí la mención a la importante sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09), el conocido como “caso Roca /Álvarez”, del que conviene recordar su fallo: la normativa interna española se oponía a la comunitaria cuando prevé que “las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

La Sala se detiene a continuación en las modificaciones operadas por la LO 3/2007 de 22 de marzo, que, en aquello que ahora me interesa a los efectos de la explicación, mantuvo la titularidad del derecho para los dos progenitores, o más exactamente “padre y madre” en el caso de que ambos trabajaran. Por su parte, la reforma laboral operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio (que recordemos que encuentra su origen en el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero), mantuvo la titularidad en los términos anteriormente expuestos, refiriéndose pues a “hombres y mujeres”, si bien con anterioridad la mención era la de “los trabajadores”, ampliando el permiso a los supuestos de adopción o acogimiento. Una de las sentencias citadas para explicar la interpretación del derecho por la Sala es la dictada el 19 de abril de 2018 (Rec. 1286/2016), la primera sentencia dictada por una Sala compuesta de manera exclusiva por magistradas.

La última mención a los cambios normativos es la de la una norma posterior a los hechos acaecidos, el RDL 6/2019 de 1 de marzo, poniendo de manifiesto que sí se opera un cambio sustancial con respecto a la normativa anterior, ya que pasa a constituir un derecho individual, y además intransferible, de cada persona trabajadora en la que concurra la condición de progenitor, pudiendo solo ser restringido el derecho cuando ambos progenitores trabajen en la misma empresa y soliciten el disfrute simultáneo. A mi parecer, la importancia del cambio efectuado en el art. 37 de la LET por el citado RDL radicaba en la regulación de la reducción de jornada por lactancia, ya que la posibilidad de su limitación cuando lo ejerzan ambos progenitores (sin posibilidad de transferir su ejercicio al otro) se redujo a que ambos presten sus servicios en la misma empresa, en cuyo caso sí podrá el sujeto empleador limitar su ejercicio simultáneo “por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito”, así como la ampliación del período de disfrute hasta doce meses (con protección social que cubrirá la reducción del salario a partir de los

nueve meses) cuando los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, "ejercen este derecho con la misma duración y régimen".

3. *Jurisprudencia europea y española*

Del marco normativo, del examen de su evolución desde 1980 a 2019, la Sala pasa al recordatorio de la jurisprudencia del TJUE, del TC, y de la suya propia que considera relevante para la resolución del caso.

Sobre la primera, manifiesta, y creo que acierta, que hay sentencias de importancia que pueden aportar luces para el supuesto litigioso ahora examinado, si bien se trata de sentencias que entran "con el pie forzado", ya que se trata de abordar el permiso parental, o de forma más genérica el principio de igualdad de oportunidades en el empleo. Así son referenciadas las sentencias de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09), de 19 de septiembre de 2013 (asunto C-5/12) y de 16 de julio de 2015 (asunto C-222/14).

La segunda sentencia trata de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida, manifestando el TJUE que "aunque el Juzgado remitente parece considerar que el período de descanso posterior a las seis semanas que la madre debe obligatoriamente disfrutar tras el parto debe entenderse como un permiso parental, en el sentido de la Directiva 96/34, el auto de remisión no contiene elementos relativos al contenido de la normativa nacional en materia de permiso parental que permitan responder a las cuestiones planteadas en relación con esta Directiva. Sobre este particular, como señalan el INSS y el Gobierno español, el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, que constituye el único objeto de las tres cuestiones planteadas por el Juzgado remitente, no trata del permiso parental en el sentido de la Directiva 96/34", concluyendo que esta misma tesis es aplicable a la Directiva 2010/18 y el acuerdo marco revisado, en cuanto que la revisión no introdujo modificación alguna sobre el texto original, y de ahí que la Directiva 2010/18 no incluye, no cubre, los supuestos de "permiso por maternidad" como el que se afectaba a la socia trabajadora que presentó la demanda.

La tercera aborda la problemática suscitada en Grecia relativa al derecho de las juezas a solicitar permiso por nacimiento de hijo, y en cambio la limitación de ese derecho a los jueces, que queda condicionado a la situación profesional de su esposa. En su análisis de la Directiva 2006/54, para su aplicación a este caso concreto, el TJUE insiste en la importancia de garantizar efectivamente el principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que puede facilitarse mediante la concesión del permiso parental, un permiso que sin duda entra dentro de la regulación de las condiciones de trabajo y empleo protegidas por la Directiva. Tras recordar, con cita de algunas de sus sentencias (y resulta sorprendente que deba hacerse aún este recordatorio en pleno siglo XXI) que la situación de los trabajadores y las trabajadoras que tengan la condición de progenitor "es comparable en los que respecta a la educación de los hijos", el TJUE constata la diferencia de trato, a efectos del reconocimiento del permiso parental, a funcionarias y funcionarios, y por tanto también a juezas y jueces, en el ordenamiento jurídico griego, en cuanto que no bastará la mera condición de progenitor para el ejercicio del derecho si se trata de un funcionario (ya que deberá añadirse que la madre "ejerce una actividad laboral o profesional), mientras que sí será suficiente cuando se trate de una funcionaria. Que esta medida en nada contribuye a los objetivos perseguidos por las Directivas sino más bien todo lo contrario, de "reparto tradicional" de tareas en el hogar y de colocación de los hombres "en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental", es claramente puesto de manifiesto por el TJUE, por lo que estamos en presencia de discriminación directa por razón de sexo, siendo los discriminados, como en el caso concreto el juez, "los funcionarios que son padres en relación con la concesión de un permiso parental".

De las sentencias del TC es mencionadas ampliamente la núm. 75/2011 de 19 de mayo, y también el auto núm. 14/2016 de 19 de mayo.

En fin, de la jurisprudencia propia de la Sala se selecciona la dictada el 10 de marzo de 2020 (Rec. 221/2018), de la que se realiza una amplia exégesis, y de la que ahora reproduzco un fragmento de especial interés:

“El permiso de lactancia controvertido implica la ausencia del trabajo para satisfacer obligaciones familiares que competen a los progenitores con independencia del sexo y no puede ser compensado, limitado, condicionado o reducido por la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la maternidad. El peculiar argumento de la parte recurrente relativo a un beneficio para los trabajadores varones por poder éstos acceder con anterioridad al permiso carece también de fundamento puesto que, como ya hemos indicado, la duración máxima del permiso está fijada en la edad del lactante y la madre podría haber distribuido las 16 semanas por parto de forma tal que sólo seis de ellas fueran posteriores al nacimiento, y, a su vez, el padre tenía la posibilidad de ejercer el derecho a la suspensión de contrato por paternidad "durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión" (art. 48.7, par. tercero ET)”.

V. Doctrina básica

A partir de este amplio y riguroso examen de la evolución normativa del permiso de lactancia, y de la jurisprudencia del TJUE, TC y de la propia Sala, el TS concluirá con la desestimación del RCU y la confirmación de la sentencia del TSJ asturiano, basando su tesis en una interpretación de la norma, basada por supuesto en los criterios fijados en el art. 3.1 del Cc, que apuesta claramente por el pleno reconocimiento del derecho al permiso de lactancia para los dos progenitores y sin cortapisas para uno u otro, teniendo además como punto de referencia el art. 4 de la LO 3/2007, que dispone la integración del principio de igualdad (entre mujeres y hombres) en la interpretación y aplicación de las normas.

Analicemos el argumentario del TS, siendo su doctrina básica a mi parecer la misma que la recogida en la sentencia de 10 de marzo de 2020, es decir que “para cumplir con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, la utilización de las medidas de corresponsabilidad debe hacerse facilitando que los hombres hagan uso de los derechos de conciliación de la vida familiar y, por ello, el retraso en el inicio del ejercicio del permiso que postula la empresa resulta lesivo para la efectividad del derecho constitucional (art. 14.1 y 8 LO 3/2007, de 22 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombre)”.

Y recordemos que la norma que fue objeto de aplicación era el art. 37.4 LET en la redacción dada por la Ley 3/2012 (“La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito”)

Primer argumento: la configuración del derecho como individual, siendo la decisión de su disfrute la adoptada por la persona que tenga derecho al mismo, enfatizando la sentencia que “no hay, por el contrario, atisbo alguno de que deba condicionarse la titularidad del derecho en cuestión a las circunstancias del otro progenitor”

Segundo argumento. Se rechazan las restricciones al disfrute del permiso, en las que se basan la sentencia de contraste y el primer motivo del recurso. No esta es la interpretación que debe predicarse de la mención a que el permiso “sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”, ya que en ella “se omite por completo la consideración de qué sucede cuando uno de los

progenitores no trabaja”, de tal manera que “si el legislador quisiera eliminar el permiso en tales casos debiera haberlo explicitado”, concluyendo que la restricción acogida por la sentencia referencial “no existe en la norma”.

Tercer argumento. La contradicción que se daría entre el reconocimiento del derecho como individual, por una parte, y su sometimiento a la vida laboral del otro progenitor, por otra. Hay que estar únicamente a los requisitos legales fijados por la norma en cuestión para poder acceder a derecho, cuáles son la edad del menor y el vínculo familiar con el mismo, por lo que debe rechazarse cualquier interpretación de la norma que amplie tales requisitos; o por decirlo con las palabras de la propia sentencia, “debe considerarse contraria a derecho la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en la Ley”.

Cuarto argumento. Sustentado en la finalidad de la norma, cual es la potenciación y fortalecimiento de la corresponsabilidad de ambos progenitores en las tareas familiares, desvinculándolos de cuál sea el sexo de la persona que disfruta el permiso, criticándose, con pleno acierto a mi parecer, la tesis de la sentencia de contraste de que la madre, al no estar llevando a cabo una actividad laboral por encontrarse en situación de desempleo, “puede encargarse del cuidado del menor y no tiene sentido que el padre active su permiso”.

Quinto argumento. Recuperando brevemente las referencias a la evolución histórica de la norma, se subraya la evolución desde la exclusiva mención a las trabajadoras hasta la referencia a ambos progenitores y la única mención a la limitación cuando trabajen en la misma empresa y soliciten al mismo tiempo el permiso, añadiendo un muy aceptable argumento, cual es que la redacción de la norma a partir de 2012 es muy plausible que tuviera como punto de referencia la jurisprudencia del TJUE sentada en la sentencia del caso Roca-Álvarez.

Y en directa relación con lo que acabo de exponer, aparece el sexto argumento, cual es que la interpretación ahora propugnada es la que mejor se acomoda a la jurisprudencia comunitaria y por supuesto también a la propia de la Sala, insistiendo en una tesis de la sentencia de 10 de marzo de 2020, esto es que “se trata de proteger el derecho del trabajador (que es padre del menor) a no ser discriminado "por razón de sus circunstancias personales o familiares" (art. 14 CE) en relación con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)”.

A modo de argumento de cierre, encontramos el séptimo, cual es el de la “transversalidad por razón de sexo”, a partir de la toma en consideración del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, contemplado en la LO 3/2007, como informador, con carácter transversal de la actuación de todos los poderes públicos, concluyendo que “esta pauta interpretativa viene a reforzar la decisión que adoptamos. Restringir el permiso por lactancia al varón, so pretexto de que su esposa y madre del menor no desarrolla actividad productiva y puede encargarse de cuidarlo comporta los peligros de perpetuación de roles tradicionales, sexistas, y opuestos a los objetivos equiparadores de la LOI”.

VI. Parte dispositiva

Concluyo aquí el comentario de esta bien argumentada sentencia, en la que se potencia claramente a mi parecer la corresponsabilización de los cuidados familiares, en una interpretación plenamente respetuosa con la normativa internacional, europea y española del principio de igualdad de trato y no discriminación. Y lo hago, obviamente, con el recordatorio de su fallo, que es el de desestimación del RCUd interpuesto por la parte empresarial demandada en instancia, y la confirmación y declaración de firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias.

§ 75 Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparto a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso.

Juan Martínez Moya

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

Resumen: *El problema consiste en determinar si dos sindicatos, con representación en el sector, tienen legitimación activa para impugnar la decisión de una empresa (dedicada al proceso de entrega de comida a domicilio, mediante uso de aplicaciones informáticas), calificada en la demanda como despido colectivo de hecho, al afectar a gran número de repartidores, sin que medie una declaración formal de éstos como trabajadores por cuenta ajena, ni tampoco conste el nivel de afiliación sindical, no existiendo representación legal de trabajadores en la empresa. La estimación de la legitimación activa en el recurso de casación abre paso a examinar otras importantes cuestiones procesales sobre admisión de pruebas, ampliación de demanda y el alcance del escrito de impugnación del recurso de casación.*

Palabras clave: *Legitimación activa. Despido colectivo. Sindicatos. Ampliación de demanda. Escrito de impugnación. Plataforma digital.*

Abstract: *Le problème consiste à déterminer si deux syndicats, représentés dans le secteur, ont une légitimité active pour contester la décision d'une entreprise (dédiée au processus de livraison de nourriture à domicile, via l'utilisation d'applications informatiques), qu'ils qualifient de licenciement collectif de fait, en affectant un grand nombre de livreurs, sans avoir déclaré l'existence d'un contrat de travail, sans préciser le niveau d'affiliation syndicale, et sans représentation légale des travailleurs dans l'entreprise. L'estimation de la légitimation active dans le pourvoi en cassation ouvre la voie à l'examen d'autres questions procédurales importantes concernant l'admission de la preuve, l'extension de la demande et la portée de l'effectivité de l'acte d'opposition au recours.*

Keywords: *Légitimation active. Licenciement collectif. Syndicats. Extension de la demande. Acte d'opposition. Plateforme numérique.*

I. Introducción

Hasta cuatro relevantes cuestiones procesales se dan cita en la sentencia 684/2022, 20 de julio 2022, del Pleno de la Sala de lo Social del TS objeto del presente comentario:

1ª) La cuestión principal es decidir si tienen o no *legitimación activa los sindicatos demandantes para impugnar un pretendido despido colectivo de hecho, en el que*

concorre dos singulares circunstancias que, conviene destacar, aparentemente no fueron objeto de frontal controversia ni en la instancia ni en casación:

- Curiosamente quedó imprejuizada la condición o no de trabajadores de las personas afectadas por el supuesto despido colectivo. Estas prestaban servicios como repartidores, pero en el litigio no se prejuzga su condición de trabajadores por cuenta ajena o que pudiera derivar de la Disposición adicional 23ª del ET ex RDL 9/2021, de 11 de mayo, que entró en vigor el 12 de agosto de 2021.

- Pero es que tampoco hay alusión en la sentencia de instancia, ni se combate en casación, el dato de la afiliación sindical de dichos repartidores.

La sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) le niega esa legitimación, y desestima la demanda. En cambio, el TS (Social, en Pleno) afirma esa legitimación activa.

2ª) La segunda y tercera cuestión procesal, planteadas también en el recurso de casación, se mueven en el ámbito de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Tienen que ver con el alcance de dos rechazos acordados por la Sala de instancia: uno, a un *medio probatorio* – prueba documental, inicialmente admitida y después desestimada por posible vulneración del derecho a la protección de datos -; y otro, concierne a la denegación de *ampliación de demanda* contra una empresa del grupo – Uber System Spain S.L.-.

3ª) La cuarta y última cuestión se refiere al contenido y límites del *escrito de oposición al recurso de casación*, marcando diferencias de tratamiento con su homónimo para la suplicación.

Todas estas problemáticas son objeto de atención cuidadosa y detallada en la sentencia de casación.

Y, como veremos, en lo que se refiere a la temática procesal clave – la legitimación activa sindical en el despido colectivo de hecho - el Tribunal de casación laboral, en función de las circunstancias del caso, se aferrará a un concepto muy amplio y flexible de la legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo, enfatizando de esta manera su misión constitucional cuando puedan verse comprometidos los intereses colectivos y la defensa de los afectados por esa decisión anticipándose a un eventual escenario de indefensión de éstos.

Adelantamos ya un apunte provisional: el examen de la legitimación -tema de partes procesales- se antepone, y en el caso, ladea o margina el análisis sobre la determinación del orden jurisdiccional competente – cuestión de orden público-incidente en declarar si concurría o no relación laboral respecto a las personas afectadas, extremo que, por demás, sí fue objeto de expresa alegación en la contestación a la demanda^[1].

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. 684/2022, 20 de julio.

Tipo y número recurso: RCO núm. 111/2022.

ECLI:ES:TS: 2022:3193.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente litigio surge como consecuencia de la presentación de una demanda por despido colectivo por dos sindicatos UGT y CCOO frente a la "Portier Eats Spain", del grupo UBER. Solicitaban la nulidad del despido colectivo, *por vía de hecho*, interesando que la empresa a readmitiera a todas las personas trabajadoras afectadas por el mismo.

El problema suscitado gira en torno a determinar si dos sindicatos, con representación en el sector del reparto, ostentan legitimación activa para impugnar una decisión empresarial, que califican de despido colectivo de hecho al afectar a un cuantitativamente relevante número de repartidores, sin cuestionar si media o no relación laboral ni tampoco el nivel de afiliación sindical.

El abordaje de la problemática de la legitimación activa sindical viene fuertemente condicionada a los elementos configuradores del modo de plantear el debate por las partes, definido por determinadas circunstancias singulares que aconsejan retener.

* En el *plano fáctico*, debemos destacar, que el objeto procesal sobre el calificado "despido colectivo de hecho" viene integrado por hechos positivos, afirmados en la demanda y expresamente declarados probados; y otros negativos, que no fueron objeto del debate.

1) Hechos afirmados, objeto del proceso: estamos ante una demanda de un denominado "despido colectivo de hecho" que se explica básicamente por dos circunstancias:

(i) por la adaptación de la actividad de la empresa (proceso de entrega de comida a domicilio mediante la colaboración de usuarios o clientes, repartidores y restaurantes mediante el uso de las aplicaciones de UBER) a la Disposición Adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores incorporada mediante RDL 9/2021, de 11 de mayo, con entrada en vigor el 12 de agosto de 2021;

(ii) diversas comunicaciones de la demandada a los repartidores, que materialmente produjeron como consecuencia que un número indeterminado de personas que hasta la fecha efectuaban labores de reparto dejaron de poder acceder a la realización de dichas funciones, lo que para los demandantes constituyó una extinción de los contratos de trabajo de dichas personas en número muy superior a los umbrales fijados en el *artículo 51 ET*;

2) Hechos negativos o excluidos del debate procesal:

(i) no se parte del carácter laboral de las relaciones de los repartidores bien por aplicación de la referida nueva Disposición Adicional, bien por considerar que concurrían las notas configuradoras del contrato de trabajo;

(ii) tampoco se toma con dato de referencia la afiliación a los sindicatos demandantes de personas afectadas por el posible despido colectivo.

* *La judicialización del conflicto* y su itinerario procesal

1) La demanda presentada por los sindicatos UGT y CCOO, por despido colectivo de hecho es desestimada por la sentencia de la AN de 17 de enero de 2022 al acoger la excepción de falta de legitimación activa de los sindicatos demandantes opuesta en el acto del juicio por la empresa demandada.

2) Interponen recurso de casación ambos sindicatos. Lo estructuran en tres motivos:

-uno principal, dirigido a afirmar su legitimación activa para impugnar lo que consideran un despido colectivo de hecho.

-los dos restantes, vinculados al éxito del primero, para denunciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: (i) en su vertiente del derecho a valerse de los

medios pertinentes de prueba – por denegación de medios probatorios -; (ii) por no haber aceptado la sala de instancia la ampliación de la demanda formulada con anterioridad al acto de la vista contra una empresa perteneciente al mismo grupo que la demandada.

3) La empresa presenta escrito de impugnación, oponiéndose y a la vez planteando cuestiones procesales varias, tales como las excepciones de falta de acción, la de inadecuación del procedimiento y la falta de competencia objetiva de los juzgados y tribunales aduciendo, en este último caso, la inexistencia de relaciones laborales entre la empresa y los repartidores que venían prestando servicios a través de las aplicaciones UBER hasta el día 11 de agosto de 2021.

IV. Posición de las partes

** En instancia:*

- *La parte demandante: los sindicatos UGT y CCOO* solicitaban se dictase sentencia en la que se declarase la nulidad del despido colectivo de la empresa "Portier Eats Spain", empresa del grupo UBER, aplicado por la vía de hecho y condenando a la referida empresa a readmitir a todas las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo (unas 3000) , con abono de los salarios de tramitación o, subsidiariamente, le declarase no ajustada a derecho con las legales consecuencias inherentes a tal declaración.

- *La parte demandada: la empresa*, se opuso a la demanda alegó las excepciones de falta de legitimación activa, falta de acción, inadecuación de procedimiento, falta de competencia objetiva de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, incompetencia de jurisdicción y, en cuanto al fondo, se opuso a la demanda.

**En casación:*

-*La parte recurrente: los sindicatos.* Los estructuran en tres motivos: el principal, y de cuya estimación penderían los dos restantes, se refiere a la impugnación de la falta de legitimación activa estimada por la sentencia recurrida. En el segundo se denuncia infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a valerse de los medios pertinentes de prueba; y, en el tercero, se denuncia infracción del citado derecho fundamental por no haber aceptado la sala de instancia la ampliación de la demanda formulada con anterioridad al acto de la vista contra una empresa perteneciente al mismo grupo que la demandada

-*La parte recurrida: la empresa.-* En su escrito de impugnación, la empresa se opone a la estimación del recurso, y formula, tres motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia, destinados a solicitar que esta Sala acoja las excepciones de falta de acción; de inadecuación del procedimiento y de falta de competencia objetiva de los juzgados o tribunales del orden social para conocer de la presente litis por inexistencia de relaciones laborales entre la empresa y los repartidores que venían prestando servicio a través de las aplicaciones de UBER hasta el día 11 de agosto de 2021.

-*La posición del Ministerio Fiscal* es coincidente con la posición de la empresa al sostener que debe desestimarse íntegramente el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

- Con relación a la legitimación activa de los sindicatos en el despido colectivo: CE: art. 7; ET: art. 51.2; LRJS: arts. 17.2, 155, 124.1.
- Con respecto a la denegación de prueba documental: LRJS: arts. 124.8 y 9; 76.2; LEC: art. 217; LOPD: art. 8.
- Con relación a la denegación de la ampliación de demanda: CE: art. 24; LRJS: arts. 103.2 y 49.2.
- Con respecto al escrito de impugnación: LRJS: art. 211.1.

VI. Doctrina básica

- Tienen *legitimación activa los sindicatos* más representativos de carácter estatal y que, a su vez, ostentan tal carácter en el sector, para impugnar un *despido colectivo de hecho*, que afecta a prestadores del servicio de reparto, sin que conste formalmente la vinculación laboral con la empresa ni representación legal o sindical en la misma. Negar la legitimación activa en estos casos supondría vaciar de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva y desvirtuar por completo las exigencias legales derivadas del artículo 51 ET, pues la decisión de la empresa devendría irrevocable, sólo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados.
- Infringe el derecho a la tutela judicial efectiva que el órgano judicial inadmita como *medio probatorio documental* que datos de los terceros (en el caso, los repartidores) posiblemente afectados por la extinción contractual denunciada, porque además de que su aportación a los autos está prevista en la LRJS (*artículos 124.9 y artículo 76.2 LRJS*), tampoco infringe el derecho a la protección de datos al estar constituir un supuesto del artículo 8 LOPD; *y además resulta útil y pertinente para esclarecer los hechos.*
- El órgano judicial no debe rechazar la *ampliación de demanda* contra tercero no demandado inicialmente y que pudiera ser empresario, con fundamento en la supuesta caducidad por el mero hecho de haber transcurrido el plazo cuando la parte demandante solicitó dicha ampliación.
- El *escrito de oposición a un recurso de casación* presenta diferencias con el régimen previsto para la oposición a la suplicación, siendo más limitado, puesto que la oposición a la casación la norma (LRJS art. 211.1) se refiere literalmente a "motivos subsidiarios de fundamentación del fallo", distintos de los que consideró aplicables la sentencia recurrida, y no a "causas de oposición", por la distinta configuración de la suplicación, que es mucho menos limitado.

VII. Parte dispositiva

**Principal:* se estima el recurso de casación interpuesto por los sindicatos (FeSMC-UGT) y (CCOO-SERVICIOS) y se casa y anula la *sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de enero de 2022, recaída en su procedimiento de Despido Colectivo, autos núm. 266/2021*, promovido a instancia de los citados sindicatos contra PORTIER EATS SPAIN SL:

- en el sentido de: (a) declarar la legitimación activa de ambos sindicatos; (b) de Tener por ampliada la demanda contra la mercantil "Uber Systems Spain SL"; (c) de declarar la nulidad de actuaciones y ordenar la reposición de estas al momento de la propuesta de la prueba documental formulada por los demandantes que se admite;

- y ordenando a que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dicte las disposiciones necesarias para que sea practicada, siguiendo el procedimiento por sus trámites, con citación a juicio y posterior sentencia en la que la dicha sala, con plena libertad de criterio resuelva las cuestiones planteadas por las partes.

**Accesorio:* no efectúa pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

1. En cuanto a la legitimación activa

*Fjco SEGUNDO 3.- "Parece claro, pues, que el legislador tiene una actitud "proactiva" respecto a la Intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional (STS de 20 de julio de 2016, Rcd. 323/2014).

*Fjco TERCERO. 1, 2 y 3.- "A la vista de la doctrina expuesta, la Sala entiende que, en este caso concreto, atendidas las circunstancias que, de inmediato, se expondrán y valorarán, es posible reconocer que los sindicatos demandantes estaban activamente legitimados para impugnar el despido colectivo de hecho a que se refiere el presente procedimiento, en la medida en que, por un lado, cumplen con el denominado "principio de correspondencia", que implica realizar la finalidad legal de que la representación que se exige en el proceso es la que corresponde a los trabajadores afectados por el mismo; y, por otro, es posible reconocer que se cumple la exigencia legal de la "implantación suficiente" que los propios sindicatos poseen en el ámbito del despido colectivo". (...) Varias son las consideraciones que permiten llegar a la conclusión expuesta. La primera y fundamental que, en el ámbito de un despido colectivo de hecho que puede afectar a personas que venían prestando servicios en la empresa demandada respecto de las que podría ponerse en duda su condición de trabajadores por cuenta ajena y en la que no consta la existencia de representación legal de los trabajadores, parece lógico concluir que los sindicatos más representativos en el sector a que pertenece la empresa poseen legitimación para demandar y sostener la ilegalidad de la decisión empresarial, so pena de impedir de hecho la impugnación de la decisión empresarial de extinguir las relaciones de las personas que en ella prestaban servicios. En efecto, reconocer legitimación a los aludidos sindicatos implica conjurar un peligro cierto de indefensión de las personas afectadas, ya que la negativa a admitir tal legitimación haría imposible una impugnación de la decisión colectiva empresarial que podría calificarse como constitutiva de un despido colectivo llevado a cabo sin seguir los trámites del artículo 51 ET. (...) La expresada apreciación ya ha sido acordada por la Sala en supuestos similares. En concreto, en la STS de 17 de enero de 2017, Rec. 171/2017 en un asunto en el que, al no existir representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa, consideramos que estaba legitimado activamente el sindicato actor con fuerte implantación nacional en todos los sectores.

2. Denegación de prueba

* Fjco CUARTO 2 y 3 .- "La Sala entiende que, efectivamente, se han producido las infracciones denunciadas en el recurso. De entrada, la providencia en la que se acordó admitir la prueba solicitada y requerir a la empresa para su aportación no era susceptible de recurso tal como expresamente dispone el artículo 124.8 LRJS (...) En consecuencia, el recurso de reposición ni debió ser admitido ni tramitado, por lo que se aprecia la infracción denunciada al respecto. (...) En lo relativo a la denegación de la prueba por posible vulneración del derecho a la protección de datos de las posibles personas afectadas por el despido colectivo, la Sala no comparte las razones que esgrime la sentencia de instancia que se remite al respecto al reiterado Auto de denegación de la prueba solicitada. Los documentos solicitados y los datos que en los mismos deberían contenerse no sólo no atentan al referido derecho de los terceros posiblemente afectados por la extinción contractual denunciada, sino que su aportación a los autos está prevista en la propia ley. En efecto, en el ámbito del proceso en el que nos encontramos, el artículo 124.9 LRJS dispone que (...) Además, el artículo 76.2 LRJS dispone (...) Los expresados preceptos constituyen prueba inequívoca de que no estamos ante el supuesto contemplado en el artículo 11.1 de la LOPD, como sostiene la sala de instancia, sino en el caso del artículo 8 LOPD, en el que una norma con rango de ley determina 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, prevista en este caso en la LRJS. (...) Además, en ningún caso puede admitirse que estamos en presencia de

pruebas que carecen de interés o que no pueden contribuir, razonablemente a esclarecer los hechos discutidos. (...)

3. Denegación de la ampliación de demanda

*Fjco QUINTO 2 y 3.- El argumento de la posible caducidad de la acción contra la empresa frente a la que se amplió la demanda no resulta sostenible. (...) En definitiva, tal como expresamos en nuestra STS de 6 de marzo de 2012, Rjud. 1870/2011, una vez presentada la demanda de despido en plazo contra quien aparece formalmente como empleador y ha efectuado la extinción contractual impugnada, si resulta que de las alegaciones de las partes o de la prueba practicada pudiera ser también verdadero empresario un tercero no inicialmente demandado, efectuándose por la parte actora la ampliación de la demanda contra éste transcurridos ya los días de caducidad, de no existir constancia cierta de que conociera en el momento del despido, si quiera de forma mínima pero suficiente para justificar su pretensión, los vínculos reales o las ilegalidades jurídicas de las relaciones entre las partes demandadas, no cabrá aplicar el instituto de la caducidad. (...) Tampoco, a juicio de la Sala, resulta asumible la concurrencia de mala fe en la actuación de los demandantes al ampliar la demanda contra una nueva empresa que pertenece, al parecer, al mismo grupo mercantil o comercial que la inicialmente demandada.

4. Escrito de impugnación

*Fjco SEXTO. - Por consiguiente, no se podrá utilizar la impugnación del recurso para alterar el fallo de la sentencia, eludiendo la obligación de realizar los depósitos y consignaciones exigidos por los artículos 229 y 230 LRJS a quienes no gozan del beneficio de justicia gratuita. Esto último es lo que, a juicio de la Sala, acontece en el presente supuesto. (...) En todo caso, dado que la Sala ha admitido tanto el motivo del recurso referido a la práctica de la prueba documental, como el relativo a la ampliación de la demanda, la práctica de la prueba admitida se revela como fundamental en orden a la solución de las posiciones de las partes y, también, de las propuestas por la demandada e impugnante del recurso; y, por otro lado, resulta también imprescindible la citación a la empresa frente a la que se ha ampliado la demanda, lo que impide que la Sala pueda pronunciarse sobre las excepciones reiteradas en el escrito de impugnación del recurso.

IX. Comentario

1. La cuestión procesal principal: la legitimación activa de los sindicatos en un despido colectivo de hecho: una interpretación en clave constitucional.

Como hemos reseñado en los apartados precedentes, la sentencia del TS (Social, Pleno) núm. 684/2022, 20 de julio 2022 da respuesta al recurso de casación interpuesto por dos federaciones de los sindicatos UGT y CCOO que impugnaron por la vía del despido colectivo ante la Sala de lo Social de la AN, unas decisiones empresariales que afectaban a un gran número de personas que venían prestando servicios como repartidores, dándose la circunstancia de que su vinculación como trabajadores por cuenta ajena no ha sido declarada, ni consecuentemente puede mediar representación legal de estos en la empresa. No obstante, ambos sindicatos gozan de representatividad en el sector por haber firmado el Acuerdo Laboral de ámbito Estatal del Sector de Hostelería y tener afiliadas a un número significativo de personas que prestaban servicios para la demandada^[2]

La sentencia de instancia, dictada por la AN (Social), desestima la demanda por falta de legitimación activa de las federaciones sindicales demandantes para impugnar el despido colectivo, al no quedar acreditada su implantación en el ámbito del despido colectivo y porque, además, carecen de cualquier presencia en los órganos de representación de los trabajadores y que no han acreditado implantación alguna en el ámbito de la empresa.

La sentencia objeto de comentario confirma una vez más" la repetida una y otra vez frase de Emilio Gómez Orbaneja, sobre el que concepto de legitimación es uno de

los más debatidos, y al mismo tiempo confusos del derecho procesal”.[3] Que la legitimación tiene una concepción procesal, como verdadero presupuesto del proceso, no cabe duda de que está presente en la resolución comentada. Basta advertir que la afirmación de la existencia de legitimación activa de los sindicatos demandantes – rechazada en la sentencia dictada por la AN - se antepone al examen de la invocación de la falta de competencia del orden social de la jurisdicción para conocer del litigio; cuestión que orilla en la exposición metodológica la sentencia cuando destaca dos cosas a fin de ponerse en situación la Sala para resolver el recurso:

1ª) Que estamos ante un supuesto despido de hecho puesto que “(...) que la demanda inicial considera que el despido colectivo que impugna se produjo como consecuencia de la adaptación de la actividad de la empresa (proceso de entrega de comida a domicilio mediante la colaboración de usuarios o clientes, repartidores y restaurantes mediante el uso de las aplicaciones de UBER) a la *Disposición Adicional 23ª del Estatuto de los Trabajadores* incorporada mediante RDL 9/2021, de 11 de mayo, con entrada en vigor el 12 de agosto de 2021”. Y “a tal efecto, constan en los hechos probados de la sentencia recurrida diversas comunicaciones de la demandada a los repartidores, que materialmente produjeron como consecuencia que un número indeterminado de personas que hasta la fecha efectuaban labores de reparto dejaron de poder acceder a la realización de dichas funciones, lo que para los demandantes constituyó una extinción de los contratos de trabajo de dichas personas en número muy superior a los umbrales fijados en el *artículo 51 ET (...)*”. Y la sentencia hace esta consideración para poner de manifiesto que “(...) sobre ninguna de tales cuestiones se pronuncia la sentencia recurrida ni, lo que a los presentes efectos resulta más relevante, tales cuestiones constituyen objeto del presente recurso de casación, por lo que nuestra resolución no podrá pronunciarse sobre las mismas habida cuenta de las limitaciones inherentes al recurso que examinamos”.

2ª) Que no hay referencia alguna en los hechos probados de la sentencia de instancia (ni se intenta la revisión en ese sentido) “(...) a la *afiliación a los sindicatos demandantes* de personas afectadas por el posible despido colectivo”.

A partir de aquí, la Sala parece desbrozar el camino y deja abierto para afirmar, con abundante soporte de precedentes jurisprudenciales, es posible reconocer que los sindicatos demandantes estaban activamente legitimados para impugnar el despido colectivo de hecho a que se refiere el presente procedimiento, “en la medida en que, por un lado, cumplen con el denominado “principio de correspondencia”, que implica realizar la finalidad legal de que la representación que se exige en el proceso es la que corresponde a los trabajadores afectados por el mismo; y, por otro, es posible reconocer que se cumple la exigencia legal de la “implantación suficiente” que los propios sindicatos poseen en el ámbito del despido colectivo”.

Adviértase que la determinación correcta de las partes en un litigio es una exigencia constitucional. La determinación de la capacidad material, procesal y la legitimación de las partes es esencial, pues es el primer presupuesto para que un proceso se tramite correctamente y dé lugar a una solución de fondo es que figuren como partes todos los legitimados, y que todos actúen con la suficiente capacidad procesal. Incluso, en el caso, podríamos afirmar que es lo que orilla haberse planteado – y resuelto- de oficio y como cuestión previa, por tratarse de una cuestión orden público, la competencia del orden social para conocer de la controversia planteada. Téngase en cuenta que como dijimos la cuestión si que se invocó como causa de oposición a la demanda y después se reproduce en el escrito de impugnación del recurso.

Sin duda, es punto de inflexión metodológico o de enfoque de la cuestión a la hora de abordar el examen del recurso de casación: la legitimación como presupuesto del proceso.

A partir de aquí, cobra pleno sentido la depuración de varios conceptos que lleva a la Sala del Alto Tribunal a afirmar la legitimación activa de los sindicatos demandantes y a sentar una serie de pautas interpretativas que se refieren:

(a) A la importancia del juego de “los intereses colectivos de los trabajadores”;

(b) A la “implantación suficiente” en dos escenarios: (i) en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada); y (ii) en el nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto^[4]

(c) A que no existe reglas generales ni matemáticas para valorar la concurrencia de implantación suficiente en el ámbito del conflicto, sino que habrá de estarse a las específicas circunstancias de cada caso y a los hechos y elementos de juicio que hayan sido acreditados en orden a demostrar el efectivo nivel de implantación del sindicato en el ámbito del que se trate, para lo que tanto puede valer su nivel de afiliación, como la constatación del número de miembros de los que disponga en los órganos de representación unitaria de los trabajadores^[5].

(d) A que el legislador tiene una actitud "proactiva" respecto a la Intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional.^[6]

Pues bien, esa interpretación amplia, en clave constitucional, con finalidad preventiva o cautelar de la legitimación de los sindicatos es la que se impone en la decisión casacional.

En efecto, quiere conjurar cualquier atisbo de indefensión a los trabajadores en el ámbito de un despido colectivo de hecho, en el que no consta representación legal de los trabajadores, y concurren obstáculos legales para su defensa, cuando dichos sindicatos son los llamados por la ley (*artículo 51.2 ET* en relación al *artículo 41.4 ET*) ante la ausencia de representantes legales o sindicales en la empresa, para poder ser nombrados a la constitución de la comisión ad hoc para negociar durante el período de consultas.

Ello le lleva a concluir que no cabe negar legitimación a los sindicatos más representativos de carácter estatal y que, a su vez, ostentan tal carácter en el sector, en un supuesto como el presente de ausencia de representación legal o sindical y de imposibilidad de constituir una comisión ad hoc en los términos del *artículo 41.1 ET*, impediría la impugnación de la actuación empresarial extintiva de carácter colectivo aquí cuestionada. Lo contrario supondría:

(i) Vaciar de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, toda vez los trabajadores individualmente considerados están excluidos de la acción que hace nacer el proceso del *artículo 124 LRJS*, porque estamos ante de un procedimiento de carácter colectivo que, como tal, busca obtener una solución judicial homogénea para todos los afectados por la actuación empresarial objeto de la impugnación; y

(ii) Desvirtuar por completo las exigencias legales derivadas del *artículo 51 ET* , pues la decisión de la empresa devendría irrevocable, sólo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer.

Por tanto, la afirmación de la legitimación activa en el presente asunto entronca con una interpretación constitucional doble: (a) la del artículo 7 CE en cuanto que los sindicatos de trabajadores tienen legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. Así, los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate. En todo caso, los sindicatos representativos pueden personarse como partes en el proceso, aun cuando no lo hayan promovido, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto^[7]; y (b) con el artículo 24.1 CE que

consagra la tutela judicial efectiva y la proscripción de indefensión, en este caso, de los “potenciales trabajadores”, vinculándolo a las especiales reglas de legitimación del sindicato para la acción de impugnación del despido colectivo tiene una regulación específica.

En fin, conforme a reiterada doctrina constitucional los sindicatos no se limitan a representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado, pues cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores «*uti singulus*», son de ejercicio colectivo^[8], en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de apoderamiento insita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva^[9]. Por esta razón, en principio, es posible considerarlos legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores^[10]

No olvidemos que, según reciente pronunciamiento jurisprudencial, es también la condición originaria de parte la que justifica la legitimación para recurrir por parte de una que se adhirió pacíficamente a una demanda de impugnación de despido colectivo y cuyas pretensiones se desestimaron íntegramente^[11].

Ahora bien, la sentencia ha cuidado en señalar que la doctrina constitucional ha precisado^[12] que “(...) esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible a priori que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer”.

2. Las otras cuestiones procesales

-Planteadas por la parte recurrente (sindicatos). La acogida favorable de la legitimación es la llave que abre paso al examen de otros dos quebrantos procesales denunciados. El relativo a la *denegación de una determinada prueba documental* y el de la ampliación de la demanda a una empresa del grupo. Ambos motivos se estiman. Con relación al primero, previo reproche de haber tramitado irregularmente un recurso de reposición, que no debió ser admitido, por una inicial admisión de prueba, luego rechazada. Después por motivos de fondo: a) pedir datos de los trabajadores no vulneraba la protección de datos porque estamos ante un caso del art. 8 LOPD ^[13]; b) porque la prueba era útil y pertinente porque son datos necesarios para contribuir a esclarecer los hechos discutidos^[14]; y c) por aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatorias^[15]. Y con respecto a combatir la desestimación en instancia de la ampliación de demanda a una empresa del grupo, la Sala de casación considera que era pertinente hacerlo por dos razones: a) porque el que se hubiera alegado por la parte transcurrido sobradamente el plazo de caducidad del despido y haberse interesado días antes del juicio oral no resultaba argumentos sostenibles conforme a lo dispuesto en el art. 103.2 LRJS; y b) porque no hubo mala fe en esa alegación, lo que se demuestra a la vista del informe de la Inspección de Trabajo remitido al órgano judicial previo requerimiento.

-Planteadas por la parte recurrida (empresa). Cuando la Sala pasa a examinar el escrito de oposición presentado por la recurrente, poco o nada cabe esperar de su éxito. El enfoque metodológico del que partió el examen del recurso ya cerraba el paso a cualquier intento de examinar una supuesta falta de acción, la falta de competencia objetiva del orden social de la jurisdicción y la inadecuación del procedimiento. La legitimación activa afirmada, en clave constitucional, de los sindicatos en el conflicto planteado (la impugnación de un despido colectivo de hecho) actuaba como coraza impenetrable para el examen de cualquiera de aquellas excepciones. Lo que venía a ser reforzado trayendo a colación el alcance de un escrito de oposición a un recurso de casación, que con sutileza jurídica, se destaca que se aparta en su régimen legal

con el escrito de oposición al recurso de suplicación, puesto que aquel (en la oposición a la casación) “ la norma^[16] se refiere literalmente a "motivos subsidiarios de fundamentación del fallo", distintos de los que consideró aplicables la sentencia recurrida, y no a "causas de oposición", por la distinta configuración de la suplicación, que aun siendo *cuasi-casacional* y de cognición restringida y no plena, a diferencia de la apelación civil, tiene menores limitaciones que la casación, en la que se cuestiona directamente la sentencia, sin posibilidad de un nuevo examen, de un *novum iudicium*, de la cuestión litigiosa”.

X. Apunte final

El enfoque que la sentencia comentada hace del estudio de la legitimación activa de los sindicatos que impugnan un *despido colectivo de hecho* en el que concurren circunstancias tan especiales, muestra un coherente ensamblaje de piezas procesales que no está exento de arrojar interesantes consecuencias jurídico-procesales.

(1º) De entrada, la legitimación tradicionalmente considerada tema de fondo, en cuanto presupuesto de la estimación o desestimación de la demanda, se erige en un *presupuesto del proceso*^[17], sin dejar de mirar el fondo del asunto orientado a garantizar la tutela judicial de las personas afectadas por las decisiones empresariales.

Tan es así, que las circunstancias concurrentes en el caso obligan a que la Sala tenga que esforzarse en delimitar y aislar hechos imprejuizados (la condición de trabajadores o no de los repartidores, la ausencia de un canal de representación legal de éstos en la empresa y la usencia del dato del nivel de afiliación sindical), lo que trae como consecuencia que anteponga el examen previo de la correcta constitución subjetiva de la litis (no sólo la legitimación sino también la ampliación de la demanda a otra empresa) a la excepción de la incompetencia del orden social de la jurisdicción – cuestión de orden público, que, por demás sí que fue alegada en la instancia-.

(2º) Pero también la sentencia de casación al afirmar la legitimación activa de los sindicatos les confiere una *posición de garantes* en la defensa de terceros. La jurisprudencia enseña que el sindicato puede hallarse en tres diferentes niveles de relación con el objeto del proceso^[18]: (a) el interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, pero sin que ello influya en la esfera de intereses propios de quien lo ejercita, que queda fuera del ámbito de la legitimación pues nadie, ni tampoco un sindicato, puede comparecer en un proceso «como un guardián abstracto de la legalidad»; (b) el interés en defender un derecho que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa, puesto que la solución que se dé al pleito afecta a la esfera de derechos que le son propios, en cuyo caso estamos ante la defensa de un interés legítimo y por ello legitimador. (c) El tercer nivel, que es el propio de la legitimación en su sentido tradicional que es el que manifiesta quien se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se halla discutido en el pleito. Pues bien, el asunto examinado en la sentencia analizada aunque se inscribe en el segundo nivel mencionado, revela matices que sitúan a los sindicatos demandantes en la *“posición de garantes”* de derechos de quienes no siendo partes tiene un interés legítimo en el resultado del proceso, y que están llamados a cumplir una *función de cautelar o de protección de derechos de terceros* afectados por el conflicto (en el caso los repartidos que no tienen afirmada su relación laboral); función cautelar que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta el restringido régimen jurídico legal de legitimación procesal en el proceso de despido colectivo.

(3ª) El TS ha despejado otros obstáculos procesales, entre ellos, ha admitido determinada prueba y ha ordenado la ampliación de la demanda. Deja abierto y provisionalmente imprejuizado el tema la competencia del orden social centrado en determinar si media o no vínculo laboral entre los repartidores y las empresas, tanto la inicialmente demandada como la del grupo frente a la que se ordena la ampliación (Uber Systems Spain, S.L), extremo éste que operará como cuestión previa a la calificación de del despido y que , lógicamente, llegado el caso – esto es, de celebrarse nuevo juicio - deberá ser objeto de examen y pronunciamiento.

Referencias:

1. ^ SAN (Social) 17 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:42, en la que puede leerse en el Fundamento jurídico Segundo último párrafo, y haciéndose eco de las alegaciones de la demandada, lo siguiente : “[...] Antes de ver si nos hallamos ante un despido colectivo hay que calificar si la relación es laboral o no, puesto que lo único que se alega en demanda es la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020, rcud 4746/2019 , siendo así que la materia relativa a la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia (...)”.
2. ^ BOE 29-3-2019
3. ^ MONTERO AROCA, Juan, De la legitimación del proceso, Bosch, Barcelona, pág. 9, 2007.
4. ^ STS 12-5- 2009, Rec. 121/2008 ECLI:ES:TS:2009:3919
5. ^ STS de 8-11-2017, Rec. 40/2017 ECLI:ES:TS:2017:4216
6. ^ STS de 20 de julio de 2016, Rjud. 323/2014. ECLI:ES:TS: 2016:3499
7. ^ Compendiando la doctrina jurisprudencial relativa a la legitimación del sindicato para accionar en procesos colectivos (STS 14-4-21 ECLI:ES:TS: 2021:1569 y 15-6-21 ECLI:ES:TS: 2021:3157
8. ^ STC 70/1982, 29-11-82
9. ^ SSTC 70/1982 de 29-11, 37/1983 de 11-5 ; TC 59/1983 de 6-7 ; 187/1987 de 24-11 ; 217/1991 de 14-11.
10. ^ STC 210/1994 de 11-7.
11. ^ STS 20-4-22. ECLI:ES:TS: 2022:1845
12. ^ SSTC 210/1994 y 101/1996
13. ^ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Artículo 8. Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos. 1. 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.
14. ^ LRJS, arts. 124.9 y 76.2
15. ^ LE Civil, art. 217
16. ^ LRJS art. 211.1
17. ^ MONTERO AROCA, Juan. La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él). Estudios de Derecho procesal. Civitas. Madrid, 1994, pág. 87.

18. ^ TS 28-10-04 – Ponente SAMPER JUAN, Joaquín, ECLI:ES:TS:2004:6940, - que con claridad conceptual puntualiza lo siguiente: “ (...) conviene recordar a este respecto que cuando se trata de la tutela o ejercicio de derechos fundamentales como los indicados, el ámbito de la legitimación no queda circunscrito a su concepto procesal clásico reflejado en la actualidad en el art. 10 de la LEC , o sea a aquellos que aparecen como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso; sino que comprende también a quienes sin tener esa condición demuestran tener un "interés legítimo" en la defensa del derecho discutido cual se reconoce por el art. 17.1 de la LPL en términos generales, de conformidad con doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, apreciable en sus sentencias 257/1988, de 22 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, 210/1994, de 11 de julio, 215/2001, de 29 de octubre y 89/2003, de 19 de mayo”.

§ 76 Responsabilidad por daños y perjuicios por enfermedad profesional imputable a las sucesivas empresas para las que ha prestado servicios el trabajador: ¿solidaria o mancomunada?

Belén García Romero

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

Resumen: *Si un trabajador contrae una enfermedad profesional habiendo prestado servicios de forma sucesiva para distintas empresas, la responsabilidad por daños y perjuicios derivada de este riesgo profesional debe individualizarse para cada empleadora en función del tiempo de servicios y de exposición en cada una de ellas, por lo que la condena debe ser mancomunada y no solidaria.*

Palabras clave: *Enfermedad profesional. Indemnización por daños y perjuicios. Responsabilidad de las sucesivas empleadoras.*

Abstract: *If a worker contracts an occupational disease having worked successively for different companies, the liability for damages arising from this occupational risk must be individualised for each employer according to the time of service and exposure in each of them, so that there is several liability and not joint liability.*

Keywords: *Occupational disease. Damages. Joint and several liability.*

I. Introducción

Desde que la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 extendiera a las Mutuas Colaboradoras, con efectos de 1-1-2008, la cobertura de todas las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales (y no únicamente de la incapacidad temporal y periodo de observación)^[1], se ha planteado el problema de la distribución de responsabilidad entre el INSS (único competente hasta esa fecha, como sucesor del extinto Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales) y las Mutuas Colaboradoras en el pago de las pensiones de incapacidad permanente y de supervivencia derivadas de esta contingencia, en atención al tiempo de exposición al citado riesgo, cuando el mismo se haya cubierto de forma sucesiva por el INSS y por una o varias mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, o bien únicamente por estas últimas.

Pese a que, por ejemplo en materia de Incapacidad Permanente derivada de enfermedad común, el artículo 199 LGSS plantea la necesidad de una adaptación de la regulación a las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia, lo cierto es que las normas aplicables imputan literalmente la responsabilidad directa de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional a la Mutua aseguradora del riesgo en el momento del hecho causante^[2]. Además, se dictaron instrucciones administrativas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social para determinar en cada caso la Mutua que resulta responsable del ingreso del capital coste correspondiente^[3].

Sin embargo, una sólida jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, desde su Sentencia de 4 de julio de 2017 (rec. 913/2016), se inclina por la responsabilidad compartida en supuestos de sucesión de entidades aseguradoras en la cobertura de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional. Precisamente, para ajustarse a esta doctrina, el Criterio de gestión 25/2017, de 15 de noviembre^[4] decide dejar de aplicar la norma y las reglas contenidas en su Resolución de 10 de junio de 2009 y consagra administrativamente la corresponsabilidad proporcional en las prestaciones económicas de la enfermedad profesional por distintas entidades con la finalidad de distribuir dicha responsabilidad en proporción al periodo de aseguramiento en cada una de ellas durante el periodo de tiempo de exposición del trabajador al citado riesgo; reparto no solo entre el INSS y una Mutua colaboradora, sino entre cualesquiera entidades gestoras o colaboradoras sucesivas, y por tanto, afecta también a la eventual concurrencia de varias Mutuas en el caso de que el periodo de exposición hubiera sido también con posterioridad a 1-1-2008^[5].

En la presente sentencia objeto de comentario no es el reparto de responsabilidades en cuanto a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional lo que se plantea sino la imputación de responsabilidad en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, a fin de determinar si la misma debe también individualizarse entre las distintas entidades en proporción al tiempo de exposición al riesgo. No obstante, la STS 685/2022 hace una pormenorizada referencia a la STS 892/2020, de 13 e octubre en la que la Sala IV sistematizó su doctrina sobre la atribución de responsabilidad por enfermedad profesional cuando se ha producido una cobertura sucesiva de diferentes entidades gestoras y colaboradoras.

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. 685/2022, de 21 de julio.

Tipo y número recurso: RCUUD núm. 244/2019.

ECLI:ES:TS:2022:3158

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si la condena a las empresas a indemnizar los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional, debe ser mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de ellas, o, por el contrario, solidaria.

1. Hechos relevantes

Un trabajador cuya profesión habitual era la de barrenista y sopletista fue declarado afecto de Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional. Dicha actividad como operario de canteras- que comporta exposición al polvo de sílice- fue prestada de forma sucesiva para diversas empresas a lo largo de varios años.

El trabajador demandó a todas ellas reclamando una indemnización por daños y perjuicios.

La demanda fue parcialmente estimada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo de 22 de diciembre de 2017 (autos 48/2015), que condenó a abonar unas determinadas cantidades a varias de las empresas demandadas, absolviendo a otras, declarando que la responsabilidad debía ser mancomunada atendiendo al tiempo de prestación de servicios del actor para cada una de ellas.

Tanto el actor como una de las empresas condenadas interpusieron recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de septiembre de 2018 (rec. 1349/2018), estimó el recurso de suplicación de la empresa recurrente, que quedó absuelta, y estimó en parte el recurso del actor.

La sentencia del TSJ de Galicia consideró adecuada el importe de la indemnización reconocida (52.000 euros) y declaró que la responsabilidad debía ser solidaria (no mancomunada), "al no ser posible determinar frente al demandante el grado de imputación de responsabilidad que pudiera corresponder a cada una de ellas, sin perjuicio de que tales empleadoras puedan declararse su porcentaje de responsabilidad ex artículo 1145 del (Código Civil)".

Dicha resolución fue recurrida en casación para la unificación de doctrina por una de las empresas condenadas.

2. El examen de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial

El recurso invoca como sentencia de contraste la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2011 (rec. 2627/2007) y denuncia infracción de los artículos 1137 y siguientes del Código Civil. En dicha sentencia también le fue reconocida al actor una incapacidad permanente absoluta debido a enfermedad profesional y este demandó igualmente a las empresas para las que había prestado servicios reclamando una indemnización por daños y perjuicios.

Ahora bien, mientras que en la sentencia recurrida entiende que la responsabilidad entre las empresas debe ser solidaria, la sentencia de contraste (FJ 5º) considera que la responsabilidad debe ser mancomunada.

Así pues, la Sala, al igual que el Ministerio Fiscal y en contra de lo expresado por el actor, entiende que existe contradicción y que, en consecuencia, la doctrina requiere ser unificada.

IV. Posición de las partes

1. El actor (el trabajador) ha impugnado el recurso, solicitando su inadmisión (por ausencia de contradicción y por no cumplir con los requisitos del artículo 244 LRJS) y, subsidiariamente, su desestimación y la ratificación de la sentencia recurrida.

2. La empresa David Fernández Grande, S.L., ha impugnado el recurso, alegando que, al haber sido absuelta, no se encuentra afectada por la estimación o desestimación del recurso de casación unificadora.

3. Una de las empresas recurrentes condenadas (Caballeiro Nogueira e Fernández Lta.), alega la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por el TSJ de Galicia de 13 de mayo de 2011, rec. 2627/2007, aportada como referencial.

4. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas cuya infracción denuncia el recurso son los artículos 1137 a 1139 del Código Civil, ubicados dentro de la Sección 4ª ("De las obligaciones mancomunadas y solidarias") del capítulo III del título primero del Libro IV del Código Civil. Tales preceptos regulan la llamada solidaridad propia, que como se pone de manifiesto en la sentencia comentada (Fundamento jurídico tercero, apartado 4), la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo diferencia de la solidaridad impropia^[6].

El artículo 1137 CC establece que *"la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria"*.

El artículo 1138 CC dispone que *"si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros"*.

El artículo 1139 CC prevé que *"si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta"*.

VI. Doctrina básica

En la sentencia analizada se examina si la condena debe ser mancomunada o solidaria. Se considera que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, en el sentido de que la solidaridad debe declararse cuando no resulta posible individualizar la responsabilidad de cada empresa interviniente en la producción del daño. Pero cuando el trabajador ha prestado sucesivamente servicios en las empresas causantes del daño, sí resulta posible individualizar la responsabilidad de cada una de ellas en función del tiempo en que para cada una de ellas se materializó esa sucesiva prestación de servicios por parte del trabajador.

La doctrina de la Sala Cuarta sobre la atribución de responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuando se ha producido una cobertura sucesiva en el tiempo de diferentes entidades gestoras y colaboradoras es la siguiente^[7]:

- La enfermedad profesional, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo, si bien se exterioriza en un momento determinado, se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo, de forma silente e insidiosa, por la exposición del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo, lo que impide que pueda establecerse que la entidad responsable es la aseguradora del momento en que se manifiesta la enfermedad.
- A lo largo del periodo del, generalmente, dilatado periodo de tiempo en el que se ha contraído y desarrollado la enfermedad, se han podido suceder diferentes aseguradoras de dicha contingencia, en particular, desde el 1-1-2008, en el que se extendió a las Mutuas Colaboradoras la posibilidad de aseguramiento de esta contingencia.
- La jurisprudencia de la Sala IV se ha pronunciado acerca de la responsabilidad de las Mutuas en el abono de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, donde se apuntaba la posibilidad de que se plantease el problema de establecer los criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo^[8].
- En supuestos de sucesión de Mutuas en el aseguramiento, o en el supuesto de revisión del grado de una incapacidad reconocida por enfermedad común- asegurada por el INSS- a una incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo-asegurada en una Mutua- la jurisprudencia de esta Sala ha establecido la responsabilidad compartida de la entidad en la que estaban aseguradas las contingencias comunes y aquella otra en la que se encontraban aseguradas las contingencias profesionales.

- En relación con las prestaciones derivadas de contingencias comunes o profesionales, la regla general es que la responsabilidad corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en que se produce el hecho causante. Sin embargo, al tratarse de enfermedad profesional, el hecho causante no se produce en un momento concreto y determinado, por lo que la responsabilidad ha de ser imputada a las distintas aseguradoras en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos^[9].

VII. Parte dispositiva

De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina; casar y anular parcialmente la sentencia del TSJ recurrida, revocando el pronunciamiento sobre la responsabilidad solidaria y sustituyéndolo por la responsabilidad mancomunada, en atención al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada una de las empresas condenadas, y confirmando el resto de pronunciamientos.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes más relevantes se contienen en el Fundamento Jurídico Tercero (apartados 2, 3 y 4).

2. La sentencia recurrida entiende que la responsabilidad debe ser solidaria (no mancomunada), "al no ser posible determinar frente al demandante el grado de imputación de responsabilidad que pudiera corresponder a cada una de ellas, sin perjuicio de que tales empleadoras puedan reclamarse su porcentaje de responsabilidad ex artículo 1145 del (Código Civil)."

Pero la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste.

En efecto, la solidaridad debe declararse cuando no resulta posible individualizar la responsabilidad de cada empresa interviniente en la producción del daño. Pero cuando el trabajador ha prestado sucesivamente servicios en las empresas causantes del daño, sí resulta posible individualizar la responsabilidad de cada una de ellas en función del tiempo en que para cada una de ellas se materializó esa sucesiva prestación de servicios por parte del trabajador.

3. Como sistematiza la STS 892/2020, 13 de octubre de 2020 (rcud 3947/2017), la doctrina de esta Sala Cuarta sobre la atribución de responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuando se ha producido una cobertura sucesiva en el tiempo de diferentes entidades gestora y colaboradoras, habida cuenta de la modificación producida por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, que a partir de su entrada en vigor (el 1 de enero de 2008) atribuyó aquella a las mutuas, ha establecido la responsabilidad compartida de las entidades que aseguraban el riesgo en los momentos en que el trabajador estuvo expuesto al mismo.

4. La doctrina de que la responsabilidad derivada de las prestaciones por contingencia de enfermedad profesional que le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a las distintas entidades en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos, es plenamente aplicable a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de esa enfermedad profesional.

También la responsabilidad indemnizatoria debe estar en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo, lo que significa que dicha responsabilidad se individualiza para cada empresa en función del tiempo por el que el trabajador prestó servicios para cada una de ellas.

IX. Comentario

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que su doctrina conforme a la cual la responsabilidad derivada de las prestaciones por contingencia de enfermedad profesional que le han sido reconocidas al trabajador, ha de ser imputada a las distintas entidades en proporción al tiempo de exposición del trabajador a los citados riesgos, es plenamente aplicable a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de esa enfermedad profesional.

Para el Alto Tribunal, la aplicación de los artículos 1137 a 1139 del Código Civil conducen a la misma conclusión de que la responsabilidad indemnizatoria también debe estar en proporción al tiempo de exposición del trabajador al riesgo, lo que significa que dicha responsabilidad se individualiza para cada empresa en función del tiempo por el que el trabajador prestó servicios para cada una de ellas.

De lo dispuesto en el artículo 1137 CC, destaca la exigencia de que la obligación ha de determinar expresamente el carácter solidario de la obligación.

Del contenido del artículo 1138 CC enfatiza la presunción de división del crédito o de la deuda y de que los créditos y deudas son distintos unos de otros.

Finalmente, el artículo 1139 CC le lleva a examinar si la división es posible o no para determinar si procede la responsabilidad solidaria. Aplicando la doctrina recogida entre otras muchas, en la STS Sala Primera de 7 de marzo de 2002 (rec. 2992/1996), considera que la responsabilidad solidaria se impone en aquellos casos en que, interviniendo una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del evento dañoso, no resulta factible individualizar la contribución de cada uno, por lo que deviene imposible deslindar las responsabilidades concretas. Se trataría de un supuesto de solidaridad impropia, porque no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena.

En definitiva, para la Sala IV la responsabilidad mancomunada para satisfacer la indemnización por daños y perjuicios tendría preferencia cuando sea factible determinar el tiempo durante el que el trabajador ha prestado sus servicios en cada empresa. En cambio, la responsabilidad solidaria solo tendría cabida si no fuera posible individualizar la responsabilidad de cada uno de los empleadores.

En el presente supuesto, la Sala considera que la división no es imposible, porque se puede y ha de atender al tiempo de prestación de servicios del trabajador para cada empresa. Por lo tanto, concluye que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste.

X. Apunte final

Los argumentos esgrimidos en la Sentencia a favor de la individualización de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional en supuestos en que el trabajador ha prestado sucesivamente servicios en las empresas causantes del daño, son sólidos y tienen además su apoyo normativo en el régimen obligacional regulado en los artículos 1137 a 1139 del Código Civil.

Referencias:

1. ^ *Para un estudio de la evolución del aseguramiento de las enfermedades profesionales*, GARCÍA ROMERO, B.: “La gestión de las enfermedades profesionales por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, *Revista Actualidad Laboral*, nº 5/2011, pp. 562 y ss.

2. ^ [2] Artículos 80.2 a), 110, 167 y 260 LGSS; Art. 63 del RD 193/1995, de 7 de diciembre, Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional; RD 3158/1966, de 23 de diciembre, artículo 23; Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social: arts. 7, 9 y 25.
3. ^ [3] Primero las normas se recogían en la instrucción tercera de la Resolución de 16 de febrero de 2007, y después con algunos retoques en la Resolución de 27 de mayo de 2009 (BOE núm. 140, de 10/6/2009), que deroga a la anterior.
4. ^ [4] Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/41b6fcfe-781f-40ea-be23-4b2c3909061f/CRITERIO+DE+GESTION+25-2017.pdf?MOD=AJPERES
5. ^ [5] Para una crítica de esta jurisprudencia y de este criterio administrativo por contravenir la ley, VICENTE PALACIO, M.A.: “El reparto de responsabilidades del pago de las prestaciones económicas (salvo incapacidad temporal) derivadas de enfermedad profesional. De la generalización de lo <<excepcional>>”, R JL 8/2020.
6. ^ [6] Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia del Pleno de la Sala Cuarta 497/2021, de 6 de mayo de 2021 (rcud 2611/2018), “la solidaridad propia es la que viene impuesta, con carácter predeterminado, por la propia ley o por el contrato”, mientras que “la solidaridad impropia es la que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que igualmente surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, no tiene su origen en la ley o en el pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia condenatoria”.
7. ^ [7] Dicha doctrina se sistematiza en la STS 892/20202, de 13 de octubre (rcud 3947/2017).
8. ^ [8] STS de 12 de marzo de 2013, rec. 1959/2012; 4 de marzo de 2014, rec. 151/2013 y 6 de marzo de 2014, rec. 126/2013, entre otras.
9. ^ [9] Sentencias del TS de 4 de julio de 2017, recurso 913/2016; 10 de julio de 2017, recurso 1652/2016; 29 de noviembre de 2017, recurso 3092; 13 de diciembre de 2017, recurso 1210/2016; 13 de marzo de 2018, recurso 1209/2016; 22 de marzo de 2018, recurso 1771/2016; y 12 de junio de 2018, recurso 1740/2017. Posteriormente, se han pronunciado en el mismo sentido las sentencias del TS de 21 de marzo de 2019, recurso 3901/2017; 22 de julio de 2020, recurso 102/2018; y 17 de septiembre de 2020, recurso 723/2018

§ 77 Situación de vulnerabilidad y licitud de la videovigilancia.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *La ausencia de comunicación previa a una empleada del hogar de la instalación por la empleadora de un sistema de videovigilancia en base a sospechas serias de una sustracción no impide la utilización de las grabaciones como prueba en un proceso laboral sobre despido disciplinario, sin perjuicio de otras responsabilidades en que se haya podido incurrir (indemnización, sanción administrativa), siempre que esa instalación sea idónea, necesaria y proporcional, y valorando la situación de vulnerabilidad de la empleadora (mujer con discapacidad severa).*

Palabras clave: *Prueba lícita en el proceso laboral. Situación de vulnerabilidad.*

Abstract: *The absence of previous communication to a domestic employee of the installation by the employer of a video surveillance system based on serious suspicions of theft does not prevent the use of the recordings as evidence in a labor proceeding on disciplinary dismissal, without prejudice to other responsibilities that may have been incurred (compensation, administrative sanction), provided that that installation is suitable, necessary and proportional, and assessing the situation of vulnerability of the employer (woman with severe disability).*

Keywords: *Lawful evidence in the labor process. Situation of vulnerability.*

I. Introducción

La resolución judicial objeto de comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2022, donde se concluye la licitud de la prueba de videovigilancia aportada por la empleadora para justificar el despido de la empleada de hogar que sustraía dinero de la caja fuerte. Atendidas las circunstancias concurrentes y en particular la situación de vulnerabilidad de la empleadora (mujer con severa discapacidad), la prueba de videovigilancia, aunque su instalación no fue previamente informada a la persona trabajadora, debió ser tomada en consideración aplicando la doctrina de STEDH (Gran Sala) de 17 octubre de 2019 (López Ribalda II) y de STC 39/2016, de 3 de marzo.

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. 692/2022, de 22 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 701/2021.

ECLI:ES:TS:2022:3160.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

La trabajadora demandante prestaba servicios, como empleada de hogar a tiempo parcial, para la empleadora demandada. Esta padece una tetraplejía traumática por sección medular completa a nivel C6-C7 y precisa para desplazarse silla de ruedas.

El día 10/6/2019, el marido de la demandada interpuso una denuncia ante la Comisaría de la Policía Nacional de Gijón, indicando que le habían sido sustraídos de la caja fuerte de su domicilio 30.000 euros en efectivo y varias joyas del cajón de la cómoda de la habitación.

Dicha denuncia la amplió el 12/7/2019, al señalar que había colocado una cámara de grabación en su vivienda dirigida al armario donde se ubica la caja fuerte y que había grabado a la trabajadora abriendo la puerta del armario, quitando la tapa de la caja fuerte e intentando abrirla, no pudiendo al estar codificada, y volviendo a dejarlo todo como estaba.

El día 16/7/2019, la trabajadora fue llamada a declarar ante la Policía Nacional por los hechos indicados, iniciando dicho día un proceso de incapacidad temporal.

El día 7/8/2019, la trabajadora recibió un burofax donde se le comunica la decisión de proceder a la extinción del contrato de trabajo, en base al artículo 54.d) del ET, transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, preceptos a los que se remite el artículo 11.1 y 2, del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

2. El juicio en instancia y en suplicación

La trabajadora presentó demanda, impugnando el despido, ante los Juzgados de lo Social de Gijón. Celebrado juicio en todos sus trámites, la demanda fue desestimada al tomar en consideración como prueba legítima la correspondiente a la videovigilancia.

Interpuesto recurso de suplicación por la trabajadora, la Sala de lo Social del TSJ/Asturias declaró la improcedencia del despido, con todas las consecuencias legales, al considerar que la prueba de videovigilancia no se había obtenido de manera legítima.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

La empleadora formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como contradictoria una Sentencia del TSJ/Andalucía, Sala de Sevilla, en un supuesto donde la trabajadora fue despedida disciplinariamente por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por sustracción de bienes empresariales, lo que se acreditó, tras la existencia de sospechas, por una grabación de videovigilancia sin que los trabajadores hubieran sido informados o advertidos de la existencia de las cámaras.

IV. Posición de las partes

La empleadora recurrente solicita ante el TS la casación y anulación de la sentencia del TSJ recurrida y la confirmación de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón.

El recurso ha sido impugnado por la trabajadora.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de declarar procedente el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8, e interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular en STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (López Ribalda II).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Constitución Española, art. 18, e interpretación dada por el Tribunal Constitucional, en particular en la STC 39/2016, de 3 de marzo.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en particular su artículo 89.1 in fine: Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la instalación de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

VI. Doctrina básica

No es exigible la información previa de la instalación de un sistema de videovigilancia cuando, de conformidad con la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), lo justifique una imperativa protección de intereses privados. Asimismo, de acuerdo con la STC 39/2016, 3 de marzo de 2016, la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada puede excluir que el incumplimiento del deber de información previa suponga una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos del artículo 18.4 CE.

En la valoración de la legalidad del sistema de videovigilancia se considera la situación de vulnerabilidad de la empleadora (que es una mujer con una discapacidad severa).

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empleadora y (2) Casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el recurso de suplicación en el sentido de desestimarlo y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

VIII. Pasajes decisivos

1. Doctrina general sobre el encubrimiento de la videovigilancia

La STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II) examina ... la compatibilidad con el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, de (la) vigilancia «encubierta».

Y el caso es que la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II) llega a la conclusión de que «si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria» ...

En consecuencia, en determinadas circunstancias, la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), admite que la empresa no advierta al trabajador de la

existencia ni del emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia, de manera que esa ausencia de información no ha de conducir necesariamente a la no toma en consideración de la prueba de videovigilancia que sustenta la sanción al trabajador y acredita el incumplimiento y su autoría ...

Por otro lado, la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II) tiene muy en cuenta que las allí demandantes tenían a su disposición otros recursos, previstos por la legislación española de protección de datos, específicamente destinados a sancionar el incumplimiento de la ley, como son la denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos del incumplimiento por parte del empleador del requisito de información previa. Asimismo, el TEDH señala que podían haber acudido ante los tribunales ordinarios reclamando una indemnización por la presunta violación de sus derechos en virtud de aquella legislación interna de protección de datos. Recuerda la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), a este respecto, que la protección efectiva del derecho a la vida privada en el contexto de la videovigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios que pueden depender del derecho laboral, pero también del derecho civil, administrativo o penal.

Debe tenerse en cuenta, finalmente, que, como señala la STS 817/2021, 21 de julio de 2021 (rcud 4877/2018), reiterada por la STS 60/2022, 25 de enero de 2022 (rcud 4468/2018), es al empresario a quien le corresponde «la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo» (artículo 105.1 LRJS), empresario que es también titular del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), por lo que lógicamente tiene que disponer del derecho a utilizar «los medios de prueba pertinentes para su defensa» (artículo 24.2 CE).

2. Aplicación al caso concreto

Las precedentes consideraciones son plenamente aplicables al presente recurso para la casación de unificación de doctrina.

En primer lugar, la vigilancia encubierta tenía una justificación seria, habida cuenta del alcance de lo denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la empleada (30.000 euros y otras monedas y billetes antiguos sustraídos de una cámara fuerte, así como joyas). Debe tenerse en cuenta, además, que la cámara únicamente enfocaba al armario en el que estaba instalada la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar. Y debe señalarse, especialmente, la gran vulnerabilidad de la empleadora, al padecer la situación que se ha descrito ...

La videovigilancia era, así, una medida justificada e idónea para el fin perseguido.

En segundo lugar, el posible incumplimiento de la legislación de protección de datos tiene otras consecuencias y otras posibles protecciones, ya señaladas, que no se agotan en el debate sobre la validez de la prueba de videovigilancia en un proceso por despido.

Y, en tercer lugar y, sobre todo, la imposibilidad de que se considere en el proceso de despido la prueba de videovigilancia, que es a la conclusión a la que llega la sentencia recurrida, deja inerte a la empleadora, especialmente vulnerable como ya hemos dicho, para poder acreditar el grave incumplimiento acaecido y su autoría. No es fácil imaginar con qué otras pruebas podrían acreditarse dichos incumplimiento y autoría, que la empleadora está obligada a probar en el juicio por despido (artículo 105.1 LRJS). Y como para la sentencia recurrida la prueba de la videovigilancia no puede ser tomada en consideración, la consecuencia que de ello extrae el TSJ es que no existe acreditación suficiente de la auditoría, acreditación que precisamente se había producido para la sentencia de instancia por el visionado de aquella prueba. Ello hace ver que, en el presente caso, la prueba de videovigilancia no solo era idónea, sino que era necesaria («debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad», STS 1003/2021, 13 de octubre de 2021, rcud 3715/2018) y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias

de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional.

Cabe entender que, en el presente supuesto, concurría esa imperativa protección de importantes intereses -que pueden ser no solo «públicos», sino también «privados»-, protección que «puede justificar la ausencia de información previa», tal como admite expresamente la STEDH 17 de octubre de 2019 (López Ribalda, II), teniendo a la vista la legislación española que ya entonces exigía dicha información previa.

IX. Comentario

Hay dos aspectos relevantes en la sentencia comentada: uno más predecible, pues corrobora doctrina previa; y otro más novedoso, pues abre una vía aun no muy explorada.

El aspecto más predecible se refiere a la inexigibilidad de la información previa de la instalación de un sistema de videovigilancia cuya exigibilidad como norma general se establece en el artículo 89.1 in fine de la Ley Orgánica de Protección de Datos cuando el sistema de videovigilancia se implanta con fines de control de la actividad laboral. Pues bien, será inexigible con carácter excepcional esa información previa cuando lo justifique una imperativa protección de intereses privados atendiendo a la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. La sentencia objeto de comentario se limita a aplicar tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH López Ribalda II) como la del Tribunal Constitucional (STC 39/2016), realizando al efecto amplias citas necesarias para entender el alcance de esa jurisprudencia europea y constitucional.

Bajo estas premisas, se distinguen dos supuestos de videovigilancia (y así se afirma expresamente en la sentencia objeto del presente comentario): la videovigilancia permanente y un sistema de videovigilancia instalado *ad hoc* ante la existencia de fundadas sospechas de incumplimientos laborales. En el primer caso será inesquivable el cumplimiento de las obligaciones de información del artículo 89.1 in fine de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Mientras que en el segundo caso tales obligaciones de información podrán excepcionalmente modularse en determinados supuestos especiales.

Se trata de una distinción razonable pues no es lo mismo limitar el derecho a la privacidad de las personas trabajadoras con la finalidad de un control laboral en que el derecho que ampara la intromisión es la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), que si la finalidad es, ante la existencia de sospechas de comisión de un ilícito, asegurar la prueba de cargo en que el derecho que ampara la intromisión es el derecho fundamental a utilizar las pruebas pertinentes para la defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española).

Tales supuestos especiales exigen, para su acreditación, la superación del conocido test de proporcionalidad justificativo de una medida limitativa de derechos fundamentales, lo que exige la superación de tres subjuicios: (1) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (o juicio de idoneidad); (2) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (o juicio de necesidad); y, finalmente, (3) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto (o juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

A los efectos de aplicar este test de proporcionalidad, y siempre considerando la excepcionalidad de la limitación de derechos fundamentales, la sentencia objeto de comentario valora diversas circunstancias que se podrían catalogar como de habitual valoración en estos casos: la seriedad de la justificación de la videovigilancia encubierta habida cuenta del alcance de lo denunciado como cantidad sustraída en el domicilio familiar en el que prestaba servicios la empleada (30.000 euros y otras monedas y billetes antiguos sustraídos de una cámara fuerte, así como joyas); o la

limitación espacial de la videovigilancia pues la cámara únicamente enfocaba al armario en el que estaba instalada la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar.

Y aquí es donde aflora el aspecto más novedoso de la sentencia objeto de comentario, pues en la aplicación del test de proporcionalidad se valora la situación de vulnerabilidad (la sentencia la califica con razón de «gran vulnerabilidad») en la que se encuentra la empleadora titular de los bienes jurídicos a cuya salvaguarda se dirige la instalación del sistema de video vigilancia: se trata de una mujer que padece una tetraplejía traumática por sección medular completa a nivel C6-C7 y precisa para desplazarse una silla de ruedas.

Partiendo de todas estas circunstancias, la sentencia destaca que «la imposibilidad de que se considere en el proceso de despido la prueba de videovigilancia, que es a la conclusión a la que llega la sentencia recurrida, deja inerte a la empleadora, especialmente vulnerable ... para poder acreditar el grave incumplimiento acaecido y su autoría».

Con todo, insiste la sentencia objeto de comentario en que el supuesto es «excepcional y singular», de manera que solo excepcionalmente -y si se dan circunstancias similares a las aquí concurrentes- se podrá prescindir del distintivo informativo mencionado.

Una decisión muy acertada si nos paramos a profundizar en la proyección de la argumentación sobre las circunstancias excepcionales y singulares del caso enjuiciado.

En primer lugar, porque se trata de una relación laboral de servicio doméstico donde los derechos de la persona empleadora que están en juego no son solo los propios de una actividad laboral ordinaria (libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española y, en su caso, derecho fundamental a los medios de prueba pertinentes para la defensa del artículo 24.2 de la Constitución Española), sino que también están comprometidos los vinculados al derecho fundamental a la privacidad (artículo 18 de la Constitución Española) por la exposición de la intimidad domiciliaria que supone dicha relación laboral especial.

Y en segundo lugar porque, en dicho contexto domiciliario, si la empleadora sufre una discapacidad como la del caso de autos, la efectividad de la vigilancia personal de la actividad laboral a que habilita el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores se debilita enormemente, por no decir que prácticamente se torna en una vigilancia imposible, con lo cual encuentra un plus de justificación la implantación de otras medidas alternativas como pudiera ser una videovigilancia, tanto con finalidad estrictamente laboral (lo que, además de la superación del test de proporcionalidad y la sumisión a las exigencias legales, exigiría la información a la persona trabajadora), como con la de acreditar posibles incumplimientos y, aunque ello no habilita por sí solo a una vigilancia encubierta si no concurren otras exigencias (como en el caso: seriedad del motivo para la instalación o limitación espacial), sí se debe erigir en un elemento importante a considerar en la valoración de su legitimidad.

Si profundizamos aún algo más, esta argumentación conecta con la necesidad de introducir la valoración de la vulnerabilidad por discapacidad en el enjuiciamiento pues, aunque acaso no sea descartable un enfoque de género con base en la interseccionalidad sexo/discapacidad, es mayormente el enfoque de discapacidad el más oportuno en el caso.

X. Apunte final

Este mismo año y esta misma Revista con ocasión del comentario de la Sentencia 5/2022 del Tribunal Constitucional, de 24 de enero de 2022, criticábamos las carencias así normativas como jurisprudenciales en orden a la aplicación de un enfoque de discapacidad^[1]. Apenas unos meses después la situación ha cambiado significativamente.

Y es que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, ha supuesto algunos importantes avances en la lucha contra la discriminación por discapacidad, así como en la implementación del modelo social:

— primero, porque ha sorteado los problemas de definición de lo que sea la discapacidad como nuevas causas de discriminación la enfermedad o condición de salud, así como el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (artículo 2.3), lo que afectará a la calificación del despido por enfermedad, pasando de improcedente a nulo, según ha corroborado la doctrina laboralista más tempranera^[2];

— segundo, porque expresamente establece que «se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad» (artículo 6.1.a), lo que también debiera afectar, en los términos ya avanzados por la doctrina, a la regulación de otras causas extintivas como incapacidad permanente^[3] o despido objetivo^[4];

— a esas dos mejoras se une aun una tercera dentro del ámbito de la igualdad y no discriminación por razón de discapacidad de la persona, que es la que queremos en este momento destacar: «el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas» (artículo 4.3).

Se trata de una norma con una textura similar a la del artículo 4 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el cual ha dado sustento normativo expreso al denominado enjuiciamiento con perspectiva de género. Ciertamente, el artículo 4.3 de la Ley 15/2022 aparenta más limitado porque en él no se alude a la igualdad de oportunidades (como sí se hace en el artículo 4 de la LOIEMH). Una carencia que, en el caso de la discapacidad, se subsana si acudimos a la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, y en particular a su artículo 2.o) (principio de transversalidad).

Pues bien, y con esto ya rematamos, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2022, se podría considerar, en un supuesto excepcional y singular, como una laudable aplicación del enfoque de discapacidad, en línea con una jurisprudencia constitucional cada vez más consistente que exige considerar en el enjuiciamiento la situación de vulnerabilidad por la discapacidad (por todas, STC 113/2021, de 21 de mayo).

Referencias:

1. ^ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2022. Realicé crítica similar en LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “Enfoque de discapacidad, y en especial su aplicación en la jurisdicción social”, *Revista de Jurisprudencia – Lefebvre, El Derecho*, núm. 36, 2022.
2. ^ Véanse en este mismo sentido de nulidad las siguientes opiniones doctrinales: AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisprudencia Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 235, 2022; BAYLOS GRAU, Antonio, “La Ley 15/2022, integral para la igualdad

de trato y la no discriminación”, Blog del autor, entrada de 14 de julio de 2022; BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi, “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?”, Blog del autor, entrada de 14 de julio de 2022; ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral”, Academia.edu, publicado el 19 de agosto de 2022; TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, Briefs de la AEDTSS, publicado el 19 de julio de 2022.

3. ^ Con anterioridad a la Ley 15/2022, y sobre la (in)adecuación de la regulación de la incapacidad permanente al modelo social de discapacidad: RODRÍGUEZ RUIZ, Elva, *Discapacidad por daño sobrevenido y sus efectos en el ámbito laboral*, Editorial Universitaria Ramón Areces (Madrid, 2017), pp. 104-105, y GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e TRLET)? Una lectura integradora a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (dir: MIRANDA BOTO, José María), Ediciones Cinca (Madrid, 2018).
4. ^ Con anterioridad a la Ley 15/2022, y sobre la (in)adecuación de la regulación del despido objetivo por ineptitud sobrevenida al modelo social de discapacidad: GUTIÉRREZ COLOMINAS, David, “La adaptación de la extinción por la ineptitud sobrevenida del trabajador con discapacidad a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: Una cuestión pendiente”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm.3, 2019, pp. 297-306.

§ 78 **Sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en casación para la unificación de doctrina.**

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *El tribunal no puede construir de oficio el fundamento de la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en casación.*

Palabras clave: *Casación para unificación de doctrina. Legitimación. Ministerio Fiscal.*

Abstract: *Building up ex officio the basis of the public legitimation in order to appeal in cassation is not admissible.*

Keywords: *Appeal. Cassation. Public legitimation.*

I. Introducción

Según el número 3 del artículo 219 LRJS, el Ministerio Fiscal podrá interponer recurso de casación para unificación de doctrina “cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia”, siempre que no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas para el uso de ese instrumento procesal por sus cauces ordinarios. Tal competencia forma parte de la función general de esa instancia pública de defensa de la legalidad, y puede ejercitarse con independencia de sus facultades de intervención en todo recurso de esa naturaleza. Ha de activarse, en todo caso, mediante escrito en el que se exponga sucintamente “la fundamentación que se propondrá desarrollar en el mismo”, que deberá ser trasladado “a las demás partes” para que tengan la oportunidad de solicitar que la petición del Ministerio público incluya pretensiones en su nombre e interés del tribunal “la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia recurrida”. Se trata, como es fácil de colegir, de una vía directa y singularísima de creación de doctrina jurisdiccional acerca de textos legales de nuevo cuño que en ese momento aún carezcan de jurisprudencia precisamente por su carácter novedoso. Ahora bien, no es una facultad omnímoda ni discrecional del Ministerio Fiscal, ni estamos ante un terreno practicable de oficio por el tribunal de casación. Para la admisibilidad procesal de esa peculiar acción de justicia es necesario que la instancia formalmente legitimada por el legislador cumplimente determinados requisitos y, en su caso, que aporte esa “sucinta fundamentación” a la que alude el precepto legal de referencia. La sentencia de la Sala de lo Social del TS 697/2022, de 26 de julio, da algunas pistas valiosas sobre el significado y el grado de imperatividad de tales condiciones de orden procesal.

II. Resolución comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia^[1].

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 697/2022, de 26 de julio.

Tipo y número de recurso: RCUd núm. 504/2022.

ECLI:ES:TS:2022:3195

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: del Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, al que se adhieren las Excmas. Sras. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Dña. Rosa María Virolés Piñol y Dña. Concepción Rosario Ureste García.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

Con fecha de 6 de julio de 2021 el Juzgado de lo Social número 4 de Santander había dictado sentencia en un pleito sobre reconocimiento de la prestación de jubilación en el que la parte actora (varón) reclamaba que se tuviera en cuenta su condición de padre de tres hijos a efectos de la asignación del denominado "complemento de maternidad", ya devengado por su cónyuge (mujer) con base en esa misma circunstancia. Denegada la pertinente solicitud y la subsiguiente reclamación administrativa previa por el INSS, la sentencia de instancia reconoció al actor "el derecho a que ve incrementada su pensión de jubilación en un 5% en concepto de complemento de pensión por aportación demográfica, con efectos desde el 31 de diciembre de 2020 y con las revalorizaciones legales que procedan". Aunque tal porcentaje fue elevado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 3 de diciembre de 2021, el actor siguió insistiendo en ese aspecto mediante la interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina. Por su parte, el Ministerio Fiscal activó su legitimación especial para recurrir por ese mismo cauce al amparo del artículo 219.3 LRJS, con el argumento de que no existía doctrina unificada en la materia y bajo el presupuesto de que se había producido "infracción del art.60 de la LGSS". Los recursos fueron admitidos a trámite, y no fueron objeto de impugnación de la parte recurrida. En la reunión de pleno celebrada por la Sala de lo Social del TS con vistas al debate y la resolución de la cuestión planteada, el Magistrado que actuaba como ponente optó por apartarse de la decisión mayoritaria de la Sala a través de voto particular, con la consiguiente reasignación de la titularidad de la ponencia.

IV. Posiciones de las partes

El escrito de recurso presentado por el Ministerio Fiscal incluía dos peticiones. De un lado (y con mención del criterio sostenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-450/18), solicitaba a la Sala que decidiera acerca de "si un progenitor tiene derecho o no a lucrar el complemento por aportación demográfica de su pensión de jubilación contributiva, cuando tal complemento ha sido ya reconocido y está siendo percibido por el otro progenitor, en el supuesto de que ambos complementos se desprenden de la redacción originaria del artículo 60 LGSS con relación a la interpretación del mismo". De otro lado, pedía que se determinara si la fecha de efectos económicos debía fijarse "en los tres meses anteriores a su solicitud o en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación".

Por su parte, el actor/recurrente solicitaba en su recurso de casación para unificación de doctrina que la fecha de efectos del complemento coincidiera con la fecha de efectos de la pensión de jubilación. Para cumplir con el preceptivo requisito legal de la contradicción, esa parte procesal aportó como resolución de contraste el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021, dictado en el recurso número 4535/2020.

La parte recurrida (INSS y TGSS) no procedió a la impugnación del recurso y, en consecuencia, se mantuvo discretamente a la expectativa, sin alegaciones sobre el particular.

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 60 LGSS (versión original de 2015): Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: “1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento. b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento. c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento. A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente. 2. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento. Si la pensión a complementar se causa por totalización de períodos de seguro *a prorrata temporis*, en aplicación de normativa internacional, el complemento se calculará sobre la pensión teórica causada y al resultado obtenido se le aplicará la prorrata que corresponda. 3. En aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada. 4. El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215. No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda. 5. En el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: 1.º A la pensión que resulte más favorable. 2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación. En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento. 6. El derecho al complemento

estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización”.

Artículo 219.3 LRJS: “El Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, de oficio o a instancia de los sindicatos, organizaciones empresariales, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o entidades públicas que, por las competencias que tengan atribuidas, ostenten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa, y con independencia de la facultad que ordinariamente tiene atribuida conforme al artículo siguiente de esta Ley, podrá interponer recurso de casación para unificación de doctrina. Dicho recurso podrá interponerse cuando, sin existir doctrina unificada en la materia de que se trate, se hayan dictado pronunciamientos distintos por los Tribunales Superiores de Justicia, en interpretación de unas mismas normas sustantivas o procesales y en circunstancias sustancialmente iguales, así como cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos o cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo. El recurso podrá prepararlo la Fiscalía de Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes a la notificación a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la sentencia impugnada, mediante escrito reducido a la manifestación del propósito de entablar el recurso y exponiendo sucintamente la fundamentación que se propondrá desarrollar en el mismo. El escrito se presentará ante la Sala que dictó la resolución impugnada y del mismo se dará traslado a las demás partes, hayan o no preparado las mismas recurso. Las partes podrán dentro de los cinco días siguientes, solicitar que en el recurso el Ministerio Fiscal interese la alteración de la situación jurídica particular resultante de la sentencia recurrida y el contenido de las pretensiones que el ministerio público habría de formular en su nombre en tal caso. Trascurrido el plazo anterior, aunque no se hubieran presentado escritos de las partes en el sentido expresado, dentro de los cinco días siguientes se elevarán los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo junto con los escritos de preparación que se hubieran presentado y las actuaciones que se hubieren practicado hasta ese momento en el estado en que se encuentren, previo emplazamiento por el secretario judicial a las demás partes que no hubieran recurrido para su personación por escrito por medio de letrado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dentro del plazo de los diez días siguientes, debiendo acreditarse la representación de la parte de no constar previamente en las actuaciones. La parte recurrente en su caso, y el Ministerio Fiscal se entenderán personados de derecho con la remisión de los autos. Las actuaciones ulteriores se seguirán ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo conforme a las reglas establecidas en los artículos 222 a 228 con las adaptaciones necesarias teniendo en cuenta las especialidades de esta modalidad del recurso. En caso de estimación del recurso, la sentencia fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y podrá afectar a la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida conforme a las pretensiones oportunamente deducidas por el Ministerio Fiscal y por las partes comparecidas en el recurso que se hubieren adherido al mismo. En defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo”.

VI. Doctrina básica

El tercer supuesto de la “legitimación excepcional” prevista en el artículo 219.3 LRJS en favor del Ministerio Fiscal constituye una autorización legal que permite a dicha instancia pública anticipar la unificación, “sin necesidad de aguardar a que las

resoluciones contradictorias concurren”, siempre que la demanda que inicia las correspondientes actuaciones procesales no se inicie “más de cinco años después” de la entrada en vigor de la norma sometida a interpretación, y siempre que se aporte en el escrito de preparación del recurso o en el de interposición fundamento para recurrir en casación para unificación de doctrina con base “en esta excepcional causa”.

La sentencia del STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18) mencionada en el recurso “podría tener un influjo decisivo sobre el plazo de cinco años a que se refiere la última posibilidad del artículo 219.3 LRJS que examinamos”, pero “necesariamente debería haber sido alegada por el Fiscal recurrente y sujeta a la oportuna contradicción del resto de partes personadas en el proceso”, con más razón aún si se interesa “la alteración de la situación jurídica resultante de la sentencia recurrida”.

En las circunstancias del caso, la Sala de casación no puede construir de oficio “el fundamento de la legitimación del recurrente y tramitar un excepcional recurso como el presente por una vía que, ni ha sido invocada por la fiscalía recurrente, y que presenta razonables interrogantes sobre su aplicabilidad al presente supuesto”, además de poder afectar “a las situaciones jurídicas derivadas de la sentencia recurrida”, pues si lo hiciera “generaría, sin duda, indefensión al resto de partes vulnerando su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”.

VII. Parte dispositiva

F.J.4º.2: “En virtud de cuanto se ha expuesto, la Sala entiende que no concurren ninguno de los presupuestos que el artículo 219.3 LRJS exige para otorgar legitimación al Ministerio Fiscal para recurrir en casación unificadora la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 3 de diciembre de 2021. Por ello, el recurso del Ministerio Fiscal debió ser inadmitido, lo que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación. Procede, por tanto, la confirmación y declaración de firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas en ninguno de los dos recursos”.

Fallo: “Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1.- Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Carlos María, representado y asistido por la letrada Sra. Cubas Blanco, y por el Ministerio Fiscal. 2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el recurso de suplicación núm. 757/2021, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander, de fecha 6 de julio de 2021, autos núm. 420/2021, que resolvió la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por D. Carlos María, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. 3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

F.J. 3º.2: “La LRJS no concede legitimación al Ministerio Fiscal para que pueda recurrir todas las sentencias dictadas en resolución de recursos de suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia siempre que no exista doctrina unificada por el Tribunal Supremo. En efecto, junto a la legitimación ordinaria prevista en el artículo 220.1 LRJS que permite el Ministerio Público preparar recurso de casación unificadora en las mismas condiciones y requisitos que las partes, especialmente la aportación de una sentencia de contraste en los términos que exige el artículo 219.1 LRJS; esta misma norma, en su apartado tercero concede una legitimación excepcional para que el Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, de oficio o a petición de determinadas organizaciones o entidades públicas, pueda interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina”...“Se trata, por tanto, de una legitimación excepcional que se vincula, estrictamente, a los supuestos que allí se prevén (STS de 17 de septiembre de 2018, Rcu. 1521/2018)”.

F.J.3º.2: “Del tenor literal de esta primera causa se colige la concurrencia simultánea de dos elementos o circunstancias: la inexistencia de doctrina unificada y la existencia de pronunciamientos distintos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido la causa es muy similar a la ordinaria prevista en el apartado 1 del propio art. 219 LJS. Sin embargo, existen sustanciales diferencias entre la redacción de esta causa y las exigencias de la contradicción que se desprenden de este último apartado. Teniendo en cuenta que esta modalidad es claramente diferente de la ordinaria, puede entenderse que los estrictos requisitos de la contradicción (hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales) no son exigibles, con el mismo rigor en esta posibilidad de unificación en defensa de la legalidad; bastaría, por tanto, una mera contradicción doctrinal en circunstancias similares. Ahora bien, esta menor exigencia en modo alguno autoriza a obviar el requisito legal de concurrencia de ‘pronunciamientos distintos’ que, en todo caso, habrá de acreditar quien formula el recurso. Ocurre que, en el supuesto examinado, tal carga que pesa sobre el Ministerio Fiscal de justificar la existencia de pronunciamientos contradictorios no se ha producido pues ni en el escrito de preparación ni en el de interposición se acompaña o se cita pronunciamiento alguno contrario a la sentencia que se pretende recurrir”.

F.J.3º.2: “Conviene recordar que el Ministerio Fiscal no tiene legitimación para recurrir cualquier sentencia respecto de cuyo contenido no haya doctrina unificada y que su legitimación se circunscribe, en este primer supuesto excepcional que analizamos a la inexistencia de doctrina unificada cuando haya pronunciamientos distintos, cuestión esta última que no ha sido acreditada, ni siquiera indicada por el Fiscal. La exigencia enlaza con la función primigenia del recurso que nos ocupa que ni es un recurso en interés de ley, ni un recurso de casación ordinario, sino un recurso destinado a la unificación de la doctrina que exige, ineludiblemente, pronunciamientos distintos que en este caso no concurren”.

F.J.3º.3: “El segundo supuesto de legitimación excepcional previsto en el artículo 219.3 LRJS se refiere a ‘cuando se constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinariamente exigidos’. Un correcto entendimiento de esta segunda causa debe vincularse a la existencia de materias que, en atención a sus peculiaridades, tienen dificultades objetivas para acceder a la casación unificadora, con relación a la propia materia objeto del recurso. Se trata de una circunstancia que, claramente, no concurre en el presente supuesto puesto que la materia prestacional del complemento que examinamos está siendo objeto de múltiples resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, habiendo, incluso, esta Sala unificado doctrina con relación a diversos aspectos del complemento que nos ocupa (SSTS -Pleno- de 30 de mayo de 2022, Rcd. 3192/2021 y de 17 de febrero de 2022, Rcuds. 2872/2021 y 3379/2021) y teniendo pendiente otros para resolver”.

F.J.3º.4: “El tercer y último supuesto de la legitimación excepcional que analizamos lo vincula la norma al supuesto relativo a cuando las normas cuestionadas por parte de los tribunales del orden social sean de reciente vigencia o aplicación, por llevar menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia, y no existieran aún resoluciones suficientes e idóneas sobre todas las cuestiones discutidas que cumplieran los requisitos exigidos en el apartado 1 de este artículo. En este caso, lo que se autoriza es a que el Ministerio Fiscal pueda anticipar la unificación, sin necesidad de aguardar a que las resoluciones contradictorias concurren. La limitación consiste en que debe tratarse de procesos referidos a normas que lleven ‘menos de cinco años en vigor en el momento de haberse iniciado el proceso en primera instancia’. Y, al margen de que la norma cuestionada entró en vigor el 2 de enero de 2016, y la demanda que inició las presentes actuaciones se presentó el 21 de mayo de 2021, esto es, más de cinco años después, ni en el escrito de preparación del recurso, ni en el de interposición, se indica que el recurso que se formaliza tenga fundamento alguno en esta excepcional causa”.

F.J.3º.4: “A la Sala no se le escapa, al contrario, tiene muy presente, la incidencia que sobre la aplicación del precepto en cuestión (artículo 60 LGSS-2015, en su

redacción original) puede tener la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/18); no sólo en sus aspectos sustantivos, sino especialmente en los procesales que ahora nos afectan. Así, sería posible sostener que la citada sentencia del tribunal europeo podría tener un influjo decisivo sobre el plazo de cinco años a que se refiere la última posibilidad del artículo 219.3 LRJS que examinamos. Se trata, en todo caso, de una cuestión de extraordinaria importancia que podría afectar a la concurrencia o no de la legitimación del Ministerio Fiscal, pero necesariamente debería haber sido alegada por el Fiscal recurrente y sujeta a la oportuna contradicción del resto de partes personadas en el proceso. Mucho más en un supuesto como el presente en el que, de conformidad con lo previsto en el propio artículo 219.3 LRJS, se ha interesado la alteración de la situación jurídica resultante de la sentencia recurrida. Lo que no puede hacer la Sala, ante una cuestión controvertida en los reseñados términos, es construir de oficio el fundamento de la legitimación del recurrente y tramitar un excepcional recurso como el presente por una vía que, ni ha sido invocada por la fiscalía recurrente, y que presenta razonables interrogantes sobre su aplicabilidad al presente supuesto; pudiendo afectar, además a las situaciones jurídicas derivadas de la sentencia recurrida. Si lo hiciera generaría, sin duda, indefensión al resto de partes vulnerando su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”.

F.J.4º.1: “El análisis de la legitimación del Ministerio Fiscal derivado de la concurrencia de alguna de las tres causas que habilita el precepto que analizamos, ha venido siendo realizado por la Sala, con normalidad en aquellos supuestos en los que la concurrencia de los requisitos habilitantes para que el Ministerio Público pudiera activar este excepcional recurso presentaba, como en el caso presente, dudas más que razonables. Así, en la STS de 4 de octubre de 2016, Rcd. 2323/2015, ante la alegación de la Fiscalía de que se acogía ‘a la posibilidad ofrecida por la norma procesal mencionada para el caso de que no exista doctrina unificada en la materia porque la norma cuestionada es de reciente vigencia y, por ello, no existen resoluciones suficientes e idóneas para acudir a la casación unificadora de su apartado 1’, la Sala examinó si concurría o no la legitimación de la Fiscalía con relación al supuesto invocado, llegando a una conclusión estimatoria. Por el contrario, en el supuesto examinado en nuestra STS de 19 de julio de 2018, Rcd. 1521/2016, ante el mismo fundamento procesal de la legitimación, la Sala examinó dicha cuestión, llegando a la conclusión contraria y desestimó la legitimación del Ministerio Fiscal por considerar que no concurrían los requisitos habilitantes que establece el artículo 219.3 LRJS”.

IX. Comentario

La parte crucial de la sentencia 697/2022 de la Sala de lo Social del TS se recoge en el punto 4 de su fundamento jurídico número 3, donde se recuerda que el tercer supuesto de intervención previsto en el artículo 219.3 LRJS en favor del Ministerio Fiscal constituye una “legitimación excepcional” que requiere de la exposición del pertinente “fundamento” en el escrito del recurso, dado que de otra forma la entrada del tribunal en la materia sería sorpresiva para las partes y podría generarles indefensión, por falta de oportunidades de alegación y contradicción. Con independencia de que el artículo 219.3 LRJS imponga también otras condiciones de recurribilidad y de que el plazo de vigencia de la norma susceptible de interpretación pudiera experimentar alguna clase de ampliación justificada (por ejemplo, por interconurrencia de algún pronunciamiento de jurisprudencia “mayor”, como el emitido por el TJUE en 2019), la sentencia TS 697/2022 viene a decir que para la operatividad de esta vía de recurso no basta con que se identifique una cuestión legal o jurídica digna de unificación desde una perspectiva teórica, ni tampoco con que el problema suscitado revista relevancia práctica, pues de ninguna manera puede eludirse una exigencia legal tan clara y taxativa como la de “fundamentación” de la causa en una forma de legitimación y una vía de recurso que no dejan de tener carácter excepcional. Tampoco depende del tribunal la apreciación del grado de justificación, necesidad o conveniencia de la unificación, habida cuenta que tal facultad ha sido legal y expresamente depositada en el Ministerio Fiscal, por su papel institucional de vigía del ordenamiento jurídico.

La respuesta ofrecida por la sentencia TS 697/2022 a la cuestión en disputa cuenta con sobrada base conceptual e interpretativa. No obstante, no debe olvidarse que no fue resultado de una postura unánime de la Sala de lo Social del TS. De ella discrepa el voto particular emitido por el magistrado inicialmente designado como ponente, para el que “la lacónica referencia contenida tanto en el escrito de preparación cuanto en el formalizador del recurso” presentado por el Ministerio Fiscal “debiera considerarse suficiente para entender cumplidas las exigencias de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y, en consecuencia, haber dado lugar a la fijación de la doctrina correcta sobre el tema de fondo suscitado”, tras la pertinente admisión del recurso. Su opinión (apoyada por otras tres magistradas de la Sala) se basa en que el cauce de casación para la unificación de doctrina abierto por el artículo 219.3 LRJS “no es una figura excepcional respecto del contemplado en los dos apartados anteriores, sino adicional o paralela”, en que “los presupuestos procesales de esta modalidad casacional han de interpretarse desde el prisma de las garantías constitucionales, evitando formalismos enervantes”, en que “las reglas sobre acceso al recurso, a partir de su literalidad, han de interpretarse con arreglo a la finalidad perseguida y tomando muy en cuenta el contenido de la pretensión ejercitada”, en que “la errónea adscripción a una de las tres posibilidades de acceso al recurso que contempla el art. 219.3 LRJS no debe impedir su reconducción a la correcta, si es que concurre”, y en que el recurso versaba “sobre el alcance de una norma vigente a partir de enero de 2016 pero seriamente afectada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, además de aludir a “la repercusión del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, para resolver la cuestión suscitada”.

Opinión mayoritaria y opinión discrepante parten, lógicamente, de una misma situación: la magra exposición del recurso presentado por el Ministerio Fiscal (reducida, en este plano procesal, a la inexistencia de doctrina unificada en la materia) y la dificultad consiguiente de ajustarlo con soltura a los contornos del artículo 219.3 LRJS. Pero son muy diferentes sus tomas de posición, en tanto que a la exigencia de rigor defendida por la mayoría se contraponen la invocación de tesis antiformalistas por parte del voto particular, quizá más impulsado por el innegable interés doctrinal y social de la cuestión debatida. Por descontado, no cabe hablar aquí de falta de criterio o de fundamentación, ni por un lado ni por otro. Pero no parece que las garantías constitucionales de tutela judicial efectiva y de acceso al recurso en los casos previstos por la ley revistan un mismo significado para el justiciable que para la instancia pública encargada de velar por la legalidad. A no dudar, se encuentra aquí uno de los puntos críticos que parece legarnos esta interesante resolución jurisdiccional.

X. Apunte final

La sentencia TS objeto de comentario también aporta algunas consideraciones de interés acerca de los otros dos supuestos de legitimación del Ministerio Fiscal también previstos en el artículo 219.3 LRJS. Respecto del primero de ellos (inexistencia de doctrina unificada y la existencia de pronunciamientos distintos dictados en suplicación), quiere poner de manifiesto ante todo la similitud de esta causa con la que permite fundamentar un recurso de casación para unificación de doctrina por la vía ordinaria, sin perjuicio de que también concurren “sustanciales diferencias” entre uno y otro caso en lo atinente al alcance de la exigencia legal de contradicción (F.J.3º.2). Respecto del segundo (dificultad de que la cuestión pueda llegar a unificación de doctrina), la sentencia aclara que para el “correcto entendimiento” de esta otra causa de legitimación directa del Ministerio Fiscal es necesario vincularla “a la existencia de materias que, en atención a sus peculiaridades, tienen dificultades objetivas para acceder a la casación unificadora, con relación a la propia materia objeto del recurso” (F.J.3º.3).

Naturalmente, esas referencias y aclaraciones respecto de las dos primeras causas del recurso de unificación de doctrina a instancia del Ministerio Fiscal no son

tampoco gratuitas, ni se hacen exactamente a mayor abundamiento, sino que deben su razón de ser, no sólo a las palabras utilizadas por el Ministerio Fiscal para construir su recurso (“no existir doctrina unificada en la materia”), sino también, y quizá más aún, a una especie de operación estratégica encaminada a cerrar el paso a todos los posibles argumentos favorables a la viabilidad del recurso de amparo interpuesto en esta ocasión por dicha instancia pública, a la vista de la diversidad de canales proporcionada por el artículo 219.3 LRJS. Para nuestra sentencia, en el caso de autos ni había quedado justificada por el Ministerio Fiscal “la existencia de pronunciamientos contradictorios”, ni se había podido probar que “la materia prestacional del complemento que examinamos” careciese de oportunidades reales y efectivas de llegar a la instancia de casación para unificación de doctrina, en tanto que ya en esos momentos estaba siendo objeto “de múltiples resoluciones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, habiendo, incluso, esta Sala unificado doctrina con relación a diversos aspectos del complemento que nos ocupa”.

Menos ilustrativa o menos determinante parece ser la referencia de la sentencia TS 697/2022 a otras resoluciones precedentes en las que la propia Sala de lo Social del TS había procedido al análisis de “la concurrencia de los requisitos habilitantes para que el Ministerio Público pudiera activar este excepcional recurso”, en unos supuestos en los que tal cuestión, “como en el caso presente”, suscitaba “dudas más que razonables”. Con esta particular precisión, tal vez la opinión mayoritaria de la Sala no tuviera más propósito que poner de relieve que su decisión final de rechazo del recurso no respondía a una supuesta actitud de aprensión o reticencia hacia esta peculiar competencia del Ministerio Fiscal, sino justamente a una línea metodológica en la que es santo y seña el examen cuidadoso y ponderado de los requisitos legales de los que depende la viabilidad de los recursos de casación para unificación de doctrina activados directamente por el Ministerio Fiscal.

Referencias:

1. ^ Proyecto de investigación DER2016-80327-P.

§ 79 Obligación empresarial de proporcionar en tiempo y de modo completo los boletines RLC y RNT (antes, TC1 y TC2) sin necesidad de obtener el consentimiento de las personas afectadas. ¿Seguro?

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: Los boletines de cotización deben entregarse a la representación sindical temporáneamente, sin que la representación de los trabajadores tenga que pedirlos, y con los datos completos (incluyendo los datos de las columnas NAF, IPF y CAF), sin necesidad de consentimiento de las personas trabajadoras al tratarse de una obligación legal que incumbe a la empresa. De no hacerlo de este modo, la empresa incurre en una obstrucción injustificada de los derechos de información de la representación sindical vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente de acción sindical. No obstante, se exponen algunas dudas sobre el alcance de dicha obligación legal y de su propia existencia.

Palabras clave: Boletines de cotización incompletos. Protección de datos. Obligación legal. Deber de información a los representantes de los trabajadores. Delegado sindical. Contenido adicional de la libertad sindical.

Abstract: The social security contribution bulletins must be delivered to the union representation in time, without the workers' representation having to request them, and with the complete data (including the data in the NAF, IPF and CAF columns that identifies the employee), without the need for the consent of the workers as it is a legal obligation incumbent on the company. If this is not done, the enterprise commits an unjustified obstruction of the information rights of the trade union representation by violating the fundamental right to freedom of association in its aspect of trade union action. However, some doubts are expressed as to the scope of this legal obligation and its real existence.

Keywords: Incomplete Social Security contribution bulletins. Data protection. Legal obligation. Duty of information to workers' representatives. Shop steward. Additional content of freedom of association.

I. Introducción

La sentencia comentada examina el comportamiento de una empresa que, de modo sistemático, espera al previo requerimiento sindical para entregar los boletines de cotización y, cuando lo hace, lo hace de modo incompleto, sin indicar datos de trabajadores apoyándose en la normativa de protección de datos y en el hecho de que muchos de sus trabajadores manifestaron su disconformidad con trasladar dicha información a los representantes. Para la sentencia de la Audiencia Nacional existe

una obligación legal empresarial de dar la información completa sin necesidad de obtener el consentimiento de las personas trabajadoras afectadas contenida en el art. 28.1 CE, arts. 2.2 y 10.3 LOLS, art. 64.6 y 7 ET, y art. 25.4 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social y que permiten entender que existe un fundamento legítimo para el tratamiento de datos por parte de los representantes de los trabajadores. Pero la duda que surge es si existe verdaderamente la mentada obligación legal y si se incumple en este caso el contenido adicional de la libertad sindical.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Audiencia Nacional

Número de resolución judicial y fecha: SAN-SOC núm. 98/2022, de 22 de junio

Tipo y número recurso o procedimiento: Tutela de Derechos Fundamentales 145 /2022

ECLI:ES:AN:2022:2854

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Gallo LLanos

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La empresa cuenta con varios centros de trabajo y con dos comités de empresa uno en Barcelona y otro en Sevilla. Además, CCOO tiene constituida sección sindical estatal y cuenta con delegado LOLS. El comité de empresa de Sevilla presentó en 2017 denuncia a la Inspección porque las copias básicas entregadas por la empresa no recogen la retribución total de las personas trabajadoras y porque cuando se solicita trimestralmente los boletines de cotizaciones de todas las empresas se les dan, pero con tachaduras eliminando alguna información como las iniciales de los trabajadores. La inspección emitió requerimiento a la empresa exigiendo una información del salario y las bases de cotizaciones de los trabajadores. Consta que la empresa citó en persona a cada trabajador del centro de Sevilla para que firmaran en presencia del personal de RRHH si autorizaban o no la transmisión de datos de carácter retributivo a la RLT. Ante la negativa empresarial, se presenta nueva denuncia que termina con acta de infracción a la empresa porque los RNT y RLC no identificaban los trabajadores y estaban en blanco las casillas NAF, IPF y CAF. Acta de infracción que se impone igualmente por no incluir la cuantía salarial en la copia básica de los contratos. En 2019 la empresa hace entrega al comité de empresa y al delegado LOLS de CCOO los documentos de cotización con las casillas mencionadas en blanco, por lo que se presenta nueva denuncia por el mismo comité de empresa. Por su parte también el comité de Barcelona solicitó los boletines de todos los empleados sin enmiendas ni tachaduras, pero de nuevo la entrega de la empresa de los documentos de cotización presenta las mismas columnas en blanco alegando que ello sería un incumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales. En el centro de trabajo de Madrid el delegado sindical de CCOO solicitó a la empresa los boletines de cotización TC1 y TC2 sin tachaduras. Le fueron entregados, pero con las mismas columnas en blanco. La Federación de servicios de CCOO y D Bernardo, delegado sindical de CCOO en la empresa, presentaron demanda sobre tutela de derechos fundamentales que es estimada por la Audiencia Nacional en la sentencia que se comenta.

IV. Posición de las partes

- *De la parte social*

La Federación de servicios de CCOO y D. Bernardo (Delegado sindical) consideran existente una obstrucción sistemática e injustificada de los derechos de información de la representación social vulnerando la libertad sindical del delegado sindical y del propio sindicato solicitando se ordene el cese inmediato de la conducta y se conde a respetar los plazos de entrega de la información y que se haga de modo completo entregando los boletines de cotización de todos los empleados y empleadas de la empresa sin enmiendas ni tachaduras.

2. De la parte empresarial

La empresa se opone a la entrega de los datos referentes a la retribución que pueden deducirse de los boletines de cotización alegando que se encuentran protegidos por la normativa europea e interna y que no pueden tratarse sin el consentimiento de los interesados a los que la empresa ha consultado y masivamente han rechazado su cesión.

3. Del Ministerio Fiscal

Considera que la demanda debe admitirse pues existe una norma con rango de ley (art. 68 TRET) que ampara el tratamiento de los datos sin necesidad de consentimiento, por lo que entiende que concurre una clara conducta antisindical de la empresa.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 28.1 CE sobre el derecho de libertad sindical y el ejercicio de la actividad sindical; arts. 10.3.1º LOLS que preceptúa que los delegados sindicales tienen las mismas garantías que las establecida legalmente para los miembros de la representación unitaria cuando no formen parte de dicho órgano, y, en concreto, al derecho a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa; art. 64.1 y 7.a.1º ET.

Art. 25.4 del Reglamento General de Recaudación (RD 1415/2004, de 11 de junio)

Art. 4 Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en relación con el art. 6.1. del mismo; art. 8 de la LO 3/2018 de 5 de diciembre de protección de datos personales.

Arts. 181.2 y 183 LRJS sobre la necesidad de que, tras la existencia de un panorama indiciario de vulneración de un derecho fundamental, el demandado aporte una justificación objetiva y razonable, suficientemente probado, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, así como el contenido de la sentencia en caso de existencia de vulneración de derechos fundamentales.

VI. Doctrina básica

Los boletines de cotización deben entregarse a la representación sindical temporáneamente, sin que la representación de los trabajadores tenga que pedirlos, y con los datos completos (incluyendo los datos de las columnas NAF, IPF y CAF), sin necesidad de consentimiento de las personas trabajadoras al tratarse de una obligación legal que incumbe a la empresa. De no hacerlo de este modo, la empresa incurre en una obstrucción injustificada de los derechos de información de la representación sindical vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente de acción sindical.

VII. Parte dispositiva

Se estima parcialmente la demanda declarando que la conducta de la empresa, consistente en una obstrucción sistemática e injustificada de los derechos de información de la representación sindical, supone una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente de la acción sindical del Delegado

LOLS de CCOO, D. Bernardo y del propio sindicato se ordena el cese inmediato de dicha conducta, condenando a la empresa: a respetar en adelante los plazos de entrega de la documentación, constatando que esté completa sin enmiendas ni tachaduras y sin necesidad de que sea requerida de forma reiterada por la representación de los trabajadores; proceder a la entrega al delegado sindical de modo inmediato de los boletines de cotización con las columnas NAF, IPF y CAF completas y no en blanco; así como al abono de una indemnización de daños y perjuicios de 6.000 euros.

VIII. Pasajes decisivos

- Para que proceda la entrega de la información y documentación que de acuerdo el art. 64 ET la empresa debe entregar al Comité, y por disposición del art. 10 de la LOLS a los delegados sindicales que no sean miembros del mismo, no es necesaria la previa petición de parte, sino que la misma debe efectuarse por la empresa en el tiempo y forma previstos en la norma sin necesidad de previo requerimiento alguno.

- Se trata de un derecho "autónomo del que correspondiente a los Comités de empresa o delegados de personal (29-3-2.011, rec. 145/2010), sin que pueda considerarse como accesorio del mismo" y "el ámbito de la información y documentación que debe proporcionarse al Delegado Sindical es aquel al que se extienda su representación, de manera que si el ámbito de representación del Delegado se corresponde con el de toda la empresa, la información que debe proporcionarle esta es la correspondiente a todos sus centros de trabajo con independencia de que existan o no representantes unitarios (STS de 9-1-2.020- rec 100/2018 - que confirma la SAN de 22-2-2 .018- autos 336/2017".

- El art. 8 de la L.O 3/2018 de 5-12 ha precisado 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".

- Se constata claramente la denunciada violación del derecho a la libertad sindical de los actores por las siguientes razones: a.- no se hace entrega de la documentación relativa a la cotización de los trabajadores en el tiempo que marca el art. 25.4 del Reglamento General de Recaudación sino que se hace solo previo requerimiento, con demora, y en ocasiones de forma no completa; b.- la información que se proporciona se hace de forma insuficiente, mutilando datos que, aun siendo de carácter personal de los trabajadores, resultan esenciales para que el Delegado sindical realice las funciones de vigilancia y control por parte de la empresa de las normas en materia de seguridad social tal y como preceptúa una norma con rango de ley como es el art. 64.6 del E.T, resultando además esencial que se entregue de forma completa por cuanto que el Delegado Sindical en cuanto que representante de la Sección sindical de CCOO realiza funciones reconocidas en los arts. 7 y 28 de la CE en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores en su conjunto; c.- la justificación que otorga la empresa, fundada en encuestas promovidas por la propia empleadora en virtud de la cual los titulares de los datos se oponen al tratamiento de los mismos, no legitima la conducta patronal, pues como hemos visto cuando se trata de información que resulta necesaria para el desenvolvimiento de una función reconocida constitucionalmente como es la sindical y una norma legal exige que se transmita la información de forma que se pueda verificar por quién recibe la misma que la empresa está cumpliendo sus obligaciones en materia de seguridad social, resultan esenciales que los boletines de cotización se entreguen sin omisión de dato alguno.

- "Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto

es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (STC 166/1988), o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio (STC 173/1994, FJ 4)".

- "En el presente caso, existen dos hechos que bien pudieran sancionarse como faltas del art. 7.8 de la LISOS cuales son la falta de entrega sino previo requerimiento, y la posterior entrega incompleta y mutilada de la información debida, lo que hace que la Sala, prudencialmente y teniendo en cuenta que no existen condenas anteriores, estime el daño moral causado al sindicato demandante en 6.000 euros pues se trata además de una empresa de dimensiones considerables".

IX. Comentario

La sentencia aborda un tema de interés, como es el de determinar el alcance de la obligación empresarial de información a los representantes de los trabajadores cuando para su cumplimiento incurre en una cesión de datos personales de quienes trabajan en la empresa. Aunque se alegaba también que las copias básicas de los contratos no contenían retribución total de los trabajadores, lo cierto es que la sentencia se centra el final básicamente en el alcance del deber de trasladar a los representantes los boletines de cotizaciones

Que los representantes unitarios tienen un derecho a estar informados de distintos aspectos relativos a la empresa y a sus trabajadores es evidente, así como el hecho de que la correlativa obligación empresarial de informar, por lo general, viene sometida a un término o plazo para su correcto cumplimiento. Baste recordar en este sentido, cómo el art. 8.4 ET impone al empresario este deber de informar en relación con las copias básicas de los contratos celebrados en un plazo máximo de 10 días desde su formalización; el art. 11 ET obliga a poner en conocimiento de la representación legal los acuerdos de cooperación educativa o formativa o los meses en que una persona hubiera estado previamente contratada con contratos formativos en otras empresas cuando se hubiera solicitado dicha información al SEPE correspondiente (arts. 11.5 y 7 ET); el art. 15.7 ET en relación con el deber de informar a los trabajadores y trasladar dicha información a la representación legal sobre los puestos de trabajo permanentes que haya vacantes; el art. 42.4 y 5 ET en casos de subcontratación establece la obligación de informar a la representación legal sobre diversos extremos relativos a la empresa subcontratada y la misma obligación para la subcontratista pero en relación con la contrata celebrada, antes del inicio de la ejecución de la contrata; el art. 44.6 ET en casos de sucesión de empresas se prevén deberes empresariales de información a los representantes, con la suficiente antelación (o al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales en casos de fusión y escisión de sociedades), sobre aspectos esenciales como la fecha prevista de transmisión, las causas, consecuencias para los trabajadores y medidas previstas respecto a las personas trabajadoras; o el deber de información que pesa sobre el empleador en casos de expedientes de suspensión de empleo o extinción colectiva de contratos (arts. 47.d), 51.8 ET).

Estos específicos deberes de información empresarial con respecto a la representación legal de los trabajadores, no obstante, y como es sabido, encuentran en el art. 64 ET su precepto matriz, donde se centraliza y clarifica el alcance de este deber de información, en general, "sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores". De especial interés es que en el mismo se define el concepto de información, entendiéndolo por tal "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" y reclamando en la aplicación de los procedimientos de información "espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores" (art. 64.1 ET). Se prevé igualmente, salvo previsión específica, de un espacio temporal general en el que proceder a cumplir el deber de información a los representantes legales ya que el art. 64.6 ET establece que la información se debe facilitar por el empresario "en un momento, de una manera y con un contenido apropiados".

El art. 25 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004, de 11 de junio) contempla un deber específico de información de los empresarios respecto de los justificantes de pago a la Seguridad Social. En concreto, el art. 25.4 establece que “Los empresarios deberán *informar a los interesados*, dentro del mes siguiente a aquel en que proceda el ingreso de las cuotas, de los datos relativos a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta. *Cuando tales datos se transmitan u obtengan por medios electrónicos*, la obligación de informar se considerará cumplida mediante la colocación o puesta a *disposición de los trabajadores*, a través de la presentación en pantalla de ordenador o terminal informático, de los datos de sus archivos que, a tales efectos, serán considerados copia autorizada de las relaciones nominales de trabajadores, de los recibos de liquidación y, en su caso, de otros justificantes que acrediten el ingreso de las cuotas. *En los demás casos*, los empresarios deberán *exponer*, en los centros de trabajo y durante el período indicado en el primer párrafo de este apartado, un ejemplar de la relación nominal de trabajadores y del respectivo boletín de cotización, diligenciado y validado por el colaborador que corresponda en la gestión recaudatoria, o copia autorizada de ambos. Esta obligación podrá sustituirse poniendo de manifiesto dicha documentación a los *representantes de los trabajadores* durante el mismo período»

Junto al deber de información, el art. 64.7 ET preceptúa que los representantes de los trabajadores tienen también el deber de ejercer una labor de “vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes”.

Todas las obligaciones que el empresario tiene respecto a la representación unitaria de los trabajadores se extienden igualmente respecto al Delegado/a sindical al que la LOLS otorga los mismos derechos cuando no formen parte del órgano unitario (art. 10.3 LOLS). Como señala la sentencia que se comenta, el ámbito del derecho a la información en tales casos coincidirá con aquél al que se extienda su representación (empresa, o centro).

Con este panorama legal, la cuestión radica en determinar si hay o no una obligación *legal* de entregar los boletines de cotización de modo temporáneo y si cuando se entregan se deben ofrecer con todos los datos, es decir, de modo completo, incluyendo datos del trabajador.

Que cualquier información se debe dar de modo temporáneo es algo incuestionable. No sólo por la propia finalidad del deber de informar (conocer de una cuestión determinada para poder proceder a su examen), sino porque la ley determina sin excepciones que toda información debe procurarse “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados” para su correcto examen por parte de los representantes. La información no se queda sólo en un mero conocimiento, sino que debe permitir verificar el cumplimiento normativo a fin de que, en su caso, los representantes puedan interponer una demanda en ejercicio de su competencia de vigilancia. En relación con los boletines de cotización el plazo es imperativo: “los empresarios deberán informar a los *interesados* dentro del mes siguiente a aquél en que proceda el ingreso de las cuotas” (art. 24.5 RD 1415/2004).

Pero la duda que surge es si los interesados son también los representantes de los trabajadores. Y ello porque el precepto diferencia entre que los datos de cotización se obtengan por medios electrónicos, en cuyo caso se dice que la información se cumple con la puesta a “disposición de los trabajadores” a través de una presentación en pantalla de ordenador o terminal informático de “los datos de *sus* archivos”, y sólo introduce una referencia a los representantes de los trabajadores “en los demás casos”, esto es cuando no se transmiten los datos ni se obtienen de modo electrónico, donde se obliga al empresario a “exponer” “un ejemplar de la relación nominal de trabajadores y del respectivo boletín de cotización, diligenciado y validado por el colaborador que corresponda en la gestión recaudatoria o copia autorizada de ambos”

señalando, inmediatamente a continuación que “esta obligación podrá sustituirse poniendo de manifiesto dicha documentación a los representantes de los trabajadores durante el mismo periodo”. En puridad, si los datos son electrónicos (como es el caso) no está tan claro que exista una obligación de su entrega a los representantes y, menos aún, que dicha obligación sea “legal” al encontrarse en una norma reglamentaria. Y si no hay una obligación legal, entonces decae el fundamento para entender que los representantes tienen derecho a la cesión de datos inherentes a estos documentos. Sin que, además, resulte tan claro que la entrega de estos boletines constituya una obligación derivada para preservar el derecho de libertad sindical ya que, si se trata de un *ejercicio de la actividad sindical cuyo contenido es adicional* y no esencial, entonces siguiendo la doctrina constitucional sólo se produce un comportamiento antisindical si se incumple la obligación legal en los estrictos términos en que haya sido configurada por el legislador (SSTC 51/1998, 173/1992). Más allá del contenido esencial, el legislador dispone de un amplio margen de maniobra que le permite crear medios adicionales de promoción de la actividad sindical pero también configurarlas y limitarlas y, en el futuro, modificarlas o suprimirlas, de ahí que la jurisprudencia constitucional haya reiterado que las normas infraconstitucionales pueden desarrollar el derecho de libertad sindical en clave de promoción, añadiendo al contenido esencial derechos o facultades de actuación sindical adicionales. En general, las normas que imponen cargas a la empresa suelen configurarse como un instrumento adicional y no esencial de la libertad sindical. Estos derechos adicionales que sobrepasan el contenido esencial que debe ser garantizado a todo sindicato, deben ser *ejercitados en el marco de su concreta regulación* y, aunque “el art. 28.1 CE puede lesionarse caso de obstaculización de los derechos adicionales de la libertad sindical” sin embargo, no cualquier restricción será suficiente para considerar afectado el derecho fundamental: “no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato puede calificarse de atentado a la libertad sindical, pues es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley (STC 200/2006).

La sentencia parte de que se ha producido un atentado a la libertad sindical en su vertiente de ejercicio de la acción colectiva del delegado sindical. Pero la empresa ha cumplido incluso más allá de lo exigido reglamentariamente al no estar tan claro que deba proporcionar siquiera los boletines tal y como está redactada en la actualidad la norma que sirve a la sentencia de fundamento. Y sin que tampoco pueda la obligación legal derivarse de la LISOS donde se prevé como infracción lege no conservar durante 2 años “los documentos de cotización y los recibos justificativos del pago de salarios y del pago delegado de prestaciones” (art. 21.1) o “no exponer, en lugar destacado del centro de trabajo, o no poner a disposición de los trabajadores, dentro del mes siguiente al que corresponda el ingreso de las cuotas, el ejemplar del documento de cotización o copia autorizada del mismo en el que conste la cotización efectuada correspondiente a aquellos o, en su caso, no facilitar la documentación aludida a los delegados de personal o comités de empresa, en los términos legal y reglamentariamente establecidos” en tanto dichos términos, como se ha comentado, sólo aluden a la representación de los trabajadores cuando no son electrónicos los boletines y sin que además pueda calificarse como correcta tipificación que se extienda el supuesto de hecho (facilitar la documentación) a un contenido concreto que puede ir más allá de la finalidad de vigilancia perseguida.

Por otro lado, si no existe obligación legal, tampoco habría asidero legal para considerar que deben entregarse con todos los datos identificativos del trabajador. Desde la normativa de protección de datos personales, ciertamente el consentimiento del trabajador no hace falta cuando existe una obligación legal del empleador (art. 6.1.c RGPD). Es decir, la cesión de datos a los representantes de los trabajadores, cuando así está previsto en una norma de rango legal, constituye un límite al derecho fundamental de la protección de datos de las personas trabajadoras. Pero para ello debe existir tal obligación legal del empleador. Podría alegarse, como hace la sentencia, que la obligación está también en la competencia de vigilancia y control del cumplimiento de las normas. Pero dicho control de los representantes, en tanto está en juego el derecho de protección de datos de los afectados, se ve igualmente

sometido al principio de *minimización* de los datos cedidos en tanto sólo debieran darse aquellos necesarios para verificar que “se cumple con la obligación legal”, que en este caso es estrictamente la del pago a la Seguridad Social y de acuerdo con el RNL y RLC al ser las bases de cotización que la propia Seguridad Social establece y remite al empleador, pero que no exige expresamente entregar los boletines a la representación con los datos identificativos de los trabajadores (NAF: número afiliación; IPF que puede ser el DNI; CAF abreviaturas de nombres y apellidos) cuando se hace con medios electrónicos. No habría ni contenido adicional en tal sentido ya que, a diferencia de otros supuestos como con la copia básica de los contratos, no se prevé legalmente que se realice la información en los términos en que es exigida por los demandantes, aunque su pretensión se haya estimado por la sentencia comentada.

Con independencia de las observaciones realizadas, lo cierto es que en esta materia convendría una intervención legislativa específica que clarificara algunos de los aspectos sugeridos por el RGPD cuyo considerando 45 cuando establece la posibilidad de tratar datos sin consentimiento del afectado en casos de obligación legal, precisa que la norma nacional que permita esta excepción podría “establecer especificaciones para la determinación del responsable del tratamiento, el tipo de datos personales objeto de tratamiento, los interesados afectados, las entidades a las que se pueden comunicar los datos personales, las limitaciones de la finalidad, el plazo de conservación de los datos y otras medidas para garantizar un tratamiento lícito y leal” así como determinarse “si el responsable del tratamiento que realiza una misión en interés público o en el ejercicio de poderes públicos debe ser una autoridad pública u otra persona física o jurídica de Derecho público, o, cuando se haga en interés público, incluidos fines sanitarios como la salud pública, la protección social y la gestión de los servicios de sanidad, de Derecho privado, como una asociación profesional”, esto es, cabría también entender incluido un sindicato (aunque en tal caso el interesado debe tener derecho a oponerse al tratamiento de cualquier dato personal relativo a su situación particular, debiendo ser el responsable el que demuestre que sus intereses imperiosos prevalecen sobre los del interesado a decir del considerando 69 del Reglamento). Línea que sigue el art. 8 LOPDDD cuando señala que el tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable “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”.

La configuración legal de la proporcionalidad y ponderación de los intereses en juego exige una intervención legal clarificadora que, probablemente aboque al conocimiento de los boletines de cotización por la representación legal, sin necesidad de consentimiento de los trabajadores, pero excluyendo algún dato que pudiera resultar irrelevante para la función de vigilancia laboral y de defensa de los intereses de los trabajadores.

§ 80 Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *Las familias monoparentales no son tenidas en cuenta en el art. 48.4º TRET porque el permiso por nacimiento y cuidado de hijos es de titularidad individual e intransferible, lo que hace que las familias con dos progenitores puedan acceder a, hasta 32 semanas de prestación, mientras que a las familias monoparentales sólo se les reconocerían 16 semanas. El presente pronunciamiento va más allá de este precepto reconociendo el derecho de una familia monoparental a un permiso por nacimiento de 26 semanas.*

Palabras clave: *Discriminación. Conciliación. Maternidad. Paternidad. Permiso por nacimiento.*

Abstract: *Monoparental families are not taken into account in art. 48.4º TRET because the leave for birth and care of children is of individual and non-transferable ownership, which means that families with two parents can access up to 32 weeks of benefit, while single-parent families would only be recognized 16 weeks. This pronouncement goes beyond this precept by recognizing the right of a single mother family to a 26-week birth leave.*

Keywords: *Discrimination. Conciliation. Maternity. Paternity. Birth leave.*

I. Introducción

Las familias monoparentales, integradas casi completamente por mujeres, es un colectivo obviado por las normas actuales y el art. 48.4º TRET, en su nueva redacción tras el RDL 6/2019, ha seguido esta misma línea, dado que este precepto se ha trazado desde la construcción de la familia clásica y biparental, sin aludir a las especiales requerimientos de est@s progenitoras. La Sentencia que es objeto de comentario va más allá de la literalidad del precepto y sostiene que el art. 48.4º TRET -que se aplica irremediabilmente sobre el art. 177 TRLGSS- debe respetar la obligación de proteger el interés del menor contenida en Tratados y Normas internacionales de obligado cumplimiento en nuestro país, como la Convención de los Derechos del Niño y conculca el art. 14 CE, dado que genera un trato peyorativo en estas familias, comparadas con las familias con dos progenitores. Por ello, debe reconocerse a las familias monoparentales una ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de niños y debe concederse, asimismo, la correlativa prestación de seguridad social a estas familias durante 26 semanas, que es el tiempo durante el que se prolongaría este mismo permiso en el caso que existan dos progenitores,

excluyendo, de las 32 semanas que sumaría cada progenitor, las seis primeras semanas en las que el disfrute de la prestación es obligatorio y simultáneo por ambos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm 541/2022, de 21 de julio.

Tipo y número recurso: Recurso de suplicación núm. 446/2022.

ECLI:ES:TSJCL:2022:3242.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Cristina tiene una hija en el seno de una familia monoparental, solicita la prestación por nacimiento y cuidado de hijos y se le reconocen 16 semanas de permiso, extendiéndose sus efectos económicos hasta el 5 de enero de 2022. Posteriormente, con fecha de 16 de noviembre de 2021, Cristina solicita ampliar dicho permiso hasta las 32 semanas, en igualdad de condiciones a como se reconoce este permiso a las familias -biparentales-, en el entendimiento de que la estructura familiar no puede suponer discriminación alguna para la menor, nacida en el seno de una familia con una sola progenitora.

La reclamación de la actora es desestimada por la Entidad Gestora por Resolución de 29 de diciembre de 2021, en virtud de lo señalado en el art. 48.4º del Estatuto de los Trabajadores, precepto que reconoce el derecho a la suspensión del contrato de trabajo para la madre biológica durante 16 semanas y un derecho añadido para el progenitor distinto de la madre biológica, durante 16 semanas más, puesto que este derecho es individual de la persona trabajadora, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor. La legislación actual no contempla la posibilidad de acumular los períodos de descanso por nacimiento de los dos progenitores, en el caso de que exista un solo progenitor, y el subsidio por maternidad -el de la madre biológica-no puede acumularse al subsidio por paternidad -el del otro progenitor distinto de la madre biológica-.

Cristina interpone, entonces, demanda frente al INSS ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos, demanda que es nuevamente desestimada por Sentencia de 21 de febrero de 2022, en autos nº 58/2022.

Frente a tal Sentencia, la parte actora recurre en suplicación denunciando la infracción de los arts. 177 TRLGSS, 1,3,8,10,14 y 44 LO 3/2007; el art.2,12 y 18 del RDL 6/2019, así como su art. 3º; en términos generales el art. 3º del RD 295/2009; en términos globales la Ley 3/2005, de protección de la infancia y adolescencia; los arts. 2,3 y 26 de la Convención de los Derechos del niño; la Resolución del Parlamento europeo de 13 de septiembre de 2016; la Directiva 96/34; la Directiva 2010/18, cláusula 1; el art. 3 del Tratado de la UE; los arts. 20, 21, 23, 24, 33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; los arts. 10, 14 y 39 CE; el art. 4.2º c) ET; y arts. 3 y 4 del Código Civil. Igualmente, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 276/2011, de 14 de marzo de 2011 y la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Sentencias del Pleno de 25-10-2016, recurso 3818/15, 16-11-2016, recurso 3146/14 y 14-12-2017, recurso 2859/16).

IV. Posición de las partes

La recurrente, madre y única progenitora de una familia monoparental, solicita ampliar su permiso de 16 semanas por maternidad hasta las 32 semanas, en igualdad de condiciones con las familias biparentales. Se argumenta, para ello, que así lo impone el superior interés de la menor y que el régimen legislativo actual es discriminatorio por indiferenciación, pues supone, en definitiva, un desvalor en el cuidado que se proporciona a los hijos de las familias monoparentales respecto de las biparentales.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 48 TRET. Suspensión con reserva de puesto de trabajo. 4º. *El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil. (...) Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.*

Artículo 177 TRLGSS. Situaciones protegidas. *A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil) o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.*

VI. Doctrina básica

La solución al presente conflicto -que concede la ampliación del permiso postulada por la actora- deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que considera, además del texto de la norma, disposiciones legales de alcance constitucional y supranacional, dando respuesta a una laguna legal, un supuesto que la legislación no contempla, pero que tampoco excluye ni tampoco cierra. Para ello, el Juez somete la petición a un juicio de adecuación a los principios de protección de la familia y del menor (art. 39º CE) y al principio de no discriminación (art. 14º CE), principios éstos que son los que -sostiene el Juez- han de inspirar cualquier interpretación de esta materia.

Se llega, para ello, lo primero, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016^[1] y a la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014 C-176/12, donde consta la doble finalidad a la que responde el permiso por paternidad -actual permiso por nacimiento y cuidado de hijos-, y que es *atender a la recuperación, seguridad salud de la madre, y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del menor, (...) evitando (así) la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional que perturbe dichas relaciones.* Como reconoce el Juez, la aplicación del permiso de maternidad está, por tanto, directamente vinculada a dos intereses en juego: el de la madre y el del menor. Y la protección de este último es también el objetivo del permiso que se otorga al progenitor distinto de la madre biológica, destinado, según el art. 48.4º TRET, al *cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil.*

Pero, además, se acude a los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, pues tales normas forman parte de nuestro ordenamiento jurídico -ex. art. 96 de la CE-, resultan directamente aplicables -art. 1.5 CC- y las normas se deben interpretar conforme a ellos -art. 10.2 CE-, lo que permite configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución -STC 38/1981-. Asimismo, como establece el art. 31º de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y Acuerdos Internacionales, *las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas*. E, igualmente, nuestra jurisprudencia ha señalado que los Tratados y Acuerdos internacionales *constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce*, de suerte que habrán de tomarse en consideración *para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución* (entre otras, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, y 53/2002, de 27 de febrero).

Así las cosas, se asigna tal eficacia a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuyo artículo 3.1 se dispone que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (han de prestar, sic), una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño*. Y también se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, *en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*.

Y, aún más, el interés superior del menor aparece también en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en cuyo art. 2.1º se puede leer que: *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*, hasta el punto de que, conforme al apartado 4 del mismo artículo, *en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, pero en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

En esencia, el interés del menor se configura, en virtud de las disposiciones citadas, como un principio general que sirve como canon interpretativo del ordenamiento jurídico nacional y de las normas en materia de protección de la maternidad y paternidad, normas que^[2] deben ser interpretadas a la luz de tal principio, conforme a lo establecido en el art. 39.2 de la CE, dado que tal precepto señala que *los poderes públicos aseguran (...) la protección integral de los hijos*. Así se hace en la Sentencia de 16 de noviembre de 2016^[3], pronunciamiento donde recuerda la Sala 4ª del Tribunal Supremo, que, aunque *el interés superior del menor no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando debemos aplicar normas que lo han querido tener presente* y así se ha hecho en relación a la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad, en cuyo ámbito deben tenerse en cuenta los principios que proporciona el art. 39 CE y que han de presidir la interpretación de las leyes vigentes (art. 53.3 CE): procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños^[4].

En otro orden de cosas -continúa añadiendo el Juez- el art. 14 CE prohíbe las *desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en*

critérios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos^[5].

En resumen, *el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad ... sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*; dicho de otro modo, el principio genérico de igualdad, exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea, y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea *no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato*. En el mismo art. 14, la CE contempla la prohibición de discriminación, principio inspirador de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico^[6] vinculado a factores de diferenciación considerados especialmente odiosos, entre los que se encuentran el nacimiento y cualquier otra condición personal o social del individuo. Y señala al respecto la STC 173/1994 *que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)*.

En este contexto normativo y jurisprudencial -continúa el Juez en el Fundamento Jurídico Tercero- fácilmente se puede colegir que, como ya hemos advertido, el art. 48 del ET no contempla la realidad de las familias monoparentales, sino que parte de una situación en la que ambos progenitores contribuyen al cuidado del menor en un periodo común inicial de seis semanas, también destinado a la recuperación de la madre, y otro posterior a disfrutar antes de que el hijo o hija cumpla doce meses, ya sea de forma acumulada o interrumpida. Ello supone que, sumado todo el tiempo que corresponde a ambos progenitores y considerando que existe un periodo de seis semanas común a ambos, el especial cuidado de la persona recién nacida que supone la suspensión del contrato de trabajo puede alcanzar las 26 semanas, ya sean continuas o intermitentes. Pero no es esto lo que ocurre cuando la menor nace en una familia monoparental: en este caso, la protección de la Seguridad Social para su cuidado solo alcanza las 16 semanas que corresponden a la progenitora única.

El diferente efecto protector derivado de la dualidad que acabamos de exponer redundante claramente en un trato diferenciado en perjuicio de quien nace en la familia monoparental, que, teniendo las mismas necesidades que el nacido en la biparental, recibe un cuidado subsidiado objetivamente inferior en cuanto a su duración y calidad, pues se le priva del estrecho contacto paterno/materno - filial que conlleva el plus de suspensión de la relación laboral que rige cuando hay dos progenitores respecto de la situación en que solo existe uno, afectando, además, a la conciliación de la vida familiar y laboral de éste último, la cual aparece *como canon imprescindible a la hora de aquilatar el alcance de derechos legalmente conferidos a partir de la existencia de un menor*, según señala el Tribunal Supremo^[7], Tribunal que advierte^[8] que la prestación por maternidad es una institución regulada *evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones*.

No hay, por otra parte, una justificación objetiva a esta diferencia de trato. Establecer la duración de la prestación en función del número de progenitores en lugar de atender de manera preferente al superior interés del menor, que aparece como único e inescindible cualquiera que sea la forma familiar, no solo supone desconocer el criterio interpretativo al que nos hemos referido en el fundamento de derecho 1º, sino también dar efectos jurídicos a un trato discriminatorio por razón del nacimiento y de la condición personal y familiar del recién nacido, en vulneración del art. 2 de la Convención de Derechos del Niño, según el cual *todos los derechos deben ser*

aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación.

VII. Pasajes decisivos

Así las cosas, se concluye, para evitar tan perniciosos efectos y garantizar un trato igualitario, la interpretación acorde con los derechos y principios en juego es considerar que la progenitora única que se ocupa del cuidado de la menor tiene derecho a un disfrute del permiso equivalente al que hubiese correspondido de existir el otro progenitor, lo que supone añadir 10 semanas a las 16 ya reconocidas, habida cuenta que las otras seis habrían sido de disfrute simultáneo y conjunto inmediatamente después del parto en el caso de una familia biparental, y que, por tanto, la atribución completa de otras 16 semanas a sumar a las 16 ya reconocidas a la demandante, como se pide en el recurso, conllevaría un tratamiento privilegiado para su familia monoparental en cuanto al tiempo de atención a la niña, que sería de 32 y no de las 26 semanas que hubieran correspondido, como máximo, a una familia con dos progenitores en régimen de alternancia absoluta entre ellos.

La solución que acabamos de exponer al conflicto planteado deriva de una aplicación integradora del ordenamiento jurídico que permite considerar, además del texto de la norma ordinaria, las disposiciones de alcance constitucional y supranacional precitadas. Estamos ante un supuesto que nuestra legislación no contempla pero que tampoco excluye ni cierra una vez efectuado, como es el caso, el necesario juicio de adecuación a los principios de protección de la familia y del menor (art. 39 CE) y no discriminación (art. 14 CE), que han de inspirar cualquier interpretación en esta materia.

En igual sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2020, citada en el escrito de formalización, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 16 de marzo de 2022^[9], la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia de 8 de marzo de 2022^[10] y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de diciembre de 2021^[11].

VIII. Parte dispositiva

En virtud de ello, el recurso es estimado siendo responsabilidad del INSS-TGSS el abono de las prestaciones oportunas, conforme a los arts. 177 y ss. LGSS.

IX. Comentario

La reforma del art. 48.4º TRET llevada a cabo por el Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha ampliado hasta las 16 semanas el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por razón de nacimiento y cuidado de hijos y la duración de la prestación por maternidad/paternidad conexas a éste -ex. art. 177 y ss. TRLGSS-; y lo ha hecho asignando un derecho de 16 semanas que se reconoce individualmente para cada progenitor. Por este motivo, cuando el hijo nace -o es adoptado- y el contrato de trabajo de cada progenitor se suspende, se accede a una correlativa prestación de seguridad social que cubre el 100% de la base reguladora y, cada familia, puede resultar beneficiaria de esta suspensión y de una prestación de seguridad social que concede rentas sustitutivas del salario a la pareja, durante, como máximo, 32 semanas.

Pero la norma actual, una de las más progresistas en los países de nuestro entorno, no sólo ha incrementado la duración del permiso por nacimiento y cuidado, duplicándola, sino que lo ha hecho distribuyendo, también, dichas responsabilidades de crianza entre los dos progenitores, prohibiendo la transferencia de los derechos generados individualmente y corresponsabilizando a los dos miembros de la pareja - una solución que permite cambiar el rumbo de las normas de protección a la familia, evitando que el cuidado no penalice, al tiempo, únicamente, a las mujeres-cuidadoras; esta operación -indiscutiblemente- sólo podía hacerse pensando en familias biparentales.

Dicha regulación, aplicada sobre las familias monoparentales, supone que estas familias sólo disponen, como máximo, de las 16 semanas que se asignan individualmente a quien ocupa ese papel de progenitor@ única. Y ello, a pesar de que estas familias han de desarrollar las mismas labores de crianza, incluso con más dificultad, que las familias formadas por dos miembros pues, obviamente, hay menos cuidadores disponibles que deben conciliar, lo que redundará y afecta al derecho de conciliación. Tal desigualdad, que es evidente, ha dado lugar a numerosas peticiones de madres de familias monoparentales solicitando una ampliación de sus permisos, hasta equipararlos a los de las familias biparentales.

El presente pronunciamiento da respuesta a una de estas últimas demandas^[12], en el que sí se concede a una madre de una familia monoparental el derecho a disfrutar de 26 semanas de permiso, en total. El pronunciamiento que aquí se analiza aboga - como ya hiciera la Sentencia del TSJ de País Vasco de 6 de octubre de 2020 y otras muchas después-^[13] por incrementar el permiso por nacimiento de las familias compuestas por un solo integrante, colocando al interés del menor y a la familia, como el bien superior que hay que proteger. Al tiempo, se matiza que esta ampliación del permiso por nacimiento y cuidado que correspondería a las familias mono(p)parentales solamente puede alcanzar, en total, a 26 semanas. Ello se debe a que, al haberse regulado que las seis primeras semanas del permiso son de disfrute simultáneo y obligatorio para ambos progenitores, conceder 32 semanas significaría aumentar los días dedicados a la crianza y privilegiar, de este modo, a las familias monoparentales frente a las biparentales^[14].

Este pronunciamiento recoge e incorpora algunos de los argumentos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de octubre de 2020, añadiendo alguno más a los que fueran alegados por aquélla y centrándose en la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento los mandatos contenidos en los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España como son la Convención de los Derechos del Niño, a la que se añade, ahora, el art. 24º de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea, según el cual en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés del menor constituirá una consideración primordial. Igualmente, incorpora, también, el Juez a quo, la referencia a otras normas internas, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en apoyo de la misma argumentación, que tiene que ver con el hecho de que el interés del menor es un principio básico de aplicación en cualquier medida o decisión que afecte a las y los menores^[15].

Además, sobre todo, este pronunciamiento insiste en la vulneración del art. 14 de la CE, comparando la diferente visión de la protección de los menores que nacen en familias monoparentales o biparentales que ofrece el art. 48.4º TRET, sin que se ofrezca ningún factor o circunstancia que dote de una justificación objetiva y razonable a la diferencia apuntada^[16].

A todo lo anterior se han añadido, también, en otros pronunciamientos, otras razones que apoyan la concesión de la prolongación a 26 semanas del permiso por nacimiento en las familias monoparentales: como el hecho de que la misma Entidad Gestora haya ya reconocido a las familias monoparentales dos semanas adicionales de permiso retribuido por nacimiento con discapacidad, o en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, dispensando, así, la propia Entidad Gestora, la misma cobertura a ambos modelos de familia^[17].

X. Apunte final

Actualmente las familias monomarentales^[18] siguen sin tener garantizada la ampliación de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos pues las mismas continúan siendo denegadas sistemáticamente por el INSS y, como hemos visto, la judicialización de tales demandas ha ocasionado una abundante y sostenida doctrina judicial contradictoria que ha dado lugar a un nocivo y correlativo desconcierto que es

el que padecen actualmente los posibles beneficiari@s, algo que debe solventarse más pronto que tarde^[19]. Urge, por ello, un pronunciamiento del Tribunal Supremo a través de un recurso de unificación de doctrina o -mejor aún- una reforma legal que ya se atisba en el horizonte y que parece que podría contemplar la ampliación de este permiso hasta las 26 semanas.

Referencias:

1. ^ Nº rec. 3146/2014.
2. ^ Como ha señalado el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 25 de octubre de 2016, nº. rec. 3818/2015; de 16 de noviembre de 2016, nº rec. 3146/2014, y en la Sentencia del Alto Tribunal de 14 de diciembre de 2017, nº rec. 2859/2016
3. ^ Nº rec. 3146/2014.
4. ^ En este pronunciamiento el Tribunal Supremo reconoce la prestación por maternidad a una trabajadora que es madre por gestación subrogada en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, y de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, puesto que de no otorgarse la protección por maternidad se produciría una discriminación en el trato dispensado al hijo por razón de su filiación.
5. ^ Tal como reconocen, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2002, de 20 de mayo, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2012, nº rec. 147/2011.
6. ^ STC 93/2013, de 23 de abril.
7. ^ En su Sentencia de 25 de octubre de 2016, nº rec. 3818/2015.
8. ^ Con cita de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, C-167/1.
9. ^ Nº rec. 6097/2021.
10. ^ Nº rec. 5795/2021.
11. ^ Nº rec. rec. 846/2021.
12. ^ En el momento de escribir estas líneas, en el buscador de jurisprudencia del poder judicial aparecen publicadas un total de 24 Sentencias -de Juzgados de lo Social y de Tribunales Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas- que conceden, o no, la ampliación del permiso a las madres de familias monoparentales, previa su solicitud. 17 de ellas se pronuncian positivamente y 7 deniegan la petición.
13. ^ Muy sintéticamente, los pronunciamientos siguen dos líneas argumentales principales que justifican la concesión o la denegación de la ampliación del permiso solicitada. La línea de la que fuera pionera, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) de 6 de octubre de 2020, nº recurso 941/2020, ECLI:ES:TSJPV:2020:396, que marca el camino de muchas que vienen después, entre las que se encuentra la que aquí se comenta, y la línea que aboga por la solución contraria, sustentada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2021, nº recurso 1563/2021, ECLI:ES:TSJCV:2021:4451. Mientras que las Sentencias que otorgan el permiso por nacimiento y cuidado de hijos -como la que comentamos- solventan la laguna legal

acudiendo a la necesidad de cumplir el tenor de los Tratados y normas internacionales a los que las normas estatales quedan sometidas, entendiéndose que los Tribunales deben satisfacer el interés del menor en la aplicación de las normas, concluyendo, también, que existe un trato discriminatorio entre los menores nacidos en familias monomarentales y biparentales, las Sentencias que niegan el derecho al permiso por nacimiento y cuidado de hijos atienden a razones que tienen que ver con la estricta literalidad de la norma y afectan a la configuración de la prestación por nacimiento y cuidado de hijos -arts 177 y ss- como una prestación contributiva, a la que se accede tras el cumplimiento de estrictas condiciones de afiliación, alta y cotización, que han de respetarse por cada causante para resultar beneficiario, en los términos que la propia norma define.

14. ^ Las reformas legislativas proyectadas de las que se tiene conocimiento en octubre de 2022 -de aprobarse- también ampliarían el permiso por nacimiento de las familias monoparentales hasta las 26 semanas, acogiendo claramente esta justificación.
15. ^ Vid, en este mismo sentido, la STSJ (Sala de lo Social) de Madrid, de 8 de julio de 2022, nº recurso: 217/2022, ECLI:ES:TSJM:2022:8946. Además, las Sentencias del TSJ (Sala de lo Social) de A Coruña, de 28 de enero de 2022 y de 30 de marzo de 2022, nº rec. 3176/2021, ECLI:ES:TSJGAL: 2022:971 y nº rec. 837/2022, ECLI:ES:TS:TSJGAL:2022:2655 insisten en que limitar el derecho de las familias monoparentales provoca conculcación de varios derechos protegidos constitucionalmente: en primer lugar, la necesaria protección del menor, que, dependiendo de la clase de familia, podría encontrarse con cierta desprotección social, ya que mientras si cuenta con dos progenitores estos podrían dedicarse a su cuidado varias semanas más que las que le corresponderían si se tratara de una familia monoparental; y, en segundo lugar, la decisión de la Administración supone una evidente discriminación por circunstancias familiares (y, en su caso podría suponer una flagrante discriminación indirecta por razón de género, carente de una justificación objetiva y razonable, suponiendo, además, un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del progenitor individual, debiendo tenerse presente también la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de julio, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores -Directiva que ha debía haberse traspuesto en nuestro país como fecha tope el 2 de agosto de 2022-. Insistiendo en esto mismo, la Sentencia del TSJ (Sala de lo Social) de Cantabria, de 29 de abril de 2022, nº rec. 257/2022, ECLI:ES:TSJCANT;2022:388 habla de la necesidad de los órganos judiciales de integrar la perspectiva de la infancia en sus decisiones señalando que: (...) cuando las decisiones judiciales tienen impacto directo o indirecto en un niño, los órganos judiciales estamos obligados a integrar la perspectiva de infancia en nuestras decisiones y más especialmente el principio general del “interés superior del menor” como criterio hermenéutico derivado del art. 3.1º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
16. ^ La STSJ de Madrid de 8 de julio de 2022, nº recurso 217/20222 -pronunciamiento que resulta interesante porque reproduce y sintetiza los argumentos que se han sostenido y que sirven para conceder o denegar la ampliación del permiso por nacimiento de las familias monoparentales- que viene a decir que: (...) ni la sentencia de instancia ni la parte recurrida esgrimen ningún factor o circunstancia que dote de una justificación objetiva y razonable de la diferencia apuntada limitándose a exponer

argumentos de legalidad ordinaria relacionados con la configuración individual e intransferible del permiso y de la prestación (...).

17. *^ Así, en la STSJ Madrid de 8 de julio de 2022, nº recurso 217/2022, entre otras, se trae a colación el Criterio de Gestión del INSS de 5 de agosto de 2019 que ha reconocido este derecho a las familias monoparentales.*
18. *^ Este colectivo alcanza actualmente a más del 10% de los hogares españoles y ha crecido en torno a un 24,5% desde 2016, algo que no ha ocurrido con ningún otro modelo familiar. Vid, las cifras completas en: Familias monoparentales en España, disponible en: www.familiasmonomarentales.es , fecha de consulta, 15 de octubre de 2022.*
19. *^ Sin olvidar que nuestro país tiene pendiente, también, trasponer la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de julio, sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores dado que el plazo acabó el pasado 2 de agosto de 2022.*

§ 81 La necesaria proactividad empresarial para el disfrute de las vacaciones.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE) ha reforzado una vez más la garantía para el disfrute de las vacaciones. Son tres las conclusiones la sentencia glosada (gemela de otra dictada en la misma fecha): 1ª) El Derecho de la UE se opone a que las vacaciones devengadas prescriban en un plazo de tres años (desde que acaba el año en el que haya nacido ese derecho) si el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva. 2ª) El derecho a vacaciones no puede extinguirse a la conclusión del período de referencia o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutar de sus vacaciones. 3ª) Si la empresa no da la posibilidad de ejercer el derecho de manera efectiva tampoco puede invocar la prescripción legal pues ello daría lugar a un enriquecimiento sin causa.

Palabras clave: Vacaciones pendientes. Prescripción. Invitación empresarial al disfrute vacacional. Descanso. Tiempo de trabajo.

Abstract: The Court of Justice of the European Union (EU) has once again strengthened the guarantee for the enjoyment of vacations. There are three conclusions to the glossed sentence (twin of another issued on the same date): 1) EU Law precludes accrued vacations from prescribing within a period of three years (since the end of the year in which that right arose) if the employer has not enabled the worker to exercise that right effectively. 2) The right to vacation cannot be extinguished at the end of the reference period or a period of deferment set by national law when the worker has not been able to enjoy his vacation. 3) If the company does not give the possibility of exercising the right effectively, it cannot invoke the legal prescription either, as this would give rise to enrichment without cause.

Keywords: Vacation pending. Prescription. Business invitation to vacation enjoyment. Rest. Working time.

I. Introducción

La obligación que los poderes públicos tienen de garantizar el descanso necesario mediante, entre otras instituciones, «las vacaciones periódicas retribuidas» (art. 40.2 CE^[1]) se concreta a través artículo 38 ET. Lo primero que debe decirse de él es que, pese a las sucesivas modificaciones y ampliaciones que ha experimentado, resulta sumamente escueto y que deja en la penumbra numerosas cuestiones; el problema es grave porque tampoco se trata de materias en las que la negociación colectiva entre de manera habitual; se hace entonces imprescindible el acudir a criterios

jurisprudenciales, con frecuencia basados en las previsiones de diversos Convenios de la OIT y, desde hace ya tiempo en la rica jurisprudencia eurocomunitaria.

De suma relevancia es el Convenio núm. 132 OIT (1970), relativo a las vacaciones anuales pagadas (ratificado el 16 junio 1972; publicado en BOE 5 julio 1974); para trabajos agrícolas ver Convenio OIT 101 (1952) y para actividades en el mar Convenio OIT 146, ambos ratificados por España (el 26 octubre 1967 y el 16 febrero 1979, respectivamente) y debidamente publicados en el BOE (de 4 diciembre 1968 y 20 marzo 1980, respectivamente); jurisprudencia antigua y superada entendió que las normas de los Convenios OIT en esta materia no son de Derecho necesario e indisponible, pudiendo ser alteradas por convenio colectivo.

La Jurisprudencia de Luxemburgo ha precisado que el derecho de todo trabajador a sus vacaciones constituye un principio de Derecho Social Comunitario especialmente trascendente, sin que sean admisibles excepciones al mismo: *ubi operarius, ibi feria*; en múltiples cuestiones ha fijado criterios *rompedores* con nuestra jurisprudencia, partiendo al efecto de bases tan simples como sólidas: finalidad de las vacaciones (propiciar el ocio y el esparcimiento), carácter retribuido (para mantener el nivel de vida), disfrute en sus propios términos (saltando el año), etc.

La sentencia ahora glosada prosigue en esa línea garantista, interpela al empleador como garante de la seguridad y salud de su plantilla, a la vez que, sobre todo, requiere del empleador una importante colaboración a fin de evitar que el derecho al descanso se pierda como consecuencia del transcurso de cualesquiera plazos de caducidad o prescripción.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 22 de septiembre de 2022.

Tipo y número de recurso: Cuestiones prejudiciales acumuladas C-518/20 y C-727/20.

ECLI:C:2022:707

Fuente: Curia.

Ponente: Sra. I. Ziemele.

Abogado General: Sr. J. Richard de la Tour.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La sentencia glosada resuelve dos peticiones de cuestión prejudicial presentadas en el contexto de sendos litigios entre un trabajador y Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (asunto C-518/20) y entre una empleada y St. Vincenz-Krankenhaus GmbH (asunto C-727/20). En ambos casos se discute sobre el derecho a vacaciones anuales retribuidas en el año de referencia en el que dichos trabajadores se encontraron, respectivamente, en situación de incapacidad laboral absoluta y de incapacidad laboral por enfermedad.

1. El Trasfondo fáctico del caso Fraport (C-518/20)

El primer asunto suscitado se refiere a un conductor afectado por incapacidad persistente, de diciembre de 2014 a agosto de 2022, que reclama las vacaciones no disfrutadas del año en que se le declaró. Interesa recordar lo siguiente:

- El demandante está empleado desde 2000 por Fraport como conductor de transporte de mercancías. Debido a una discapacidad severa, percibe desde el 1 de diciembre de 2014, en virtud de una incapacidad laboral

absoluta pero no permanente, una pensión cuyo fin ha sido establecido para el 31 de agosto de 2022.

- El conductor demandó a Fraport con el fin de que se reconociera su derecho a treinta y cuatro días de vacaciones anuales retribuidas correspondientes al año 2014. Aduce que su estado de salud le impidió disfrutar de esos días de vacaciones y que, además, Fraport no cumplió con su deber de cooperar en la concesión y el disfrute de las vacaciones.

2. El litigio en el caso de St. Vincenz-Krankenhaus (C-727/20)

La segunda cuestión prejudicial acumulada concierne a una empleada de Hospital que enferma en el año 2017 teniendo pendientes de disfrute 14 días de vacación, sin que la empresa le advierta que a fines de 2019 decae su derecho. Ahora interesa recordar lo siguiente:

- La trabajadora se encuentra en situación de incapacidad para trabajar desde que cayó enferma en 2017.
- La demandante no disfrutó todos los días de vacaciones anuales retribuidas a los que tenía derecho en relación con el año 2017. Su empresario no la incitó a disfrutar de sus días de vacaciones ni le advirtió de que las vacaciones no solicitadas podían extinguirse al final del año natural o del período de aplazamiento.
- La trabajadora solicita que se declarara que disponía de catorce días de vacaciones retribuidas correspondientes al año 2017. Sostiene que, debido a su incapacidad laboral continua, su derecho a vacaciones anuales retribuidas no se extinguió el 31 de marzo de 2019, ya que su empresario no la avisó a tiempo del riesgo de pérdida de los días de vacaciones.

3. Cuestiones prejudiciales suscitadas

En los asuntos acumulados, el Tribunal Supremo alemán pregunta, en esencia, si el artículo 7 de la Directiva 2003/88 y el artículo 31, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se oponen a que el derecho de un trabajador a vacaciones anuales retribuidas adquirido respecto de un período de referencia durante el cual se ha visto afectado por una incapacidad laboral absoluta o una incapacidad laboral por enfermedad que persiste desde entonces puede extinguirse al término de un período de aplazamiento autorizado por el Derecho nacional o en un momento posterior, aunque el empresario no haya ofrecido la posibilidad de ejercer ese derecho en el momento oportuno.

IV. Posición de las partes

1. Las empleadoras

Las entidades empleadoras alegan que el derecho a vacaciones anuales retribuidas correspondientes a un año se extinguió al finalizar el período de aplazamiento previsto en la norma nacional, quince meses después de la anualidad en que se devengaron.

Sostienen que un trabajador que, por razones de salud, no pueda disfrutar de sus vacaciones durante un largo período pierde su derecho a vacaciones quince meses después del final del año de referencia, con independencia de que el empresario haya cumplido sus obligaciones con el fin de permitir a dicho trabajador disfrutar de las vacaciones.

2. Los trabajadores

En los dos casos los Tribunales inferiores al Supremo alemán han desestimado los recursos de quienes demandan su derecho a vacación. Reclaman argumentando que sus respectivos empleadores no les avisaron de que el derecho a las acciones caducaría al final del periodo de referencia.

3. El Tribunal Supremo de Alemania

El Tribunal que plantea las cuestiones duda sobre la compatibilidad de la legislación nacional con la Directiva 2003/88. Se trata de clarificar si las vacaciones no disfrutadas pueden considerarse perdidas en caso de incapacidad laboral de larga duración por razones de salud, aun cuando el empresario no haya dado efectivamente al trabajador la posibilidad de ejercer su derecho durante el período de trabajo anterior a su incapacidad laboral absoluta.

Manifiesta que, para cumplir con la jurisprudencia del TJUE ha variado su jurisprudencia y sostiene ahora que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no se pierde, pese a lo dispuesto por la Ley nacional, si el trabajador se encuentra incapacitado para trabajar por enfermedad hasta el final del período de referencia o del período de aplazamiento. No obstante, si la incapacidad laboral persiste, el derecho a vacaciones se extingue transcurridos quince meses desde el final del año de referencia.

V. Normativa aplicable al caso

1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

El artículo 31 de la CDFUE aparece rubricado como “Condiciones de trabajo justas y equitativas”. En su apartado 2 dispone que “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

Por otro lado, el artículo 52 especifica el alcance de los derechos garantizados y precisa que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

2. 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

Esta importante Directiva dedica su artículo octavo a las vacaciones y dispone lo siguiente:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.

3. Ley Federal sobre vacaciones

El artículo 7 de la *Bundesurlaubsgesetz*, en su versión aplicable a los litigios principales, dispone lo siguiente:

(1) Al fijarse las fechas de las vacaciones habrá de tenerse en cuenta la voluntad del trabajador, a menos que a ello se opongan necesidades perentorias de la empresa o intereses de otros trabajadores que deban considerarse prioritarios por motivos de índole social. Las vacaciones deberán concederse cuando el trabajador las solicite a continuación de un tratamiento médico preventivo o de rehabilitación.

(2) Las vacaciones se concederán en un solo período, salvo que necesidades perentorias de la empresa o motivos personales del trabajador hagan necesaria la concesión fraccionada. En caso de que dichas razones impidan la concesión en un solo período y el trabajador tenga derecho a más de doce días laborables de

vacaciones, uno de los períodos de vacaciones deberá constar de al menos doce días laborables consecutivos.

(3) Las vacaciones deberán concederse y disfrutarse durante el año natural en curso. Solamente se permitirá aplazar las vacaciones al año natural siguiente cuando esté justificado por necesidades perentorias de la empresa o por motivos personales del trabajador. En caso de aplazamiento, las vacaciones deberán concederse y disfrutarse en los tres primeros meses del año natural siguiente. No obstante, cuando el trabajador lo solicite, las vacaciones parciales devengadas de conformidad con el artículo 5, apartado 1, letra a), se aplazarán al año natural siguiente.

(4) Cuando las vacaciones ya no puedan disfrutarse en todo o en parte debido a la extinción de la relación laboral, deberá abonarse una compensación económica.»

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada, como resulta obligado, recuerda varios tópicos de la jurisprudencia sentada en previos asuntos sobre vacaciones. Con todo, parece interesante repasar sus pilares argumentales.

1. La vacación como un principio de Derecho Social UE

El derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas se ha configurado como un verdadero principio del Derecho Social UE de especial importancia, cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 2003/88^[2].

Puesto que aparece reconocido en el artículo 31.2 CDFUE, debe dársele el valor propio de las normas incorporadas a los Tratados^[3]. La Carta garantiza el derecho de todo trabajador a un período anual de vacaciones retribuidas, mientras que la Directiva aplica este principio al fijar la duración de dicho período^[4].

2. Finalidad y presupuesto

Según reiterada jurisprudencia del TJUE, el derecho a vacaciones anuales tiene una doble finalidad: 1ª) Permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo. 2ª) Proporcionar un período de ocio y esparcimiento^[5].

Esta finalidad, que distingue el derecho a vacaciones anuales retribuidas de otros tipos de permiso con distintas finalidades, se basa en la premisa de que el trabajador ha trabajado efectivamente durante el período de referencia. En efecto, el objetivo de permitir al trabajador descansar supone que dicho trabajador haya ejercido una actividad que justifique, para garantizar la protección de su seguridad y salud a la que hace referencia la Directiva 2003/88, un período de descanso, ocio y esparcimiento. Por consiguiente, el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo^[6].

3. Devengo de vacaciones durante la enfermedad

Pese a la expuesta regla general, en determinadas situaciones en que a la persona la resulta imposible desarrollar su actividad laboral no pueden restringirse el derecho a vacaciones anuales retribuidas. Así sucede, en particular, con los trabajadores que durante el período de referencia se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja por enfermedad^[7]. Las ausencias por enfermedad deben considerarse ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada que deben ser contadas como parte del período de servicios.

Por eso, el Derecho UE se opone a que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extinga al finalizar el período de referencia o el período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador se haya encontrado en situación

de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de referencia y, por lo tanto, no haya tenido efectivamente la posibilidad de ejercitar ese derecho^[8]. Se excluye, en suma, que pueda disminuirse el derecho de un trabajador a disfrutar de las vacaciones anuales retribuidas mínimas cuando no ha podido trabajar debido a una enfermedad durante el período de referencia.

4. Posibles limitaciones del derecho

Puesto que estamos ante un principio básico del Derecho de la UE, solo pueden establecerse limitaciones al derecho fundamental a vacaciones anuales si se respetan los estrictos requisitos previstos en el artículo 52.1 CDFUE. Aun cuando un trabajador en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de referencia consecutivos estuviera facultado para acumular de modo ilimitado todos los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el período de su baja en el trabajo, esa acumulación ilimitada ya no respondería a la finalidad misma del derecho a vacaciones anuales retribuidas^[9].

Ante determinadas circunstancias está justificado impedir una acumulación ilimitada de los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante un período de baja por enfermedad de larga duración. Tal excepción se basa en la propia finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas y en la necesidad de proteger al empresario^[10]. Teniendo en cuenta no solo la protección del trabajador, sino también la del empresario, que debe hacer frente al riesgo de una acumulación demasiado prolongada de períodos de ausencia del trabajador y de las dificultades que estos podrían causar para la organización del trabajo, es posible limitar mediante un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se haya encontrado en situación de incapacidad laboral durante varios períodos de referencia consecutivos^[11].

Por eso, la pérdida automática del derecho a vacaciones anuales retribuidas, que no está supeditada a la verificación previa de que el trabajador haya estado efectivamente en condiciones de ejercer este derecho, no respeta los límites de la CDFUE^[12].

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye declarando que las normas de la UE se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el derecho de un trabajador a vacaciones anuales retribuidas adquirido respecto de un período de referencia durante el cual ese trabajador ha trabajado efectivamente antes de encontrarse en una situación de incapacidad laboral absoluta o de incapacidad laboral por enfermedad y que persiste desde entonces puede extinguirse, al término de un período de aplazamiento autorizado por el Derecho nacional o en un momento posterior, aunque el empresario no haya ofrecido al trabajador, en el momento oportuno, la posibilidad de ejercer ese derecho.

VIII. Pasajes decisivos

El párrafo 45 de la sentencia condensa la aportación añadida a la ya extensa doctrina sobre la materia:

Si bien es cierto que la limitación temporal admitida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS (C-214/10, EU:C:2011:761) impide a los trabajadores reclamar el mantenimiento de todos los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante su ausencia prolongada del trabajo en virtud de varios períodos de referencia consecutivos, tal limitación no puede aplicarse al derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido durante el período de referencia en el cual un trabajador ha trabajado efectivamente antes de encontrarse en situación de incapacidad laboral absoluta o de incapacidad laboral, sin que se examine la cuestión de si el empresario ha ofrecido al trabajador, en el momento oportuno, la

posibilidad de ejercer ese derecho, ya que tal situación equivaldría a privar de su contenido el derecho consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta y precisado por el artículo 7 de la Directiva 2003/88.

IX. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial suscita algunas reflexiones, seguidamente apuntadas.

1. La tarea de la sentencia

El TJUE se ha aplicado a determinar si los empresarios de que se trata pueden solicitar la aplicación de la limitación temporal del derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido por un trabajador durante el período de referencia en el que ha trabajado efectivamente antes de encontrarse en situación de incapacidad laboral absoluta o de incapacidad laboral.

2. Imposición de una conducta proactiva al empleador

De la doctrina sentada deriva una importante conclusión: el empresario debe velar por poner al trabajador en condiciones de ejercer el derecho a vacaciones anuales. A este respecto, contrariamente a una situación de acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutar de tales vacaciones por causa de enfermedad, el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias^[13].

Ante cada concreta discusión sobre el disfrute de este derecho, pues, hay que comprobar si el empresario ha cumplido en tiempo oportuno sus obligaciones de incentivación y de información sobre el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas.

3. Limitaciones a los límites del derecho

No cabe restringir el derecho a vacaciones a la conclusión del período de referencia o de un período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional cuando el trabajador no haya podido disfrutarlas^[14].

4. Casuismo inevitable.

La sentencia destaca que los trabajadores afectados en estos dos casos se limitan a reclamar el derecho a vacaciones anuales retribuidas que se han adquirido en relación con el período de referencia durante el cual han estado en parte en el trabajo y en parte en situación de incapacidad laboral absoluta o de incapacidad laboral por enfermedad. Por tanto, no existe el riesgo de que la acumulación ilimitada de los derechos a vacaciones anuales retribuidas produzca consecuencias negativas para las empresas.

5. En la estela del caso Conley King

La STJUE de 29 de noviembre de 2017 (C-214/16) concluyó que al término de una dilatada prestación de servicios falsamente mercantil, el trabajador tiene derecho a la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas. Conforme a su doctrina, cuando el empleador ha impedido el disfrute de vacación remunerada ha de afrontar las consecuencias de ello: no hay prescripción, ni opera el carácter intraanual del descanso.

También sostuvo que no cabe exigir al trabajador que disfrute vacaciones anuales antes de poder saber si serán retribuidas. El Derecho de la UE se opone a que el trabajador deba tomar vacaciones antes de saber si tiene derecho a que sean remuneradas.

6. Ratificando al doctrina Max-Planck

La STJUE (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018 (684/16), Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften respondió a las dudas respecto de contratado temporal desde 2001 a 2013; el 23 octubre la empleadora le insta a tomar vacaciones, pero él solo disfruta dos días; tras el cese reclama el importe de los 51 días no disfrutados en 2012 y 2013).

Su doctrina puede resumirse así: el Derecho de la UE se opone a la caducidad del derecho a vacaciones cuando se ha omitido solicitarlas dentro del periodo de disfrute y no se comprueba que el empresario facilitaba su ejercicio. Salvo que el empresario acredite la diligencia necesaria para el disfrute de las vacaciones (actitud proactiva), el trabajador no debe verse privado de su compensación económica por equivalencia. Si el empresario demuestra que el trabajador se abstuvo deliberadamente de tomar sus vacaciones anuales pese a haber podido hacerlo, el Derecho de la UE no se opone a la pérdida del derecho (incluyendo se equivalente monetario).

7. Relación con la norma española

Conviene recordar que el artículo 38.3 ET posee un alcance similar a la legislación alemana aplicada a los casos que originaron las cuestiones prejudiciales acumuladas y resueltas por la sentencia comentada

3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Quando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en los apartados 4, 5 y 7 del artículo 48, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

En el supuesto de que el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

X. Apunte final

La jurisprudencia expuesta no parece difícil de trasladar a nuestro ordenamiento. Lejos quedan los criterios de caducidad irremisible de las vacaciones al finalizar el año o de imposibilidad de posponer el disfrute vacacional cuando existen turnos y la persona está imposibilitada para hacerlo.

El Tribunal de Luxemburgo (muy especialmente invitado a ello por las cuestiones suscitadas por el Tribunal Supremo de Alemania) sigue dando pasos en favor del derecho al disfrute de las vacaciones y exigiendo a la empresa una conducta favorable, no meramente pasiva, para que se consiga ese fin.

Dados los términos del artículo 38.3 ET y su similitud con el régimen jurídico germano, parece conveniente tomar buena nota de lo expuesto.

Referencias:

1. ^ *“Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.*
2. ^ *Por todas, STJUE 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16.*
3. ^ *Así lo exige el artículo 6.1 TUE y lo recalca la STJUE 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10, entre otras muchas.*
4. ^ *STJUE 13 de enero de 2022, Koch Personaldienstleistungen, C-514/20.*
5. ^ *Por todas, SSTJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06; 25 de junio de 2020, Varhoven kasatsionen sad na Republika Bulgaria e Iccrea Banca, C-762/18 y C-37/19.*
6. ^ *STJUE de 4 de octubre de 2018, Dicu, C-12/17.*
7. ^ *Estos trabajadores se asimilan a los que durante dicho período han trabajado efectivamente; por todas, STJUE de 9 de diciembre de 2021, C-217/20.*
8. ^ *STJUE 30 de junio de 2016, Sobczyszyn, C-178/15.*
9. ^ *STJUE 29 de noviembre de 2017, King, C-214/16.*
10. ^ *STJUE 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10.*
11. ^ *SSTJUE 22 de noviembre de 2011, KHS, C-214/10; 29 de noviembre de 2017, King, C-214/16.*
12. ^ *STJUE 6 de noviembre de 2018, C-684/16.*
13. ^ *STJUE 25 de junio de 2020, C-762/18 y C-37/19.*
14. ^ *Se afianza la doctrina de la STJUE de 6 de noviembre de 2018, C-684/16.*

- § 82 **La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a “convicciones religiosas, filosóficas o espirituales”:** requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta.

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: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2022, en el asunto C-344/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el tribunal du travail francophone de Bruxelles (Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica), mediante resolución de 17 de julio de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de julio de 2020, en el procedimiento entre L.F. (parte social) y S.C.R.L.(parte empresarial). La Directiva 2000/78/CE establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones. Reglamento o Norma interna laboral establecida unilateralmente por una empresa privada que prohíbe cualquier manifestación de convicciones religiosas, filosóficas o políticas en el lugar de trabajo con carácter general e indiferenciado. Prohibición que abarca la manifestación de esas convicciones verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma. Uso de una prenda de vestir con connotaciones religiosas.

Palabras clave: Discriminación directa e indirecta. Pañuelo y velo islámico. Libertad religiosa. Libertad de empresa.

Abstract: Judgment of the Court (Second Chamber) of 13 October 2022 in Case C-344/20, which concerns a reference for a preliminary ruling pursuant to Article 267 TFUE by the court of the travail francophone de Bruxelles (Francophone Labour Court of Brussels, Belgium), By order of 17 July 2020, received at the Court of Justice on 27 July 2020, in the proceedings between L.F. (social party) and S.C.R.L. (business party). Directive 2000/78/EC establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation. Prohibition of discrimination on grounds of religion or belief. Internal labor regulation or standard unilaterally established by a private company that prohibits any manifestation of religious, philosophical or political convictions in the workplace of a general and undifferentiated nature. Prohibition that covers the manifestation of these convictions verbally, through dress or in any other way. Use of a garment with religious connotations.

Keywords: Direct and indirect discrimination. Islamic headscarf and veil. Religious freedom. Freedom to conduct a business.

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, ARTÍCULO 2

I. Introducción

El Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2000/78/CE (resuelve tres cuestiones prejudiciales e interpreta el artículo 1 y 2 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) indicando que una disposición de un reglamento interno laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye una discriminación *directa* «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. Prohibición que abarca la manifestación de esas convicciones verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma. Por tanto, la empresa puede prohibir en los lugares de trabajo el uso de símbolos que expresen sus convicciones religiosas o filosóficas (o “espirituales”) si se aplica el mismo criterio a todos los trabajadores de manera general e indiferenciada. Tal prohibición así legítima. Ahora bien un reglamento o una norma interna como la controvertida en el litigio principal puede constituir una diferencia de trato *indirectamente* basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. No obstante, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación *indirecta*, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda.

Número de resolución judicial y fecha: Asunto C-344/2020.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión Prejudicial.

ECLI: EU:C:2022:774

Fuente: EUR-LEX.EUROPA.EU y CURIA

Ponente: Sr. François Biltgen.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El 14 de marzo de 2018, en el marco de su formación profesional en ofimática, la demandante en el litigio principal, que es de confesión musulmana y lleva el pañuelo islámico, presentó una candidatura espontánea a S.C.R.L. para realizar allí unas prácticas no remuneradas de seis semanas.

El 22 de marzo de 2018, la demandante en el litigio principal tuvo una entrevista con los responsables de S.C.R.L., al término de la cual éstos indicaron tener una

opinión positiva en cuanto a su candidatura y le preguntaron si podía aceptar atenerse a la regla de neutralidad adoptada en S.C.R.L.

Esta norma de neutralidad se recoge en el artículo 46 del reglamento laboral de S.C.R.L., que establece que los trabajadores «se comprometerán a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa» y «velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean».

La demandante en el litigio principal comunicó a los responsables de S.C.R.L. que se negaría a retirarse el pañuelo y a atenerse a dicha regla de neutralidad.

Al no haberse dado curso alguno a su candidatura, la demandante en el litigio principal volvió a solicitar, en abril de 2018, unas prácticas en S.C.R.L. proponiendo cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado. En respuesta a esta nueva solicitud, S.C.R.L. le informó de que no podía ofrecerle tales prácticas, dado que en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, gorros o pañuelos.

En mayo de 2019, tras haber denunciado una discriminación ante el organismo público independiente competente para la lucha contra la discriminación y tras el intercambio de correspondencia entre dicho organismo y S.C.R.L., la demandante en el litigio principal ejerció ante el órgano jurisdiccional remitente una acción de cesación. Mediante esta acción, impugna la falta de celebración de un contrato de prácticas, que, en su opinión, está basada directa o indirectamente en sus convicciones religiosas, y pretende que se declare que S.C.R.L. ha infringido, en particular, las disposiciones de la Ley General contra la Discriminación.

Ante el órgano jurisdiccional remitente, S.C.R.L. alega, basándose en la sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), que su reglamento laboral no genera discriminación directa, puesto que trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de signos visibles de sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas.

El órgano jurisdiccional remitente, aún teniendo conocimiento de la existencia de las sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), y de 14 de marzo de 2017, Bougnaoui y ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204), considera que la interpretación del concepto de «discriminación directa» realizada por el Tribunal de Justicia en la primera de esas sentencias «plantea serias dudas». Entre las dudas que ese órgano jurisdiccional pone de manifiesto, figura la apreciación de la comparabilidad de las situaciones, que es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales. Indica que es preciso distinguir, por una parte, la facultad de interpretación del Tribunal de Justicia y, por otra, la aplicación del Derecho a los hechos del litigio en cuestión, que es competencia exclusiva del tribunal nacional de que se trate. Señala que, en la sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), el Tribunal de Justicia se basó en la constatación de la aplicación general e indiferenciada de la norma interna que prohibía el uso visible de signos políticos, filosóficos o religiosos en el lugar de trabajo, pero no descartó que, sobre la base de elementos de los que no disponía, la aplicación de esta norma a la interesada pudiera ser diferente de su aplicación a cualquier otro trabajador. Dado que el fallo de dicha sentencia no reproduce este matiz importante, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la cuestión de si todavía subsiste un margen de apreciación para el juez nacional o si se priva a éste de toda posibilidad de apreciar en cada caso concreto la comparabilidad de las situaciones al examinar el carácter discriminatorio 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.

Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el Tribunal de Justicia, en las sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), y de 14 de marzo de 2017, Bougnaoui y ADDH (C-188/15,

EU:C:2017:204), pretendió que las convicciones religiosas, las convicciones filosóficas y las convicciones políticas constituyeran un único criterio, de modo que no sería necesario distinguir entre estos criterios. Ello equivaldría a interpretar el artículo 1 de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la «religión» o las «convicciones», conforme a dicho artículo, son las dos caras de un único y mismo criterio protegido. Pues bien, si se situara la religión al mismo nivel que las convicciones distintas de las religiosas, ello reduciría significativamente el ámbito de búsqueda de la persona encargada de examinar la comparabilidad de las situaciones en el marco de la apreciación de la existencia de una discriminación directa. En efecto, ello significaría que, ante una norma interna como la controvertida en el litigio principal, no podría compararse al trabajador que afirme tener una convicción religiosa con el trabajador que tenga convicciones filosóficas o convicciones políticas. Esta cuestión suscitaría otra a su vez, a saber, si una normativa nacional que confiere una protección separada a las convicciones religiosas, a las convicciones filosóficas y a las convicciones políticas y que pretende de este modo reforzar el grado de protección, acentuando las particularidades de cada una de ellas y dándoles una mayor visibilidad, puede considerarse una disposición nacional «más favorable para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la [Directiva 2000/78]», en el sentido del artículo 8, apartado 1, de esta. Por último, el órgano jurisdiccional remitente establece una serie de criterios fácticos que estima pertinentes para determinar si una diferencia de trato es constitutiva de una discriminación directa.

En estas circunstancias, el tribunal du travail francophone de Bruxelles (Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 1 de la Directiva [2000/78] en el sentido de que la religión y las convicciones son las dos caras de un mismo criterio protegido o, por el contrario, en el sentido de que la religión y las convicciones son dos criterios distintos, a saber, por un lado, el de la religión, que comprende las convicciones inherentes a la misma, y, por el otro, el de las convicciones, del tipo que sean?

2) En caso de que el artículo 1 de la Directiva [2000/78] deba interpretarse en el sentido de que la religión y las convicciones son las dos caras de un mismo criterio protegido, ¿se opone esta interpretación a que, sobre la base del artículo 8 de esta misma Directiva y a fin de evitar una reducción del nivel de protección contra la discriminación, el juez nacional siga interpretando una norma de Derecho interno, como el artículo 4, apartado 4, de la [Ley General contra la Discriminación], en el sentido de que las convicciones religiosas, filosóficas y políticas constituyen criterios protegidos distintos?

3) ¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva [2000/78] en el sentido de que una norma recogida en el reglamento laboral de una empresa, que exige a los trabajadores “no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean”, constituye una discriminación directa cuando la aplicación concreta de esta norma interna ponga de manifiesto:

a) bien que la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe un trato menos favorable que otro trabajador que no profesa ninguna religión, no expresa sus convicciones filosóficas y no manifiesta sus ideas políticas y que, por consiguiente, no tiene necesidad de usar signos políticos, filosóficos o religiosos;

b) o bien que la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe un trato menos favorable que otro trabajador que tiene convicciones filosóficas o políticas, pero cuya necesidad de manifestarlas públicamente mediante el uso de un signo (con connotaciones) es menor o incluso nula;

c) o bien que la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe un trato menos favorable que otro trabajador que profesa otra religión, o incluso la misma, pero cuya necesidad de manifestarla públicamente mediante el uso de un signo (con connotaciones) es menor o incluso nula;

d) o bien que, partiendo de que una convicción no ha de ser necesariamente de carácter religioso, filosófico o político y podría ser de otra índole (artística, estética, deportiva, musical), la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe un trato menos favorable que otro trabajador que tiene convicciones de índole no religiosa, filosófica o política y que las manifiesta a través de su vestimenta;

e) o bien que, partiendo del principio de que la vertiente negativa de la libertad de manifestar las propias convicciones religiosas implica asimismo que no se puede obligar a nadie a declarar su pertenencia a una religión o sus convicciones religiosas, la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso de un pañuelo, que, por sí mismo, no constituye un símbolo unívoco de esa religión, en la medida en que otra trabajadora podría decidir llevarlo por motivos estéticos, culturales o incluso de salud, y que no se diferencia necesariamente de un simple fular, recibe un trato menos favorable que otro trabajador que manifiesta verbalmente sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, dado que, para la trabajadora que lleva el pañuelo, ello supone una vulneración todavía más grave de la libertad de religión, sobre la base del artículo 9.1 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales], habida cuenta de que, de no mediar prejuicios, la carga ideológica de un pañuelo no es evidente y solo puede conocerse, por lo general, si la persona que lo exhibe se ve obligada a dar a conocer su motivación a su empleador;

f) o bien que la trabajadora que desea ejercer su libertad de religión mediante el uso visible de un signo (con connotaciones) —en el caso de autos, un pañuelo— recibe un trato menos favorable que otro trabajador con las mismas convicciones que opta por manifestarlas a través de la barba (manifestación esta que no está expresamente prohibida por la norma interna, a diferencia de las manifestaciones a través de la vestimenta)?»

IV. Posición de las partes

Parte social (L.F., una mujer de confesión musulmana que lleva el pañuelo islámico): En mayo de 2019, tras haber denunciado una discriminación ante el organismo público independiente competente para la lucha contra la discriminación y tras el intercambio de correspondencia entre dicho organismo y S.C.R.L., la demandante en el litigio principal ejerció ante el órgano jurisdiccional remitente una acción de cesación. Mediante esta acción, impugna la falta de celebración de un contrato de prácticas, que, en su opinión, está basada directa o indirectamente en sus convicciones religiosas, y pretende que se declare que S.C.R.L. ha infringido, en particular, las disposiciones de la Ley General contra la Discriminación.

Parte empresarial (S.C.R.L., una sociedad que gestiona alquileres sociales): Ante el órgano jurisdiccional remitente, S.C.R.L. alega, basándose en la sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), que su reglamento laboral no genera discriminación directa, puesto que trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de signos visibles de sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas^[1].

V. Normativa aplicable al caso

1. Directiva 2000/78

En los considerandos 1, 4, 11 y 12 de la Directiva 2000/78, se expone lo siguiente:

«(1) De conformidad con el artículo 6 [TUE], la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros, y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950] y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho [de la Unión] [...]

(4) El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación [...]

(11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado [TFUE], en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.

(12) A tal fin, se deberá prohibir en toda la [Unión] cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva [...]

El artículo 1 de esta Directiva 2000/78 dispone:

«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 establece:

«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.

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.

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; [...] La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.»

El artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva dispone:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la [Unión], la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; [...]

A tenor del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/78:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva.»

2. Derecho belga

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (Ley, de 10 de mayo de 2007, de Lucha contra Determinadas Formas de Discriminación; *Moniteur belge* de 30 de mayo de 2007, p. 29016), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Ley General contra la Discriminación»), tiene por objeto transponer la Directiva 2000/78 al Derecho belga.

El artículo 3 de esta Ley dispone: «La presente Ley tiene por objeto establecer, en las materias a que se refiere el artículo 5, un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de edad, orientación sexual, estado civil, nacimiento, patrimonio, convicciones religiosas o filosóficas, convicciones políticas, lengua, estado de salud actual o futuro, discapacidad, características físicas o genéticas u origen social.»

El artículo 4 de dicha Ley, que versa sobre las definiciones, establece: «A efectos de la aplicación de la presente Ley, se entenderá por: [...]

4 criterios protegidos: la edad, la orientación sexual, el estado civil, el nacimiento, el patrimonio, las convicciones religiosas o filosóficas, las convicciones políticas, la lengua, el estado de salud actual o futuro, la discapacidad, las características físicas o genéticas, el origen social; [...]

6 distinción directa: situación que se produce cuando, basándose en uno de los criterios protegidos, una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga;

7 discriminación directa: distinción directa basada en uno de los criterios protegidos que no pueda justificarse sobre la base de lo dispuesto en el título II; [...]

El artículo 5, apartado 1, de la misma Ley dispone:

«Con excepción de las materias que sean competencia de las Comunidades o de las Regiones, la presente Ley se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos [...]

El artículo 7 de la Ley General contra la Discriminación establece:

«Toda distinción directa basada en uno de los criterios protegidos constituirá una discriminación directa, salvo que dicha distinción directa pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y los medios para alcanzar esa finalidad sean adecuados y necesarios.»

El artículo 8, apartado 1, de esta Ley dispone:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 7, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente título, una distinción directa por motivos de edad, orientación sexual, convicciones religiosas o filosóficas o discapacidad en los ámbitos a que se refiere el artículo 5, apartados 1, 4, 5 y 7 solo podrá justificarse sobre la base de requisitos profesionales esenciales y determinantes.»

VI. Doctrina básica

1). Mediante su *primera cuestión prejudicial*, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que los términos «religión o convicciones» que figuran en él constituyen un solo y único motivo de discriminación o si, por el contrario, esos términos se refieren a motivos de discriminación distintos.

Hay que señalar que el art. 1 de la Directiva 2000/78 cita en un mismo plano la «religión» y las «convicciones», al igual que lo hacen diferentes disposiciones del Derecho primario de la Unión, a saber, el artículo 19 TFUE, a tenor del cual el legislador de la Unión podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, en particular, de «religión o convicciones», y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), que se refiere, entre los distintos motivos de discriminación que enumera, a «religión o convicciones» (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 47). El Tribunal de Justicia dedujo de ello que, a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78, los términos «religión» y «convicciones» se consideran las dos caras «de un mismo y único motivo de discriminación» (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 47).

Conforme a esta jurisprudencia, como se desprende del art. 21 de la Carta, el motivo de discriminación basado en «religión o convicciones» debe distinguirse del basado en «opiniones políticas o de cualquier otro tipo» y comprende tanto las convicciones religiosas como las filosóficas o espirituales (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 47).

2). Mediante su *tercera cuestión prejudicial*, que el TJUE entiende que procede examinar en segundo lugar, 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 disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean, constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones», en el sentido de dicha Directiva.

El Tribunal de Justicia ha declarado que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar **signos vistosos y de gran tamaño** de convicciones religiosas o filosóficas puede constituir una discriminación directa, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, en los casos en que dicho criterio esté indisolublemente ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartados 72 y 73).

Ahora bien, en el presente asunto, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia se refiere a una norma que prohíbe no el uso de signos vistosos y de gran tamaño, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Al respecto, el Tribunal de Justicia también ha declarado reiteradamente que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones», en el sentido de dicha disposición, si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos (sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartados 30 y 32,

y de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 52).

En relación a ello, el Tribunal de Justicia ha precisado que, dado que toda persona puede profesar una religión o tener convicciones religiosas, filosóficas o espirituales, tal norma, siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a esas convicciones (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 52). El Tribunal de Justicia recordó que el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta y que forma parte del contexto pertinente para interpretar la Directiva 2000/78, corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 48). Siendo así en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, tal como viene protegido por el artículo 9 de ese Convenio, constituye «uno de los pilares de una “sociedad democrática” en el sentido de dicho Convenio» y es «en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida» y «un bien preciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes», que contribuye al «pluralismo — conquistado con duro esfuerzo a lo largo de los siglos—, consustancial a tal sociedad» (TEDH, sentencia de 15 de febrero de 2001, Dahlab c. Suiza, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

Por otra parte, se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que un reglamento o una norma interna como la controvertida en el litigio principal puede constituir una diferencia de trato *indirectamente* basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas (sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 34, y de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 59). Lógicamente, se parte del presupuesto en la demanda -la demandante en el litigio principal- tendría que aportar indicios relevantes de que ha sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado su religión o sus convicciones religiosas o filosóficas mediante el uso visible de signos, de prendas de vestir o de cualquier otro modo.

En suma, la demandante podría aducir que se ha producido una *discriminación indirecta*.

Aunque, pese a todo, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede *justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios*. Respecto a este requisito de existencia de una finalidad legítima, puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un *régimen de neutralidad* política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, supuestamente, van a estar en contacto con sus clientes (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 63). [Obsérvese, críticamente, que, sin embargo,

en el caso de autos la prohibición es general e indiferenciada y no se limita a las personas que trabajan en contacto directo con sus clientes].

No obstante, el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a éste demostrar (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 64).

3). Mediante su segunda cuestión prejudicial –que el Tribunal de Justicia deja en último lugar-, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que disposiciones nacionales que tienen por objeto garantizar la transposición de esa Directiva al Derecho nacional, que se interpretan en el sentido de que las convicciones religiosas, filosóficas y políticas constituyen tres motivos de discriminación distintos, puedan tenerse en cuenta como «disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en [dicha Directiva]», en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva.

Para responder a esta cuestión, por una parte, procede recordar que, como se desprende del apartado 28 de la presente sentencia, la protección contra la discriminación garantizada en la Directiva 2000/78 solo abarca los motivos que se mencionan exhaustivamente en el artículo 1 de la Directiva, de modo que ésta no cubre las convicciones políticas a las que se refiere esta cuestión. Por demás, los términos «religión o convicciones» que figuran en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales.

Respecto a la interpretación del artículo 8, apartado 1, de dicha Directiva, el Tribunal de Justicia ha declarado que las disposiciones constitucionales nacionales que protegen la libertad de religión pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido de dicha disposición, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 90).

El Tribunal de Justicia entiende que la Directiva 2000/78 permite tener en cuenta el contexto específico de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un justo equilibrio entre éstos (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 88). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que, al examinar el carácter necesario de una prohibición similar a la controvertida en el litigio principal, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, a la luz de todos los elementos de los autos en cuestión, sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones «de las libertades de que se trate a lo estrictamente necesario» (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 83 y jurisprudencia citada).

Sin embargo, ese margen de apreciación tiene límites intrínsecos, toda vez que el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede conducir a permitir a éstos o a los órganos jurisdiccionales nacionales dividir, en varios motivos, uno de los motivos de discriminación enumerados de manera exhaustiva en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, so pena de desvirtuar el texto, el contexto y la finalidad de ese motivo y menoscabar el efecto útil del marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por dicha Directiva. En efecto, dado que el motivo de discriminación «religión o convicciones» abarca a todos los trabajadores de

la misma manera, un enfoque segmentado de ese motivo, según el objetivo perseguido por la norma en cuestión, tendría como consecuencia crear subgrupos de trabajadores y menoscabar así el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por la Directiva 2000/78.

La Directiva 2000/78 tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y la ocupación, combatir todas las formas de discriminación por motivos de religión o convicciones (véase, por analogía, la sentencia de 26 de enero de 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, apartado 34), entendiéndose que solo puede constatarse una discriminación «basada en» la religión o las convicciones, en el sentido de dicha Directiva, cuando el trato menos favorable o la desventaja particular de que se trate se sufran en función de la religión o de las convicciones (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 49).

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: 1) El artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LA LEY 10544/2000), 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 los términos «religión o convicciones» que figuran en él *constituyen un solo y único motivo* de discriminación, que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales. 2) El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. 3) El artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que **se opone** a que disposiciones nacionales que garantizan la transposición de esa Directiva al Derecho nacional, que se interpretan en el sentido de que las convicciones religiosas y las convicciones filosóficas constituyen dos motivos de discriminación distintos, puedan tenerse en cuenta como «disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en [dicha Directiva]», en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva.

VIII. Pasajes decisivos

También se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que una norma interna como la controvertida en el litigio principal puede constituir una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas (sentencias de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 34, y de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 59).

No obstante, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

IX. Comentario

Una premisa de la jurisprudencia comunitaria en esta materia es recordar que el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el art. 10, apartado 1, de la Carta y que forma parte del contexto pertinente para interpretar la Directiva 2000/78, corresponde al derecho garantizado en el art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 48). Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, tal como viene protegido por el art. 9 de ese Convenio, constituye «uno de los pilares de una “sociedad democrática” en el sentido de dicho Convenio» y es «en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida» y «un bien preciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes», que contribuye al «pluralismo —conquistado con duro esfuerzo a lo largo de los siglos, consustancial a tal sociedad» (TEDH, sentencia de 15 de febrero de 2001, Dahlab c. Suiza, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

Ello introduce elementos de fundamentación, pero también muestra el sistema multinivel de tutela de los derechos fundamentales genéricos de la persona en los distintos ámbitos donde se desarrolla su personalidad (paradigmáticamente artículos 52.3 y 53 de la Carta)^[2].

Importa atender al elemento finalista que legitima la medida prohibitiva. Detrás de la norma siempre hay una decisión de política del Derecho (y que constituye su *ratio iuris*) (lo afirmaba, clásicamente, con contundencia Rudolf Von Ihering). Ello nos lleva a lo siguiente:

Una segunda premisa argumental, consiste en subrayar la *necesaria concurrencia de un motivo justificado* para la introducción de prohibiciones o limitaciones. En tal sentido, se puntualiza que el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a éste demostrar (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 64). Esta interpretación se inspira en el deseo de fomentar por principio la tolerancia, el respeto y la aceptación de un mayor grado de diversidad y de evitar que el establecimiento de una política de neutralidad en el seno de la empresa se use indebidamente en perjuicio de trabajadores que observen preceptos religiosos que les exigen vestirse de un determinado modo^[3].

En definitiva, la demandante podría aducir que se ha producido una *discriminación indirecta*. Aunque, pese a todo, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios. Respecto a este requisito de existencia de una finalidad legítima, puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un *régimen de neutralidad* política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el art. 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, supuestamente, van a estar en contacto con sus clientes (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 63).

- Obsérvese, críticamente, que, sin embargo, en el caso de autos la prohibición es general e indiferenciada y *no se limita a las personas que trabajan en contacto directo con sus clientes*. Cabría inquirir sobre si es entonces proporcional la prohibición que incide en el ejercicio de un derecho de libertad religiosa o de convicciones. Es, ésta, una cuestión que debería ponderarse para evitar que la decisión empresarial de ofrecer una imagen neutra de la empresa sea realmente desproporcionada en la limitación de tal derecho de libertad fundamental. Si no hay afectación a la propia imagen de neutralidad en algunas actividades laborales en los lugares de trabajo, cabría interrogarse: ¿Sería razonable y proporcional, y obedecería realmente a una necesidad objetiva de la empresa prohibir también en estos casos el uso de signos externos de connotación religiosa o convicciones por las personas que trabajan sin visibilidad respecto de los clientes? En estos casos, deberá admitirse cuando menos una duda razonable en relación al obligado respeto a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de exigencia de una necesidad objetiva real de la empresa.

- Por otra parte, y en otro orden de ideas, hay que tener en cuenta la especificidad del supuesto de hecho en la tensión entre la libertad de empresa y la libertad religiosa o de convicciones. Tanto más cuanto se trata de una medida prohibitiva (aun siendo general e indiferenciada) que se adopta en un reglamento laboral interno elaborado unilateralmente por la propia empresa. En estos casos la exigencia de límites, de justificación, racionalidad y proporcionalidad del uso unilateral de los poderes empresariales debe ser singularmente estricta. Estamos ante condiciones generales de la contratación (no otra calificación técnico-jurídica merece el reglamento interno laboral -de una empresa privada- establecido unilateralmente por el empleador), y que de hecho se exigen –como es el caso de autos- en el momento genético de la contratación laboral. Por lo tanto, no puede nunca desconocerse que las limitaciones a derechos fundamentales de libertad como es la libertad religiosa o de convicciones operan bajo la esfera de los *poderes privados* ejercidos por el empleador.

El instrumento unilateral que sirve de fuente al establecimiento de estas medidas no resulta indiferente respecto al establecimiento de soluciones de equilibrio y justificación de las medidas prohibitivas tan delicadas como las que se contemplan en el supuesto de hecho acotado en la Sentencia objeto de comentario. Es obvio que eso no significa que pueda establecerse nada parecido a una presunción de legitimidad de una medida unilateral de la dirección de la empresa, porque el reglamento interno laboral –expresión formal de la autonomía privada individual- debe someterse a la regulación comunitaria (Sistema de los Tratados fundacionales, el Tratado que constituye la Carta de los Derechos de la Unión Europea; y el derecho derivado expresado en los Reglamentos y Directivas de la Unión) y a la regulación propia de transposición en el Derecho nacional (o “interno”), teniendo en cuenta el principio fundamental de no discriminación, reconocido en normas generales y específicas. Son los límites intrínsecos del ejercicio de la autonomía privada vinculada en estos casos a la libertad de empresa.

Hay que tener en cuenta que es principio general el ejercicio legítimo de los derechos y libertades fundamentales (entre los que se haya el derecho de libertad genérico de la persona que trabaja consistente en el respeto a la libertad “religiosa y de convicciones”) con las modulaciones o adaptaciones restrictivas derivadas de su ejercicio en el marco de las relaciones laborales. En tal sentido deberán observarse en el ámbito laboral las garantías de tutela antidiscriminatorias establecidas en el art. 1 de esta Directiva 2000/78, que dispone que: «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». Precizando, su art. 2.1 establece que: “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”.

Atendiendo al sistema multinivel de tutela (tutela interna e internacional) de los derechos y libertades de los trabajadores en las relaciones laborales (*Drittwirkung*) no cabe duda de la prohibición de discriminación en estas relaciones entre particulares (eficacia horizontal). La prohibición de discriminación obliga a todos los sujetos públicos y privados; y el derecho de la persona que trabaja a no sufrir discriminación rige tanto en las relaciones entre particulares en general como en el ámbito de las relaciones laborales en particular. Significativamente, el art. 3, apartado 1, de la misma Directiva dispone que: «Dentro del límite de las competencias conferidas a la [Unión], la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; [...]».

En el marco de las relaciones laborales toda limitación en el ejercicio efectivo de los derechos y libertades fundamentales a través de decisiones empresariales debe ser objeto de una interpretación restrictiva y estricta, toda vez que la libertad de empresa y los poderes directivos (que se legitiman y ostentan con base en el contrato de trabajo) pueden condicionar y modular su ejercicio, ciertamente, pero con el obligado respeto a los criterios básicos de justificación racional y suficiente (juicio de razonabilidad), proporcionalidad y adecuación de las medidas. De este modo el empleador tiene que probar la existencia de una causa legítima (no es suficiente la previsión en un instrumento de regulación, por otra parte unilateral como es el reglamento laboral dictado por parte de la empresa, pues tiene que acreditarse justificación objetiva y razonable demostrando la existencia de una finalidad legítima), y además tiene que someterse a un juicio de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. En tal sentido constituye una garantía reforzada la observancia del principio de no discriminación directa o indirecta previsto en la Directiva. Esta discriminación opera respecto a todos los ámbitos y momentos de desenvolvimiento vital de las relaciones laborales, es decir, desde el momento genético de constitución de la relación laboral (es el caso de autos), durante su dinámica de desarrollo, incluyendo su posible terminación a través del despido (que podría ser calificado, en hipótesis, de nulo si se acreditara a través de indicios de prueba que es discriminatorio).

- Una cuestión que pudiera ser controvertida en algún caso es que en la sentencia objeto de comentario el Tribunal de Justicia confiere validez jurídica a una disposición de un reglamento interno laboral que contiene *una norma que prohíbe no solo el uso de signos vistosos y de gran tamaño⁴¹, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, siempre que la prohibición sea general e indiferenciada* (de manera que se entiende, por esta última precisión, que no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones). Sin embargo, la generalidad de “cualquier signo visible de convicciones”, puede ser en algún caso desproporcionada (piénsese en signos pequeños exteriores como sortijas, pendientes, anillos, pulseras, y similares: cuando todas ellas sean visibles pero de reducido tamaño aunque pudieran vincularse a religiones o convicciones), que pueden ser signos visibles pero prácticamente imperceptibles pudiendo pasar sus connotaciones religiosas o de convicciones desapercibidas para los clientes de la empresa. En este sentido deberá de entrar en juego el principio de razonabilidad y de proporcionalidad atendiendo al supuesto fáctico concreto de que se trate. Para evitar que en aras de la neutralidad se acabe limitando desproporcionadamente o incluso abusivamente los derechos y libertades fundamentales. El tamaño de los símbolos importa porque incide en el factor causal determinante de su visibilidad por otras personas (señaladamente los clientes). No obstante, el problema que podría plantearse con esta aplicación del principio de proporcionalidad (admitiendo símbolos pequeños, prácticamente invisibles para terceros) es que podría aducirse que podría discriminar, a su vez, a las confesiones religiosas que utilizan símbolos de mayor tamaño (como el pañuelo y el velo islámico). Con lo cual, de ser así, al final acabaría entrañando una posible discriminación indirecta para estas últimas confesiones religiosas.

- Además, en el caso de autos la conducta de la empresa o empleadora privada (que aparece en los hechos probados, pero que no incide directamente en las tres cuestiones prejudiciales planteadas) no parece atendible. Efectivamente: El litigio versa sobre la no aceptación de la candidatura espontánea a un período de prácticas presentada por L.F. (trabajadora de confesión musulmana) tras haber manifestado ésta, durante una entrevista, que se negaba a retirar su pañuelo para ajustarse a la política de neutralidad imperante en S.C.R.L. (empleadora) y recogida en el reglamento interno laboral de la empresa. Transcurridas unas semanas, la demandante vuelve a solicitar un trabajo en prácticas en S.C.R.L. proponiendo cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado, posibilidad que le fue denegada porque en las instalaciones de S.C.R.L. no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, sombreros o pañuelos. Ante esta negativa, L.F. denunció una discriminación ante el organismo público independiente competente para la lucha contra la discriminación en Bélgica, antes de ejercitar ante el Tribunal francófono de lo laboral de Bruselas una acción de cesación: en efecto, L.F. impugna la negativa de la empresa a celebrar un contrato de prácticas, que, a su juicio, se basaba directa o indirectamente, en sus convicciones religiosas, y pretende que se declare que S.C.R.L. ha infringido, en particular, las disposiciones de la Ley General contra la Discriminación de Bélgica.

Atendiendo a los hechos –insisto atendiendo a los hechos probados- resultarían más bien manifiestas dos cuestiones: en primer lugar, una interpretación extensiva del propio reglamento interno laboral (L.F. propone, alternativamente, “cubrirse la cabeza con otro tipo de tocado, posibilidad que le fue denegada porque en las instalaciones de S.C.R.L. no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, ya fueran gorras, sombreros o pañuelos”), que resulta manifiestamente desproporcionada; y en segundo lugar, que ello mismo podría integrar el principio de discriminación *indirecta* (o incluso directa) previsto en la Directiva 2000/78

En tal caso solo quedaría que, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituyera una discriminación *indirecta*, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios^[5]. Algo difícil de conseguir ante la probada conducta de la empleadora. En cualquier caso reténgase que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas.

- Aunque queda fuera de la cuestión prejudicial planteada en sus tres motivos, también suscitaría graves dudas este tipo de disposiciones establecidas en un reglamento interno laboral con el alcance de prohibición de expresar “en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus *convicciones religiosas, filosóficas o políticas*, del tipo que sean”, por su carácter excesivamente amplio, aunque se establezca que tiene un alcance general e indiferenciado. Dicha disposición prohibitiva puede llevar a un resultado excesivamente limitativo de todo el conjunto de derechos y libertades fundamentales. En estos casos habría que reforzar la exigencia de que exista realmente un interés legítimo de la empresa, de cuya existencia le incumbe la carga de la prueba. Cabrían dudas muy razonables de si este tipo de prohibiciones de alcance tan amplio como el que establece la empresa belga en el litigio, amparadas en la neutralidad ideológica de la empresa (que tienen el riesgo de encubrir e incluso facilitar las discriminaciones), sería compatible con las garantías legales antidiscriminatorias establecidas en nuestra Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

- Por último, dejar constancia de que se soslaya completamente (bien es cierto que esta alegación no aparece en las tres cuestiones prejudiciales planteadas) la perspectiva de género que pudiera concurrir (trabajadora de confesión musulmana, y

en relación a una típica vestimenta de mujer como es el pañuelo...) que reclama por discriminación en el acceso al empleo u ocupación^[6].

X. Apunte final

Esta Sentencia del Tribunal de Justicia incide en una materia fundamental y cabe señalar que aunque plantea una línea de continuidad esencial y coherente respecto a los criterios planteados en pronunciamientos precedentes, introduce, sin embargo, precisiones importantes sobre los requisitos de admisibilidad de prohibiciones de cualquier manifestación de convicciones religiosas, filosóficas o espirituales en los lugares de trabajo. En este sentido se admite una legitimidad siempre que la medida obedezca a un interés atendible de la empresa, porque no cabe duda que no puede ser una facultad arbitraria de la dirección de la empresa, al conllevar en sí una limitación que incide en el ejercicio del derecho fundamental a manifestar libremente convicciones religiosas o filosóficas (espirituales), bien sea que en el ámbito de los lugares de trabajo. Por tanto, el establecimiento unilateral por parte de la empresa debe estar sometido a los principios de motivación, proporcionalidad y adecuación atendiendo a los intereses que puedan ser considerados como legítimos en la empresa. Aquí el Tribunal de Justicia exige que la medida no sea específica y definida (lo que entrañaría una discriminación directa contraria al Derecho comunitario originario y derivado), sino que sea una prohibición de carácter general e indiferencia, por un lado, y por otro que no pueda derivarse de ello un panorama fáctico que entrañe una discriminación indirecta de un determinado colectivo de personas trabajadoras.

Pero también debe hacerse notar que esta sentencia -técnicamente muy bien elaborada y motivada, importante e inserta en la lógica del garantismo jurídico- plantea algunas dudas interpretativas; y, ciertamente, no cierra el debate (e incluso abre otros nuevos) y las controversias jurídicas sobre los límites de los poderes empresariales en la restricción de derechos y libertades fundamentales como es la libertad religiosa y de convicciones o de conciencia.

Referencias:

1. [^] **[1] Esta norma de neutralidad se recoge en el art. 46 del reglamento laboral de S.C.R.L., que establece que los trabajadores «se comprometerán a respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa» y «velarán por no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean».**
2. [^] **[2] Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Alcance e interpretación de los derechos y principios” y “Nivel de Protección (artículo 53)”, en MONEREO PÉREZ, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, págs.1341-1396, y 1397-1418, respectivamente.**
3. [^] **[3] Precisamente atendiendo a esta argumentación, el Tribunal de Justicia, procede a responder a la tercera cuestión prejudicial, en base al artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, indicando que debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o**

filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada. Esa referencia a “siempre” refleja la condicionalidad necesaria, porque si por el contrario se aplicase de manera específica y diferenciada se estaría ante un supuesto típico de discriminación directa.

4. [^] [4] La STJUE Gran Sala de 15 de julio de 2021, n.º C-804/18 y C-341/19, contempló el supuesto de si un reglamento o normativa interna de una empresa privada que prohíbe, en el lugar de trabajo, el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso o el uso de signos políticos, filosóficos o religiosos vistosos y de gran tamaño supone una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones. Pondera los derechos y libertades en conflicto (libertad religiosa y libertad de empresa) y declara la legitimidad de establecer por parte de la empresa un régimen de neutralidad ideológica de la empresa, por lo que considera conforme a la Directiva la restricción de la libertad religiosa siempre que se demuestre la existencia de un riesgo o perjuicio para la imagen de la empresa.
5. [^] [5] Artículo 2. Concepto de discriminación. 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;b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios [...]”.
6. [^] [6] Reténgase que en la aplicación del principio de igualdad de trato, la Unión Europea debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples (Considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE).

§ 83 Principio de predeterminación legal y nulidad de las bases de una convocatoria de acceso a funciones públicas.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *Las bases de una convocatoria de acceso a funciones públicas serán nulas, tanto cuando exijan el cumplimiento de requisitos adicionales carentes de habilitación legislativa que limiten el derecho a participar de determinados ciudadanos, como cuando omitan un mérito cuya valoración venga imperativamente impuesta por norma de rango legal.*

Palabras clave: *Función pública. Principio de igualdad en el acceso. Principios de mérito y capacidad.*

Abstract: *The rules of a public service announcement will be invalid, both when they demand the observance of additional requirements without legislative authorisation that limit the right to participate of certain citizens, as well as when they omit a merit whose evaluation is compulsorily imposed by a rule of legal rank.*

Keywords: *Public service. Principle of equal Access. Principles of merit and ability.*

I. Introducción

El art. 23.2 CE reconoce a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes”, insistiendo el art. 103.3 CE en tal tenor y añadiendo que “la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. Por tanto, como con acierto se ha dicho, “el mérito y la capacidad son los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad”^[1].

Bajo tales premisas, cuando la Administración requiera la prestación de servicios, los principios de mérito y capacidad se convierten en parámetros objetivos ineludibles (dado lo categórico de la formulación constitucional) para realizar el reclutamiento, previo diseño de unas reglas abstractas de procedimiento, carentes de referencias individuales y concretas. En la medida en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y en su aplicación, los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones meramente subjetivas de unos sobre otros. La igualdad referida en el art. 23.2 CE otorga el derecho a participar, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico, que debe ser traducido en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a la condición de empleado público, llevando a excluir o admitir determinadas exigencias a acreditar por los candidatos en virtud de su conexión con las tareas a realizar y remitiendo a la Ley su concreción que no puede

amparar condicionantes subjetivos o desproporcionados con el fin último de garantizar que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios.

Estos principios se desarrollan en el art. 55.2 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en virtud del cual el reclutamiento de efectivos ha de realizarse con el debido respeto de los principios de mérito y capacidad, concretados en los de publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Bajo tales premisas, la calificación de unos requisitos de acceso como objetivos o excesivos, así como la justificación o falta de probidad de la exclusión de cómputo de determinados extremos en el baremo de méritos incorporado a una convocatoria, ocupan al Tribunal Constitucional en la sentencia aquí comentada.

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. 100/2022, de 12 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 4042/2018.

ECLI:ES:TC:2022:100

Fuente: BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022.

Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente sentencia resuelve un recurso de amparo, promovido por la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía, contra:

a) la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 16 de marzo de 2017, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas,

b) el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 24 de julio de 2017, por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la referida Orden al entender inadecuado este procedimiento apreciando que las cuestiones planteadas no afectaban al contenido de los derechos fundamentales

c) el Auto de 6 de septiembre de 2017 de la misma Sala y Sección, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto anterior.

Como antecedentes, también hay que tener en cuenta que la mencionada Asociación preparó recurso de casación contra el Auto dictado el 6 de septiembre de 2017. Por providencia de 31 de mayo de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó la inadmisión a trámite de dicho recurso por carencia de interés casacional.

La Sección Tercera del Tribunal Constitucional, por providencia de 25 de marzo de 2019, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, al apreciar que su contenido justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia

constitucional porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [at. 50.1 b) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)].

IV. Posición de las partes

La parte recurrente, la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía, denuncia dos vulneraciones de derechos fundamentales:

De un lado, los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 24 de julio de 2017 y de 6 de septiembre de 2017 violan el derecho a la tutela judicial efectiva por denegación del acceso a la jurisdicción de un recurso que cumple todos los requisitos y del principio *pro actione*, conllevando un adelantamiento del fallo.

De otro, la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 16 de marzo de 2017, vulnera los arts. 14 y 23.2 CE, y los principios de mérito, capacidad e igualdad, por tres motivos esenciales:

1. Omitía la “valoración positiva de la actividad docente”, que era un requisito que ha de baremarse, según establece al artículo 39 del Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada Ley aplicable en el momento de la convocatoria.

2. La base 2.2.1 acotaba de manera restrictiva el modo en que se puede acreditar la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas (exigiendo estar en posesión del título de doctor, del reconocimiento de suficiencia investigadora o el certificado-diploma acreditativo de estudios avanzados – DEA-- o de un máster), sin considerar acreditada esta exigencia a quienes, sin pertenecer al cuerpo de catedráticos de música, han sido nombrados por la administración para ejercer estas funciones temporalmente en comisión de servicios. Tal Orden es nula de pleno derecho porque exige requisitos no requeridos ni por la Ley ni por el Real Decreto que la desarrolla y por dejar fuera de la posibilidad de promoción a quienes hasta el momento de la convocatoria se consideraban aptos para el cargo y con capacidad acreditada ejerciendo como Catedráticos en comisión de servicios y acreditando experiencia profesional prolongada.

3. A mayor abundamiento, como los requisitos establecidos en la citada base no se establecen en las ordenes que convocan estos procesos selectivos en otras Comunidades Autónomas, su exigencia vulnera la igualdad al quebrar la necesaria homogeneidad que debe presidir estos procesos selectivos en todo el territorio nacional.

En suma, la parte recurrente argumenta que “no es comprensible que se pueda tener capacidad para ejercer las funciones de catedrático en comisión de servicios, pero no para concurrir a un proceso selectivo para acceder a este cuerpo de funcionarios”.

La Junta de Andalucía no ha formulado alegaciones en el trámite habilitado al efecto.

El Ministerio Fiscal divide su argumentación en cuatro extremos:

En primer lugar, se detiene en analizar si la Orden impugnada, al no considerar la evaluación positiva de la actividad como mérito evaluable en el concurso, ha vulnerado el derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE. A tal fin, considera que se cumplen las tres exigencias exigidas por la doctrina constitucional para llegar a una conclusión positiva sobre la vulneración del mencionado derecho: a) tanto la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, como el Real Decreto 276/2007

contemplan entre los méritos que han de ser valorados para ocupar estos puestos en la función pública la “evaluación positiva de la actividad docente”; b) este mérito está orientado a lograr la igualdad en el acceso a las funciones públicas o, al menos, no se evidencia que no tenga esta finalidad; y c) puede ser invocado autónomamente en amparo, pues su omisión vulnera la igualdad y el principio de mérito y capacidad.

En segundo término, señala que tampoco cabe olvidar, de un lado, que la Orden impugnada exige unos requisitos de titulación que no son los previstos ni en la Ley Orgánica de Educación ni en el Real Decreto 276/2017 y, de otro, no prevé la valoración de otros “cursos de perfeccionamiento superados que versen sobre actualización científica y didáctica” que establece el anexo II del Real Decreto 276/2007. Por todo ello, entiende que la orden impugnada, al omitir el referido mérito, ha vulnerado el derecho que consagra el art. 23.2 CE.

En tercer lugar, entiende que ha perdido sentido la invocación de la violación del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, por haberse inadmitido o desestimado el recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, pues aunque efectivamente concurriera este presupuesto, la cuestión debe reconducirse a atribuir a las resoluciones judiciales el carácter de agotamiento de la vía judicial, siendo innecesario un pronunciamiento sobre la hipotética lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, esta queja carece de especial trascendencia constitucional y, por este motivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 50.1 b) LOTC resulta inadmisibile. Así, aunque en este caso la vía judicial concluyó con una decisión de inadmisión por inadecuación de procedimiento, se agotó debidamente, pues esta decisión conlleva que el órgano judicial consideró inexistente la vulneración de derechos fundamentales invocada.

En cuarto lugar, considera que, a pesar del razonamiento anterior, no cabría estimar la pretensión de la Asociación recurrente y declarar la nulidad del baremo establecido por la orden impugnada porque la viabilidad del recurso de amparo viene condicionada por la existencia de una lesión efectiva y real de los derechos fundamentales (STCo 363/1993, de 13 de diciembre). En cambio, en el presente caso, lo que la parte actora pretende obtener es un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los baremos impugnados al margen y con independencia de la existencia de una lesión concreta del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública (art. 23.2 CE) y dicho pronunciamiento conllevaría una declaración abstracta de inconstitucionalidad impropia del recurso de amparo.

V. Normativa aplicable al caso

El presente supuesto pivota sobre los siguientes preceptos constitucionales:

a) Art. 23.2, en virtud del cual: “Asimismo, (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

b) Art. 24.1, conforme al que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

c) Art. 103.3, que señala que: “La ley regulará ... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

Además, la sentencia valora la adaptación de la Orden de 16 de marzo de 2017 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 16 de marzo de 2017, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, a lo previsto en las siguientes disposiciones:

a) La disposición adicional 10ª.4 de La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su versión original, que recoge, como requisito de acceso al cuerpos de catedráticos de música y artes escénicas, “pertenecer al cuerpo de profesores de música y artes escénicas y estar en posesión del título de doctor, licenciado,

arquitecto, ingeniero o grado correspondiente o titulación equivalente, a efectos de docencia, así como superar el correspondiente proceso selectivo”.

b) La disposición adicional 12ª de la citada Ley establece, en su párrafo 2º, que los funcionarios docentes de los cuerpos de profesores de música y artes escénicas que quieran acceder a los cuerpos de catedráticos de música y artes escénicas “deberán contar con una antigüedad mínima de ocho años en el correspondiente cuerpo como funcionarios de carrera” y, en su párrafo 3º, que “[e]n las convocatorias correspondientes para estos funcionarios se valorarán preferentemente los méritos de los concursantes, entre los que se tendrán en cuenta el trabajo desarrollado y los cursos de formación y perfeccionamiento superados, así como los méritos académicos, y la evaluación positiva de la actividad docente”.

c) El Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se regula el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, y se regula el régimen transitorio de ingreso, en su exposición de motivos, explica que “es necesario regular, de forma transitoria, un sistema de ingreso a los cuerpos de funcionarios docentes en el que se valore de forma preferente la experiencia docente previa en los centros públicos de la misma etapa educativa con total respeto a lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia”. Este Real Decreto, en el título IV, capítulo II, recoge el procedimiento de acceso a los cuerpos de catedráticos de música y artes escénicas y en su anexo II hace referencia a las especificaciones a las que deben ajustarse los baremos de méritos para los sistemas de acceso entre los cuerpos de funcionarios docentes.

En fin, el apartado 2.2.1 de la Orden de 16 de marzo de 2017, referida a la base segunda del concurso, recoge como requisitos específicos para poder participar en el proceso selectivo: “Acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones propias de las enseñanzas artísticas. El personal aspirante tendrá acreditada esta formación y capacidad si cumple alguna de las siguientes condiciones: Estar en posesión del título de doctor; Estar en posesión del reconocimiento de suficiencia investigadora o el certificado-diploma acreditativo de estudios avanzados (DEA); Estar en posesión de un título universitario oficial de máster distinto del requerido para el ingreso a la función pública docente, para cuya obtención se hayan exigido, al menos, sesenta créditos, que capacite para la práctica de la investigación educativa o de la investigación propia de las enseñanzas artísticas”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Constitucional veta el principal obstáculo que el Ministerio Fiscal había señalado frente a la viabilidad del recurso de amparo, entendiendo que cuando el recurso de amparo frente a las bases de una convocatoria de acceso al empleo público no se interpone directamente perjudicado, sino por una Asociación profesional que actúa en defensa de los derechos fundamentales de sus asociados, no cabe exigir el requisito de sufrir una lesión real y efectiva, pues ello supondría negar la legitimación activa para recurrir en amparo de las asociaciones o de cualquier otra entidad de carácter representativo.

Entrando en el fondo del asunto, el Máximo Intérprete de la Norma Fundamental entiende que tanto en el supuesto en el que las bases de la convocatoria exijan el cumplimiento de nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso de determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, como cuando omitan un mérito cuya valoración venga imperativamente impuesta por las normas reguladoras del proceso selectivo, se estarían introduciendo diferencias respecto de los parámetros establecidos con carácter general en la ley, lo que conllevaría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE.

En consecuencia, la Orden de convocatoria ha devenido inconstitucional y nula, al igual que los Autos de los Tribunales ordinarios que desestimaron los recursos en

fases previas, si bien el principio de seguridad jurídica impide la revisión los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la Orden recurrida convoca.

Con todo, el Tribunal Constitucional rechaza que la Orden impugnada vulnere el principio de igualdad por introducir diferencias entre los distintos procesos selectivos que se convoquen en el territorio nacional, pues corresponde a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación básica estatal, la concreción de la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones artísticas.

Tampoco entiende procedente pronunciarse sobre una posible violación del art. 24.1 CE, pues cuando se ha utilizado como vía de defensa ante los Tribunales ordinarios el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y no se ha conseguido, pierde sentido la invocación del citado art. 24.1 CE y se abre el camino para considerar la pretensión de fondo.

VII. Parte dispositiva

El fallo de la Sentencia aquí comentada puede resumirse en los siguientes extremos:

1.º.- La Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, de 16 de marzo de 2017, por la que se convoca un procedimiento selectivo para el acceso al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, es inconstitucional y nula al infringir el art. 23.2 CE por no prever como mérito la evaluación positiva de la actividad docente y por no considerar acreditada la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas de aquellos aspirantes que hayan desempeñado temporalmente las funciones de catedrático de música y artes escénicas.

2.º.- La inconstitucionalidad de esta Orden no permitirá, sin embargo, revisar los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la Orden recurrida convoca.

3.º.- Los Autos de 24 de julio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, por el que se acordó la inadmisión del recurso contencioso-administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto contra la referida Orden, y de 6 de septiembre de 2017, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra aquel, así como la de la Providencia de 31 de mayo de 2018 de la sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por la que se acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado contra las referidas resoluciones judiciales, son nulos.

VIII. Pasajes decisivos

La presente sentencia recoge varias consideraciones de interés:

En primer lugar, entiende que la exigencia relativa a que el acto impugnado ocasione una lesión real y efectiva en los derechos de los recurrentes a la hora de admitir la viabilidad del recurso de amparo exigida por la doctrina vertida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 363/1993, de 13 de diciembre, no es de aplicación al presente supuesto porque el recurso no ha sido formulado por los funcionarios docentes que pretenden tomar parte en el concurso convocado por la Orden recurrida, sino que ha sido planteado por la Asociación de Profesores Superiores de Música de Andalucía. Se detiene el Tribunal Constitucional en señalar que “en los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, quien acude en amparo no es el directamente perjudicado, sino una asociación en defensa de los derechos fundamentales de sus asociados, exigir el referido requisito supondría negar la legitimación activa para recurrir en amparo de las asociaciones o de cualquier otra entidad de carácter representativo. De acuerdo con la doctrina del Tribunal (entre otras muchas, STCo 47/1990), en el interés legítimo del art. 162.1 b) CE hay que entender

incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores del que puede ser titular no solo cada uno de ellos, individualmente considerado, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines” (fundamento jurídico 2).

En segundo término, siguiendo la doctrina vertida en las Sentencias 47/1990, de 20 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 138/2000, de 29 de mayo; y 131/2017, de 13 de noviembre), señala que el art. 23.2 CE garantiza, entre otros derechos, el de la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de manera que queda vetada una actuación por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso que introduzca nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso a la función pública a determinados ciudadanos o grupos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, excluyendo del goce de un derecho a aquellos a los que la ley no excluyó. Es más, esta conclusión no sólo se aprecia para el supuesto en el que se denuncie la exigencia de nuevos requisitos o condiciones que limitan el acceso a un cargo de determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, sino también en el caso en el que una convocatoria concreta omita un requisito cuya valoración venga imperativamente impuesta por las normas reguladoras del proceso selectivo. En suma, “en ambos casos se estarían introduciendo diferencias respecto del criterio establecido con carácter general en la ley, lo que conllevaría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE” (fundamento jurídico 3).

Así, teniendo en cuenta que la Orden de 16 de marzo de 2017 no recoge como mérito la exigencia, recogida en la Ley 3/2006 y en el Real Decreto 276/2007, relativa a la evaluación positiva de la actividad docente ni tampoco aparece consignado este mérito en ningún apartado del baremo, el Tribunal Constitucional considera que esta omisión vulnera el principio de predeterminación normativa, en virtud del cual la predeterminación de cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, solo corresponde a la intervención positiva del legislador. Por ello, la resolución impugnada, al introducir diferencias no previstas en la ley –no se valora un mérito que según establece la ley ha de valorarse–conlleva una vulneración del principio de igualdad, que es, en definitiva, lo que el principio de predeterminación normativa de los requisitos de acceso a la función pública garantiza y por este motivo vulnera el derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE (fundamento jurídico 5).

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional recuerda que el art. 58.6 de la Ley Orgánica 2/2006, dispone que “los centros superiores de enseñanzas artísticas fomentarán programas de investigación en el ámbito de las disciplinas que les sean propias”. Por su parte, los arts. 17.1, párrafo segundo, y 39 del Real Decreto 276/2007, en concordancia con lo establecido en el citado precepto legal, exigen, para ingresar, a quienes pretendan acceder al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas que acrediten su formación y su capacidad para tutelar las investigaciones en este ámbito. En definitiva, a la luz de estos preceptos, para acceder al cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas, es preciso acreditar la formación y capacidad de tutela en las investigaciones artísticas, si bien ni el legislador ni el desarrollo reglamentario precisan cómo justificar que se cumple este requisito. Por tales razones, la Orden impugnada, al establecer que para poder acreditar esta formación y capacidad de tutela es preciso estar en posesión de los títulos anteriormente mencionados, desarrolla en este punto lo dispuesto en el art. 39 del Real Decreto 276/2007, sin establecer requisitos nuevos, de manera que, en principio, no quiebra el principio de predeterminación normativa ni, en definitiva, el principio de igualdad, aunque para entender cumplido este requisito de acceso se exija estar en posesión de una titulación específica. Ahora bien, pese a ser cierta esta conclusión, el Tribunal Constitucional introduce una matización, pues la Orden impugnada, al no prever que esta formación y capacidad de tutela se considere también acreditada cuando los aspirantes hayan ejercido temporalmente las funciones de catedrático de música y

artes escénicas, está infringiendo, por este motivo, el derecho que consagra el art. 23.2 CE. Aclara el Máximo Intérprete de la CE que “esta omisión está impidiendo el acceso a este cuerpo funcional a quienes la propia administración les ha reconocido que cumplen los requisitos que exige el desempeño de este puesto trabajo –si no hubieran tenido esta formación y capacidad de tutela no hubieran podido ser nombrados para ejercer estas funciones– y está estableciendo una diferencia de trato entre los aspirantes (en concreto, entre los que tienen la titulación que exige la base 2.2.1 de la orden impugnada para acreditar el cumplimiento de este requisito y aquellos a los que, sin tenerla, la administración les reconoció que lo cumplían cuando los nombró para ejercer temporalmente las funciones de catedrático en estas disciplinas) que carece de justificación. En consecuencia, esta omisión es lesiva del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE” (fundamento jurídico 6).

En quinto término, el Tribunal Constitucional rechaza que la Orden impugnada, al establecer el modo en que ha de acreditarse la formación y la capacidad de tutela de las investigaciones artísticas, vulnere el principio de igualdad por introducir diferencias entre los distintos procesos selectivos que se convoquen en el territorio nacional, pues en la medida en que la legislación estatal no concreta el modo en que ha de entenderse acreditada esta exigencia, deja en manos de las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación básica estatal, la concreción de tal extremo. Reitera doctrina constitucional previa, señalando que “el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias puede ocasionar que la posición jurídica de los ciudadanos sea diferente en las distintas partes del territorio nacional sin que esta diversidad de regímenes jurídicos sea contraria al principio de igualdad (en este sentido, entre otras muchas, SSTCo 37/1981, de 16 de noviembre; 46/1991, de 28 de febrero, 96/2002, de 25 de abril; 247/2007, de 12 de diciembre; 132/2019, de 13 de noviembre; y 125/2021, de 3 de junio” (fundamento jurídico 6).

En sexto lugar, el Tribunal Constitucional, tomando como referencia pronunciamientos previos vertidos en las Sentencias 363/1993, de 13 de diciembre y 143/2003, de 14 de julio, manifiesta que ha devenido innecesario pronunciarse sobre la violación del art. 24.1 CE, pues, cuando se ha intentado la protección del derecho fundamental que se estima vulnerado en la vía judicial a través del procedimiento especial de tutela de este tipo de derechos y no se ha conseguido, pierde sentido la invocación del precepto constitucional mencionado y se abre el camino para considerar la pretensión de fondo. Estimar este motivo de recurso conllevaría devolver las actuaciones al órgano judicial para que examinara las vulneraciones de derechos fundamentales sustantivas y precisamente sobre estas vulneraciones ya se ha pronunciado el órgano judicial ordinario (fundamento jurídico 7).

En séptimo lugar, aun cuando la Orden impugnada es inconstitucional y nula, lo cual conlleva la nulidad de los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 24 de julio de 2017 y de 6 de septiembre de 2017, así como la de la providencia de 31 de mayo de 2018 de la sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional realiza, al calor del art. 55.1 LOTC una serie modulaciones en cuanto al alcance de la aplicación del fallo. Así, al haber transcurrido más de cinco años desde que se resolvió el proceso selectivo convocado por la Orden declarada nula, el principio de seguridad jurídica impide que con fundamento en la presente sentencia puedan ser revisados los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la orden recurrida convoca (fundamento jurídico 8).

IX. Comentario

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^[2].

El fundamento constitucional de tales presupuestos se encuentra en dos preceptos clave: por una parte, el art. 23.2, que reconoce el derecho de los ciudadanos a “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes” y, por otra, el art. 103.3, que se refiere a los criterios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública.

Aun cuando ambos pasajes están directamente imbricados, pues su objetivo es conseguir que ingresen en la función pública, mediante los procedimientos selectivos correspondientes, quienes, de entre los candidatos, reúnan mayores méritos y capacidad, lo cierto es que el art. 23.2 CE no reconoce un derecho absoluto a acceder a los cargos y funciones públicas sino un derecho a no ser discriminado o sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en tal acceso.

El Tribunal Constitucional ha ido perfilando los contornos de tal derecho fundamental, creando un cuerpo de doctrina perfectamente sintetizado por el Ministerio Fiscal en la sentencia objeto de comentario: a) “el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes es un derecho de configuración legal”; b) “al remitir el art. 23.2 CE a los ‘requisitos que señalen las leyes’, la ley, en colaboración con el reglamento, debe determinar qué requisitos van a ser exigidos para acceder a las funciones públicas, operando la ley como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstos en ella”; c) “resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal”; d) “mediante la exigencia de la predeterminación normativa se garantiza que sea la ley la que determine los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas”.

Además de reiterar la preceptiva predeterminación legal de los condicionantes a acreditar para el acceso al empleo público sin que las bases de la convocatoria puedan establecer restricciones adicionales, la sentencia objeto de comentario también incide en la posibilidad de computar como méritos “la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate”. Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “no plantea problemas de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados” que es lícita a todas luces, “sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso” (STCo 707/2003, de 2 de junio).

Las pautas a respetar por las bases de la convocatoria son, pues, las dos siguientes: diseñar un baremo de méritos relacionado con la función a desempeñar siguiendo las pautas marcadas por la ley y no establecer restricciones injustificadas de las condiciones de acceso excediendo del principio de habilitación legal.

X. Apunte final

El art. 23.2 CE consagra el principio de predeterminación normativa, que garantiza que es la ley —sin perjuicio de que pueda requerir la colaboración del reglamento en esta tarea—, la que determina los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas, impidiendo que la Administración pueda exigir requisitos distintos de los previstos con carácter general por la ley —o en su caso, por el reglamento que la desarrolle— y establecer de este modo diferencias que quiebren el criterio igualitario previsto en la norma. Además, los requisitos de acceso y los criterios de selección han de ir referidos a los principios de mérito y capacidad, admitiendo la valoración de los servicios prestados como mérito (y no como requisito de acceso), siempre que se efectúe una valoración razonada y proporcionada de los mismos^[3].

El incumplimiento de alguno de estos extremos provocará la nulidad de las bases de la convocatoria, sin que sea necesaria para la viabilidad del recurso acreditar una lesión individualizada real y efectiva cuando quien plantea el amparo no es directamente el perjudicado sino una asociación defensora de intereses profesionales.

Referencias:

1. ^ NIETO GARCÍA, A.: “Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de constituir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada”, *Documentación Administrativa*, núm. 200, 1984, pp. 2 y ss.
2. ^ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2021, p.119.
3. ^ BELADIEZ ROJO, M.: “El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas”, en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018, pp. 702 y ss.

§ 84 Jubilación anticipada y principio de no discriminación.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *Es discriminatoria la norma que establece diferencias de régimen jurídico para situaciones idénticas en cuanto a la jubilación anticipada.*

Palabras clave: *Diferencia de régimen jurídico. Discriminación. Jubilación anticipada.*

Abstract: *Given identical situations is not acceptable the distinction on legal status in the field of early retirement.*

Keywords: *Differentiated legal status. Discrimination. Early retirement.*

I. Introducción^[1]

La jubilación anticipada es una modalidad de retiro prevista en nuestro sistema de seguridad social desde su misma creación, aunque ha ido ensanchando sus dominios a lo largo del tiempo. Hoy en día podríamos decir que la legislación de seguridad social contempla básicamente cuatro aplicaciones de esa modalidad de jubilación, sin perjuicio de algún supuesto más perteneciente en exclusiva al ámbito de ciertos regímenes especiales. Esas cuatro posibilidades de acceso a la jubilación anticipada, que normalmente conllevan alguna reducción en el alcance de la pensión, son las siguientes: jubilación anticipada de carácter transitorio implantada en el momento de configuración del sistema vigente; jubilación anticipada por extinción precoz de la relación laboral; jubilación anticipada por motivos de discapacidad, y jubilación anticipada en el contexto de actividades de riesgo o esfuerzo especial. En términos generales, la jubilación anticipada entraña una diferencia de trato en el interior del sistema, puesto que supone una vía de retiro del trabajo a la que no todos los afiliados tienen acceso. En términos más concretos, también puede suponer diferencias de trato entre colectivos de la población trabajadora que supuestamente se encuentran en situaciones equiparables pero que, sin embargo, no son contemplados del mismo modo a estos efectos. ¿Son estas diferencias discriminatorias? ¿Son contrarias a los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro orden social? La respuesta no es sencilla. La sentencia TS (cont.) 1140/2022, de 14 de septiembre, se enfrenta a esta clase de problemas, a los que responde, para ese caso particular, con una posición interpretativa claramente inclinada a procurar un trato igual y evitar en lo posible las diferencias de régimen jurídico.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 1140/2022, de 14 de septiembre.

Tipo y número de recurso: RCO núm. 223/2021.

ECLI:ES:TS:2022:3304

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia TS 1140/2022 da respuesta a una queja de discriminación en el contexto del sistema de seguridad social y, en particular, en relación con la jubilación anticipada. La cuestión que se plantea atañe a la pertinencia o grado de aceptación de unos cauces de jubilación reservados para ciertos colectivos profesionales o ciertos tipos de trabajo en base a la existencia de riesgos especiales o de condiciones de trabajo supuestamente más exigentes que en los casos ordinarios o más habituales. ¿Por qué razón se prevé esa vía de retiro anticipado para unos grupos y no para otros, si en la realidad de las cosas la situación puede ser equivalente? ¿No se trata acaso de una medida discriminatoria? Veamos los antecedentes del caso y las características de la queja que el protagonista de este proceso planteó en sede judicial.

El pleito que dio lugar a la resolución judicial que ahora comentamos arranca del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales promovido por un particular como reacción a la situación creada a raíz de la norma reglamentaria, aprobada como es de rigor por el Consejo de Ministros, sobre jubilación anticipada de los funcionarios del Cuerpo de Policía del País Vasco-Ertzaintza, por no haber comprendido en la misma a los miembros de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, considerados por el recurrente en "idénticas condiciones".

Previamente al ejercicio de la comentada acción judicial, el interesado, perteneciente al cuerpo funcional de los Mossos d'Esquadra y nacido en 1961, se había dirigido al Gobierno de España con fecha de 22 de junio de 2021 en demanda del cese de la desigualdad de trato que sufría tal colectivo profesional respecto de los miembros de otros cuerpos policiales, y en particular respecto de los agentes pertenecientes a la Ertzaintza, a propósito de la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada. Su escrito fue remitido al Ministerio competente en materia de seguridad social con vistas a la tramitación del oportuno procedimiento para la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación.

Sobre la solicitud del interesado no llegó a adoptarse ninguna resolución administrativa, aunque en el seno de ese departamento ministerial, y con motivo de esa queja, se realizaron diversos trámites: se procedió a la solicitud de información y de informes, se permitió la personación de diversos sindicatos, se dio recepción del análisis de un grupo de trabajo formado por el Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña y las organizaciones sindicales sobre el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación, se incorporó un informe previo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, y se tomó nota de la reiteración por parte del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña de su interés por el establecimiento de esa modalidad de jubilación con los expresados coeficientes.

En el expediente abierto a tal efecto figura una precisión de la Subdirectora General de Recursos y Relaciones con los Tribunales del Ministerio de la Presidencia (comunicada al interesado como contestación a su protesta por el traslado de su solicitud a esa otra instancia gubernamental) en la que se ponía de manifiesto que, si

bien correspondía al Ministerio de Seguridad Social la instrucción del procedimiento, su resolución competía al Consejo de Ministros.

También fue incorporado a ese acervo documental el expediente incoado con fecha de 27 de julio de 2012 a instancias del Sindicato de Policías de Cataluña en demanda de coeficientes reductores de la edad de jubilación, en el que constaba a su vez la personación de diversos sindicatos, la solicitud de informes previos a la Secretaría de Estado de Empleo, la posición favorable al establecimiento de dicha medida de la Secretaría General del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña, y la personación del interesado mediante escrito del 5 de julio de 2021.

Cumplimentado el pertinente requerimiento administrativo y tras diversas vicisitudes procesales, fue formalizada demanda por la representación del interesado con fecha de 10 de febrero de 2022, en la que se suplicaba a la Sala de lo contencioso-administrativo del TS que se declarara “que el Consejo de Ministros del Gobierno de España ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad de trato del Sr. Isidro al no poder acceder a la jubilación anticipada, como miembro del cuerpo de Mossos d'Esquadra, en igualdad de condiciones que los miembros del cuerpo de la Ertzaintza mediante la aplicación de coeficientes reductores a la edad de jubilación ordinaria”, y que se condenara a la parte demandada a indemnizarle “con la cantidad de 12.000 € (DOCE MIL EUROS) por el daño moral causado”, así como al pago de las costas.

Trasladada la demanda al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, una y otra instancia solicitaron la desestimación de la demanda, al mismo tiempo que mostraban su oposición a la vista pedida por el actor y al recibimiento de la prueba propuesta por el mismo. Tras no considerar necesaria la celebración de vista y habida cuenta que no se había pedido trámite de conclusiones, por diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2022 el órgano judicial competente declaró el pleito “concluso y pendiente de señalamiento”. Mediante providencia de 21 de junio de 2022 se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2022 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva. En la fecha acordada tuvo lugar la deliberación del asunto y fue dictado el fallo consiguiente.

IV. Posición de las partes

Tras justificar su legitimación activa por su condición de mosso de squadra, el demandante adujo por lo pronto que tenía cotizados sin solución de continuidad un total de 37 años y seis meses desde el 1 de enero de 1984 con vistas a que se le mantuviera la regla de jubilación a los 65 años. Con esa base, hizo constar en su demanda que “de haber sido agente de la policía autonómica vasca ya habría podido acceder a la jubilación anticipada en aplicación del coeficiente reductor de 0,20 por cada uno de sus 28 años de servicio”, e insistió “en la identidad de cometidos de la Ertzaintza y de los Mossos de squadra en cuanto cuerpos de policía autonómicos integrales” y en lo inaceptable de mantener, pese a ello, un régimen de jubilación anticipada diferente mediante el que “los miembros del primero, mediante los coeficientes reductores aprobados, han podido anticipar su jubilación hasta los 60 años o a los 59 de contar con los años de cotización requeridos, mientras que a los del segundo no les ha sido posible por no haber habido previsión al respecto”, comparación que extendió a los miembros de las Policías Locales a los que se había reconocido igualmente la posibilidad de anticipar su jubilación. Apoyada en esos alegatos, la demanda pedía “la estimación del recurso contencioso administrativo”, a cuyo efecto iba acompañada por un informe de la Inspección de Trabajo que a su juicio subrayaba la identidad de funciones de todos esos cuerpos policiales.

También aducía el recurrente que la estimación de su pretensión había de comportar “la indemnización de daños y perjuicios”, por el daño moral que conllevaba *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, “en especial cuando lo causa el Gobierno”. A su propio entender, el interesado había tenido que seguir trabajando hasta que se le reconoció legalmente la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada (desde el día 1 de enero de 2022), “en discriminación injustificada

con los miembros de otros cuerpos policiales". La demanda calculaba el monto de dicho resarcimiento "en 2.000€ por cada uno de los seis meses que ha permanecido trabajando más allá de la fecha en que habría podido jubilarse anticipadamente de no haber sido discriminado", para llegar a un cómputo total de 12.000€.

En su contestación a la demanda, el Abogado del Estado solicitaba la declaración de "pérdida sobrevenida del objeto del recurso", dado que "el derecho fundamental invocado "ya ha sido restablecido por la ley 22/2021" y que ello dejaba sin contenido la pretensión indemnizatoria pues. A mayor abundamiento, aducía la representación del Estado que la diversidad de trato se debía "únicamente a cambios normativos y a las diferentes fechas en que han tenido lugar en cuerpos funcionariales específicos de Comunidades Autónomas distintas, no supone ninguna discriminación ni se opone al principio de igualdad", y precisaba que si se había reconocido en distintos momentos a los miembros de la Ertzaintza y a los del Cuerpo de Mossos d'Esquadra la posibilidad de adelantar la jubilación había sido "por decisión soberana de las Cortes Generales en el ejercicio de su potestad legislativa", siendo así que "solamente a través de una valoración individual, singular, separada y no comunicable a otros cuerpos o escalas de funcionarios, mediante el procedimiento previsto en el Real Decreto 1698/2011, puede establecerse para un cuerpo de funcionarios el adelanto de la edad de jubilación". No hay norma jurídica, insistía el Abogado del Estado, en virtud de la cual "todas las categorías de funcionarios con igual o análoga estructuración hayan de tener acceso al anticipo de la edad de jubilación y, además, al mismo tiempo y en las mismas condiciones", algo que en sus palabras ni siquiera podía deducirse del artículo 14 de la Constitución.

El Ministerio Fiscal propugnaba la desestimación del recurso por cuanto era evidente que el actor no había solicitado del órgano administrativo competente la jubilación anticipada durante el tiempo en el que, efectivamente, se había producido "una situación de desigualdad no justificable en el acceso a la jubilación anticipada en los funcionarios del Cuerpo de Mossos d'Esquadra" (hasta la equiparación llevada a cabo por la Ley 22/2021), razón por la cual "ningún perjuicio económico se le ha irrogado durante el período comprendido entre 2010 y 2022". De ahí que dicha instancia pública considerara sin fundamento la pretensión indemnizatoria, además de apuntar que con la entrada en vigor del mencionado texto legal se había producido "una satisfacción extraprocésal" de la pretensión del interesado, en tanto que se había puesto fin a "la situación de desigualdad en relación con la jubilación anticipada de los policías catalanes respecto de los vascos".

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 14 Constitución: "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".

Artículo 161 bis.1 LGSS (RDLeg.1/1994, de 20 de junio): "La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la

de 52 años. Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163, a la jubilación regulada en la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada”.

Disposición adicional cuadragésima séptima LGSS (RDLeg.1/1994, de 20 de junio). Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza: “1. La edad ordinaria de 65 años exigida para el acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de la Ertzaintza o como integrantes de los colectivos que quedaron incluidos en el mismo. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 60 años, o a la de 59 años en los supuestos en que se acrediten 35 o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de la Ertzaintza, o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el párrafo anterior. 2. El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación. Tanto la reducción de la edad como el cómputo, a efectos de cotización, del tiempo en que resulte reducida aquélla, que se establecen en el apartado anterior, serán de aplicación a los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza que hayan permanecido en situación de alta por dicha actividad hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación. Asimismo, mantendrán el derecho a estos mismos beneficios quienes habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el apartado 1 de esta Disposición adicional cesen en su actividad como miembro de dicho Cuerpo pero permanezcan en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de ésta queden encuadrados. 3. En relación con el colectivo al que se refiere esta disposición procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador. Durante el año 2010 dicho tipo de cotización adicional será del 4,00 por ciento, del que el 3,34 por ciento será a cargo de la empresa y el 0,66 por ciento a cargo del trabajador. Estos tipos de cotización se ajustarán en los años siguientes a la situación del colectivo de activos y pasivos. 4. El sistema establecido en la presente Disposición adicional será de aplicación después de que en la Comisión Mixta de Cupo se haga efectivo un acuerdo de financiación por parte del Estado de la cuantía anual correspondiente a las cotizaciones recargadas que se deban implantar como consecuencia de la pérdida de cotizaciones por el adelanto de la edad de jubilación y por el incremento en las prestaciones en los años en que se anticipe la edad de jubilación, en cuantía equiparable a la que la Administración del Estado abona en los casos de jubilación anticipada de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el Régimen de Clases Pasivas”.

Disposición adicional vigésima bis LGSS (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), añadida por Ley 22/2021 de PGE para 2022. Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra: “1. La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a), se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años en los supuestos en que se acrediten treinta y cinco o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de Mossos d'Esquadra sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la

actividad a que se refiere el párrafo anterior. 2. El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación. Tanto la reducción de la edad como el cómputo, a efectos de cotización, del tiempo en que resulte reducida aquélla, que se establecen en el apartado anterior, serán de aplicación a los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que hayan permanecido en situación de alta por dicha actividad hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación. Asimismo, mantendrán el derecho a estos mismos beneficios quienes habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el apartado 1 de esta disposición adicional cesen en su actividad como miembro de dicho cuerpo, pero permanezcan en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de ésta queden encuadrados. 3. En relación con el colectivo al que se refiere esta disposición, procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador. 4. El sistema establecido en la presente disposición adicional será de aplicación a partir de la entrada en vigor de esta ley y, en ejercicios posteriores, en el marco de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado se ajustarán los tipos de cotización y se actualizará el cálculo de la transferencia nominativa con la que la Administración General del Estado financiará a la Generalitat de Catalunya el coste de la jubilación anticipada de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra”.

Artículo 1 RD 1698/2011, de 18 de noviembre, de desarrollo del artículo 161 bis 1 de la LGSS aprobada por RDLeg.1/1994, de 20 de junio: “Lo dispuesto en este real decreto se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten estar trabajando o haber trabajado en los sectores o actividades, en las escalas, categorías o especialidades correspondientes, que se aprueben en la correspondiente norma específica, y en las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas, con sujeción al procedimiento general establecido en el capítulo III. Quedan excluidos de lo dispuesto en este real decreto aquellos trabajadores encuadrados en una actividad que ya tenga reconocida en otra norma la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación o, en su caso, anticipación de la misma, sin perjuicio de lo indicado en la disposición adicional primera”.

Artículo 2 RD 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local: “1. La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a) y la disposición transitoria séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con respecto a quienes se refiere el artículo 1 se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20. 2. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el apartado anterior en ningún caso dará ocasión a que la persona interesada pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el artículo 1. 3. La anticipación de la edad de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores a que se refiere el apartado 1 se condicionará tanto a la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia de 15 años que se exige para acceder a dicha prestación como los 15 años de cotización como policía local necesarios para poder aplicar el coeficiente”.

Artículo 3.1 RD 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: “Corresponden a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social las

funciones siguientes:....d) La tramitación del procedimiento para la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación”.

VI. Doctrina básica

“Por tanto, si ha habido un derecho fundamental que debía restablecerse, si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten Abogado del Estado y Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así. Ahora bien, el hecho de que el Sr. Isidro no pudiera servirse seis meses antes de los coeficientes reductores que le permitían su edad y sus años de cotización, sobre los que tampoco hay controversia, según nos dice y no se ha negado, no significa que debamos reconocerle el derecho a la indemnización que pretende. Al reclamarla dice que es para compensarle los daños morales que ha sufrido, pero no los concreta en modo alguno ni nos explica de qué manera los traduce en la reclamación de 2.000€ por cada uno de los seis meses en cuestión. Por eso y porque esta sentencia, al reconocer que sufrió temporalmente una discriminación injustificada sirve de satisfacción no sólo jurídica sino también moral, hemos de rechazar su pretensión de resarcimiento” (F.J. QUINTO).

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.º) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 223/2021, interpuesto por don Isidro en demanda del cese de la discriminación de la que se consideraba objeto como agente de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra respecto de otros cuerpos policiales y, en concreto, respecto de los funcionarios de la Policía del País Vasco-Ertzaintza, en materia de acceso a la jubilación anticipada. (2.º) Declarar que el Sr. Isidro fue discriminado durante los meses en que no pudo anticipar su jubilación. (3.º) No hacer imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

“En fin, no hay duda de que, tras la disposición final vigésima octava de la Ley 22/2021, vigente con posterioridad a la reclamación del Sr. Isidro y a la interposición de su recurso, ninguna controversia permanece en torno al tratamiento de la jubilación anticipada de los mossos d'esquadra por comparación con los miembros de la Ertzaintza o con los policías locales”.

“Hechas las precisiones anteriores, hay que coincidir con el Abogado del Estado cuando dice que las diferencias existentes en el régimen de cuerpos funcionariales distintos, más si no son de la misma Administración, no entrañan necesariamente una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución. Es la ley, dice su artículo 103.3, la que establece el estatuto de los funcionarios públicos y no tiene que ser el mismo para todos ellos en aspectos como la edad para acceder al empleo público o para acceder a la pensión de jubilación ya que la ley puede establecer excepciones a la regla general para lo uno y para lo otro [artículos 56.1 c) y 67 del Estatuto Básico del Empleado Público y 206 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]”.

“En principio, una determinada previsión establecida por el legislador para un cuerpo o escala de funcionarios no tiene por qué extenderse a otro u otros en la medida en que el régimen correspondiente al que están sujetos responde a las características específicas y a las funciones propias de cada uno, consideradas por sus disposiciones estatutarias”.

“Ahora bien, en este caso nos encontramos con que la diferencia controvertida se concreta en el específico aspecto de la anticipación de la jubilación y con que no se ha discutido la identidad de funciones entre los miembros de las policías autonómicas vasca y catalana, ni ofrecido una razón sustantiva por la que no pudiera extenderse a estos últimos la solución establecida por el legislador para aquellos. Otro tanto puede decirse de la decisión de la Administración de extender a los integrantes de las Policías Locales la posibilidad de anticipar su jubilación en los términos vistos. Así,

pues, el legislador con la Ley 26/2009 y la propia Administración mediante el Real Decreto 1449/2018 han admitido desde hace varios años la existencia de razones para reconocer a quienes se encuentran en una situación semejante a la de los mossos desquadra la opción de la jubilación anticipada. Además, el mismo legislador, con la disposición final vigésima octava de la Ley 22/2021 ha venido a confirmar esa identidad al reconocérsela finalmente también a los mossos desquadra. Seguramente, lo anterior explica que el Abogado del Estado nos diga que el derecho fundamental invocado "ya ha sido restablecido" y que el Ministerio Fiscal admita que, si bien temporalmente, ha habido una desigualdad no justificable. Por tanto, si ha habido un derecho fundamental que debía restablecerse, si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten Abogado del Estado y Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así".

"Ahora bien, el hecho de que el Sr. Isidro no pudiera servirse seis meses antes de los coeficientes reductores que le permitían su edad y sus años de cotización, sobre los que tampoco hay controversia, según nos dice y no se ha negado, no significa que debamos reconocerle el derecho a la indemnización que pretende. Al reclamarla dice que es para compensarle los daños morales que ha sufrido, pero no los concreta en modo alguno ni nos explica de qué manera los traduce en la reclamación de 2.000€ por cada uno de los seis meses en cuestión. Por eso y porque esta sentencia, al reconocer que sufrió temporalmente una discriminación injustificada sirve de satisfacción no sólo jurídica sino también moral, hemos de rechazar su pretensión de resarcimiento".

IX. Comentario

La solución aportada por la sentencia TS (cont.) 1140/2022 parece natural, como algo que fluyera sin mayor esfuerzo. Pero los temas que anidan en su sustrato son de gran envergadura. En esencia, se trata de la discriminación a través del régimen jurídico asignado a una determinada parcela de la realidad social, y, más concretamente, de la discriminación que pueden sufrir, no quienes son contemplados o atendidos directamente por la norma, sino precisamente aquellos que quedan fuera de su radio de acción. Como regla general, la jurisprudencia constitucional acepta las distinciones de régimen jurídico cuando concurren diferencias de suficiente peso en las situaciones objeto de comparación. Es aceptable, por decirlo de manera más apegada al terreno, la diferencia normativa que se deriva de la creación legal de relaciones laborales de carácter especial, o la que se genera con la compartimentación del sistema de seguridad social en regímenes diversos. Pero siempre bajo una condición insoslayable: que las situaciones de hecho o las circunstancias reales alberguen también datos diferenciadores, y que la diversidad normativa guarde proporción con ese diferencial de partida. No es admisible, visto desde la perspectiva contraria, la diferencia de regulación que emana, si se pudiera decir así, de una decisión u opción caprichosa o infundada del legislador.

Siendo así, es claro que el punto crucial en el juicio del TS se situaba en las situaciones de hecho que el demandante había sometido a comparación. En la hipótesis de que fuera situaciones equiparables, la diferencia normativa carecería de sentido, hasta el punto de que la respuesta jurisdiccional sólo podía tener como horizonte el restablecimiento, como el propio TS enfatiza, del derecho fundamental en juego. No puede ser de otra manera, podríamos añadir. En todo caso, cabría preguntarse por el grado de relevancia en esta clase de contextos tanto del factor desencadenante de la intervención legal, como del ritmo intrínseco al correspondiente itinerario legislativo. Todos sabemos que muchas veces el régimen jurídico de una determinada institución se construye a través de un proceso más o menos extendido en el tiempo, y no de una sola vez. Eso es lo que ha pasado, justamente, en el campo de la anticipación de la edad de jubilación, especialmente en la que hunde su razón de ser en motivos ligados a las condiciones de trabajo. En casos como éste, no siempre se tienen a mano todos los datos de la realidad social que por una u otra vía pudiera verse afectada o concernida. Por ello, es prácticamente inevitable que el legislador actúe a partir de un supuesto más o menos sensible o perentorio, sin una toma de

conciencia propiamente dicha de la existencia de otros supuestos idénticos o siquiera semejantes. ¿Es esa eventual intervención normativa discriminatoria por no abarcar todos los casos que pudieran tener identidad de razón, al margen de que se tenga o no referencias sobre ellos? ¿Debe ser “completa” e intachable en la delimitación de su ámbito de aplicación toda acción legislativa aun cuando no se posean datos ciertos del potencial de destinatarios? ¿No puede el legislador dar respuesta a demandas sectoriales o de grupos determinados sin riesgo de incurrir en discriminación? La tesis sostenida por el TS parece vernos a decir que el círculo debe quedar cerrado desde el principio, pues la selección de alguna parcela de ese espacio de supuesta igualdad u homogeneidad y la consiguiente exclusión de alguna otra entrañaría contradicción con el principio de igualdad de trato y no discriminación. El problema (sobre todo para el legislador) es que a veces la identificación, percepción o registro de las situaciones real o potencialmente idénticas a la que pretende regularse sólo es posible a la vista de lo que nos va deparando el curso de la experiencia.

De singular interés es, por otra parte, la referencia de esta resolución del TS a la solicitud de indemnización presentada por el recurrente. Para el TS, “si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten Abogado del Estado y Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así”, pero ello no tiene por qué conducir, según esa misma instancia jurisdiccional, al reconocimiento del pretendido derecho a indemnización. Entiende el TS que la reclamación del demandante tiene como fin “compensarle los daños morales que ha sufrido”, pero de manera bastante rotunda contesta a tal petición poniendo de relieve que no concreta tales daños en modo alguno “ni nos explica de qué manera los traduce en la reclamación de 2.000€ por cada uno de los seis meses en cuestión”, y haciendo ver acto seguido que, “al reconocer que sufrió temporalmente una discriminación injustificada”, la sentencia en sí misma considerada “sirve de satisfacción no sólo jurídica sino también moral”, con el consiguiente rechazo de la pretensión de resarcimiento. ¿Quiere decir que el daño sufrido por la lesión de un derecho fundamental queda saldado con el reconocimiento y restablecimiento del derecho? De ser así, no es nada baladí, ni nada irrazonable, por cierto.

X. Apunte final

En su fundamento jurídico QUINTO, y “antes de entrar en el fondo del litigio”, la sentencia objeto de comentario estima necesario precisar “que no se ha discutido por las partes ni por el Ministerio Fiscal nuestra competencia ni que el recurso se dirige contra la inactividad de la Administración”, y que “tampoco ha habido debate sobre la identidad de funciones entre los miembros del Cuerpo de Mossos d’Esquadra y los de la Ertzaintza”. El camino seguido hasta lograr esta respuesta judicial no parece haber sido, ciertamente, un dechado de claridad, a juzgar por los antecedentes expuestos. Alguna luz suplementaria tal vez haya faltado también a propósito del juicio de igualdad y de la comparación que lleva implícita. ¿Basta con la alusión al carácter autonómico de los respectivos cuerpos de policía? ¿Eran iguales sus competencias y tareas? ¿Era igual el contexto en el que tenían que operar? No hace falta decir que no es lo mismo una discriminación que una legítima aspiración a la equiparación.

Referencias:

1. ^ Proyecto de investigación DER2016-80327-P.

§ 85 **Las personas trabajadoras fijas discontinuas de fecha incierta no tienen acceso a la jubilación parcial anticipada.**

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *Los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad se repite en fechas no ciertas, si bien no tienen la consideración, a efectos laborales, de trabajadores a tiempo parcial pues su contratación se configura legalmente como una modalidad contractual autónoma, no pueden acceder a la pensión de jubilación parcial vinculada a la celebración de un contrato de relevo, porque no cumplen el requisito de ser trabajadores a tiempo completo a efectos de la normativa de Seguridad Social, que los equipara a trabajadores a tiempo parcial.*

Palabras clave: *Trabajo fijo discontinuo. Jubilación parcial. Pensión de jubilación. Contrato de relevo.*

Abstract: *Discontinuous permanent workers whose activity is repeated on uncertain dates, although they are not considered, for labor purposes, part-time workers since their hiring is legally configured as an autonomous contractual modality, cannot access the partial retirement situation linked to the execution of a relief contract, because they do not meet the requirement of being "full-time" workers for the purposes of Social Security regulation, which equates them to workers at part time.*

Keywords: *Discontinuous permanent work. Partial retirement. retirement pension. Relief contract.*

I. Introducción

Los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad no se repite en fechas ciertas generalmente no se han asimilado, de manera automática, a trabajadores a tiempo parcial, a diferencia del contrato para trabajos fijos periódicos (o fijos discontinuos de fecha cierta), que hasta la modificación de los arts. 12 y 16 del Estatuto de los Trabajadores por Real Decreto-Ley 32/2021, era considerado una modalidad o variante del contrato indefinido a tiempo parcial. En consecuencia, y siempre en el ámbito de la legislación laboral, los trabajadores fijos discontinuos podían (y pueden hoy) ser trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial. Y es que la naturaleza del contrato de trabajo fijo discontinuo no depende la duración de la jornada sino de la actividad que con él se va a atender, la cual reviste la importante particularidad de reproducirse en la empresa de manera cíclica e intermitente, por períodos más o menos homogéneos, en fechas ciertas o inciertas.

La STS núm. 641/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Social, afronta la cuestión relativa a si los trabajadores fijos discontinuos de fechas no ciertas cumplen o no el requisito de ser trabajadores a tiempo completo exigido por la normativa de Seguridad Social, a efectos de poder acceder a la pensión de jubilación parcial antes de haber

cumplido la persona trabajadora la edad ordinaria de jubilación aplicable en cada momento (con simultánea celebración de un contrato de relevo). La precisión es pertinente, porque la condición de trabajar a jornada completa no se exige en cambio para que un trabajador o una trabajadora pueda reducir su dedicación y jubilarse de forma parcial una vez que ha cumplido la edad ordinaria de jubilación (art. 215.1 LGSS).

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. 641/2022, de 12 de julio.

Tipo y número recurso: RCUUD núm. 1881/2020.

ECLI: ES:TS:2022:3116

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sr. Dña. María Luz García Paredes.

Votos particulares: Uno.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una trabajadora, con categoría profesional oficial de segunda, suscribe con su empresa una pluralidad de contratos a jornada completa, para la realización de actividad fija discontinua, en fechas no ciertas. En un momento dado, suscribe con su empleadora un contrato a tiempo parcial del 25% de su jornada, asociado a un contrato de relevo y a tiempo completo.

Solicitado el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, la es denegada por la Entidad Gestora por no acreditar un periodo de antigüedad a tiempo completo en la empresa de al menos seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Frente a dicha denegación presenta demanda en la que, tras exponer que su actividad era fija discontinua y que en los periodos inciertos en los que prestaba la actividad trabajaba a jornada completa, reclama el derecho prestacional que le había sido denegado. La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social y la resolución de este recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS.

Resolviendo el recurso, la STSJ País Vasco, de fecha 27 de mayo de 2020 (rec. 454/2020), considera que los trabajadores fijos discontinuos con actividad en fechas no ciertas lo son a tiempo completo y no a tiempo parcial como pretende el INSS. A tal efecto, y siempre en referencia al estado normativo anterior a la refundición operada por el RDL 32/2021 entre las diversas modalidades de trabajo fijo discontinuo, tiene en cuenta la evolución que ha experimentado la regulación de esta figura hasta el deslinde entre aquellos trabajadores fijos discontinuos cuya actividad se repite en fechas previstas, conceptuados como trabajadores a tiempo parcial indefinidos en el art. 12.3 ET, de aquellos otros cuya actividad no se repite en fechas ciertas. Estos últimos, sigue diciendo el TSJ vasco, se regulan por el art. 16 del ET que, por definición, no es un contrato a tiempo parcial, como puede obtenerse del apartado 8 de aquel precepto (que habilita a los convenios colectivos a permitir que los contratos de trabajo fijos discontinuos se celebren a tiempo parcial, de lo que se infiere que, como regla general, son a tiempo completo). Junto a ello, señala la Sala de suplicación que, respecto de la antigüedad exigida como requisito para acceder al derecho, no es exigible que dicha antigüedad sea ininterrumpida, sino meramente anterior al hecho causante de la pensión de jubilación parcial.

La sentencia de contraste seleccionada por la Entidad Gestora recurrente es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares, de 21 de noviembre de 2011 (rec. 570/2011). La misma resuelve un supuesto en el que al trabajador, que

prestaba servicios como fijo discontinuo en fechas no ciertas, le fue denegada en vía administrativa la pensión de jubilación parcial, vinculado a un contrato de relevo, denegación que fue confirmada en instancia y por la Sala de duplicación.

IV. Posición de las partes

1. El recurso de casación para la unificación de doctrina de la Entidad Gestora

La representación letrada del INSS y de la TGSS sustenta el rcud. planteado sobre un único motivo de infracción normativa, en el que preconiza que ha de estarse al régimen legal anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en atención a su Disposición Transitoria 4ª.5. Seguidamente, determina la regulación de la jubilación parcial aplicable al caso, que es la recogida en el art. 166 de la LGSS 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, para indicar que, a partir de tal disposición, la modalidad de jubilación parcial solo se contempla a favor de los trabajadores a tiempo completo, tal y como hoy mantiene el art. 215.2 de la LGSS 2015. Siendo ello así, sigue diciendo la Entidad Gestora, la Disposición Adicional 7ª.2 de la LGSS 1994 (hoy art. 245.2 de la LGSS 2015) establece que las reglas de la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II –“Trabajadores contratados a tiempo parcial”- se aplicarán a los trabajadores a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo de los arts. 12 y 16 del ET, incluido en el campo de aplicación del Régimen General, recordando a tal efecto la STS de 14 de julio de 2016, rcud. 3254/2015 y las que en ella se citan, para resaltar la singularidad que en el ámbito de la seguridad social se ha dado al régimen del trabajo fijo discontinuo en relación con el ámbito laboral remitiéndose, también, a la exposición de motivos del RD 11311/2002 que así lo expresa. Con base en todo ello, entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, que resuelve conforme a la jurisprudencia que el motivo recoge (SSTS de 12 de abril de 2011, rcud.1872/2010 y 25 de junio de 2012, rcud. 2881/2012)^[1].

2. Posición de la parte recurrida

La parte recurrida (la trabajadora) se opone al recurso, aduciendo inexistencia de contradicción, toda vez que se ha producido un cambio de criterio en la Sala balear de la que procede la sentencia de contraste.

3. El informe del Ministerio Público

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando en primer término la desestimación del recurso por falta de contradicción y, subsidiariamente, su procedencia en el caso de analizarse el fondo del recurso.

4. La existencia de contradicción

La Sala Cuarta considera que entre las sentencias recurrida y de contraste existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios. Identidad que viene configurada por la condición que tienen los demandantes de uno y otro supuesto, como trabajadores fijos discontinuos, y que atienden una actividad que se ejecuta en fechas no ciertas. En ambos casos se interesa por el trabajador el derecho a una pensión de jubilación parcial, vinculada a un contrato de relevo, derecho prestacional que la sentencia recurrida le ha reconocido y la de contraste deniega.

Se admite que la sentencia recurrida recoge en su crónica de hechos probados que, en los periodos en que se trabajaba, ello se hacía a tiempo completo, lo que no se afirma en la sentencia de contraste, pero la Sala entiende que ello resulta irrelevante en este caso porque, aunque los periodos trabajados abarquen jornadas completas, ello no ha alterado el carácter fijo discontinuo del contrato.

En cuanto al reproche formulado por la parte recurrida sobre la pérdida de valor de la sentencia del TSJ balear como resolución de contraste, la Sala Cuarta resuelve que

la misma es totalmente idónea como sentencia referencial, sin que los argumentos vertidos por la parte recurrida al impugnar el recurso, consistentes en que ha existido un cambio de criterio en la Sala de suplicación que resuelve la sentencia de contraste, puedan asumirse para negar tal carácter. Y ello porque “la pérdida de valor referencial de las sentencias que se acogen a una doctrina que ha sido posteriormente modificada es aplicable a las dictadas por esta Sala IV, pero no puede predicarse en cambio de las pronunciadas por la Sala Social de los Tribunales Superiores de Justicia.”

V. Normativa aplicable al caso

El escrito de recurso de la Entidad Gestora identifica como preceptos legales aplicables el art. 166.2 de la LGSS 1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007, aplicable al supuesto en atención a la Disposición Transitoria 4ª.5 de la LGSS 2015 y Disposición Adicional 7ª.2 de la LGSS 1994, en relación con los arts. 12 y 16 del ET y arts. 9 y 10 del Real Decreto (RD) 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial.

VI. Doctrina básica

Las claves de la doctrina fijada por la Sala Cuarta del TS en este tema pueden resumirse del siguiente modo:

-En el ámbito de la Seguridad Social, incluidas las prestaciones, la normativa aplicable a los trabajadores a tiempo parcial también resulta de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos, sean estos de fecha cierta o incierta.

-El contrato de trabajo fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas no es un contrato a tiempo parcial, según la regulación anterior al RDL 32/2021, pero desde la perspectiva de la Seguridad Social no se trata de un trabajador a tiempo completo pues no se prestan servicios todos los días del año y se realiza una jornada de trabajo en cómputo anual inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad.

-En consecuencia, y partiendo de este principio de asimilación entre trabajadores fijos discontinuos y trabajadores a tiempo parcial, ambos tipos de trabajadores fijos discontinuos tienen vedado el acceso a la pensión de jubilación parcial anticipada, al no reunir el requisito legal de efectuar una jornada a tiempo completo en el momento del hecho causante.

VII. Parte dispositiva

La STS 641/2022 acuerda estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS y de la TGSS, contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en recurso de suplicación nº 454/2020. En consecuencia, casa y anula la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estima el recurso de tal clase interpuesto por el INSS, revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Eibar, de fecha 10 de octubre de 2019 (aclarada por auto de 21 de octubre de 2019) en autos nº 241/2019 y desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

VIII. Pasajes decisivos

Como pasajes relevantes sobre los que pivota la decisión del asunto sometido al dictamen unificador de la Sala Cuarta, cabe destacar los siguientes (todos ellos extraídos de su FD 2º):

- “La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introdujo modificaciones en el art. 12 y 15 del ET y, en concreto, en la Disposición Adicional 7ª

de la Ley General de la Seguridad Social 1994, destinada a las normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial y tras recoger reglas en materia de cotización, periodos de cotización, bases reguladoras y desempleo, en su apartado 2 introdujo la referencia al art. 15.8 del ET. Así su contenido quedó con el siguiente texto: "Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar".

- "[...] no se cuestiona la diversidad que la actividad fija discontinua pueda tener en el marco de la regulación del contrato de trabajo, en el que, claramente, el legislador estableció esa doble conceptualización del mismo. Pero aquí no estamos en el régimen laboral de la relación de trabajador con un empleador sino en la relación jurídica de seguridad social que se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen laboral, como se ha expuesto anteriormente al recoger la regulación en el que se enmarca el debate. Y esa configuración de la protección no distingue entre trabajadores fijos discontinuos sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas".

- "[...] la 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".

- "El concepto a tiempo completo al que se refiere la LGSS y, en concreto, el art. 166.2 de la misma, no se está fijando en una actividad entendida como servicios que solo se producen en fechas inciertas del año, sino a la equivalente a una jornada laboral ordinaria o continua y en contraposición a servicios que no tienen aquella condición. Lo que prima a estos efectos no es la forma en que se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa".

IX. Comentario

A partir de la Ley 40/2007, el acceso a la pensión de jubilación parcial a una edad inferior a la ordinaria exigible en cada momento está reservado a las personas que cuentan con un contrato de trabajo a tiempo completo. La discusión gira en torno a si los trabajadores fijos discontinuos (por ende, de fecha incierta) cumplen dicha condición. Respecto de los trabajadores fijos discontinuos de fecha cierta, como se vio, la jurisprudencia ya había precisado que no pueden acceder a esta excepcional modalidad de jubilación, al estar conceptualizados como trabajadores a tiempo parcial.

Como ya avanzó la exposición de motivos del RD 1131/2002, aunque en el ámbito laboral la normativa aplicable (anterior al RDL 32/2021) diferenciaba entre quienes efectúan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas de aquellos en los que no concurre esta circunstancia, atribuyendo a los primeros la calificación de trabajadores contratados a tiempo parcial, conceptualización que no se extiende respecto de los trabajadores fijos discontinuos de fecha incierta, en el ámbito de la Seguridad Social el tratamiento de los trabajadores fijos discontinuos es más específico y la disposición adicional séptima de la LGSS de 1994 (en la modificación introducida por la Ley 12/2001) determinó la aplicación a todos ellos, en el ámbito de la Seguridad Social, de la normativa relativa a los trabajadores con contrato a tiempo parcial. Se insiste en que la relación jurídica de Seguridad Social "se enmarca en otro contexto y que el legislador, claramente, ha querido establecer de forma distinta al régimen

laboral”, sin que esa configuración de la protección distinga entre trabajadores fijos discontinuos, “sino que, a tales efectos, nos encontramos con un solo colectivo, no estableciéndose reglas diferentes entre ellos en atención a que su actividad lo sea en fechas ciertas o inciertas”.

Esta equiparación, sostiene la Sala Cuarta, se recoge actualmente en el art. 245.2 de la LGSS de 2015, donde se parte del principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador fijo discontinuo. Se reconoce que el contrato fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas no es un contrato a tiempo parcial, según la regulación normativa anterior al RD 32/2021 (a partir de este, tampoco los trabajadores fijos periódicos de fecha cierta son conceptuados como trabajadores a tiempo parcial), pero desde la perspectiva de la Seguridad Social, como se ha visto, no se trata de un trabajador con contrato a tiempo completo, en la medida en que no se prestan servicios de forma continuada todos los días del año sino que se realiza una jornada de trabajo en cómputo anual inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad.

El Tribunal Supremo razona que, en el ámbito de una medida excepcional cual es la jubilación parcial anticipada, ambos tipos de trabajos discontinuos, los que se repiten en fechas ciertas y los que no lo hacen porque su actividad es incierta, han sido asimilados por el legislador, que los ha englobado en la categoría de trabajos que no se realizan a tiempo completo. Pese al desajuste que esta equiparación puede comportar respecto a las nociones de trabajo fijo discontinuo y a tiempo parcial que operan en el ámbito laboral, donde se consideran categorías contractuales independientes, la Sala Cuarta postula que una interpretación contraria “no solo conduciría al absurdo, sino que, además, carecería de lógica y justificación”, pues, se pone como ejemplo, “en la mecánica de la diferenciación entre ambos tipos de trabajos discontinuos, podría ocurrir que un trabajo a tiempo parcial en cómputo anual de 10 meses cada año no podría acceder a la jubilación parcial anticipada, mientras que un fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas y que trabaja 3 meses al año, sí podría acceder a tan excepcional jubilación”.

Esta doctrina concuerda con la establecida por misma Sala en sentencias de 5 de julio de 2022 (rcud. 605/2020) y 6 de julio de 2022 (rcud. 382/2020).

El Voto Particular de la magistrada Virolés Piñol defiende que el recurso debió ser inadmitido por inexistencia de contradicción entre las resoluciones comparadas, pues en la sentencia recurrida consta expresamente que la solicitante de la pensión trabajó ininterrumpidamente a jornada completa y ello no consta en la sentencia de contraste, razón por la que no puede considerarse que los fallos sean contradictorios “cuando en la sentencia recurrida se reconoce la jubilación parcial por considerarse que la prestación de servicios era a tiempo completo, mientras que en la sentencia de contraste se deniega la jubilación parcial por no acreditarse la prestación de servicios a tiempo completo”. Para el voto mayoritario, el hecho de haber trabajado a tiempo completo deviene irrelevante pues lo que importa, a los efectos aquí considerados, en la naturaleza fija discontinua de la relación.

X. Apunte final

Según la jurisprudencia, las personas que trabajan de forma fija discontinua, sea en fechas ciertas o inciertas, no tienen acceso a la pensión de jubilación parcial vinculada a la celebración de un contrato de relevo por no trabajar a tiempo completo, conforme exige desde 2007 la normativa de Seguridad Social. Y ello porque, aunque en la normativa de régimen laboral el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial son categorías contractuales autónomas, en el ámbito de la Seguridad Social el contrato fijo discontinuo, en cualquiera de sus especies, está asimilado al contrato a tiempo parcial.

Entiende el TS que el concepto “a tiempo completo” al que se refiere el art. 166 de la LGSS 1994 (art. 215. 2 de la LGSS 2015) se refiere a la equivalente a una jornada ordinaria o continua, de modo que lo que prima a estos efectos no es la forma en que

se cubre el trabajo fijo discontinuo, concentrando jornadas o con jornadas completas, sino la naturaleza de la actividad discontinua dentro del volumen de actividad normal (a tiempo completo) de la empresa.

La Sala Cuarta considera que la equiparación de los trabajadores fijos discontinuos con los trabajadores a tiempo parcial, a efectos de denegar a unos y a otros el derecho a la pensión de jubilación parcial con edades inferiores a la ordinaria, tiene su fundamento en la Disposición Adicional 7ª.2 de la LGSS 1994 (hoy art. 245.2 LGSS 2015, con algunos ajustes), pero, si bien se mira, esa disposición, que contiene "Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial", solo establece la referida equiparación respecto de las siguientes materias: cotización, cómputo de los períodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo. Como se comprueba, no se hace referencia alguna a las modalidades de pensión de jubilación; para que la equiparación con los trabajadores a tiempo parcial fuera también operativa en ese ámbito, y más específicamente en relación con la pensión de jubilación parcial, tendría que haberse hecho una mención expresa o, directamente, declarar excluidos a los trabajadores fijos discontinuos de la posibilidad de acceso a la jubilación parcial anticipada.

Por último, quede para el debate la eventual colisión de la regulación sobre jubilación parcial actualmente contenida en el art. 215.2 de la LGSS 2015, allí donde pide que el contrato de trabajo sea a tiempo completo, con la normativa europea sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de la Seguridad Social (Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978), teniendo en cuenta que la feminización del trabajo a tiempo parcial determinará que la exigencia de trabajar a tiempo completo para poder optar a la jubilación parcial tendrá un impacto desfavorable proporcionalmente superior en las mujeres, causando una desventaja particular para las mismas. Todo ello, a no ser que se acredite que la modificación introducida por la Ley 40/2007 posee una finalidad legítima y que la exclusión de los trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial del acceso a la jubilación parcial anticipada está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Referencias:

1. *^ En realidad, en estas sentencias la Sala Cuarta no resolvió exactamente el mismo problema que ahora se plantea (acceso a la jubilación parcial por trabajadores fijos discontinuos de fecha incierta) sino el relativo a si podía acceder a la situación de jubilado parcial el trabajador fijo discontinuo o fijo periódico cuya actividad se repite en fechas ciertas, y lo hizo rechazando dicha posibilidad por no cumplirse el requisito de prestar servicios a tiempo completo al venir configurado legalmente el trabajo fijo periódico como un supuesto de contrato a tiempo parcial en el art. 12 ET.*

§ 86 Reingreso tras excedencia voluntaria e incumplimiento de convenio.

Carlos Hugo Preciado Domènech

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

Resumen: *La cuestión que se plantea consiste en decidir si el trabajador excedente voluntario, cuyo puesto de trabajo continúa vacante, sin que la empresa haya intentado su cobertura con arreglo al convenio y, habiendo realizado contrataciones temporales de puestos del mismo nivel que el demandante, tiene derecho a la reincorporación a la empresa o, por el contrario, no procede dicha reincorporación hasta que no se cumpla el procedimiento de reincorporación de excedentes regulado en el convenio.*

Palabras clave: *Reingreso tras excedencia voluntaria. Infracción de convenio colectivo.*

Abstract: *The issue, which arises in this appeal for the unification of doctrine, consists of deciding whether the voluntary leave worker, whose job is still vacant, without the company having tried to cover it in accordance with the collective agreement and, having hired temporary positions of the same level as the applicant, has the right to reinstatement to the company or, on the contrary, said reinstatement does not proceed until the procedure for reincorporation of workers on voluntary leave regulated in the agreement is fulfilled.*

Keywords: *Re-entry after voluntary leave. Breach of collective agreement.*

I. Introducción

La sentencia objeto de comentario analiza un supuesto de excedente voluntario en la Corporación RTVE SA (CRTVE), quien ve denegado su reingreso, siendo que la empresa ha incumplido con la obligación prevista en el art.12 y 29 del Convenio Colectivo aplicable, que le imponía realizar convocatorias con frecuencia bianual para la cobertura de vacantes, salvo la concurrencia de situaciones excepcionales, que no se acreditan. Se da el caso que, además, durante la excedencia del trabajador se llevan a cabo contrataciones temporales y fijas correspondientes a la categoría del actor, así como contrataciones en prácticas. La Sala IV aplica la misma solución que había aplicado en su STS 20 de enero de 2021, rcud. 2542/2018, y concluye que el trabajador tiene derecho a la reincorporación, pues de lo contrario el incumplimiento del convenio por parte de la empresa, que no convoca procedimientos para la cobertura de vacantes conforme al Convenio colectivo, supondría dejar sin contenido el derecho al reingreso del trabajador.

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. 703/2022, de 7 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 3313/2019.

ECLI:ES:TS:2022:3353

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmá Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se plantea es el reingreso de un excedente voluntario a la CRTVE, cuando la empresa ha incumplido la obligación de intentar la cobertura de su plaza conforme al Convenio Colectivo, y en el caso concreto dicha plaza no ha sido amortizada, cubierta ni sacada a concurso público.

Los hechos de los que se parte para resolver dicha cuestión son los que siguen:

1.-El trabajador vino prestando servicios para la empresa CRTVE desde el 02/02/2004, categoría profesional de Técnico Medio, nivel económico D1, destino en la Unidad de Instalaciones Eléctricas TVE Prado del Rey y una retribución anual bruta de 38.564,58€, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias -

2.- En fecha 09/01/2009 el trabajador fue nombrado como Responsable de Turno Prado 2, nivel económico 54 (nivel 53 a partir del 01/05/2009). Cesó en dicho puesto en fecha 31/08/2012.

3.- Mediante solicitud presentada el 30/07/2012 el demandante interesó a la empleadora el reconocimiento de una situación de excedencia voluntaria (documento nº 2 de los aportados por la demandante e interrogatorio de la demandada). Dicha excedencia fue concedida mediante comunicación de fecha 2 de agosto de 2012 y con efectos del 01/09/2012 al 31/08/2015 (documento nº 3 de los aportados por la demandante).

4.- Don Roman interesó a CRTVE su reincorporación mediante la presentación de solicitudes en fechas 09/01/2013, 12/06/2013, 13/05/2014, 27/11/2014, 09/07/2015, 07/12/2015 y 21/07/2017.

5.- La demandada contestó a las citadas solicitudes de reincorporación mediante comunicaciones con fechas de salida de 14/01/2013, 20/06/2013, 21/05/2014, 01/12/2014, 10/07/2015, 15/12/2015 y 21/07/2017. En tales comunicaciones la empleadora señalaba que la provisión de plazas de plantilla vacantes o de nueva creación debía ajustarse al orden de prelación previsto en el art.12 del Convenio de aplicación. De ahí que solamente si a la finalización de los criterios de prelación señalados en ese artículo quedarán plazas convocadas, las mismas serían cubiertas con personal en situación de excedencia voluntaria.

6.- En la Unidad de Instalaciones Eléctricas TVE Prado del Rey existía, en el momento en el que el demandante solicitó su excedencia, un responsable de instalaciones, dos responsables de turno y un total de 13 técnicos. Cuando el actor pasó a situación de excedencia uno de esos técnicos, otro trabajador, fue designado como Jefe de Turno 2. Posteriormente se le nombró Responsable de Instalaciones. En las labores de conservación eléctrica en centros de media tensión de Prado del Rey se prevé la presencia de dos personas como mínimo, siendo una de ellas un encargado o técnico.

7.- La plaza de Responsable de Turnos Prado 2 del Servicio Eléctrico, dependiente de la Dirección de Medios, no ha sido amortizada, cubierta ni sacada a concurso público.

8.- En el año 2017 CRTVE suscribió dos contratos temporales (uno eventual y otro de interino) con dos trabajadores para desarrollar funciones de la Ocupación Tipo "Técnica Equipos Instalaciones y Sistemas Eléctricos", equivalente a la antigua categoría del I Convenio Colectivo "Técnico Superior Electricidad". En el año 2018 CRTVE suscribió dos contratos temporales (uno en prácticas y otro de interino) con dos trabajadores para desarrollar funciones de la Ocupación Tipo "Técnica Equipos Instalaciones y Sistemas Eléctricos", equivalente a la antigua categoría del I Convenio Colectivo "Técnico Superior Electricidad".

IV. Posición de las partes

La CRTVE, representada por el Abogado del Estado, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia del Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de junio de 2019, recurso 921/2018, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la CRTVE frente a la sentencia del Juzgado de lo Social 8 de Madrid de 19 de julio de 2018, autos número 1035/2017, que estima en parte la demanda formulada por el trabajador frente a, en reclamación de derecho y cantidad, declarando el derecho del demandante a ser reincorporado en dicha empresa, con fecha de efectos de 21 de julio de 2017, reiniciándose desde entonces la relación laboral, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a indemnizar al actoren la cantidad de 289,25 €.

La sentencia, respecto al recurso interpuesto por el Abogado del Estado, razona que no se ajusta a lo dispuesto en la norma legal - art. 46.5 del ET- la regulación convencional que supedita el reingreso del excedente voluntario a que la empresa decida convocar los procesos de provisión de vacantes regulados en el art. 12 del convenio colectivo, y resulta rechazable la interpretación según la cual la empresa podría diferir *sine die* y sin necesidad de justificación alguna la convocatoria de dichos procesos, infringiendo así la norma común del art.1256 del Código Civil. Señala que esta solución concuerda con lo resuelto en la sentencia del TS de 12-2-15, rec. 322/14, que ha declarado la preferencia del excedente voluntario para su reingreso, respecto al derecho de trabajadores en activo con contrato temporal a su conversión en indefinidos, y de los trabajadores a tiempo parcial a pasar a un contrato a tiempo completo; criterio que puede trasladarse al presente caso, considerando también preferente el derecho al reingreso del excedente, respecto al de los trabajadores en activo a cambiar de puesto de trabajo mediante traslado o promoción.

La CRTVE en su recurso de casación unificadora aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 23 de noviembre de 2015, recurso número377/2015.

El Letrado del trabajador impugna el recurso, pidiendo su desestimación.

El Ministerio Fiscal informa que procede la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Artículos 14 y 37.1 de la Constitución, en relación con los artículos 82.1 y 3, por un lado; 20.1, por otro y 46.5, por otro del ET y con los artículos 94, 99, 12 y 29 del I Convenio Colectivo de la Corporación RTVE, vigente en 2008.

De entre ello, resultan de especial relevancia, los siguientes, que pasamos a exponer:

- El art. 29 del convenio colectivo aplicable, que regula el reingreso de los excedentes, dice: El personal excedente gozará de un derecho de reingreso preferente sobre aquellos puestos de trabajo que quedasen vacantes, una vez que la empresa hubiera agotado sus posibilidades organizativas con su personal fijo y/o indefinido y siempre que el perfil

curricular del empleado se ajuste a los requerimientos del perfil del puesto ofertado. El trabajador reincorporado regresará a la situación de excedencia caso de que, en el plazo de tres meses desde la reincorporación tras la excedencia, no acredite poder desempeñar las funciones propias del puesto. Además, deberá haber comunicado a la empresa fehacientemente, su deseo de reingreso. Este principio se aplicará tanto a las situaciones de excedencia voluntaria que en el futuro se puedan producir como a las existentes ala fecha de la firma del presente convenio

- El art. 12 del convenio colectivo reiterado, que regula la dotación y provisión de vacantes, dispone en sus apartados 1 a 3 inclusive, lo siguiente:

1.-La provisión de plazas de plantilla vacantes o de nueva creación, se llevará a cabo del modo que se determine en este convenio y en el Plan de Igualdad y Conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

2.-Debido a la necesidad de potenciar las acciones de reorganización interna en el ámbito de los recursos humanos, los procesos de cobertura se llevarán a cabo de acuerdo al objetivo y principio básico de optimizar el rendimiento y adecuación de la plantilla de la CRTVE. Con este fin, cuando en la resolución por la que se determine la cobertura de puestos se establezca como modo de provisión el señalado en este convenio, la provisión de plazas se ajustará a los siguientes criterios de prelación, sin perjuicio de lo establecido en el art. 29.

-Traslados.

-Promoción/ cambio de categoría/ingreso restringido.

-Ingreso.

-Contratación directa.

3.- Cada puesto de trabajo que se pretenda cubrir se publicará en los tablones de anuncios, así como en la intranet corporativa y/o web CRTVE. Salvo por necesidades perentorias de la empresa, las vacantes se acumularán con objeto de proceder a la publicación y realización de los procesos de cobertura de dichas vacantes mediante dos convocatorias anuales, en su caso.

VI. Doctrina básica

La doctrina correcta corresponde a la sentencia recurrida, toda vez que, ha quedado plenamente acreditado, que la plaza, ocupada por el demandante antes de su excedencia, iniciada el 23-11-2009, continuaba vacante al momento de solicitar el reingreso, lo que despeja cualquier duda sobre la adecuación entre su perfil y la plaza. Se ha acreditado, así mismo, que la empresa no ha promovido ninguno de los procedimientos, pactados en el art. 12 del convenio, para su debida cobertura, incumpliendo manifiestamente la obligación de hacer, prevista en el art. 29 del convenio, anudada, a su vez, a la obligación de cubrir todas las vacantes existentes, prevista en el art. 12.1 del convenio, que le exigía realizar dichas convocatorias con frecuencia bianual en condiciones normales, no habiéndose alegado, ni probado por CRTVE, que concurrieran situaciones excepcionales, que le hubieran impedido cumplir con sus compromisos convencionales.

Por consiguiente, si la empresa no puso los medios para el cumplimiento de la obligación de hacer, prevista en los arts. 12.1 y 29 del convenio, habiéndola incumplido durante un período de casi siete años, es claro que el demandante tiene derecho a ejercer su derecho preferente al reingreso, ya que, si no lo hiciéramos así, estaríamos dejando el cumplimiento del convenio al arbitrio de la empresa, lo que contravendría, por una parte, el art. 82.3 del ET y, por otra, el art. 1256 CC , así como lo dispuesto en los arts. 12.1.2 y 3 y 29 del convenio colectivo de aplicación.

VII. Parte dispositiva

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 el Abogado del Estado, en representación de CORPORACIÓN RTVE SA, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 20 de junio de 2019, recurso número 921/2018, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Jorge en representación de D. Roman , y por el Abogado del Estado, en representación de LA SOCIEDAD ESTATAL RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de Madrid el 19 de julio de 2018, autos número1035/2017, seguidos a instancia de D. Roman frente a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLASA, en reclamación de DERECHO y CANTIDAD.

Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

Condenar en costas a la recurrente, incluyendo en las mismas la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso, por importe de 1.500 euros.

VIII. Pasajes decisivos

Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica y porque no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de CORPORACIÓN RTVE SA.

En efecto, consta acreditado que el actor solicitó el reintegro de la excedencia voluntaria en numerosas ocasiones -09/01/2013, 12/06/2013, 13/05/2014, 27/11/2014, 09/07/2015, 07/12/2015 y 21/07/2017-respondiendo la demandada Corporación RTVE SA que la provisión de plazas de plantilla vacantes o de nueva creación debía ajustarse al orden de prelación previsto en el art.12 del Convenio de aplicación por lo que, solamente si a la finalización de los criterios de prelación señalados en ese artículo quedarán plazas convocadas, las mismas serían cubiertas con personal en situación de excedencia voluntaria. Durante ese dilatado periodo de tiempo la empresa no ha procedido a amortizar, ni a cubrir, ni a sacar a concurso público la plaza que venía ocupando el actor.

En 2017 la empresa suscribió dos contratos temporales (uno eventual y otro de interino) con dos trabajadores para desarrollar funciones de la Ocupación Tipo "Técnica Equipos Instalaciones y Sistemas Eléctricos", equivalente a la antigua categoría del I Convenio Colectivo "Técnico Superior Electricidad". Y en el año 2018 CRTVE suscribió dos contratos temporales (uno en prácticas y otro de interino) con dos trabajadores para desarrollar funciones de la Ocupación Tipo "Técnica Equipos Instalaciones y Sistemas Eléctricos".

A la vista de tales datos forzoso es concluir que el actor tiene derecho al reintegro en la empresa ya que, de no reconocérselo estaríamos dejando el cumplimiento del convenio al arbitrio de la empresa, lo que contravendría, por una parte, el art. 82.3 del ET y, por otra, el art. 1256 CC.

IX. Comentario

La sentencia que nos ocupa aplica la misma doctrina que la STS 20 enero de 2021, rcd 2542/2018, respecto de una situación análoga, suscitada también en el seno de la CRTVE.

Se trata en ambos casos del análisis del alcance del derecho al reintegro de trabajadores en situación de excedencia voluntaria. En este sentido, el art.46.5 ET dispone que "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.”

La cuestión que se plantea es qué se entiende por vacantes cuando, como es el caso, la empresa dispone de un Convenio Colectivo, que disciplina la cobertura de vacantes estableciendo como medios para ello:

- 1.-Traslados.
- 2.-Promoción/ cambio de categoría/ingreso restringido.
- 3.-Ingreso.
- 4.-Contratación directa.

En este caso, la preferencia de reingreso del excedente queda condicionada a que la vacante no se haya intentado cubrir mediante los procesos, previstos en el convenio para su cobertura; sin embargo, la empresa no ha procedido a intentar ninguno de esos medios de cobertura en un período muy prolongado de tiempo y, a la vez, deniega el reingreso del excedente voluntario, precisamente, porque no se ha procedido a la cobertura de vacantes de conformidad con lo que establece el Convenio Colectivo de aplicación.

A todo ello, hay que añadir que la empresa ha contratado a trabajadores temporales para cubrir puestos de trabajo de la categoría del trabajador excedente.

Siendo esta la situación, la Sala IV concluye -de forma reiterada- que el cumplimiento de los convenios colectivos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, (art.1256 CC), en este caso la empresa, que no puede, por un lado, incumplir con la obligación convencional de hacer, consistente en intentar la cobertura de vacantes conforme al Convenio Colectivo; y, por otro lado, precisamente por esa misma causa, denegar al excedente voluntario su derecho al reingreso. El art.12.3 Convenio colectivo impone las convocatorias anuales para coberturas de vacantes por personal fijo, por lo que la falta de dichas convocatorias, sólo imputable a la empresa, no puede erigirse en óbice para el reingreso del trabajador excedente.

Por tanto, no convocada la cobertura de vacantes conforme al convenio, no se puede alegar válidamente por la empresa la inexistencia de vacantes aptas para el reingreso del trabajador excedente. Menos aún cuando la empresa ni alega ni prueba circunstancias excepcionales que justifiquen la falta de cobertura de vacantes por la vía convencional.

En este sentido, el poder organizativo de la empresa, limitado por la autonomía colectiva, no puede aducirse, por sí solo, como impedimento para el cumplimiento de una obligación de hacer impuesta por el Convenio colectivo aplicable, consistente en cubrir las vacantes por determinados medios y con una periodicidad cierta.

Del mismo modo, ese poder organizativo no puede servir, en estas circunstancias, para que la expectativa de reingreso del trabajador excedente voluntario, no se convierta en un derecho efectivo al reingreso llegado el caso.

X. Apunte final

Desde el prisma constitucional, la presente sentencia refleja la colisión entre dos derechos fundamentales, a saber el poder auto organizativo de la empresa, como manifestación de la libertad de empresa (art.38 CE), y la autonomía colectiva (art.37 CE), como contenido de la libertad sindical (art.28 CE). De esta forma, por medio de la autonomía colectiva queda fuertemente limitado dicho poder organizativo, imponiendo una prelación en la forma de cobertura de las vacantes en la empresa y una periodicidad en la obligación de intentar dicha cobertura por los medios que contempla el convenio, facultades éstas claramente ínsitas en la potestad organizativa de la empresa.

Así, la potestad de la empresa no puede ser aducido como excusa para el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, puesto que la eficacia normativa de los convenios colectivos estatutarios, contemplada en el art.37.1 CE y en el art.82.3 ET, es un límite constitucionalmente previsto para dicha potestad empresarial.

§ 87 La posición de los trabajadores en la impugnación de una transacción aprobada en ejecución de sentencia colectiva: ¿posibles perjudicados o partes? La interpretación del plazo de caducidad del artículo 67.2 de la LRJS.

Juan Martínez Moya

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

Resumen: Los trabajadores que impugnan una transacción judicial en ejecución de sentencia colectiva no pueden ser considerados parte sino afectados o perjudicados. El procedimiento de impugnación viene establecido en el artículo 67 de la LRJS por remisión del apartado 5 del artículo 246.5 de la citada Ley. El plazo de caducidad plazo se contará desde que pudieran haber conocido el acuerdo de transacción.

Palabras clave: Transacción. Sentencia. Caducidad.

Abstract: Dans les cas où les travailleurs qui contestent une transaction judiciaire en exécution d'un jugement collectif ne peuvent pas être considérés comme partie mais plutôt affectés ou lésés. La procédure de contestation est établie à l'article 67 de la LRJS par référence au paragraphe 5 de l'article 246.5 de la loi précitée. Le délai d'expiration sera compté à partir du moment où ils auraient pu connaître l'accord de transaction.

Keywords: Transaction. Arrêt. Expiration.

I. Introducción

¿Pueden impugnar los trabajadores individualmente considerados un auto homologando un acuerdo transaccional en ejecución de sentencia de un proceso de conflicto colectivo? A los efectos de su legitimación activa ex artículo 67.2 de la LRJS por remisión del artículo 246.5 LRJS, cómo han de ser considerados ¿Son parte o posibles perjudicados? ¿Cómo se computa el plazo de caducidad en estos casos? A estas y otras preguntas da respuesta la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 7 de septiembre de 2022 que seguidamente se analiza.

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. 707/2022, 7 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 5/2021.

ECLI:ES:TS:2022:3354.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

-Partes y objeto: cinco trabajadores - ya jubilados- presentan demanda ante la Sala Social de la Audiencia Nacional impugnando un Auto de dicho Tribunal homologando la transacción en ejecución de una sentencia de conflicto colectivo previa. Formulan esta demanda contra diversas empresas de un grupo empresarial, la comisión de control del plan de pensión y dos secciones sindicales. El Ministerio Fiscal intervino en el proceso.

-La pretensión de fondo, es sencilla pues se trata de una reclamación de diferencias derivadas de la aplicación de un Plan de Pensiones de un grupo de empresas en el que habían prestado servicios.

- El entramado procesal de antecedentes de la demanda de impugnación de la transacción judicial. Sin embargo, tanto el origen de la transacción judicial en ejecución impugnada como las vicisitudes de reclamaciones anteriores de dichos trabajadores hasta llegar a la demanda de impugnación de la transacción judicial en ejecución es complejo.

+Antecedentes remotos de la demanda:

- Lo acontecido entre 2008 a 2010.- El sindicato CCOO promovió en 2008 demanda de conflicto colectivo interesando la aplicabilidad de un reglamento regulador de un plan de pensiones. Inicialmente, la demanda fue desestimada por *sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 2009*. Recurrida en casación, el TS (Social) en sentencia de *26 de enero de 2010* estima el recurso y declara la plena aplicabilidad a los trabajadores afectados del citado Reglamento con sus consecuencias económicas.

- Lo acontecido entre 2014 y 2015.- El 6 de noviembre de 2014 se suscribió por las entidades demandadas de un lado; y, de otro, por UGT y CCOO Acuerdo Transaccional para dar cumplimiento a la referida sentencia. Tal acuerdo fue homologado por *Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 27 de julio de 2015*.

+ Antecedentes inmediatos a la demanda:

-Entre 2004 y 2017: los trabajadores demandantes pasan a la situación de jubilación.

-En 2018, uno de los cinco demandantes había reclamado en proceso anterior y ante los Juzgados de Zaragoza análoga reclamación de diferencias diamantes del Plan de pensiones. Tanto el Juzgado de lo social, como después la Sala de lo Social del TSJ de Aragón dictaron sendas sentencias desestimando la pretensión con fundamento en el acuerdo transaccional mencionado.

-En 2018 uno de los demandantes recibe copia del auto transaccional en ejecución de sentencia.

De los cinco demandantes, cuatro están afiliados al sindicato CCOO y otro a UGT, sindicatos que fueron parte en el citado acuerdo transaccional.

+ Resultado judicial de la demanda de impugnación planteada:

-Demanda y primera sentencia (anulada): El 2 de octubre de 2018 la sentencia de la Sala de lo Social de la AN declara la excepción de inadecuación de procedimiento para reclamar las diferencias en favor de dichos trabajadores en aplicación del mencionado plan de pensión.

- Recurrída en casación por los cinco demandantes, la sentencia del TS (Social) 265/2020, de 5 de mayo estima el recurso al considerar adecuado procedimiento del artículo 67 en relación con el 246.5 de la LRJS para impugnar el convenio transaccional homologado por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Se declara la nulidad de actuaciones devolviendo los autos a la Sala de procedencia para que resolviera todas las cuestiones planteadas por las partes.

- Segunda sentencia (tras la nulidad de la primera): la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 8 de septiembre de 2020, estimó la excepciones de falta de legitimación Activa y de caducidad y desestimó íntegramente la demanda de impugnación formulada por los cinco trabajadores.

+ Recurso de casación contra la sentencia de la AN (Social) de 8 de septiembre de 2020:

Los cinco demandantes recurren en casación dicha sentencia, sosteniendo, en esencia, por una parte, que tiene legitimación activa para recurrir dicho acuerdo transaccional en ejecución de sentencia, que consideran nulo; y por otro lado, que la acción no estaba caducada. Añaden después en otros motivos alegatos sobre la prohibición de renuncia de derechos reconocidos por ley.

IV. Posición de las partes

**En instancia:*

- *La parte demandante: los cinco trabajadores* solicitaban se dictase sentencia interesando la nulidad del acuerdo transaccional homologado en ejecución de sentencia, declarando que no les vincula,

- La parte demandada: tanto empresas como sindicatos que alcanzaron la transacción judicial se oponen alegando falta de legitimación activa de los demandantes y caducidad de las acciones.

**En casación:*

-*La parte recurrente: los trabajadores demandantes.* Combaten las excepciones de caducidad y de falta de legitimación activa acogidas en la sentencia de instancia.

-*La parte recurrida: Presentaron escrito de impugnación* las representaciones letradas de Comisión de Control de Plantes de Pensiones del Grupo demandado; la empresa y la Sección Sindical de CCOO del Grupo demandado, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

-*La posición del Ministerio Fiscal* es coincidente con la posición de las partes recurridas al interesar la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

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

- Artículo 246. Transacción en la ejecución.

[...]

5. La impugnación del auto por el que se apruebe la transacción en la ejecución, se efectuará ante el órgano jurisdiccional que hubiera homologado la misma y se registrá por lo dispuesto para la impugnación de la conciliación judicial.

- Artículo 67. Impugnación del acuerdo de conciliación o de mediación.

1. El acuerdo de conciliación o de mediación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas

que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad.

2. La acción caducará a los treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido.

VI. Doctrina básica

1. Sobre el régimen legal de impugnación de la transacción judicial en ejecución: la remisión que hace el artículo 246.5 LRJS acerca del régimen de la impugnación del auto por el que se aprueba la transacción en la ejecución se entiende hecha al art. 67 LRJS regulador de la impugnación del acuerdo de conciliación o mediación y dicha impugnación se efectuará ante el órgano jurisdiccional que hubiera homologado la misma.

2. Sobre la legitimación y plazo para impugnar la transacción judicial en ejecución:

- El acuerdo podrá ser impugnado por las partes, mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, en el plazo de caducidad de los treinta días hábiles siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. En cambio, si quienes impugna son los posibles perjudicados, este plazo se contará desde que lo pudieran haber conocido.
- Solo se consideran partes a los efectos del régimen de impugnación del artículo 67 LRJS quienes suscribieron el acuerdo transaccional y no a los posibles afectados o perjudicados por tal acuerdo, a quienes dedica dicho precepto un tratamiento distinto. De ahí que en la transacción judicial en ejecución de sentencia recaída en un proceso de conflicto colectivo planteado por dos sindicatos contra un grupo de empresas y la comisión de control del plan de pensiones sobre la aplicabilidad de un reglamento regulador de un plan de pensiones, los trabajadores que impugnan dicha transacción judicial no pueden ser considerados parte sino afectados o perjudicados.

3. Carga de la prueba del cómputo del plazo de caducidad:

- Si quienes impugnan son "quienes pudieran sufrir perjuicio", "el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido". Con esta expresión, el artículo 67.2 de la LRJS no se refiere a un conocimiento cabal y exacto, sino que presupone la dificultad para probar que los perjudicados pudieron haber conocido el contenido del acuerdo determina que los que afirmen lo contrario, en este caso los demandados, habrán de probar que efectivamente los posibles perjudicados pudieron haber tenido conocimiento del acuerdo transaccional en un momento anterior al que los mismos sostienen.
- En todo caso, el Tribunal puede inferir, de los hechos declarados probados, datos indiciarios que lleven a la convicción de que los trabajadores demandantes conocían el acuerdo transaccional en ejecución. Estos datos pueden venir conformados, entre otros elementos de convicción, por la existencia de procesos anteriores con idéntico objeto y con fundamento en dicho acuerdo transaccional; la afiliación de los trabajadores impugnantes a sindicatos que fueron parte en el acuerdo transaccional impugnado; están haber formulado una reclamación en proceso anterior o que en las liquidaciones derivadas de la liquidación se hubieran realizado con referencia al acuerdo transaccional.

VII. Parte dispositiva

Principal: se desestima el recurso de casación interpuesto por los cinco trabajadores demandantes y se confirma y declara la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 8 de septiembre de 2020, recaída en su procedimiento de Impugnación "Conciliación Judicial", al ratificar la caducidad de la acción de impugnación del acuerdo transaccional formulada por aquellos.

Accesorio: no se efectúa declaración alguna sobre imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento jurídico Tercero.

2.- [...] Al efecto, tal como dispone el artículo 246.5 LRJS, la impugnación del auto por el que se apruebe la transacción en la ejecución, se efectuará ante el órgano jurisdiccional que hubiera homologado la misma y se regirá por lo dispuesto para la impugnación de la conciliación judicial. Remisión que debe entenderse efectuada al art. 67 LRJS y que permite que el acuerdo pueda ser impugnado por las partes, mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad, en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo (si bien para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido).

Si los actores fueran considerados "partes" su acción habría caducado por el transcurso de los treinta días hábiles desde que se adoptó el acuerdo; por lo que no habría duda alguna de que su acción estaría sobradamente caducada. Al respecto, la consideración de los actores como "parte" del proceso se defiende con ahínco por los recurrentes en el motivo cuarto de su recurso en el que se denuncia que el acuerdo habría que considerarlo nulo ya que no fue suscrito por todas las partes, puesto que los trabajadores afectados no lo firmaron. Resulta evidente que tal razonamiento no debe admitirse y que el precepto en cuestión (artículo 67 LRJS) se refiere a las partes que suscribieron el acuerdo transaccional y no a los posibles afectados o perjudicados por tal acuerdo a quienes dedica un tratamiento distinto. Y, aunque la sentencia recurrida niega tal condición a los actores por cuanto que les niega legitimación activa para la impugnación del acuerdo, a los meros efectos dialécticos entiende que, también, por esta vía concurriría la caducidad de la acción. Conclusión que la Sala comparte plenamente.

En efecto, por un lado, el artículo 67.1 LRJS otorga legitimación para la impugnación del acuerdo transaccional de conciliación a "quienes pudieran sufrir perjuicio"; y, por otro, el apartado 2 del citado precepto dispone que para los posibles perjudicados "el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido". Resulta destacable que el precepto no se refiera a un conocimiento cabal y exacto, sino que disponga expresamente como *des a quo* para el inicio del plazo cuando los posibles perjudicados "lo pudieran haber conocido". Ello implica, a juicio de la Sala, que la dificultad para probar que los perjudicados pudieron haber conocido el contenido del acuerdo determina que los que afirmen lo contrario, en este caso los demandados, habrán de probar que efectivamente los posibles perjudicados pudieron haber tenido conocimiento del acuerdo transaccional en un momento anterior al que los mismos sostienen.

3.- Al respecto, la Sala considera, al igual que la sentencia recurrida, que ha quedado acreditado que los actores pudieron haber tenido conocimiento del acuerdo en fecha muy anterior a la que sostienen en su demanda. Tal convicción, a la que llegó la Sala de instancia en la valoración de la prueba practicada, se fundamenta, además, a nuestro juicio, en las siguientes razones:

a) Respecto del trabajador Sr. Agustín, en el que concurre también el efecto de cosa juzgada respecto de su concreta reclamación, impugnó la liquidación de sus

derechos con motivo de su jubilación, derivados del plan de pensiones mediante la oportuna demanda que fue desestimada por *sentencia del Juzgado de lo Social nº. 1 de Zaragoza de 19 de enero de 2018* que fundamenta su decisión en la aplicación del acuerdo transaccional ahora impugnado, cuyo contenido detalló. Por tanto, desde esa fecha, resulta indudable que el conocimiento del pacto transaccional era perfectamente conocido por el mencionado trabajador y, probablemente, también por el resto de demandantes.

b) Los cinco actores estaban afiliados a los sindicatos firmantes del acuerdo transaccional en el momento de la suscripción del mismo.

c) Siendo la fecha de suscripción del Acuerdo el 6 de noviembre de 2014, resulta que, como ya se indicó, los actores, salvo el Sr. Agustín que lo hizo unos días antes y cuya acción caducada resulta indiscutible, se jubilaron en fechas posteriores al acuerdo y en el momento de liquidarles sus derechos derivados del plan de pensiones, tal liquidación se llevó a cabo, expresamente, de conformidad con lo previsto en el reiterado acuerdo transaccional; y, siendo lo percibido, según afirman en sus demandas, sensiblemente inferior a lo que esperaban recibir, no efectuaron alegación alguna que expresase su disconformidad.

d) La solicitud por parte de uno de los actores, el Sr. Adrian, que fue miembro de la Comisión de control del plan de pensiones del grupo Viesgo durante muchos años, interesando la remisión por CCOO de copia del acuerdo y del auto de homologación del mismo, que fue remitido en 13 de junio de 2018, constituye a juicio de la Sala, un burdo intento de preconstituir una fecha de conocimiento del acuerdo que se impugna muy posterior a la realidad para poder eludir la caducidad de la acción."

IX. Comentario

1. La LRJS recoge la *regulación detallada los procedimientos de homologación de la transacción judicial* en todos los momentos procesales. Su régimen es especial frente al previsto en la LE Civil. Se pueden distinguir varios momentos procesales en los que puede producirse la conciliación o en su caso transacción judicial: antes del juicio, durante el juicio, durante la tramitación de recurso y en ejecución. La intervención del letrado de la Administración de Justicia o del juez o tribunal difiere, en unos casos está reservada al LAJ, puede estar compartida dicha competencia o corresponde sólo al juez o tribunal.

2. La sentencia objeto de este comentario centra con claridad el *régimen legal de impugnación de la transacción judicial en ejecución del artículo 246.5 LRJS* en un complejo y largo periplo de vicisitudes procesales, de las que hemos dado cuenta supra en los antecedentes procesales. Enfoca directamente su análisis en dos aspectos entreverados: la legitimación y las reglas de cómputo del plazo de caducidad para para impugnar la transacción judicial en ejecución.

3. Por una parte, *la remisión que hace el artículo 246.5 LRJS* acerca del régimen de la impugnación del auto por el que se aprueba la transacción en la ejecución *se entiende hecha al art. 67 LRJS regulador de la impugnación del acuerdo de conciliación o mediación*^[1]. Dicha impugnación se efectuará ante el órgano jurisdiccional que hubiera homologado la misma.

El artículo 67 LRJS establece una norma especial para la caducidad de esta acción de nulidad, distinguiendo entre las partes -treinta días a contar desde aquél en que se adoptó el acuerdo – y los posibles perjudicados -desde que tuvieron conocimiento del acuerdo.

La sentencia casacional confirma el parecer de la sentencia de instancia que declaró caducada la acción de los cinco demandantes. Recordemos que la impugnación tenía por objeto la transacción judicial en ejecución de sentencia recaída en un proceso de conflicto colectivo planteado por dos sindicatos contra un grupo de empresas y la comisión de control del plan de pensiones, y hacía referencia a la aplicabilidad de un reglamento regulador de un plan de pensiones.

4. Sin embargo, especial interés tiene el que la sentencia examinada aborde el espinoso tema de la "legitimación activa" (porque lo utiliza y aplica la sentencia recurrida para negarla a los demandantes) entreverándolo con el concepto de "parte", de los trabajadores demandantes. Y lo hace con argumentación dialéctica directa y sin ambages, cuando afirma "si los actores fueran considerados "partes" su acción habría caducado por el transcurso de los treinta días hábiles desde que se adoptó el acuerdo; [...]. Al respecto, la consideración de los actores como "parte" del proceso se defiende con ahínco por los recurrentes en el motivo cuarto de su recurso en el que se denuncia que el acuerdo habría que considerarlo nulo ya que no fue suscrito por todas las partes, puesto que los trabajadores afectados no lo firmaron". Como se puede comprobar, la sentencia despeja que una cosa es ser "parte" en el acuerdo transaccional, y otra bien distinta la legitimación que los trabajadores demandantes ostentan en todo caso como "posibles perjudicados" para impugnar la transacción. El concepto de parte que se maneja en el artículo 67.2 de la LRJS es distinto al estrictamente procesal, esto es, el que entiende por parte a la persona o personas que interponen una pretensión ante un órgano jurisdiccional y la persona o persona frente a las que se interpone^[2], o en palabras del TS, "son partes propiamente dichas las personas físicas o jurídicas o entidades asimiladas legalmente a efectos procedimentales a la que afecta directa e inmediatamente la parte dispositiva de una sentencia, y son simplemente interesadas aquellas personas que pueden tener interés respecto al sentido que se dé a una controversia aunque queden inmediatamente afectados por ella."^[3]

5. No cabe ninguna duda que *los plazos aplicables* son los marcados en el artículo 67 de la LRJS. El acuerdo transaccional se llevó a cabo con vinculación a un proceso judicial. Ahora bien, la jurisprudencia más antigua – con legislación anterior- venía sosteniendo que los plazos de treinta días hábiles se refieren a los pactos o acuerdos individuales, no a los de alcance colectivo, siendo posible impugnar una transacción colectiva mientras el acuerdo esté vigente y despliegue sus efectos^[4], puesto que "[N]o cabe duda que si el referido Acuerdo se hubiese llevado a cabo "extra processum", es decir sin conexión alguna con un proceso judicial, la impugnación del mismo se podría efectuar sin sujeción a ningún plazo de caducidad"^[5]. Además, como también precisa la jurisprudencia, tampoco resultan de aplicación cuando no se discute la avenencia sino que se reclama el exceso de lo abonado al trabajador, tratándose en este caso de una reclamación de cantidad que se sujeta al plazo general de prescripción de un año.^[6]

6. De manera clara, tajante y rotunda el TS encara el tema de la carga de la prueba del *cómputo del plazo de caducidad*:

Por una parte, con claridad interpreta la norma relativa a que si quienes impugnan son "quienes pudieran sufrir perjuicio", "el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido". Con esta expresión, el artículo 67.2 de la LRJS no se refiere a un conocimiento cabal y exacto, sino que presupone la dificultad para probar que los perjudicados pudieron haber conocido el contenido del acuerdo determina que los que afirmen lo contrario, en este caso los demandados, habrán de probar que efectivamente los posibles perjudicados pudieron haber tenido conocimiento del acuerdo transaccional en un momento anterior al que los mismos sostienen.

Por otra parte, con rotundidad y de manera tajante, el Tribunal se adentra en identificar con conexión a los hechos declarados probados, datos indiciarios que llevan a la convicción de que los actores (los afectados o posibles perjudicados por el acuerdo transaccional en ejecución) conocían el acuerdo transaccional en ejecución. Entre estos datos que actúan como elementos de convicción se encuentra, por ejemplo, en la existencia de procesos anteriores con idéntico objeto y con fundamento en dicho acuerdo transaccional – lo que sugiere la interesante cuestión sobre si la cosa juzgada opera en su examen que la caducidad-; o en la afiliación sindical de los trabajadores impugnantes, sindicatos que fueron parte en el acuerdo transaccional.

X. Apunte final

El interés que despierta esta sentencia se mueve en varios planos:

-En la manera de *identificar conceptualmente quienes son “parte” y quienes son “posibles perjudicados”* a los efectos de la impugnación de acuerdo transaccional homologado judicialmente en ejecución de sentencia recaída en conflicto colectivo.

-También en el modo de encarar el *cómputo del plazo de caducidad* de los treinta días hábiles, tanto con relación a quien incumbe la carga de la prueba - a quien alega la caducidad-, a lo que debe ser objeto y punto de arranque del dies a quo – no es un conocimiento cabal y exacto -, y aunque lógicamente se descarta la apreciación de oficio^[7], esa mayor laxitud no limita que el Tribunal haga acopio de elementos de convicción argumentativa con sujeción a los hechos probados.

- Pero adviértase que estamos ante una transacción judicial *en ejecución de una sentencia colectiva*. En estos casos no son parte los trabajadores individualmente considerados. El buen tino y enfoque jurídicos del razonamiento de la sentencia comentada está precisamente en la prevalencia de atender al análisis de la caducidad por encima de otros conceptos y presupuestos procesales que convergen en el proceso (en particular la legitimación activa y la cosa juzgada con relación a uno de los demandantes). Si hay un panorama fáctico demostrativo de un conocimiento de aquel acuerdo transaccional en ejecución de una sentencia colectiva en tiempo pretérito, no hay indefensión ni espacios generadores de desprotección de los derechos de quienes no podían ser parte en dicho acuerdo. La caducidad en este caso se explica por sí sola en la necesidad de no mantener indefinidas las situaciones jurídicas.

Referencias:

1. ^ RÍOS SALMERON, B. y MARTÍNEZ MOYA, J. *Comentarios a la Ley Regulatoras de la Jurisdicción Social*. Thomson Reuter Aranzadi. A.V. Sempere – Coordinador- Tercera edición, 2013, pág. 1451 y ss.
2. ^ MONTERO AROCA, J. *Introducción al proceso laboral*, 5ª edición, 2000, pág. 86 Marcial Pons
3. ^ STS (Social) de 15-11-2001, rec. 1190/2001 -Ponente Bris Montes-
4. ^ STS (Social) de 15-7-1997 rec 1283/1996 – Ponente Gil Suárez. Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F. *Comentarios a la Ley Regulatoras de la Jurisdicción Social*. Thomson Reuter Aranzadi. A.V. Sempere – Coordinador- Tercera edición, 2013, pág. 405.
5. ^ *Ibidem*.
6. ^ STS (Social) de 25-4-2005, rec. 1214/2004.
7. ^ BEJARANO HERNÁNDEZ. A. *La caducidad en el Derecho Laboral*. Aranzadi, 1995, págs.

§ 88 **Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género.**

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 aplica la perspectiva de género para considerar enfermedad profesional un cuadro clínico que, aunque sí se encuentra recogido en el Real Decreto que enumera las enfermedades profesionales, no se reconoce para la concreta actividad profesional que desarrolla la trabajadora que lo padece.*

Palabras clave: *Incapacidad Temporal. Enfermedad profesional. Perspectiva de género.*

Abstract: *The gender perspective is applied to consider an occupational disease a clinical picture that, although it is included in the Royal Decree that lists occupational diseases, is not recognized for the specific professional activity carried out by the worker who suffers from it.*

Keywords: *Temporary disability. Professional illness. Gender perspective.*

I. Introducción

La cuestión que resuelve el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se circunscribe a determinar si las dolencias que padece la trabajadora, determinantes de su proceso de incapacidad temporal, deben considerarse derivadas de enfermedad profesional, como pretende la actora, o si, por el contrario, deben entenderse originadas por una enfermedad común, como sostiene el INSS en la resolución del expediente de determinación de la contingencia y han reafirmado tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia.

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. 747/2022, de 20 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 3353/2019.

ECLI:ES:TS:2022:3378

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los hechos acaecidos son sencillos de determinar. Una trabajadora con la categoría profesional de limpiadora inicia un proceso de incapacidad temporal por *“dolor en el hombro izquierdo”*. Tras el correspondiente incidente de valoración de la contingencia intimado por la propia trabajadora con el propósito de que su patología fuese considerada como derivada de contingencias profesionales, el INSS resuelve que la dolencia era derivada de enfermedad común, en base al cuadro clínico que concreta que la trabajadora presenta una *“rotura del manguito rotador de hombro izquierdo”*.

La trabajadora intimó un infructuoso procedimiento judicial con el objeto de modificar la consideración jurídica de la contingencia. El Juzgado de lo Social competente no accedió a su pretensión, y el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso de suplicación impetrado frente a la resolución del juez de instancia.

La resolución del TSJ entiende que aunque la lesión que padece la trabajadora efectivamente coincide con una enfermedad descrita en el listado de enfermedades profesionales, no aprecia que en la profesión considerada (limpiadora) concurren las exigencias requeridas de levantar y utilizar continuamente el brazo en abducción o flexión en las funciones de carga y elaboración manual, que son las determinantes de la consideración como enfermedad profesional. Es decir, aprecia que sí se mencionan las lesiones que padece la trabajadora pero no se señala la actividad profesional de limpiadora que desarrolla.

Recaba para fundamentar su criterio, tal y como también lo hizo el juez de instancia, la Guía de Valoración Profesional del INSS, precisando que con el código 2F0201 se relaciona la enfermedad que padece la trabajadora. Pero dicha guía referencia esa dolencia en la muñeca, apreciando que el trabajo que desarrolla la limpiadora no se asocia a acciones de levantar y alcanzar ni supone el uso continuado de los brazos con movimientos repetitivos tanto en abducción como en flexión, como se exige de forma alternativa en el baremo de enfermedades y en la Guía.

Aprecia, en definitiva, que el trabajo que desarrolla la trabajadora no puede incluirse en el listado de actividades profesionales determinantes de la enfermedad profesional, *“ya que en el mismo no se necesita trabajar con los brazos por encima de la horizontal en movimientos de abducción o flexión o tensando los tendones y bolsa subacromial, sino que entre su tareas se describen barrer o limpiar con máquina aspiradora, lavar y encerar suelos, muebles y otros enseres; -hacer camas, limpiar cuartos de baño, suministrar toallas y jabón, limpiar cocinas, recoger la basura ..., lo que en su caso podría provocar un STC, como riesgo característico de esta profesión pero no el aquí impetrado, y, en consecuencia, aunque tratamos de una enfermedad descrita entre las listadas, se estima que la recurrida no incurre en la infracción de normas denunciada, puesto que las previsiones reglamentarias expuestas no comprenden el supuesto aquí analizado, y al que, por tanto, no alcanza la presunción legal, de la existencia de enfermedad profesional”*.

Tampoco entiende que la lesión pueda calificarse como una enfermedad del trabajo, pues no aprecia la relación de causalidad que debe mediar entre la lesión y trabajo, ya que, aunque, ciertamente, la causa determinante de la enfermedad puede ser el trabajo, la actora no ha probado que el dolor en el hombro tuviera lugar con ocasión del trabajo, pues no justifica que la dolencia se haya desencadenado o se haya agravado por el desarrollo de la actividad laboral. Además, consta que la trabajadora había sido intervenida con anterioridad de una rotura parcial del tendón supraespinoso de ese mismo hombro, por lo que se entiende que el dolor que padece actualmente no es debido a una lesión, caída, golpe o a cualquiera otra circunstancia traumática acaecida en el trabajo, porque, de un lado, no se puso de manifestado en tiempo y lugar de trabajo mientras desarrollaba sus tareas laborales, y, de otro, la baja laboral se cursó con ocasión de otra intervención quirúrgica, *“lo que equivale a considerar que el trabajo no ha sido la causa de su producción, y, por tanto, el motivo y el recurso han de ser desestimados”*.

IV. Posición de las partes

La trabajadora recurrente sostiene, básicamente, la insuficiencia del baremo que aprueba las enfermedades profesionales aprobado por el 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, porque, si bien es cierto que la profesión de limpiadora no viene expresamente mencionada en el listado del RD1299/2006 para la enfermedad que padece, sí se recoge expresamente, sin embargo, en las Directrices del INSS que se emplean para la decisión clínica que tiene en consideración las patologías para la consideración de las enfermedades profesionales. En este caso la guía relaciona la "patología tendinosa crónica del manguito rotador" con la actividad profesional característica de los "servicios de limpieza".

Estas Directrices se reproducen íntegramente en la Guía de ayuda para la valoración de las enfermedades profesionales, siendo de fácil acceso, pues se publica a partir de 2017, concretándose la dolencia y profesión que analizamos en la página 245 cuando detalla las especificidades del epígrafe 2D01, que es el aplicable a esta problemática.

Se produce así una cierta discordancia entre lo dispuesto en el Real Decreto que regula las enfermedades profesionales, que sí recoge la dolencia que la trabajadora padece aunque no la vincula expresamente con la profesión de limpiadora que desarrolla, y la directriz del INSS que sí menciona la enfermedad y sí la relaciona con el trabajo que ejecuta.

V. Normativa aplicable al caso

- Directiva 79/7 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 1: "*La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".*

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".

- Constitución Española: artículo 14.

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

Artículo 1. Objeto de la Ley.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre 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"*.

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. *"El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades"*.

- LGSS

Artículo 2.1. Principios y fines de la Seguridad Social. *"El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad"*.

Artículo 169. Concepto (de incapacidad temporal). *"1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las 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, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación"*.

Artículo 157 Concepto de enfermedad profesional. *"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"*.

En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad".

- 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.

Artículo 1. Aprobación del cuadro de enfermedades profesionales. *"Se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales que figura como anexo 1 de este real decreto, así como la lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, que figura como anexo 2, y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro"*.

Anexo I, Grupo 2, Agente D, Subagente 01, código 2D0101

Grupo 2: *"Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos"*

Agente D: *"Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas"*.

Subagente 01: *"Hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores"*.

Actividad 01-Código 2D0101: *“Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras”.*

- Guía de ayuda para la valoración de las enfermedades profesionales Vol. II. (5ª ed., [última actualización a fecha de: 18 de octubre de 2021]) (

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/Publicaciones/28156/47075/3615>), pág. 17.

1.5. Actividades de riesgo: *“Todas aquellas actividades en las que se produzca Exposición suficiente y acreditada, las posturas forzadas y movimientos repetitivos y especialmente: 2D0101: Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras”-*

1.6. Otros factores de riesgo: *“Dado el carácter abierto, en lo que a la actividad se refiere, del RD 1299/2006, estarían incluidas en dicho RD todas aquellas actividades profesionales en las que quedara acreditada la exposición suficiente al riesgo y no se documentara ningún factor extralaboral que hubiera actuado con entidad suficiente para constituir la causa principal.*

Está descrito riesgo potencial en actividades tales como: usuario de pantallas de visualización de datos (PVD). Pintores. Servicio de limpieza. Conductores de vehículos. Trabajadores/as de la construcción y servicios. Peonaje. Personal que realiza movimientos repetitivos. Personal manipulador de pesos. Fontanería y calefacción. Carpintero. Electricista. Mecánico. Trabajadore/as que utilizan las manos por encima de la altura del hombro. Archivos y almacenes. Trabajadores/as de la industria textil y confección”.

3. Criterios de la relación laboral

3.1. Riesgo: *“Posturas forzadas y movimientos repetitivos del miembro superior: trabajos que se realicen con los codos en posición elevada, o que tensen los tendones o bolsa, subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en aducción o flexión*

La condición de riesgo viene determinada por los siguientes factores: repetitividad, postura, fuerza, recuperación (descansos), duración, presión, mecánica y características de las herramientas”.

3.2. Nivel de exposición. *“Exigencia ocupacional documentada de movimientos forzados o repetitivos de miembro superior o de periodos prolongados de mantenimiento de brazos elevados. Los límites de exposición no están claramente definidos.*

Orientativamente se puede establecer como niveles de riesgo movimientos de carácter repetitivo, con más de 10 acciones de agarre/minuto, más de 20 movilizaciones/minuto o manipulaciones de peso superior a un Kg y/o mantenimiento de miembro superior por encima de los 50-60° más del 50 % de la jornada. Las posiciones del hombro de abducción por encima de los 30° o de flexión por encima de los 60°, elevan la presión en el supraespinoso por encima de 30 mmHg (límite inferior de seguridad de la circulación”.

VI. Doctrina básica

A pesar de que la profesión de limpiadora no se encuentra incluida expresamente en la enumeración de las actividades profesionales capaces de producir la enfermedad profesional que padece la trabajadora, ya que únicamente se mencionan a los pintores, escayolistas y montadores de estructuras, no debe dejar de considerarse que la lesión padecida (rotura del manguito rotador del hombro izquierdo) pueda conllevar

la calificación de enfermedad profesional. Por dos tipos de razones, unas de tipo técnico de apreciación del baremo de las enfermedades profesionales en el contexto en el que han de ser interpretadas las normas, que se desgana en tres argumentos encadenados (que se analizarán seguidamente) y, sobre todo, y este es el aspecto novedoso, por la apreciación de la cuestión jurídica comprometida desde una perspectiva de género.

En relación con los aspectos técnicos el argumentario de la resolución se apoya, como se comenta, en tres puntales.

En primer lugar, en que las tareas características que se desarrollan en la profesión de limpiadora son esencialmente idénticas a las de los trabajos que sí se mencionan en la norma, pudiendo tener encaje en ella esta profesión, pues el RD emplea el adverbio 'como' en la enumeración de las actividades profesional que hace, sin lugar a duda para subrayar que nos encontramos ante una lista abierta de actividades profesionales.

Es esta, en segundo lugar, la línea que han mantenido algunos precedentes jurisprudenciales del propio TS, dando cobertura como enfermedad profesional a algunas profesiones u oficio que no se mencionaban expresamente en la norma reglamentaria.

Y, en tercer lugar, porque lo trascendente para la catalogación de la enfermedad como profesional es que se efectúen trabajos que se realicen, tal y como específicamente prevé el código 2D0101, con los codos en posición elevada, o que tensen los tendones, deduciéndose esta posición de las actividades características de levantar y alcanzar, y del uso continuado del brazo en abducción o flexión, como acaece en las actividades de limpiadora. Y con respecto a esta cuestión no se alberga duda alguna, pues el trabajo de limpieza ejecuta, aunque ciertamente no durante todo el tiempo, el tipo de actividad física descrita en el código. Se refuerza esta idea utilizando las Directrices para la decisión clínica en Enfermedades Profesionales que se encuentra publicada precisamente para orientar la labor de determinación de la enfermedad profesional.

Pero el aspecto novedoso, el verdaderamente trascendente y relevante, es el empleo que realiza la resolución en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de la perspectiva de género para dar cobertura a la situación analizada.

Es evidente que el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que consolida la Ley Orgánica de igualdad pretende integrarse en el ordenamiento jurídico como parámetro de interpretación de las normas, lo que facilita la incorporación de la perspectiva de género en lo que constituye la actuación hermenéutica de un tribunal de justicia.

Desde su aprobación el propio TS ha tenido ocasión, en numerosas ocasiones, de incorporar dicha perspectiva en su quehacer interpretativo, como bien se encarga de resumir, de manera muy puntillosa, la resolución que se comenta, enumerando los numerosos ejemplos en relación con la contratación y, particularmente, en el ámbito de la Seguridad Social. Aunque nunca hasta ahora se había acudido a esta perspectiva para la apreciación de una enfermedad profesional, ahora se innova en consideración a los tres siguientes argumentos.

En primer lugar, que la profesión de limpiadora está altamente feminizada y que, aunque es cierto que no aparece expresamente contemplada como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, las exigencias físicas que conlleva son idénticas a aquellas otras que desarrollan los trabajos que sí se menciona, característicamente masculinos.

En segundo lugar, que las exigencias operativas de realización de la actividad profesional, tal y como se deduce del convenio colectivo de aplicación en comparación con las directrices técnicas de apreciación de la dolencia que padece, son idénticas,

caracterizadas todas ellas por realizar posturas forzadas, movimientos repetitivos en el trabajo con los codos en posición elevada y tensando los tendones de los brazos.

La ausencia de mención expresa de esta profesión en el baremo supone, en tercer lugar, que no le alcanza a esta profesión altamente feminizada de limpiadora la presunción afirmativa de la enfermedad profesional que sí abarca hacia aquellas otras profesiones masculinizadas que expresamente se mencionan, dándose, por tanto, un factor de discriminación indirecta en la apreciación e interpretación de la norma.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, casando y anulando la resolución del Tribunal Superior de Justicia recurrida y declarando que la incapacidad temporal de la actora, origen de la controversia judicial, deriva de enfermedad profesional.

VIII. Pasajes decisivos

“Primera. La profesión de limpiadora, como es notorio, es una profesión feminizada y no aparece contemplada en el RD 1299/2006 como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, espacialmente movimientos repetitivos”.

“Segunda: En el cuadro de enfermedades profesionales que aparece en el apartado 2, letra D del RD 1299/2006 –‘Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas’- aparecen profesiones masculinizadas como pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles... otras en que la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada como carniceros, pescaderos, pero no aparecen contempladas profesiones muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas”.

“Tercera: Las labores realizadas por las limpiadoras -I Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (BOE 23 de mayo de 2013), artículo 37, grupo profesional IV, nivel funcional I son de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, considerados como de uso doméstico, aunque éstos sean de mayor potencia, de suelos, techos, paredes, mobiliario, etc., de locales, recintos y lugares, así como cristalerías, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, con la aportación de un esfuerzo físico esencialmente- conllevan esencialmente la realización de esfuerzo físico, requiriendo en numerosas ocasiones mantenerlos codos en posición elevada como es la limpieza de techos, paredes... o que tensen los tendones como las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, lo que exige repetición de movimientos y conlleva tensar los tendones. Dichos requerimientos encajan con la descripción contenida en el RD 1299/2006, Grupo 2, Letra D, 01”.

“Cuarta: La no inclusión en el citado RD de la profesión de limpiadora en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectadas por una enfermedad profesional supone una discriminación indirecta. En efecto, mientras que las profesiones contempladas a título ejemplificativo -pintores escayolistas, montadores de estructuras- fuertemente masculinizadas, como se ha expuesto en el ordinal segundo, se benefician de la presunción de que en ellas se realizan posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, se realizan con los codos en posición elevada o que tensan los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, lo que determina que estemos ante una enfermedad profesional, en la profesión de limpiadora, fuertemente feminizada para el diagnóstico de la enfermedad profesional se exige acreditar la realización de dichos movimientos”.

IX. Comentario

En la apreciación de la enfermedad profesional debe tenerse en consideración dos variables. En primer lugar, que la enfermedad padecida se encuentre recogida en el cuadro de enfermedades profesionales normativamente aprobado y, en segundo lugar, que la profesión desarrollada se contemple también en el referido cuadro. No hay duda con respecto a la primera cuestión, pues la trabajadora efectivamente padece unas dolencias que se incluyen en el listado de las enfermedades profesionales. Pero la segunda cuestión es más dudosa, porque no se referencia expresamente la profesión desarrollada como determinante del nacimiento de la enfermedad padecida.

El apoyo en precedentes resoluciones jurisdiccionales, de diversos tribunales, la resolución comentada edifica un panorama muy favorable a la consideración de la enfermedad de la trabajadora como profesional. Porque, la misma Sala IV ya tuvo ocasión de calificar como enfermedad profesional la IT de una limpiadora que presentaba una enfermedad, “síndrome del túnel carpiano” en STS-SOC de 5 de noviembre de 2014 (rec. 1515/2013). No se trataba en ese asunto exactamente, como acontece en el caso resuelto, de una “rotura de manguito rotador de hombro izquierdo”, aunque, desde luego, reúnen dos semejanzas determinantes de la consideración de ambas como actividades profesionales. En primer lugar, la etiológica de la enfermedad y la manifestación de su morbilidad, que es idéntica. Y, en segundo lugar, el agente externo provocador de la misma, es decir, la realización de las actividades profesionales determinantes de las dolencias, que en ambos casos son idénticas.

Junto con este precedente enuncia la resolución otros de etiologías muy similares: STS-SOC 18 de mayo de 2015 (rec. 1643/2014) que considera derivada de enfermedad profesional la incapacidad permanente que se reconoce a una peluquera que presenta un síndrome subacromial derecho; la STS-SOC de 13 de noviembre de 2019 (rec. 3482/2017) que considera enfermedad profesional la epicondilitis que genera un proceso de incapacidad temporal; la STS-SOC de 10 de marzo de 2020 (rec. 3749/2017) que califica como derivada de enfermedad profesional la incapacidad temporal de un estibador portuario que presenta “*tendinitis calcificante*” en un hombro, y, por último, la STS-SOC de 6 de julio de 2022 (rec. 3579/2019) que considera derivada de enfermedad profesional la incapacidad temporal por un síndrome de túnel carpiano.

Como puede apreciarse todas estas manifestaciones mórbidas reúnen junto con la enjuiciada la particularidad de haber sido provocadas por el mismo, o muy similar, agente provocador: el movimiento repetitivo de manos, el mantenimiento de los codos por encima del hombro, y las actividades de extensión repetitiva de los brazos. Conforman, en definitiva, un precedente a tener en consideración para la apreciación del criterio técnico que asume la resolución comentada. Es decir, para entender que ese determinado agente provocador puede, si se dan las mismas circunstancias de operatividad laboral, generar la misma dolencia en profesiones que no están expresamente reconocidas en el baremo

Lo que hace la resolución con la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación de la norma es, básicamente, facilitar la consideración de un trabajo altamente feminizado como similar o idéntico a los sí expresamente mencionados que son definidos con parámetros masculinos. Y aunque carecen de la autoridad de las resoluciones del TS la sentencia enumera varias sentencias de suplicación que tienen el mérito de llegar a la conclusión que ahora se adopta en esta resolución: STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2016 (rec. 1513/2016) que entiende que deriva de enfermedad profesional la IT causada por la tendinitis calcificante de hombro padecida por una limpiadora; STSJ de Catalunya de 29 de noviembre de 2016 (rec. 5498/2016) que aprecia como enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora con síndrome del manguito rotador; la STSJ Galicia de 13 de julio de 2017 (rec. 1127/2017) que es la empleada por la recurrente como de contraste para la admisión del recurso que entiende que deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por tendinitis calcificación de hombro; la STSJ de Galicia de 8 de noviembre

de 2018 (rec. 2099/2018) que aprecia que deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por tendinopatía del supraespinoso; y la STSJ de Catalunya de 2 de junio de 2020 (rec. 6495/2919) que entiende también que deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por síndrome del manguito rotador.

El criterio técnico por el cual se consideraba que una profesión no mencionada debía considerarse enfermedad profesional si generaba las mismas dolencias por la realización de idéntico trabajo, ya estaba consolidado. Faltaba dar el último paso, el que considera que existe una discriminación indirecta en el baremo por no mencionar actividades profesionales altamente feminizadas, concluyendo que *“la no inclusión en el citado RD de la profesión de limpiador, en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectados por una enfermedad profesional, supone una discriminación indirecta”*.

X. Apunte final

Del mismo modo que *“el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres”* es considerado transversal, informando, por tanto, la actuación de todos los poderes públicos y la interpretación del resto de normas del sistema jurídico (arts. 4 y 15 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) ahora, tras la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, es *“el principio de igualdad de trato y no discriminación”* el que puede jugar un papel más avanzado en la lucha contra la desigualdad y contra la discriminación.

El principio, recogido en el art. 4.3 dispone expresamente que *“El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*. Y el art 3 entiende que los objetivos de la norma se aplicarán, además de a otros muchos ámbitos (incluido naturalmente el empleo) a *“j) La protección social, las prestaciones y los servicios sociales”*.

Con esta norma en la mano, el argumentario basado en la discriminación indirecta que emplea la resolución hubiese tenido más apoyatura normativa, pues los razonamientos sobre la discriminación del baremo al no contemplar una profesión altamente feminizada hubieran sido más potentes. Porque ya no se trataría solamente de afirmar el principio de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en el empleo o en las condiciones de trabajo, o en la apreciación de las circunstancias de Seguridad Social. Ahora se trataría de algo más, de evitar discriminación por el sexo de la persona trabajadora que desarrolla la actividad, circunstancia que acaece estadísticamente, sin mucha necesidad de argumentación, en los trabajos de limpieza.

§ 89 **El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de contact center: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas?**

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. 44/2022 examina la legalidad de varias cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia de una empresa de contact center. El examen está condicionado, en parte, por el hecho de tratarse de un acuerdo de adhesión, y también por el hecho de que el Convenio Colectivo estatal de contact center no regula el trabajo a distancia. El acuerdo en cuestión es de adhesión porque su contenido ha sido fijado unilateralmente por el empresario y se han adherido al mismo 1.029 trabajadores (parte de la plantilla). La Sala estima parcialmente las demandas acumuladas de conflicto colectivo, declarando la nulidad de algunas (no todas) cláusulas impugnadas. Concretamente, la Sala considera no ajustadas a Derecho (en todo o en parte) las cláusulas sobre compensación de gastos por teletrabajar (Cláusula 2), exigencia de que el teletrabajador facilite a la empresa su número de móvil y correo electrónico personales (Cláusula 3.4), limitación del derecho a la desconexión digital (Cláusula 3.6), entrada del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales en el domicilio del teletrabajador (Cláusula 5.5), ejercicio de la reversibilidad por el teletrabajador (Cláusula 6.1), y renuncia del teletrabajador a cualquier reclamación caso de revocarse la autorización de trabajo a distancia (Cláusula 6.3).

Palabras clave: Acuerdo de trabajo a distancia. Acuerdo de adhesión. Teletrabajo. Nulidad parcial. Contact center.

Abstract: Dans un arrêt du 22 mars 2022, la chambre sociale de l'Audience Nationale a déclaré nulles et sans effet plusieurs clauses d'un accord de travail à distance (télétravail) qui sont abusives et contraires à la Loi espagnole sur le travail à distance (Loi 10/2021, du 9 juillet 2021) et à la Loi espagnole relative à la Protection des Données à Caractère Personnel et la garantie des droits numériques (Loi Organique 3/2018, du 5 décembre 2018). Cet accord de travail à distance (télétravail) a la particularité d'être un accord d'adhésion. D'ailleurs, la convention collective nationale dans le secteur des centres de contact et d'appel, qui est applicable dans l'entreprise, ne régit pas le travail à distance. La nullité n'affecte que plusieurs clauses de l'accord, de sorte qu'elle n'emporte nullité de l'acte tout entier.

Keywords: L'accord de travail à distance (teletrabajo). Le contrôle des clauses abusives dans l'accord d'adhésion. Nullité totale. Nullité partielle. Centres de contact et d'appel.

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. 44/2022, de 22 de marzo, que resuelve las demandas acumuladas de conflicto colectivo presentadas por los sindicatos CC.OO., CGT, UGT, USO y CIG, y en las que se insta la nulidad de varias cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia (teletrabajo) ofertado por una empresa de contact center, al que se adhieren 1.029 teletrabajadores de la plantilla.

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. 44/2022, de 22 de marzo.

Tipo y número de procedimiento: demandas acumuladas de conflicto colectivos núm. 33/2022 (CC.OO.), núm. 35/2022 (CGT), núms. 47/2022 y 48/2022 (UGT), núm. 50/2022 (USO) y núm. 74/2022 (CIG).

ECLI:ES:AN:2022:1132

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Anunciación Núñez Ramos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si es ajustado a Derecho el acuerdo tipo de trabajo a distancia ofertado por una empresa de contact center, y que han suscrito 1.029 teletrabajadores de la plantilla. Se trata de dilucidar si determinadas cláusulas del acuerdo adolecen de nulidad por resultar contrarias a la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD) o por establecer condiciones menos favorables o contrarias a las previstas legal o convencionalmente. Nótese que el Convenio Colectivo estatal de contact center, que resulta de aplicación en la empresa, no contiene previsión alguna sobre trabajo a distancia (teletrabajo).

Concretamente, las cláusulas cuya nulidad se invoca, íntegramente para algunas y en parte para otras, son las siguientes:

Cláusula 1.1 (inventario de medios, equipos y herramientas de trabajo). *La empresa pone a disposición del trabajador medios, equipos y herramientas especificados en el Anexo I entre los cuales se podrán encontrar:...*

Cláusula 1.2 (vida útil de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo). *Estos medios tienen una vida útil estimada de... años, sin perjuicio de lo establecido en los siguientes apartados de este artículo.*

Cláusula 1.3 (condiciones e instrucciones de uso y conservación de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo). *El Trabajador es responsable del equipo apropiado y el mantenimiento del lugar de trabajo en su domicilio privado (en adelante, Home Office). Asimismo, el Trabajador deberá cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas por la empresa en cada momento en relación con todos los medios, equipos y herramientas detallados en el punto 1.1 de este Acuerdo.*

Cláusula 1.4 (responsabilidad del teletrabajador en el uso adecuado de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo). *La empresa garantizará un acceso a la red interna de la Empresa. Los medios y herramientas puestas a disposición del Trabajador, incluidos los accesorios, siguen siendo propiedad de la*

Empresa y deben manejarse por el Trabajador con cuidado y diligencia debida. El Trabajador es el responsable de los medios y equipos puestos a disposición por parte de la Empresa. La Empresa deberá ser notificada inmediatamente de cualquier defecto o daño en dichos medios puestos a disposición del Trabajador. El coste de reparación correspondiente correrá a cargo de la Empresa, salvo cuando los daños producidos a los medios puestos a disposición deriven de una mala utilización por parte del Trabajador, en cuyo caso se podrá repercutir el coste de reparación o los daños causados al Trabajador. La Empresa también realizará el pedido correspondiente, en caso de ser necesario.

Cláusula 1.6 (no devolución por el teletrabajador de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo al término de su relación laboral). *Igualmente, en el caso de que el Trabajador no devuelva los equipos de la Empresa, se le descontará del finiquito, o en su defecto, se le reclamará judicialmente.*

Cláusula 2 (compensación por gastos). *El trabajador percibirá la compensación de los gastos en los que incurra a causa de Home Office / trabajo en lugares de trabajo fuera de la empresa, según lo previsto en la negociación colectiva sectorial.*

Cláusula 3.3 (conexión digital durante el tiempo de trabajo). *No obstante lo anterior, durante las horas de trabajo en el Home Office y/o en lugares de trabajo fuera de la Empresa, el Trabajador debe asegurarse de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de Empresa.*

Cláusula 3.4 (cuenta de correo electrónico y número de teléfono personales). *El Trabajador facilitará a la Empresa su correo electrónico y número de teléfono personal por si fuera necesaria contactar con él por urgencias del servicio.*

Cláusula 3.6 (desconexión digital fuera del horario de trabajo).

Conforme con lo dispuesto en los artículos 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y 20.bis del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce al Trabajador el derecho a la desconexión digital en los términos previstos en la presente cláusula, con el objetivo de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de los descansos, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar, y promover un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral.

El Trabajador tendrá derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula.

El Trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula.

Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador.

Cláusula 5.4 (cuestionario de autoevaluación de riesgos laborales). *El Trabajador se compromete a trasladarle a la Empresa toda la información necesaria para que la Empresa pueda determinar los riesgos derivados de los servicios prestados en su lugar de trabajo, y cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales. Además, en el momento inicial, la Empresa entregará al Trabajador un cuestionario de Autoevaluación que deberá ser cumplimentado por este en los primeros cinco días tras la firma del presente Acuerdo.*

Cláusula 5.5 (entrada del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales en el domicilio del teletrabajador). *Cuando las circunstancias así lo requieran, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.2 de la Ley 10/2021, el Trabajador autoriza a entrar periódicamente a su domicilio al Servicio de Prevención de Riesgos*

Laborales de la Empresa para que pueda evaluar las condiciones de seguridad y salud del Home Office con un preaviso de 7 días.

Cláusula 6.1 (reversibilidad del acuerdo de trabajo a distancia).

La Empresa podrá revocar en cualquier momento la autorización de la actividad del Home Office y / o lugares de trabajo fuera de la Empresa, teniendo en cuenta los intereses del Trabajador, con un plazo de preaviso adecuado de 15 días si existe una razón de hecho para la revocación.

Se considerará que existe una razón de hecho para la revocación, en particular en los siguientes supuestos:

- el correcto cumplimiento de las tareas contractuales del Trabajador (en particular debido al desempeño del Trabajador) requiere su presencia en la oficina en el domicilio social de la Empresa;

- el cambio del Trabajador a una Campaña en la que no se preste servicios en la modalidad de teletrabajo, teniendo el Trabajador que volver al centro de trabajo;

- el cambio del Trabajador a otra campaña, cuando sea necesario realizar una formación de manera presencial. En este caso se producirá la reversión al centro de trabajo durante el tiempo necesario para la formación;

- cuando haya incidencias técnicas continuas durante 3 días (que no fueran culpa de la Empresa), el Trabajador tendrá 48 horas para volver al centro de trabajo a trabajar;

- cuando la actividad del Trabajador cambia de tal manera que el cumplimiento de las tareas del Home Office y / o lugares de trabajo fuera de la Empresa no son posibles o sólo lo son en un grado limitado;

- el lugar de trabajo doméstico no cumple o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo;

- el Trabajador comete graves infracciones de contrato de las que es responsable (por ejemplo, infracciones de la reglamentación del tiempo de trabajo o delitos penales en relación con la relación laboral, etc.);

- la revocación se hace necesaria por razones operativas;

- causas de fuerza mayor;

- el performance del Trabajador está por debajo del nivel exigido. En este sentido, se considera bajo rendimiento, cuando el Trabajador mantiene, durante al menos, cuatro semanas seguidas, uno o varios de los indicadores establecidos en el servicio como KPI's principales por dentro del umbral mínimo establecido. De igual forma, el umbral mínimo se establece en función de los resultados del conjunto de los trabajadores adscritos al mismo servicio que el Trabajador. Así, se considera que el Trabajador está dentro del umbral mínimo cuando se encuentra dentro del 25% de los trabajadores adscritos al servicio con peores resultados; o

- porque la empresa cliente para la que se desempeñen los servicios pida la vuelta al site de los agentes. En este caso, el plazo de preaviso será de 30 días.

El Trabajador podrá revertir la situación de trabajo en Home Office o lugares de trabajo fuera de la Empresa con un plazo de preaviso de 15 días siempre que exista una razón de hecho para ello.

Se considerará que existe una razón de hecho para la reversión, en particular, en los siguientes supuestos:

- el correcto cumplimiento de las tareas contractuales del Trabajador requiere su presencia en la oficina o en el domicilio social de la Empresa;

- la actividad del Trabajador cambia de tal manera que el cumplimiento de las tareas del Home Office y / o lugares de trabajo fuera de la Empresa no son posibles o sólo lo son en un grado limitado. En este caso el Trabajador deberá acreditar la existencia de la circunstancia alegada, y la Empresa podrá enviar a alguien del servicio de prevención de riesgos laborales para comprobar si es o no cierto;

- el lugar de trabajo doméstico no cumple o ha dejado de cumplir las normas de salud y seguridad en el trabajo. En este caso el Trabajador deberá acreditar la existencia de la circunstancia alegada, y la Empresa podrá enviar a alguien del servicio de prevención de riesgos laborales para comprobar si es o no cierto;

- las condiciones de salud del Trabajador no permiten o desaconsejan el trabajo en Home Office o lugares de trabajo fuera de la Empresa,

- causas de fuerza mayor.

Cláusula 6.3 (reversibilidad del acuerdo de trabajo a distancia). La revocación de la autorización de la actividad del Home Office y / o en lugares de trabajo fuera de la Empresa no dará lugar a ninguna reclamación de indemnización ni reparación contra la Empresa por el Trabajador.

Cláusula 6.4 (reversibilidad del acuerdo de trabajo a distancia). *Las causas de reversión deberán interpretarse y aplicarse en función de las necesidades concretas de cada campaña en la que esté adscrito el Trabajador. No obstante, cuando nos encontremos ante las causas en las que la Empresa puede realizar la revocación, será potestad de esta ejercer su derecho a la reversión.*

Cláusula 7.1 (vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales). *La Empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del Trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, siempre en estricto cumplimiento con su dignidad y con lo dispuesto en la normativa relativa a la protección de datos de carácter personal. En concreto, la Empresa establecerá como herramientas de control los sistemas TP Protect y TP Sentinel.*

Tres consideraciones sobre el contenido de las cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia, cuya legalidad examina la SAN-SOC núm. 44/2022:

- **Primera consideración.** El texto de más arriba reproduce las cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia impugnadas y figura subrayado el contenido que la SAN-SOC núm. 44/2022 declara nulo.
- **Segunda consideración.** El contenido de algunas cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia es menos preciso que el recogido finalmente en los posteriores acuerdos firmados individualmente por cada trabajador. La Sala ha realizado el examen de legalidad de las Cláusulas 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.6 del acuerdo tipo de trabajo a distancia teniendo en cuenta no solo su contenido, sino también el de los acuerdos de trabajo a distancia suscritos individualmente con cada trabajador, que no han sido impugnados en este proceso.
- **Tercera consideración.** El acuerdo tipo de trabajo a distancia es un acuerdo de adhesión, lo cual ha condicionado el examen de legalidad de algunas cláusulas, especialmente el de las Cláusulas 3.6, 6.1 y 6.3.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicatos)

El **sindicato CC.OO.** invoca la nulidad de las siguientes cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia:

- **Cláusula 2:** es nula porque contraviene el artículo 7 de la LTD, según el cual, el acuerdo debe precisar los gastos que pudiera tener la persona que teletrabaja por el hecho de prestar servicios a distancia.
- **Cláusulas 3.3 y 3. 4:** es nula porque la empresa no facilita al trabajador móvil ni correo electrónico corporativo y este no tiene obligación de emplear los suyos personales.
- **Cláusula 3.6:** es nula porque no garantiza el derecho a la desconexión digital del artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018 (LOPD) al quedar limitado por las necesidades empresariales que no concreta.
- **Cláusula 5.5:** es contraria al artículo 6.2 de la LTD porque fija una entrada genérica en el domicilio del teletrabajador.
- **Cláusula 6:** es nula porque fija criterios para la reversibilidad del acuerdo de trabajo a distancia distintos de los previstos en el artículo 5.3 de la LTD, y no contempla la renuncia voluntaria.
- **Cláusula 7:** es nula porque la empresa no ha informado a los representantes legales de los trabajadores de las medidas de vigilancia y control destinadas a verificar el cumplimiento por los teletrabajadores de sus obligaciones laborales, y tampoco se les ha permitido realizar informe previo al respecto.

El **sindicato CGT** invoca la nulidad total de acuerdo de trabajo a distancia, porque no ha sido previamente negociado, y subsidiariamente la nulidad de las cláusulas siguientes:

- **Cláusula 1:** es nula porque no indica los equipos que la empresa pone a disposición de los teletrabajadores ni su vida útil. El trabajador no puede asumir la responsabilidad sobre los equipos ni su coste de reparación; tampoco puede descontarse del finiquito el valor de los equipos si el teletrabajador no los devuelve tras finalizar su relación laboral.
- **Cláusula 2:** es nula porque remite al Convenio Colectivo estatal de contact center para fijar la compensación de gastos por trabajar a distancia y este no los determina. Además, la empresa no está abonando a los teletrabajadores la compensación de gastos.
- **Cláusula 3.2:** es nula porque fija un turno de trabajo, pero no un horario.
- **Cláusula 3.4:** es nula por las mismas razones que expresa CC.OO.
- **Cláusula 6.3:** es nula porque comporta una renuncia anticipada del teletrabajador de su derecho a reclamar en caso de revocación de la autorización del trabajo a distancia.
- **Cláusula 6.4:** es nula porque es constitutiva de abuso de Derecho.

El **sindicato UGT** invoca la nulidad de las cláusulas siguientes:

- **Cláusula 2:** es nula porque supedita la compensación de gastos que genera el trabajo a distancia a un hecho futuro dado que el Convenio Colectivo estatal de contact center no regula la materia.
- **Cláusula 3.4:** es nula por contravenir el artículo 11 de la LTD y el artículo 6.1 Reglamento (UE) núm. 2016/679.
- **Cláusula 6:** es contraria a los artículos 3 y 5.1 de la LTD.

El **sindicato USO** denuncia que el acuerdo de trabajo a distancia no ha sido negociado y atenta contra los fines de la LTD. El sindicato denuncia la nulidad de las cláusulas siguientes:

- **Cláusula 2:** fundamenta su nulidad en la SAN-SOC núm. 132/2021, de 4 de junio (ECLI:ES:AN:2021:2567).
- **Cláusulas 3.3 y 3.4:** fundamenta su nulidad en la STS, Sala Social, de 21 de septiembre de 2015 (RCO núm. 259/2014. ECLI:ES:TS:2015:4086), que declara la nulidad de la cláusula tipo de un contrato que obliga al trabajador a proporcionar a la empresa su número de teléfono y correo electrónico personales.
- **Cláusula 3.6:** es nula por resultar contraria al artículo 18 de la LOPD.
- **Cláusula 5.5:** es nula por contravenir el artículo 18.2 de la Constitución Española.
- **Cláusula 6:** es nula porque fija criterios de reversibilidad distintos para el empresario y trabajador.

El **sindicato CIG** se adhiere a todo lo dicho anteriormente, y añade que la **Cláusula 5.4** conculca el artículo 14 de la Ley 31/1995 (LPRL) porque la obligación de evaluar y determinar los riesgos laborales es del empresario y no del (tele)trabajador.

El **sindicato CSIF** se adhiere a todas las demandas presentadas.

2. La parte demandada (empresa de contact center)

La empresa demandada (Teleperformance España, SA) se opone a las demandas acumuladas.

La empresa plantea las dos cuestiones procesales siguientes:

- **Inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo** en relación con la impugnación de la Cláusula 1, porque la falta de puesta a disposición de medios materiales no es un problema común a todos los trabajadores que se han adherido al acuerdo de trabajo a distancia, sino que depende de cada trabajador. Por ello, en este punto se está ante un conflicto plural y no ante un conflicto colectivo.
- **Litispendencia** en relación con la SAN-SOC núm. 132/2021, de 4 de junio (ECLI:ES:AN:2021:2567).

Respecto al fondo del asunto, la empresa se opone a la pretendida nulidad total del acuerdo de trabajo a distancia porque no es la consecuencia jurídica que lleva aparejada la falta de requerimiento previo de informe a los RLT y previa negociación.

En relación con las cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia, la empresa realiza las siguientes alegaciones:

- **Cláusula 1.1:** los medios aportados quedan referidos en el anexo unido al acuerdo de trabajo a distancia suscrito con cada trabajador.
- **Cláusula 1.2:** el Real Decreto 1777/2004 resulta de aplicación para determinar el periodo de vida útil o de amortización de los equipos y herramientas de trabajo.
- **Cláusula 1.3:** la conservación y buen uso de los equipos de trabajo corresponde al teletrabajador.
- **Cláusulas 1.4 y 1.6:** las cláusulas referidas al reintegro de daños ocasionados en los equipos y al descuento del finiquito del valor de los equipos no devueltos son correctas.

- **Cláusula 3.2:** el horario se corresponde con lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio Colectivo estatal de contact center.
- **Cláusula 3.4:** reconoce que no facilita a los teletrabajadores móvil ni correo electrónico corporativos, por lo que se les pide su número de teléfono y correo electrónico personales ante posibles caídas del sistema.
- **Cláusula 3.6:** se reconoce el derecho a la desconexión digital, que solo queda limitado cuando sea necesario para evitar un perjuicio al negocio, y en tal caso el teletrabajador estaría realizando horas extraordinarias por fuerza mayor, no siendo la desconexión un derecho absoluto.
- **Cláusulas 5.4 y 5.5:** las cláusulas sobre prevención de riesgos laborales cumplen lo dispuesto en el artículo 16 de la LTD.
- **Cláusula 6:** las razones que justifican la reversibilidad por parte del empresario y por parte del trabajador son similares.
- **Cláusula 7.1:** las medidas de vigilancia y control implementadas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales no atentan contra la intimidad de los teletrabajadores porque solo analizan la calidad de la conexión, sin entrar a conocer el contenido de las conversaciones, y tampoco gravan ni escuchan al empleado.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social de la AN fundamenta su resolución en la normativa vigente señalada a continuación.

- **Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD):**
 - Artículo 5.3: se aplica para examinar la legalidad de las Cláusulas 6.1, 6.3 y 6.4.
 - Artículo 7.a) de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 1.1.
 - Artículo 7.b) de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 2.
 - Artículo 11 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de las Cláusulas 1.1 y 3.4.
 - Artículo 12 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 2.
 - Artículo 16.2 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de las Cláusulas 5.4 y 5.5.
 - Artículo 18 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de las Cláusulas 3.3 y 3.6.
 - Artículo 21 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 1.3.
 - Artículo 22 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 7.1.
 - Disposición adicional primera. 2 de la LTD: se aplica para examinar la legalidad de las Cláusulas 6.1, 6.2 y 6.3.
- **Código Civil (CC):**
 - Artículo 1901 del CC, en relación con el artículo 1101 del CC: se aplican para examinar la legalidad de la Cláusula 1.3.
- **Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD):**
 - Artículo 88 de la LOPD: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 3.6.

- **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL):**
 - Artículo 15.1.b) de la LPRL: se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 5.4.
- **Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores:** se aplica para examinar la legalidad de la Cláusula 1.2 y de la Cláusula 1.6.

VI. Doctrina básica

La doctrina de la SAN-SOC núm. 44/2022, de 22 de marzo, se condensa en las ideas siguientes:

Naturaleza jurídica del acuerdo de trabajo a distancia. El acuerdo de trabajo a distancia es un contrato de trabajo genuino y específico, que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena del artículo 1 del ET, y cuya base dogmática se vincula a la voluntariedad de las partes (empresario y trabajador) que lo suscriben.

Acuerdo de trabajo a distancia por adhesión. El acuerdo de trabajo a distancia por adhesión es admisible. No obstante, el hecho de que el empresario fije unilateralmente el contenido del acuerdo ha de tenerse especialmente en cuenta para su interpretación, hace que esté sujeto a un control adicional y condiciona el examen de legalidad de algunas cláusulas como, por ejemplo, las referidas al ejercicio de la reversibilidad y a los límites del derecho a la desconexión digital.

Cláusulas impugnadas y declaradas nulas:

- Compensación de gastos por trabajar a distancia (Cláusula 2). La remisión de la Cláusula a la negociación colectiva sectorial para fijar la compensación de gastos es nula si aquella no ha convenido nada al respecto. Esta laguna no impide la aplicación del artículo 7.b) de la LTD y el pleno derecho del teletrabajador a ser resarcido por todos los gastos que le ocasiona el trabajar a distancia.
- Facilitación de datos personales (Cláusula 3.4). La Cláusula que exige al teletrabajador facilitar a la empresa su correo electrónico y número de teléfono personales es nula porque ambos elementos son herramientas que la empresa debe proporcionarle. La nulidad persiste aun cuando la Cláusula añada que la empresa solo utilizará ambos elementos para contactar con el teletrabajador en caso de urgencia por necesidades del servicio, porque la urgencia no exime al empresario de la obligación que tiene de proporcionar tales elementos (cuenta de correo electrónico y número de teléfono corporativos).
- Desconexión digital (Cláusula 3.6). La limitación genérica del derecho a la desconexión digital, que la Cláusula establece para el caso de que concurren circunstancias de urgencia justificada, es nula. Los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede fijar el empresario unilateralmente a través del acuerdo de trabajo a distancia por adhesión, sino que se *sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores* (artículo 88.2 LOPD).
- Entrada del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales en el domicilio del teletrabajador (Cláusula 5.5). La autorización genérica e incondicionada, que la Cláusula establece para la entrada del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales en el domicilio del teletrabajador, es nula. La entrada en el domicilio del teletrabajador para realizar la

evaluación de riesgos laborales exige: 1) una razón concreta que lo justifique y 2) informar previamente por escrito tanto al teletrabajador como al delegado de prevención. Además, el teletrabajador puede negar la autorización domiciliaria, en cuyo caso la empresa desarrollará la actividad preventiva conforme a la información recabada del teletrabajador, que en este caso se recoge en el cuestionario de autoevaluación de la Cláusula 5.4.

- Reversibilidad del trabajo a distancia (Cláusulas 6.1 y 6.3). El empresario no puede fijar unilateralmente, a través de un acuerdo de trabajo a distancia por adhesión, los supuestos en los que el teletrabajador ejerce la reversibilidad ni la renuncia de este a cualquier reclamación contra la empresa en caso de revocación de la autorización de trabajo a distancia.

Cláusulas impugnadas y no declaradas nulas:

- Inventario de medios, equipos y herramientas de trabajo (Cláusula 1.1). La Cláusula del acuerdo tipo de trabajo a distancia que no concreta el inventario de medios, equipos y herramientas de trabajo puestos a disposición del teletrabajador no es nula si tal aspecto se concreta finalmente en el acuerdo de trabajo a distancia suscrito individualmente con cada teletrabajador.
- Vida útil de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo (Cláusula 1.2). La Cláusula del acuerdo tipo de trabajo a distancia que no concreta la vida útil (plazo de amortización) de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo puestos a disposición no es nula si tal aspecto se concreta finalmente en el acuerdo de trabajo a distancia suscrito individualmente con cada teletrabajador por remisión al Real Decreto 1777/2004.
- Condiciones e instrucciones de uso y conservación de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo (Cláusulas 1.3 y 1.4). El deber que tiene el teletrabajador de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas por la empresa en relación con los equipos y útiles informáticos deriva directamente del artículo 21 de la LTD, no siendo necesario que la negociación colectiva las establezca. Aunque el convenio colectivo o acuerdo de empresa no fijen tales condiciones e instrucciones, el teletrabajador deberá cumplirlas igualmente. El teletrabajador que incumple responderá de los daños y perjuicios causados (artículo 1901 CC, en relación con artículo 1101 CC). El empresario que reclama deberá acreditar la conducta culpable del teletrabajador, así como los daños y perjuicios causados.
- No devolución por el teletrabajador de los medios, los equipos y las herramientas de trabajo al término de su relación laboral (Cláusula 1.6). Si el teletrabajador no devuelve los medios, los equipos y las herramientas de trabajo al término de su relación laboral, la empresa puede descontar del finiquito su valor teniendo en cuenta la depreciación que han experimentado conforme al Real Decreto 1777/2004.
- Conexión digital durante el tiempo de trabajo (Cláusula 3.3). Dado que el derecho a la desconexión digital se vincula al tiempo fuera del horario de trabajo, la pretensión empresarial de que el teletrabajador esté conectado durante el tiempo de trabajo es ajustada a Derecho.
- Autoevaluación de riesgos (Cláusula 5.4). El cuestionario de autoevaluación de riesgos laborales que la empresa entrega al teletrabajador permite conocer el entorno del trabajo a distancia sin afectar

a su intimidad. Se trata de un instrumento adecuado porque permite compaginar el deber del empresario de prevenir los riesgos laborales con el derecho del teletrabajador a la intimidad que abarca su domicilio personal.

- Reversibilidad del trabajo a distancia (Cláusula 6.4). Nada impide al empresario fijar unilateralmente, a través del acuerdo de trabajo a distancia por adhesión, los supuestos en los que él puede ejercer la reversibilidad.
- Vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales (Cláusula 7.1). El artículo 22 de la LTD atribuye al empresario la facultad de vigilancia y control para verificar si el teletrabajador cumple sus obligaciones laborales, y para ello puede adoptar las medidas que estime más oportunas siempre que no atenten a la dignidad del teletrabajador ni comprometan la protección de sus datos personales. Corresponde al teletrabajador (o a sus representantes) acreditar que la medida de vigilancia implementada por el empresario atenta contra su dignidad o compromete la protección de sus datos personales.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de la AN estima parcialmente las demandas acumuladas de conflicto colectivo planteadas por los sindicatos CC.OO, CGT, UGT, USO y CIG y, previo rechazo de las cuestiones procesales de litispendencia e inadecuación de procedimiento planteadas por la empresa, declara nulas y deja sin efecto las siguientes cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia ofertado por la empresa y al que se han adherido 1.029 trabajadores:

- **Cláusula 2:** inciso referido a *según lo previsto en la negociación colectiva sectorial*.
- **Cláusula 3.4:** *El trabajador facilitará a la empresa su correo electrónico y número de teléfono personal por si fuera necesario contactar con él por urgencias del servicio.*
- **Cláusula 3.6:** el inciso que excepciona el derecho del teletrabajador a la desconexión digital, indicando *salvo que concurren las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula. Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador.*
- **Cláusula 5.5:** *Cuando las circunstancias así lo requieran, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.2 de la Ley 10/2021, el Trabajador autoriza a entrar periódicamente a su domicilio al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Empresa para que pueda evaluar las condiciones de seguridad y salud del Home Office con un preaviso de 7 días.*
- **Cláusula 6.1:** en lo relativo a las causas por las que el teletrabajador puede revertir el trabajo a distancia.
- **Cláusula 6.3:** en su integridad.

VII. Comentario

El comentario se centra en dos cuestiones de interés que suscita la SAN-SOC núm. 44/2002, y son las siguientes: 1) la naturaleza jurídica del acuerdo de trabajo a distancia, y 2) las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia.

Razones de espacio impiden comentar otras cuestiones igualmente interesantes de la SAN-SOC núm. 44/2022, como son las siguientes:

- La argumentación jurídica para declarar la nulidad de las cláusulas referidas a compensación de gastos, facilitación a la empresa del número de móvil y correo electrónico personales, limitación del derecho a la desconexión digital, entrada del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales en el domicilio del teletrabajador y reversibilidad. La argumentación contribuye a crear doctrina judicial sobre la ilegalidad de las cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia.
- La argumentación jurídica para rechazar la nulidad de las cláusulas referidas a equipos de trabajo (inventario, amortización, responsabilidad en el uso, descuento en finiquito por no devolución), a la autoevaluación de riesgos laborales, la conexión digital durante el horario de trabajo, y las medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales. La argumentación clarifica varios criterios en torno a la legalidad de las cláusulas del acuerdo tipo de trabajo a distancia.

1. Naturaleza jurídica del acuerdo individual de trabajo a distancia

1.1 El acuerdo de trabajo a distancia como pacto específico incorporado al contrato de trabajo

El Fundamento Jurídico Cuarto de la SAN-SOC núm. 44/2022 recoge que el acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) es *un genuino y específico contrato de trabajo (de subespecie lo califica la LTD), que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena del art. 1 ET¹*; y añade que la base dogmática del trabajo a distancia se vincula al requisito de voluntariedad (consentimiento) de las partes (trabajador individual y empresario) que debe observarse tanto para suscribir el acuerdo (art. 5 LTD), como para modificarlo (art. 8 LTD) y para resolverlo (art. 5.3 LTD). La AN ha reiterado en sentencias posteriores la consideración del acuerdo de trabajo a distancia como un **contrato de trabajo genuino y específico, basado en la voluntariedad de las partes**^[2].

Desde el máximo respeto y consideración al parecer de la Sala de lo Social de la AN, elevar el acuerdo de trabajo a distancia a la categoría de “contrato de trabajo genuino y específico” puede generar confusión. Tal vez resulte conveniente **diferenciar la parte (acuerdo de trabajo a distancia) del todo (contrato de trabajo)**; dicho de otro modo: el acuerdo de trabajo a distancia forma parte del contrato de trabajo, el acuerdo no puede existir ni producir efecto si previamente no se ha suscrito el contrato de trabajo al que acompaña. En este sentido, el artículo 6.1 de la LTD es claro al señalar que *este acuerdo podrá estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior*. Ciertamente, el acuerdo de trabajo a distancia no se configura como una mera cláusula adicional del contrato de trabajo, sino que va más allá y alcanza la categoría de **pacto individual específico (con sus propias cláusulas) incorporado al contrato de trabajo, acompaña al contrato de trabajo**. Sin embargo, no parece oportuno dar un paso más y asimilar este pacto específico a un contrato de trabajo específico. Cabe entender que el uso de la categoría “contrato de trabajo” ha de ser restrictivo por el significado y alcance que encierra. En definitiva, la naturaleza jurídica del acuerdo de trabajo a distancia se corresponde con la de otros pactos individuales específicos que las partes suscriben voluntariamente e incorporan al inicio del contrato de trabajo o posteriormente, como son el pacto de permanencia (artículo 21.4 ET), el pacto de no competencia postcontractual (artículo 21.4 ET) o el pacto de exclusividad (artículos 21.1 y 21.3 ET).

1.2 El acuerdo de trabajo a distancia como acuerdo de adhesión

Los pactos específicos que se incorporan o acompañan al contrato de trabajo resultan del acuerdo individual de voluntades. Por tanto, la suscripción de un pacto específico viene precedida de una negociación entre empresario y trabajador, que intercambian ideas para acordar su contenido. Sin embargo, en el caso ahora examinado, el contenido del acuerdo de trabajo a distancia tiene la particularidad de que no ha resultado de la negociación entre empresario y trabajador, sino que ha sido fijado unilateralmente por el empresario y los trabajadores se han adherido voluntariamente al mismo. La empresa ha ofrecido a la plantilla un acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) con un contenido marcado y cerrado, y parte de la plantilla (1.029 trabajadores) se ha adherido voluntariamente al mismo. Por tanto, el acuerdo de trabajo a distancia se configura como un acuerdo tipo de adhesión.

Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar si es ajustado a Derecho el acuerdo de trabajo a distancia suscrito por adhesión. El Fundamento Jurídico Séptimo de la SAN-SOC núm. 44/2022 señala que el hecho de que el acuerdo sea de adhesión no comporta '*per se*' declarar su nulidad, *sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas.*

En relación con el contrato de adhesión, la Sala de lo Civil del TS declara que es aquel cuyas cláusulas *han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino que simplemente puede aceptarlas o no*^[3]; y añade que en este tipo de contratos **se mantiene la libertad de contratar** (libertad de celebrar o no el contrato), **pero no la libertad contractual** (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Los contratos de adhesión resultan ajustados a Derecho, siendo un ejemplo prototipo el de seguro.

La doctrina civilista sobre el contrato de adhesión bien puede aplicarse al caso ahora examinado, y afirmar que el acuerdo tipo de trabajo a distancia es de adhesión, porque se configura como un auténtico modelo estándar por el que el empresario (oferente) impone su contenido a los trabajadores (adherentes). La SAN-SOC núm. 44/2022 muestra que **se ha mantenido la libertad de contratar**, es decir, los trabajadores han tenido libertad para aceptar o no el acuerdo de trabajo a distancia ofrecido por la empresa. La prueba de ello es que no todos los trabajadores se han adherido al mismo. Sin embargo, como acuerdo de adhesión que es, **no cabe identificar la libertad contractual**, porque los trabajadores adheridos no han participado en su elaboración, no han influido en el contenido. El principal riesgo que lleva aparejado el acuerdo de trabajo a distancia por adhesión es el de la existencia de posibles abusos por parte del oferente (empresario). Aun cuando los acuerdos de trabajo a distancia sean admisibles en Derecho, parece indudable que han de ir acompañados de un control legal y judicial que evite que la parte más débil (el trabajador que se adhiere al acuerdo) resulte perjudicada. Resulta necesario contar con un cuerpo normativo dirigido a controlar los pactos específicos por adhesión, impidiendo que una posible equivocidad y oscuridad de sus cláusulas conduzcan al abuso de Derecho.

El artículo 5.3 de la LTD dispone que la reversibilidad del trabajo a distancia *podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia.* El convenio colectivo estatal de contact center no regula el trabajo a distancia, de modo que el ejercicio de la reversibilidad puede articularse en los términos fijados en el acuerdo de trabajo a distancia. En el caso ahora examinado, el acuerdo de trabajo a distancia señala en su Cláusula 6.1 los supuestos en los que el empresario y el teletrabajador puede ejercer la reversibilidad, y en la Cláusula 6.3 la renuncia del teletrabajador a cualquier reclamación en caso de revocarse la autorización de reversión. La SAN-SOC núm. 44/2005 señala que ambas cláusulas son abusivas (artículo 7.2 CC) porque, tratándose de un acuerdo de adhesión, su contenido ha sido fijado unilateralmente por el empresario e impuesto al teletrabajador, quedando este limitado en el ejercicio de la reversibilidad. Si el acuerdo

de trabajo a distancia no fuera de adhesión, cabe plantearse si ambas cláusulas hubieran resultado ajustadas a Derecho al poder identificar no solo la libertad de contratar del teletrabajador (acepta voluntariamente el acuerdo), sino también la libertad contractual (ambas partes participan en la elaboración del contenido del acuerdo). La SAN-SOC núm. 44/2022 invita a formular la siguiente cuestión en torno a las cláusulas de reversibilidad incorporadas en el acuerdo de trabajo a distancia cuando nada dice al respecto la negociación colectiva: ¿las cláusulas de reversibilidad tienen cabida en un acuerdo por adhesión? Dicho de otro modo: ¿para que el acuerdo de trabajo a distancia fije los términos de ejercicio de la reversibilidad debe estar presente la libertad contractual (no solo la libertad de contratar)? Todo apunta a que la respuesta pasa por clarificar antes si el propósito de la LTD es que la libertad contractual de empresario y trabajador se identifique de modo real y efectivo cuando remite en un punto a los términos fijados en el acuerdo de trabajo a distancia, especialmente si la negociación colectiva nada dice al respecto. La cuestión es harto difícil porque caso de exigirse la libertad contractual para delimitar el contenido de determinadas cláusulas, el empresario no podría fijar unilateralmente su contenido y se estaría coartando el acuerdo de trabajo a distancia por adhesión, máxime si se tiene en cuenta que muchas de esas cláusulas no pueden omitirse por formar parte del contenido mínimo obligatorio.

2. Consecuencias jurídicas que lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia

2.1 Las cláusulas nulas quedan sin efecto

La SAN-SOC núm. 44/2022 declara la nulidad de algunas cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia ofertado por la empresa y al que voluntariamente se han adherido 1.029 trabajadores. Nótese que la nulidad no opera sobre la totalidad del acuerdo, sino sobre algunas de sus cláusulas (íntegramente, párrafos, incisos). El Fallo de la SAN-SOC núm. 44/2022 declara que las cláusulas nulas **se dejan sin efecto**, de modo que las restantes son válidas. Por tanto, cabe entender que se trata de un supuesto de **nulidad parcial** (*utile per inutile non vitiatur*).

Llegados a este punto parece oportuno examinar las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la nulidad de una parte del acuerdo de trabajo a distancia. En última instancia, la cuestión pasa por determinar si cabe la **convalidación de las cláusulas nulas del acuerdo de trabajo a distancia** que se dejan sin efecto, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 9.1 del ET para la nulidad parcial del contrato de trabajo. Así, cuando resulte nula solo una parte del acuerdo de trabajo a distancia, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado **con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en la LTD y, en su caso, en la negociación colectiva**. En el supuesto ahora examinado, el Convenio Colectivo estatal de contact center no regula el trabajo a distancia y la Sentencia no deja constancia de que haya otras manifestaciones de la negociación colectiva sobre la materia (acuerdo colectivo, pacto extraestatutario), de modo que habrá que estar a lo dispuesto únicamente en la LTD para completar las cláusulas que han quedado sin efecto. En este sentido, el Fundamento Jurídico Decimotercero de la SAN-SOC núm. 44/2022: 1) declara nulo y deja sin efecto el inciso de la Cláusula 2 del acuerdo de trabajo a distancia que remite a lo *previsto en la negociación colectiva sectorial*, y 2) convalida la nulidad con la aplicación del artículo 7.b) de la LTD, reconociendo a los trabajadores el pleno derecho a ser resarcidos por todos los gastos que ocasiona el trabajar a distancia.

2.2 ¿La nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia justifica la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ex artículo 50.1.c) del ET?

Más allá de convalidar (completar) la nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia con lo dispuesto en la LTD (y en la negociación colectiva si la hubiere), el Fundamento Jurídico Séptimo de la SAN-SOC núm. 44/2022 declara, con carácter general, que cuando las cláusulas no dan cumplimiento a los requisitos legales o

convencionales que conforman el trabajo a distancia, *el trabajador afectado podrá reaccionar, bien instando la resolución de su contrato de trabajo conforme al art. 50.1.c) ET, bien accionando en reclamación de su adecuado cumplimiento incluidos los daños y perjuicios que se le hubieran podido ocasionar*. De modo particular, el Fundamento Jurídico Decimotercero de la SAN-SOC núm. 44/2022 reitera, en relación con la nulidad del inciso de la Cláusula 2 del acuerdo de trabajo a distancia que remite a lo previsto en la *negociación colectiva sectorial* para fijar la compensación por los gastos de teletrabajo, que el teletrabajador podrá reaccionar, *bien instando la resolución de su contrato conforme al art. 50.1.c) ET, bien accionando en reclamación de su adecuado cumplimiento incluidos los daños y perjuicios que se le hubieran podido ocasionar*. En definitiva, la Sentencia ofrece al trabajador dos opciones cuando el acuerdo de trabajo a distancia adolece de nulidad parcial (nulidad de algunas cláusulas íntegramente, de párrafos, de incisos):

- **Primera opción:** instar la extinción indemnizada del contrato de trabajo por la vía del artículo 50.1.c) del ET. El trabajador tendrá derecho a la indemnización señalada en el artículo 56.1 del ET para el despido improcedente (33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 24 mensualidades).
- **Segunda opción:** reclamar el adecuado cumplimiento de la LTD, así como los posibles daños y perjuicios causados por la aplicación de las cláusulas declaradas nulas.

El artículo 50 del ET faculta al (tele)trabajador para instar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo cuando el empresario incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones, teniendo tal consideración:

- La modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) que el empresario adopta inobservando lo dispuesto en el artículo 41 del ET y que redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador [artículo 50.1.a) ET].
- La falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado [artículo 50.1.b) ET].
- La negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo tras dictarse sentencia que declara injustificada la MSCT [artículo 50.1.c) ET].
- La negativa del empresario a reincorporar al trabajador en su centro de trabajo de origen tras dictarse sentencia que declara injustificado el traslado [artículo 50.1.c) ET].
- Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones, salvo los supuestos de fuerza mayor [artículo 50.1.c) ET].

El artículo 50.1 del ET recoge una lista abierta (*numerus apertus*) de incumplimientos empresariales porque, junto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo anómalas [artículo 50.1.a) ET], la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado [artículo 50.1.b) ET] y la negativa a reincorporar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo tras dictarse sentencia que declara injustificada la MSCT o el traslado, permite añadir cualesquiera otros incumplimientos graves del empresario más allá de los expresamente señalados, y salvo los supuestos de fuerza mayor [artículo 50.1.c) ET]. La doctrina judicial y la jurisprudencia han ido delimitando, caso por caso, los incumplimientos empresariales que, por tener la consideración de graves (y culpables), permiten al trabajador instar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por la vía de la cláusula abierta del artículo 50.1.c) del ET; entre otros, los siguientes:

- El impago de la mejora voluntaria del subsidio de incapacidad temporal, prevista en convenio colectivo^[4].
- El incumplimiento prolongado del deber de dar ocupación efectiva al trabajador^[5].
- El acoso laboral continuado con vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales^[6].
- El abono del salario que la empresa hace fuera de nómina y con infracotización^[7].

Los Fundamentos Jurídicos Séptimo y Decimotercero de la SAN-SOC núm. 44/2022 amplían la lista *numerus apertus* de incumplimientos empresariales, señalando que cuando las cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia no se ajustan a la legalidad vigente, el trabajador puede instar *la resolución de su contrato de trabajo conforme al art. 50.1.c) ET*. Nótese que tal previsión no se ha localizado en otras sentencias posteriores dictadas por la Sala de lo Social de la AN que también declaran la nulidad parcial de un acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo). Desde el máximo respeto y consideración a la postura manifestada por la Sala en la Sentencia ahora comentada, no parece que la nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia pueda constituir incumplimiento empresarial grave a los efectos del artículo 50.1.c) del ET. Una cosa es que el empresario incumpla el acuerdo de trabajo a distancia, que podría activar la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador a la vista de las circunstancias del caso concreto, y otra bien distinta que parte del acuerdo de trabajo a distancia sea nulo porque no se ajusta a la legalidad vigente. Las consecuencias jurídicas que lleva aparejado el incumplimiento por el empresario de sus obligaciones laborales, incluidas las derivadas del acuerdo de trabajo a distancia, parecen bien distintas de las que lleva aparejada la nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia.

2.3 La nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia como infracción administrativa grave

La nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia puede que active el Derecho administrativo sancionador. Concretamente, el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2000 (LISOS) tipifica como **infracción administrativa grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas**, *no formalizar el acuerdo de trabajo a distancia en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente previstos*.

Las cláusulas del acuerdo de trabajo a distancia que no dan cumplimiento a los requisitos legales (de la LTD) o convencionales (caso de que la negociación colectiva ordene el trabajo a distancia) son nulas, y además un hecho constitutivo de infracción administrativa grave (artículo 7.1 LISOS), sancionable con multa en su grado mínimo de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros [artículo 40.1.b) LISOS].

El Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023 señala que uno de los objetivos prioritarios de la ITSS es la vigilancia del cumplimiento de la LTD (Eje 1. Objetivo 1.1). Para alcanzar dicho objetivo, el referido Plan contempla las siguientes actuaciones:

Se reforzarán las campañas dirigidas a garantizar derechos laborales y un debido encuadramiento en Seguridad Social de las personas trabajadoras que prestan servicios para las empresas que operan en plataformas digitales en cualquier tipo de actividad (comercio electrónico, reparto de comida a domicilio, prestación de servicios, etc.). Se han dictado numerosas Sentencias, entre ellas, una en unificación de doctrina de la sala 4.ª del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2020, que determinan la existencia de relación laboral en el ámbito de una plataforma digital de reparto, que motivan la necesidad de continuar esta línea de trabajo.

Por otra parte, se prestará atención a la vigilancia del cumplimiento de la normativa reguladora del trabajo a distancia y del teletrabajo (Ley 10/2021, de 9 de julio), con el fin de evitar el deterioro de los derechos laborales de las personas que trabajan bajo este modo de prestación laboral.

La realización de actuaciones inspectoras que obligan a acceder a entornos tecnológicos y digitales requerirá un apoyo técnico informático y formativo reforzado.

La actividad inspectora desarrollada en el marco de esta actuación 1.9 contribuirá a hacer efectivas las reformas R1 y R3 del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España.

VIII. Apunte final

La SAN-SOC núm. 44/2022 invita a realizar algunas reflexiones, a modo de apunte final, que son las siguientes:

Primera reflexión. La negociación colectiva es imprescindible para completar la regulación del trabajo a distancia. LTD no aborda, ni mucho menos, todos los aspectos del trabajo a distancia (teletrabajo) de las personas que trabajan por cuenta ajena en el sector privado, realizando numerosas llamadas a la negociación colectiva para regular diversos aspectos sobre el tema (artículos 5.1, 5.3, 7, 8.3, 12.2, 13, 14, 17.3. párrafo 2º, 18.2. párrafo 2º, 19.1. párrafo 2º y 21, y disposición adicional primera LTD). En definitiva, la negociación colectiva es un instrumento imprescindible para completar la normativa que regula el trabajo a distancia (teletrabajo), teniendo en cuenta la realidad propia de cada sector de actividad (Exposición de Motivos LTD). Pero ¿cómo está respondiendo la negociación colectiva la llamada del legislador? Algunas consideraciones para abordar la cuestión:

- **Primera consideración.** El convenio colectivo no es el único instrumento habilitado para regular el trabajo a distancia. La LTD coloca prácticamente en un plano de igualdad al acuerdo colectivo. Conviene examinar si las dificultades que puedan existir en la práctica para negociar el tema por la vía del convenio colectivo pueden superarse por la vía del acuerdo colectivo.
- **Segunda consideración.** La LTD faculta a la negociación colectiva para regular diversos aspectos del trabajo a distancia; dicho de otro modo: la negociación colectiva no tiene obligación de regular. Sin embargo, si la negociación colectiva no hace uso de la facultad que le confiere la LTD se genera un vacío normativo, con la consiguiente inseguridad jurídica. Nótese que la LTD no resulta de aplicación supletoria cuando el convenio colectivo o el acuerdo colectivo guardan silencio sobre los aspectos del trabajo a distancia que pueden ordenar. La LTD llama a la negociación colectiva, pero no dice qué hacer cuando la negociación colectiva no responde su llamada.
- **Tercera consideración.** Parte de la litigiosidad que genera el trabajo a distancia puede que traiga su causa en el reducido espacio que esta materia está teniendo de momento en la negociación colectiva. La SAN-SOC núm. 44/2022 deja claro que es nula la cláusula del acuerdo de trabajo a distancia que fija un aspecto por remisión al convenio colectivo si este guarda silencio y nada dice al respecto. Si la negociación colectiva hace uso en toda su extensión de la facultad que le confiere la LTD y entra a regular el trabajo a distancia, no solo estaría completando la regulación de esta materia, sino también garantizando la seguridad jurídica y disminuyendo (evitando) la litigiosidad. Tiempo al tiempo.

Segunda reflexión. Parece conveniente regular las causas de nulidad del acuerdo de trabajo a distancia. Más allá de la SAN-SOC núm. 44/2022, que ahora

se comenta, la Sala de lo Social de la AN ha tenido ocasión de examinar en otras ocasiones la legalidad de acuerdos de trabajo a distancia, que entronca directamente con la cuestión referida a la nulidad total (plena) y la nulidad parcial^[8]. Tal vez sea conveniente que, así como el ET aborda la nulidad del pacto de prueba (artículo 14.1.párrafo 4º ET) y la de los pactos individuales discriminatorios (artículo 17.1 ET), así también la LTD recoja alguna previsión sobre las causas de nulidad (total, parcial) del acuerdo de trabajo a distancia. No parece baladí examinar, por ejemplo, si el tratamiento ha de ser distinto según que la nulidad alcance o no a cláusulas que forman parte del contenido mínimo obligatorio (contenido principal) del acuerdo de trabajo a distancia (artículo 7 de la LTD). Así, resulta relevante clarificar los elementos del acuerdo de trabajo a distancia que tienen carácter constitutivo y cuya omisión determinaría la nulidad total y de pleno derecho, no la mera nulidad parcial. Tal vez quepa extender al acuerdo de trabajo a distancia algunos criterios que la Sala de lo Social del TS utiliza para examinar la nulidad de otros pactos específicos incorporados al contrato de trabajo (permanencia, no competencia postcontractual, etc.).

Tercera reflexión. La doctrina de los órganos judiciales es imprescindible para completar el marco jurídico del trabajo a distancia. Cabe esperar que la negociación colectiva vaya respondiendo satisfactoriamente la llamada de la LTD, completando la regulación del trabajo a distancia. Con todo, los operadores jurídicos contamos ya con otro valioso instrumento jurídico, que es la doctrina de los órganos judiciales. La Sala de lo Social de la AN está elaborando una interesante doctrina judicial sobre el trabajo a distancia, siendo buena muestra de ello la SAN-SOC núm. 44/2022, que ahora se comenta^[9]. Algunas sentencias de AN han sido recurridas en casación, así que habrá que esperar a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS que, a buen seguro, contribuirá a conformar el marco jurídico de esta materia como ya lo ha hecho antes con otros temas. Lo mismo cabe decir de la doctrina judicial que los TSJ (y algunos JS) están construyendo sobre el particular y de la jurisprudencia que el TS adopte cuando resuelva el RCU frente a las sentencias dictadas en suplicación. Tiempo al tiempo.

Referencias:

1. ^ *La SAN-SOC núm. 44/2022 insiste en varias ocasiones en calificar el acuerdo de trabajo a distancia como un contrato; sirvan de muestra los ejemplos siguientes: 1) estamos ante un contrato de adhesión (Fundamento Jurídico Sexto), 2) que el contrato sea de adhesión no significa per se que el contrato sea nulo (Fundamento Jurídico Sexto), 3) el contrato tipo que se analiza colma las exigencias establecidas en el art. 1261 CC (Fundamento Jurídico Séptimo), y 4) la nulidad del contrato podrá predicarse si resulta contraria a la ley (art. 1255 CC) o cuando establezca condiciones menos favorables o también contrarias a las legales y convencionales [art. 1.3.c) ET].*
2. ^ *Vid., SAN-SOC núm. 82/2022, de 6 de junio (ECLI:ES:AN:2022:2729); SAN-SOC núm. 117/2022, de 12 de septiembre (ECLI:ES:AN:2022:4145); y SAN-SOC núm. 144/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:AN:2022:5109).*
3. ^ *Vid., STS-CIV núm. 664/1997, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:1997:4793); STS-CIV núm. 1225/1997, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:7222); STS-CIV núm. 1084/1998, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:1998:6721); y STS-SOC núm. 876/2005 (ECLI:ES:TS:2005:6880). La STS-CIV núm. 274/2003, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2003:1967), declara que el contrato de adhesión es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va*

precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato.

4. ^ STS, Sala Social, de 18 de febrero de 2013 (RCUD núm. 886/2012. ECLI:ES:TS:2013:843).
5. ^ STS, Sala Social, de 28 de abril de 2010 (RCUD núm. 238/2008. ECLI:ES:TS:2010:2492).
6. ^ STSJ de Asturias-SOC núm. 1815/2020, de 20 de octubre (Recurso de suplicación núm. 1167/2020. ECLI:ES:TSJAS:2020:2420). STSJ de Madrid-SOC núm. 410/2020, de 16 de junio (Recurso de suplicación núm. 124/2020. ECLI:ES:TSJM:2020:7217); STSJ de Madrid-SOC núm. 7070/2020, de 29 de septiembre (Recurso de suplicación núm. 329/2020. ECLI:ES:TSJM:2020:9732); STSJ de Madrid-SOC núm. 832/2020, de 27 de octubre (Recurso de suplicación núm. 386/2020. ECLI:ES:TSJM:2020:12473); y STSJ de Madrid-SOC núm. 890/2020, de 9 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 411/2020. ECLI:ES:TSJM:2020:14097).
7. ^ STS-SOC núm. 480/2020, de 18 de junio (RCUD núm. 893/2018. ECLI:ES:TS:2020:2168).
8. ^ Vid., SAN-SOC núm. 82/2022, de 6 de junio (ECLI:ES:AN:2022:2729); SAN-SOC núm. 117/2022, de 12 de septiembre (ECLI:ES:AN:2022:4145); y SAN-SOC núm. 144/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:AN:2022:5109).
9. ^ Doctrina judicial sobre distintos aspectos del trabajo a distancia recogida en SAN-SOC núm. 90/2021, de 30 de abril (ECLI:ES:AN:2021:1669); SAN-SOC núm. 104/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:AN:2021:1855); SAN-SOC núm. 122/2021, de 25 de mayo (ECLI:ES:AN:2021:2329); SAN-SOC núm. 132/2021, de 4 de junio (ECLI:ES:AN:2021:2567); SAN-SOC núm. 157/2021, de 30 de junio (ECLI:ES:AN:2021:3078); SAN-SOC núm. 186/2021, de 13 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:3798); SAN-SOC núm. 197/2021, de 22 de septiembre (ECLI:ES:AN:2021:3818); SAN-SOC núm. 233/2021, de 5 de noviembre (ECLI:ES:AN:2021:4423); SAN-SOC núm. 82/2022, de 6 de junio (ECLI:ES:AN:2022:2729); SAN-SOC núm. 99/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:AN:2022:3073); SAN-SOC núm. 117/2022, de 12 de septiembre (ECLI:ES:AN:2022:4145); SAN-SOC núm. 144/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:AN:2022:5109).

- § 90 **El acuerdo de trabajo a distancia debe contemplar en su clausulado el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, siendo nula la cláusula que lo difiere a la voluntad unilateral de la empresa por causas organizativas, pudiendo, sin embargo, preverse plazos distintos de preaviso de la reversibilidad según quien sea la parte que la inste.**

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *El trabajo a distancia está generando una gran litigiosidad, lo que permite ir perfilando algunos aspectos de la nueva regulación. En este caso, se pide la nulidad de varias de las cláusulas contenidas en los contratos de trabajo cuyo contenido era la traslación de lo acordado en un acuerdo extraestatutario alcanzado con algunos sindicatos. Aunque en otros pleitos ya se han ido anulando diversas cláusulas, cuyos criterios aquí se reiteran, la novedad ahora se concentra en la permisibilidad de que las partes establezcan plazos diversos para preavisar la reversión del trabajo a distancia y en el rechazo a que sea la empresa quien unilateralmente fije los porcentajes de trabajo presencial y a distancia a pesar de que concurra el consentimiento de las partes en ello.*

Palabras clave: *Trabajo a distancia. Preaviso. Reversión. Porcentajes de presencialidad. Tiempo de trabajo. Averías. Conocimiento por representantes de los trabajadores.*

Abstract: *Remote work is generating a lot of litigation, which allows us to outline some aspects of the new regulation. In this case, the nullity of several of the clauses contained in employment contracts is requested. Although in other lawsuits several clauses have already been annulled, whose criteria are reiterated here, the novelty now focuses on the permissibility of the parties establishing different deadlines to pre-advise the reversal of remote work and the rejection of the company unilaterally fixing the percentages of face-to-face and remote work despite the consent of the parties to it.*

Keywords: *Distance work. Notice. Reversal. Attendance percentages. Working time. Breakdowns. Knowledge by workers' representatives.*

I. Introducción

El trabajo a distancia se basa en el acuerdo de las partes, pero su regulación deja muchos espacios a la negociación colectiva. En este caso, es la negociación colectiva extraestatutaria quien ocupa dichos espacios. Su contenido, no obstante, se ve cuestionado de modo directo, no sólo por contradecir claramente la regulación legal en

alguno de sus puntos, sino, y sobre todo, por obviar el eje que construye el sistema del teletrabajo, basado en la voluntariedad sinalagmática.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional (Sala Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 117/2022, de 12 de septiembre.

Tipo y número de procedimiento: Conflicto colectivo, rec. 204/2022

ECLI:ES:AN:2022:4145

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo.. Sr. D. Jose Pablo Aramendi Sánchez

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La empresa ABAI dedicada a la gestión y prestación de servicios de atención telefónica a terceros se rige en sus relaciones laborales por el II Convenio colectivo de ámbito estatal de Contact Center. En noviembre de 2021 los sindicatos de la empresa UGT, OSTA y USO firmaron un acuerdo para la regulación del teletrabajo. Este acuerdo sirvió de base para que la empresa suscribiera con los trabajadores que voluntariamente aceptaron, un anexo sobre teletrabajo. Los sindicatos CGT, CCOO y CIG impugnan varias de sus regulaciones concretas relativas a la determinación del tiempo de trabajo, periodos de preaviso, interrupciones de jornada por incidencias o el porcentaje de distribución del trabajo presencial y a distancia. Asimismo, solicitan que se reconozca el derecho de los RLT a recibir copia de los contratos.

La sentencia comienza con un breve análisis del paradigma sobre el que se sostiene el trabajo a distancia regulado en la Ley y que no es otro sino la voluntariedad de las partes para suscribirlo, para modificarlo y para resolverlo. Sin que ello, no obstante, signifique que los representantes de los trabajadores no tengan intervención en su composición (DA 1ª LTD) o capacidad para verificar su conformidad con la normativa aplicable. Los sindicatos impugnantes consideran que se trata de un contrato de adhesión, pero la Sala de lo Social recuerda que, aunque así sea, los contratos no son nulos, pues su contenido se ha llevado a cabo por la empresa basándose en el acuerdo extraestatutario previo alcanzado con los sindicatos minoritarios. Recordando su doctrina contenida en la SAN 44/2022, que el contrato sea de adhesión no significa *per se* que el contrato sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas. De ahí que proceda al examen de las impugnadas.

En primer término, la SAN examina el tratamiento de **la reversibilidad del trabajo a distancia**. En la cláusula 8 del contrato se regula la “Situación de reversibilidad y **plazos de preaviso**” previendo que se “garantiza la vuelta al puesto de trabajo de forma presencial” cuando es *a instancia de la empresa*, en cualquier momento **cuando concurren razones una serie de causas que se glosan** o “por cualquier otro motivo justificado” incluyendo “los casos de incumplimientos de las condiciones técnicas requeridas, el incumplimiento de las medidas de protección de datos, de seguridad de la información o de prevención de riesgos laborales”. La motivación debe realizarse por escrito y, al menos, con 15 días de antelación. Se prevé expresamente, que “la reversibilidad no podrá ser utilizada por la Compañía como medida de sanción/ penalización”. Por su parte, cuando es *a instancia del trabajador* se prevé que puede solicitarlo con un preaviso de 1 mes, debiendo la empresa contestar por escrito informando de la “aceptación de la solicitud *en atención a sus posibilidades*”. Se prevé

igualmente que el ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial no será causa justificativa de la extinción de la relación laboral ni de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y conllevará la devolución de los medios y herramientas facilitados por la empresa para la modalidad de teletrabajo” sin que se pueda “volver a solicitar el teletrabajo hasta la siguiente convocatoria anual, salvo que concurran causas excepcionales que lo justifiquen”. Se regula igualmente la posibilidad de suspender temporalmente la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo cuando las necesidades de la actividad así lo justifiquen o no se dispongan de los medios adecuados en ese momento.

Los sindicatos demandantes consideran ilegal que haya plazos de preaviso diferenciados para ejercer la reversibilidad (15 días-1 mes), y que el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador quede condicionado a que la empresa tenga posibilidades para llevarla a cabo. La Sala declara la validez de la previsión de plazos de reversibilidad distintos en tanto conformes con el art. 5.3 de la LTD que prevé que la reversión puede ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia. En el presente caso se hizo de acuerdo con el acuerdo alcanzado. Pero los sindicatos también consideraban **ilegal que el derecho a la reversión quede condicionada a la aceptación por la empresa “en atención a sus posibilidades”**. Tal previsión, según la AN supone dejar la decisión del trabajador a la personal y unilateral voluntad del empleador, lo que resulta contrario al art. 1256 CC, por lo que declara nulo ese inciso de esta cláusula.

Otra de las cuestiones impugnadas es la relativa a la **potestad de los responsables de fijar los tiempos de trabajo a distancia**. La cláusula 6 declara que las partes se proponen alcanzar un 70 % de teletrabajo (cada proyecto tiene que informar del porcentaje corresponde a cada trabajador/a), así como que “el trabajador/a podrá comprobar los días de teletrabajo/ presenciales a través de los cuadrantes mensuales correspondientes a su departamento”. También prevé que la “determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento”. La Sala anula esta última previsión porque con ella se deja en manos del empresario la **determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que contraviene el art. 8.1 LTD que establece que la** modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, “incluido el porcentaje de presencialidad” requiere acuerdo “entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación”.

Los demandantes impugnaban también que solo **se prevean 5 días laborales de preaviso para avisar a aquellas personas que de forma puntual deban incrementar** sus días de trabajo presenciales. Preaviso que consideran contrario al convenio del sector que fija un plazo de una semana para la modificación de horarios. Pero la sentencia declara su conformidad legal al entender que el art. 26 del convenio no es de aplicación al ser su objeto los horarios del trabajo ordinario presencial y no así las reglas sobre presencialidad y trabajo a distancia.

Por otro lado, los sindicatos demandantes exigen que se regulen en los contratos de trabajo a distancia que los tiempos de **suspensión del trabajo por avería o incidencia no sean imputables al trabajador**, lo que se acepta por la Sala reiterando que ello no es sino consecuencia de la ajenidad en la producción, en los medios y en los riesgos que caracteriza la relación laboral que lleva al empleador a asumir los mismos (art. 1.1. ET, art. 11 RDL 28/2020), así como de la exigencia del principio de igualdad entre trabajadores presenciales y los que trabajan a distancia, en tanto del mismo modo que la caída del suministro eléctrico no implica para los presenciales la obligación de prestar servicios en otro momento, tampoco cabe para los trabajadores a distancia (art. 4.1 RDL 28/2020); sin perjuicio de que, en su caso, el empresario pueda instar un ERTE por fuerza mayor o ejercitar acciones frente al responsable del suministro por los gastos salariales satisfechos por el defectuoso funcionamiento.

Estima igualmente la petición de que en **los contratos se concrete el porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia**, al tratarse de una parte del contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia según el art. 7 LTD.

Finalmente, se acoge también la pretensión de que se remita copia de los contratos suscritos a la RLT, al tratarse de una obligación contundente recogida en el art. 6.2 LTD.

IV. Posición de las partes

1. De la parte social demandante

Se solicita que se anulen algunos incisos contenidos en las cláusulas de los contratos de trabajo a distancia celebrados con las personas trabajadoras (que se anule la potestad de los responsables jerárquicos para determinar el tiempo de trabajo, que el plazo de preaviso ha de ser de una semana y no de cinco días, que en los contratos se determine que las interrupciones de jornada por avería o incidencias no sean computables como tiempo de trabajo, que en los contratos se concrete el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia y que se reconozca el derecho de los RTL a recibir copia de los contratos).

2. De la parte empresarial

Se opone el empresario demandado por entender que la cláusula de reversibilidad tal como se establece no incumple las previsiones legales como también lo es la posibilidad de que por los responsables se determinen los tiempos de teletrabajo, considera que el preaviso de cinco días equivale a una semana, indica que los RTL reciben las copias de los contratos y que las interrupciones por averías no serían tiempo efectivo de trabajo.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 1.1 y 64 ET.

Arts. 5.3, 6.2, 7, 8, 11 y 12, DA 1ª de la Ley 10/2021, en adelante LTD

Art. 1256 CC.

VI. Doctrina básica

Es posible establecer en los contratos de trabajo y en los acuerdos colectivos plazos de preaviso diferenciados para ejercer la reversibilidad un plazo diferente para volver al puesto de trabajo presencial (reversibilidad) en función de que la iniciativa sea del trabajador o del empresario. Pero no dejar la determinación del “tiempo de teletrabajo” a la voluntad de la empresa en función de sus necesidades.

VII. Parte dispositiva

Se estima parcialmente la demanda. Por un lado, declara la nulidad y consiguiente inaplicación de: a) el inciso contenido en la cláusula 8ª de los contratos de trabajo a distancia que establece que La empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades, así como el último inciso de la cláusula 6ª de dichos contratos que establece que La determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. Pero además, también declara que: a) que constituye tiempo efectivo de trabajo aquel que tiene lugar cuando por razón de avería o incidencias, el trabajador a distancia no pueda prestar el servicio, b) Que los contratos de trabajo a distancia deben contener en su clausulado la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia a realizar por el trabajador, c) Que el empresario debe entregar a la representación legal de los trabajadores una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones. De este modo, se condena a los demandados ABAI BUSINESS SOLUTIONS S.A y UGT, USO, OST a estar y pasar por todo ello.

VIII. Pasajes decisivos

- "El clausulado del contrato lo ha llevado a cabo ABAI basándose en un acuerdo extraestatutario previo alcanzado con sindicatos minoritarios. Dicho contrato, basado en un mismo modelo, lo han ofertado a los trabajadores cuya intervención se ha limitado a prestar su conformidad a su previo redactado, todo ello en el contexto propio de la desigualdad subyacente entre empresario y trabajador individual en el marco de las relaciones laborales. Ahora bien, como hemos tenido oportunidad de señalar en nuestra SAN 44/2022, que el contrato sea de adhesión no significa per se que el contrato sea nulo, sino que tal situación debe ser especialmente tenida en cuenta al momento de su interpretación y el análisis de la validez de algunas de sus cláusulas"

- "Salvo que se apreciara abuso de derecho que no es el caso, resulta plausible que en el contrato se establezcan plazos diferenciados para su ejercicio".

- "En el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador, la cláusula nos indica que La empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades. Con ello la decisión voluntaria del trabajador se deja condicionada a las posibilidades empresariales, en definitiva, a su personal voluntad, lo que resulta contrario al art. 1256 CC".

- "En la demanda se tacha de nulidad este último inciso: La determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento. Es evidente que con esta decisión se está dejando en manos del empresario la determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que resulta contrario a las previsiones del art. 8.1 LTD"

- "Se alega en demanda que no se está respetando el art. 26 del convenio del sector que fija un plazo de una semana para modificación de horarios. La norma convencional estimamos que no resulta de aplicación pues en ella se regulan los horarios del trabajo ordinario presencial y dicha norma no trata de reglas sobre presencialidad y trabajo a distancia. La norma contractual impugnada entra por tanto dentro de las facultades de los signatarios para establecer el plazo específico para incrementar de forma puntual los días presenciales de trabajo".

- "Si la caída del suministro del suministro eléctrico no implica para los trabajadores denominados "presenciales" la obligación de prestar servicios en otro momento, la aplicación del principio de equiparación ...no puede suponer una consecuencia distinta para los trabajadores que trabajan a distancia"

- "La norma establece como contenido mínimo y obligatorio la referencia en los contratos a la determinación del porcentaje y distribución entre trabajo presencial y a distancia, por lo que la pretensión también se estima a la vista de que en los contratos se elude la fijación del porcentaje entre trabajo a distancia y presencial y que, además, como antes se ha analizado, los tiempos de trabajo a distancia puede ser alterados por el empleador".

IX. Comentario

Es el sector del Contact Center un ámbito proclive a la conflictividad relacionada con el trabajo a distancia, al resultar dicha modalidad especialmente idónea para llevarla a cabo. En el presente supuesto se cuestionan varias cláusulas de acuerdos de trabajo a distancia suscritos por la empresa con sus trabajadores. Pero lo interesante es que su contenido incorpora lo que previamente se ha acordado en la negociación colectiva, en concreto, en un acuerdo de carácter extraestatutario al no firmarse con los sindicatos mayoritarios.

Varias de las impugnaciones no permiten muchos comentarios al ser su resolución judicial simple proyección de los términos literales de la Ley reguladora del trabajo a distancia o por haberse ya pronunciado la Sala sobre la misma en algún caso anterior. Ello ocurre con la obligación de entregar copia de los acuerdos de trabajo a distancia a la representación legal de los trabajadores, en tanto obligación expresa contenida en

el art. 6.2 LTD y cuyo incumplimiento es generador de una nueva infracción administrativa grave (art. 7.1) introducida en la LISOS por la DF 1 primero del RDL y luego contenida en la LTD. Por su parte, la consideración como tiempo de trabajo de los tiempos en que no es posible prestar servicio efectivo a la persona trabajadora consecuencia de una avería o incidencia, constituye cuestión clara al ya haber tenido ocasión de pronunciarse la misma Sala de lo Social en sentencia precedente (SAN de 10 de mayo de 2021, rec. 105/2021) por lo que no era esperable alteración motivacional alguna. Los pronunciamientos que constituyen cierta novedad son los siguientes:

En primer lugar, la validez del establecimiento de unos plazos de preaviso diferentes para proceder a la reversibilidad del trabajo a distancia según la parte que ejercite dicha posibilidad. Para la Sala, el art. 5.3 LTD permite dicha regulación diferencial al remitirse la ley a la negociación colectiva en todo lo relativo a la reversión o, en su defecto, a los términos fijados en el acuerdo individual de trabajo a distancia. No habiéndose probado abuso de derecho, es correcta la conclusión pues simplemente se estarían ante una puesta en práctica de la negociación colectiva, aunque sea en un producto extraestatutario, ya que la Ley no limita el ámbito negociador colectivo en este punto, es decir, no exige un ámbito concreto de negociación estatutaria, ni siquiera que tenga este carácter, con lo que su ámbito concuerda con el más amplio contenido en el art. 37.1 CE.

En segundo lugar, se considera contraria a Derecho la previsión que condiciona el ejercicio de la reversibilidad por el trabajador a la aceptación de la solicitud por la empresa en "atención a las posibilidades" de ésta. Para la Sala, tal previsión, contraría el art. 1256 del Código Civil que impide dejar la validez o cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes. En puridad, la literal interpretación del art. 5.3 LTD reenvía a la negociación colectiva "el ejercicio de esta reversibilidad" o, en su defecto, al acuerdo sobre trabajo a distancia. Era el acuerdo extraestatutario el que (parece) preveía dicha posibilidad que simplemente se trasladaba a los acuerdos individuales. La voluntad colectiva, minoritaria, se había pronunciado. Por lo que la duda que surge es si puede sustentarse en el art. 1256 CC la motivación rechazando tal regulación. Duda que, en el presente caso, se resuelve con facilidad cuando la negociación colectiva es extraestatutaria, en tanto considerada mayoritariamente como de naturaleza jurídica no normativa. Por otro lado, subyace en el pronunciamiento judicial la existencia de un derecho a la reversión del acuerdo de trabajo a distancia. Pero el "ejercicio" de tal derecho queda legalmente diferido a "los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia" (art. 5.3 LTD). En este sentido, salvo que los términos colectivos incurran en alguna ilegalidad, lo que el legislador parece haber querido instaurar es una norma de carácter dispositivo hacia los mismos. Y sólo en su defecto podría entrar a regularlos un acuerdo individual entre el empresario y parte trabajadora. A mi juicio, cabrían multitud de regulaciones posibles en los que existiera proporcionalidad y razonabilidad a la hora de condicionar la "decisión" de cualquiera de las partes (también la de la parte empresarial a favor de la trabajadora) de revertir la modalidad de ejecución de la prestación del servicio. Me parece acertada la posición de algún autor que mantiene que ha de entenderse la voluntariedad en la reversión como bilateralidad, sin que pueda mantenerse que existe un reconocimiento legal a un "derecho" de reversión (Gomez Abelleira) a salvo de que, precisamente, así lo considere la negociación colectiva o se plasme, en su defecto, en el acuerdo de trabajo a distancia.

Por su parte, la determinación de los tiempos de trabajo a distancia de modo prácticamente unilateral tal y como se contemplaba en el supuesto examinado, no cabe duda de que contraviene las previsiones legales. Aunque la cláusula impugnada establecía un porcentaje "genérico" de teletrabajo ("las partes se proponen alcanzar un 70% de teletrabajo) la parte trabajadora tenía que estar comprobando mensualmente los días presenciales o de teletrabajo que le correspondían a través de los cuadrantes elaborados en su concreto departamento y teniendo en cuenta que se especificaba que la "determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su

responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento”. La Sala anula esta última previsión porque con ella se deja en manos del empresario la determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que contraviene el art. 8.1 LTD que establece que la modificación del “porcentaje de presencialidad” requiere acuerdo “entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación”. Acertada, sin duda, la conclusión de la Sala en este concreto caso. No sólo por el argumento esgrimido en la sentencia (contrariedad legal), sino porque, aunque pudiera entenderse que las partes si han previsto el porcentaje de teletrabajo (alcanzar 70%) y de presencialidad (que sería entonces del 30%), el mismo quedaría en manos de una sola de las partes, siendo aplicable igualmente el art. 1256 CC antes mencionado. Tan solo hay que apuntar que, en el caso examinado, se incumpliría igualmente el art. 7.d) LTD que exige en los trabajos híbridos que conste en los acuerdos de TAD no sólo el porcentaje, sino la concreta “distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia”. Ello, aunque tiene todo el sentido del mundo, porque de tal porcentaje puede depender la propia aplicación de la Ley de Trabajo a distancia (en tanto si el teletrabajo no supera el 30% de la jornada dicha norma no sería aplicable), debe señalarse que en otros casos diferentes al concreto planteado, se podría entender que no se ha producido una modificación del porcentaje de presencialidad o de teletrabajo, es decir, no sería aplicable el art. 8 LTD si, en ejercicio del art. 7 LTD las partes establecen desde el inicio un porcentaje no completamente cerrado e inamovible, pero que deje claro los porcentajes mínimos de trabajo a distancia y los condicione a causas objetivas o subjetivas transparentes y cuyo conocimiento otorgue a ambas partes seguridad jurídica ex ante. En tal caso, en ausencia de abusos o arbitrariedades, no sería necesario poner en conocimiento de los representantes legales la “modificación” del acuerdo a distancia, porque tal previsión sería originaria y ya se habría puesto en su conocimiento desde el minuto cero. Esta posibilidad (porcentajes no cerrados), avanzada por parte de la doctrina, con certeza terminará llegando en algún momento a los tribunales y tendrá aun que ser debatida.

En definitiva, el trabajo a distancia se va perfilando con autoridad judicial, pero quedan aún muchos flecos que nuestro Tribunal Supremo deberá finalmente confirmar.

§ 91 **Videovigilancia de seguridad como prueba de ilícitos laborales ante la sospecha de comportamiento irregular.**

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *La disposición de carteles informativos sobre la instalación de un sistema de videovigilancia de seguridad es suficiente para admitir la validez de la prueba de visionado de imágenes, pues se utilizaron para acreditar un ilícito grave cometido por la persona trabajadora sobre la base de una sospecha indiciaria fundada.*

Palabras clave: *Control empresarial. Cámaras de seguridad. Ilícito grave. Intimidad. Protección de datos.*

Abstract: *The display of informative posters about the implementation of a security video surveillance system is enough to admit the value of the evidence of image viewing, since they were used to demonstrate a serious illegal act committed by the worker person on the basis of a well-founded presumptive doubt.*

Keywords: *Business control. Security cameras. Illegal act. Privacy. Data protection.*

I. Introducción

De todos es sabido que la introducción de nuevas tecnologías en los procesos productivos conlleva como efecto destacado un incremento exponencial de las posibilidades de control empresarial, pues los sistemas de vídeo y audio vigilancia, los instrumentos de geolocalización o las herramientas de monitorización de dispositivos informáticos, correos electrónicos y navegaciones por internet, permiten obtener informaciones exhaustivas sobre el rendimiento, la cantidad y calidad de tareas realizadas, el tiempo empleado, las interrupciones habidas y su frecuencia, los patrones de comportamiento e, incluso, la personalidad de los trabajadores (gustos, ideología, estilo de vida, propensión a contraer enfermedades...), dando forma a una perfecta trazabilidad de sus conductas presentes y futuras hasta el punto de hacerse plenamente transparentes^[1].

La dimensión plurilateral de este fenómeno confluye en un vértice de fácil apreciación, cual es el tratamiento automatizado de datos de las personas trabajadoras, que resulta extraordinariamente útil en la gestión ordinaria de los recursos humanos, permitiendo adoptar decisiones estratégicas a escaso coste, pero, al tiempo, puede poner en riesgo derechos fundamentales como la intimidad, la privacidad, la propia imagen o el habeas data.

La búsqueda de un punto de equilibrio entre, de un lado, el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que los adelantos técnicos ofrecen en la dirección del personal y, de otro, el ejercicio por las personas trabajadoras, en el seno de la relación laboral, de los derechos de ciudadanía, ha sido protagonista de un enorme casuismo

judicial. Algunos avances se han introducido desde el nuevo ordenamiento jurídico de protección de datos a la hora de imponer límites a los poderes directivos empresariales, no en vano tanto el Reglamento UE 2016/679 (RPD) como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDyGDD), establecen una serie de pautas en aras a garantizar el denominado “derecho a la autodeterminación informativa” y el respeto a los “derechos laborales digitales”.

Ahora bien, pese a los pasos dados en la salvaguarda de los márgenes de la autonomía privada y los derechos de la personalidad de la persona trabajadora, lo cierto es que todavía a día de hoy surgen dudas sobre los linderos del poder de supervisión empresarial, tal y como demuestra la Sentencia objeto de comentario, en la que el Tribunal Constitucional entra a desgranar la validez de la prueba proporcionada por unas imágenes vertidas por una cámara de seguridad capaz de ilustrar la comisión de un ilícito laboral justificativo de un despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 119/2022, de 29 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de amparo núm. 7211-2021.

ECLI:ES:TC:2022:119

Fuente: BOE, núm. 262, de 1 de noviembre de 2022.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez.

Votos Particulares: Voto particular formulado por los Excmos. Srs. D. Juan Antonio Xiol Ríos y D. Cándido Conde-Pumpido Tourón; la Excma. Sra. Dña. María Luisa Balaguer Callejón; el Excmo. Sr. D. Ramón Sáez Valcárcel y la Excma. Sra. Dña. Inmaculada Montalbán Huertas.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente Sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por la entidad empresarial Saltoki Araba, S.A., contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de octubre de 2021, y contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2021, que acordó la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia anterior.

El recurso de amparo aquí dilucidado se fundamenta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar por la empleadora los medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), alegando la indebida declaración de ilicitud de una prueba de grabación de imágenes procedentes de una cámara de seguridad, como elemento probatorio determinante de un despido laboral.

El *iter* procesal previo consta de los siguientes hitos:

1.- El Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, en Sentencia de 3 de junio de 2020, declara procedente el despido por transgresión de la buena fe contractual basado en unos hechos que consisten en entregar unos productos propiedad de la empresa a un tercero que abona un dinero en metálico al trabajador del que se apropia, absteniéndose de entregar albarán ni recibo de pago alguno. Como medio de prueba, el juzgado valoró, entre otras, la grabación procedente de una cámara de videovigilancia colocada en el interior del centro de trabajo, dentro del sistema general de seguridad de la empresa, que aparecía anunciado mediante un cartel colocado en el exterior del centro, en el que constaba la mención a “zona videovigilada”. El gerente

de la empresa había apreciado que, en el área del mostrador de atención al público donde prestaba servicios el trabajador, se encontraba una bolsa con el signo identificativo de una empresa de la competencia, conteniendo en su interior un producto de su propia empresa, observando al final de la jornada que la bolsa ya no se encontraba en ese lugar. Ante lo irregular de la situación, comprobó la grabación, advirtiendo la conducta determinante del despido. El órgano judicial de instancia entiende que “el medio de control visual por cámaras no era encubierto ni podía ser desconocido por el trabajador al ... (ubicarse) dentro del centro de trabajo, totalmente a la vista de los trabajadores y del público, con el cartel anunciador de su existencia en el exterior del local..., por lo que no se puede decir que el trabajador no tuviera conocimiento de su existencia, máxime cuando un compañero de trabajo fue despedido tras verificarse por las cámaras de videovigilancia una serie de conductas del mismo” Por todo ello, el juzgado declara que “no se ha producido vulneración de derecho fundamental alguno del trabajador ni, en consecuencia, que estemos ante una prueba ilícita”.

2.- Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de suplicación planteado al entender que la conducta que motivó el despido del trabajador fue acreditada por una prueba ilícita, lo que determina la ilegalidad del resto de la prueba practicada, con la consiguiente declaración de improcedencia del despido. Considera que, en virtud del art. 89.1 LOPDyGDD, la utilización de imágenes para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores exige una información previa, expresa, clara y concisa, ello sin perjuicio de que la información pueda entenderse suficiente en el caso de comisión flagrante de actos ilícitos, cuando exista un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos reconocidos en la materia. Ahora bien, en este caso, en defecto de una información específica de carácter previo a los trabajadores acerca de la medida de control, no cabe afirmar la suficiencia de la posibilidad excepcional de entender suplido ese deber mediante los carteles informativos sobre la existencia de la videovigilancia, pues este sistema de supervisión ya había sido utilizado por el empleador cinco años antes para el despido de otro trabajador, sin que se hubiera procedido a regularizar la situación de la supervisión por cámaras, informando adecuadamente a los trabajadores según exige la normativa. Así, “al no llevar a cabo la actuación que legalizase, de forma ordinaria y natural, respecto a sus trabajadores, la posible anomalía de la carencia de información por parte de estos de la utilización del sistema de videovigilancia también para su actividad laboral; lo que la empresa está realizando con esta omisión es una interpretación unilateral de la facultad excepcional, atribuyéndose medios y facultades que el ordenamiento jurídico solo ha previsto de forma excepcional, y que en modo alguno sirven para omitir los deberes que frente a los derechos fundamentales competen a la empresa”.

3.-El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de concurrencia de identidad con la sentencia aportada como contraste (STS de 31 de enero de 2017 –rec. 331/2015--), argumentando que aun cuando en ambos casos “se produce un visionado de las cámaras de seguridad, no de vigilancia laboral, por parte de los empleadores, y en ambos casos existe información sobre la existencia de dichas cámaras de seguridad, aunque no de la posibilidad de usar las grabaciones con fines disciplinarios”, lo cierto es que “las situaciones” y “los contextos normativos” de una y otra sentencia son distintas. A saber: en el presente supuesto, “la sentencia recurrida entiende que no hay título que legitime el visionado de las cámaras por considerar que la existencia de un previo despido en 2014 impide entender que se trata de un hallazgo casual, porque no puede considerarse tal hallazgo casual cuando un trabajador fue despedido cinco años atrás también tras verificar las cámaras de seguridad, por lo que la sala entiende que el empleador debe regularizar la utilización de dichas cámaras con la información pertinente a los trabajadores”, sin embargo la sentencia de contraste permite acceder a las grabaciones de seguridad al tratarse de un verdadero hallazgo casual, estando la existencia de dichas cámaras advertida. Además, la presente sentencia ha sido dictada tras la entrada en vigor de la LOPDyGDD.

4.- Por providencia de 4 de abril de 2022, el Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que en el mismo concurre una especial trascendencia constitucional, “toda vez que el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental” [art. 50 Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)], no en vano se trata de valorar la repercusión que la entrada en vigor de la LOPDyGDD pueda tener en la doctrina previa sobre las imágenes captadas por una cámara de seguridad instaladas en una empresa para su utilización en el marco de un despido disciplinario.

IV. Posición de las partes

La empresa recurrente en amparo argumenta los dos siguientes extremos: de un lado, la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la inadmisión indebida de la prueba de grabación de imágenes ha determinado, a su vez, la falta de eficacia de la prueba testifical del gerente de la empresa, cuando declaró que el trabajador había reconocido los hechos a su presencia, hecho admitido por las sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, sin embargo, al no ser valorado en la sentencia impugnada, le coloca en una situación de indefensión; de otro, la transgresión de su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), alegando que reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que este derecho impide al órgano judicial denegar una prueba oportunamente propuesta con fundamento en una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, que es lo que habría sucedido en este caso, pues la declaración de ilicitud de la prueba videográfica se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la suficiencia del cumplimiento del deber de información mediante la instalación de carteles informativos para el ejercicio del control laboral de los trabajadores en los casos en que existan sospechas de delito flagrante.

En su escrito de alegaciones, la parte recurrente insiste en que el trabajador conocía la existencia de cámaras de seguridad, no solo por la colocación del correspondiente distintivo en la sede de la empresa, sino porque las cámaras no estaban ocultas y ya habían sido utilizadas como prueba en un despido anterior, cumpliendo además la medida adoptada los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, para la entidad recurrente, “la falta de información específica sobre la finalidad de control laboral y su posible uso para fines disciplinarios no comporta la invalidez de la prueba, ni excluye la validez del procedimiento sancionador, (máxime cuando)... no sólo era conocida la existencia de dichas cámaras de seguridad por parte del trabajador, así como el uso que se podía hacer de estas por parte de la empresa, sino que había razonables sospechas de que se podía haber producido una apropiación indebida por parte de alguno de los trabajadores de la empresa, [...] siendo entonces, tras esas sospechas, cuando se decide comprobar las cámaras de seguridad de la zona de caja, que captaron la comisión flagrante de un acto ilícito, que posteriormente fue reconocido expresamente por el trabajador”.

El Ministerio Fiscal apunta que, como regla general, el ejercicio del poder de control mediante cámaras exige que el empresario informe de la colocación de dichas cámaras de manera expresa, clara, concisa y precisa, como medio de control laboral (art. 89.1 LOPDyGDD). La excepción vendría dada, tal y como sucede en este caso, por la comisión de un delito flagrante, en cuyo caso, el uso de las cámaras será válido siempre que se hubiera colocado en lugar visible un distintivo que advierta de la existencia del sistema de videovigilancia, por expresa remisión del art. 89.1 a lo dispuesto en el art. 22.4 LOPDyGDD.

Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, el Ministerio Fiscal señala que las cámaras estaban situadas en un lugar abierto al público, claramente visibles; se utilizaron para comprobar lo sucedido en un espacio de tiempo y lugar muy concretos; y existía información pública de la colocación del dispositivo. Del mismo modo, se cumplía con los criterios de proporcionalidad, pues la medida estaba justificada porque

existía una razonable sospecha de apropiación de un objeto de la empresa; era idónea para verificar los hechos; también era necesaria, porque era el único medio fiable para conocer lo que había sucedido; y, finalmente, resultaba equilibrada, porque se limitaba a una zona y lapso temporal concretos.

Sobre esa base, el Ministerio Fiscal considera que la apreciación de la ilicitud de la prueba vulneró el art. 24 CE, al entender que se hizo una interpretación de la legislación vigente que califica como arbitraria, irracional o ilógica. A estos efectos, entiende que la utilización de las imágenes como medio de prueba estaba amparada por lo dispuesto en los arts. 22.4 y 89.1 LOPDyGDD, careciendo de todo apoyo legal y jurisprudencial la argumentación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia basada en la ilicitud de la prueba por la utilización de las grabaciones a los mismos efectos en un despido ocurrido cinco años antes, y la supuesta inactividad posterior del empresario en la información facilitada a los trabajadores que, por el contrario, y precisamente por haber sucedido esos hechos, debían tener conocimiento de la instalación de las cámaras y de su utilización a efectos disciplinarios. Por todo ello, el Fiscal interesa la estimación del recurso y el otorgamiento del amparo a la entidad recurrente, declarando que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la prueba (art. 24.2 CE), con el consiguiente restablecimiento en su derecho. A tal fin, considera que, dado que el único motivo del recurso de suplicación era la ilegalidad de la prueba, no procede la retroacción de las actuaciones para que se dicte una nueva sentencia, sino que, en cambio, por razones de economía procesal, lo que procede es declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, quedando firme la Sentencia del Juzgado de lo Social.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos constitucionales y legales confluyen en el presente supuesto:

--Art. 18.4 CE: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

--Ar. 24.1 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

--Art. 24.2 CE: "Asimismo, todos tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa".

--Art. 22.4 LOPDyGDD: "El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679".

--Art. 89.1.1 LOPDyGDD: "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 o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, 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 o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida".

--Art. 89.1.2 LOPDyGDD: "En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica".

--Art. 20.3 ET: "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: “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”.

VI. Doctrina básica

El parecer mayoritario del Tribunal Constitucional considera que han sido vulnerados los derechos fundamentales alegados por la empresa a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), pues las imágenes obtenidas no eran lesivas de los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) ni, especialmente, a la protección de datos del trabajador (art. 18.4 CE). Señala que si bien no se había verificado el cumplimiento del deber de información específico (previo, claro, preciso y conciso) a los trabajadores, la existencia de carteles informativos sobre la instalación del sistema de videovigilancia era suficiente, pues las imágenes se utilizaron para acreditar un hecho flagrante sobre la base de una sospecha indiciaria concreta, como era la irregularidad manifiesta de guardar un producto de la empresa dentro de una bolsa con el logotipo de una corporación de la competencia en un lugar no habilitado a tal efecto, del que desapareció al día siguiente. Afirma, además, que la circunstancia de que las cámaras hubieran sido utilizadas para la misma finalidad en el año 2014 (despido de otro trabajador) no puede ser valorado en perjuicio de la empresa, ya que ello no afecta a la flagrancia de la conducta del trabajador. En definitiva, no concurre un verdadero motivo jurídico para reputar ilícita la grabación audiovisual enjuiciada y negar su eficacia probatoria.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Constitucional en su sentir mayoritario estima el recurso de amparo formulado por la empresa en los siguientes términos:

1º.- Declara que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.- Ordena restablecer a la empresa en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia núm. 1211/2020, de 6 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 956-2020; y del auto de 14 de septiembre de 2021, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por el que se acordó la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 28-2021, interpuesto contra la anterior; quedando firme la sentencia de 3 de junio de 2020 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, dictada en el marco del procedimiento núm. 449-2019.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Constitucional en su sentir mayoritario, después de realizar un repaso general de la doctrina constitucional y europea, reconduce los términos del debate a la decisión sobre la licitud o no de la prueba videográfica analizando la posible vulneración de dos derechos fundamentales: por un lado, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y, por otro, el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE). La lesión de ambos derechos se entiende descartada, a saber:

1.-En lo que se refiere al primero, el canon de control de constitucionalidad de la medida de colocación de cámaras y la consiguiente grabación y utilización de las imágenes captadas en el ámbito disciplinario laboral exige un juicio de proporcionalidad entre los distintos derechos e intereses en presencia que, partiendo de la finalidad legítima de la medida, permita valorar su idoneidad, necesidad y estricta

proporcionalidad. Así, el Tribunal Constitucional apunta que en este caso: a) La medida estaba justificada, porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular del trabajador que debía ser verificada; b) La medida puede considerarse como idónea para la finalidad pretendida, que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes; c) La medida era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral. Cualquier otra medida habría advertido al trabajador, haciendo entonces inútil la actuación de la empresa. d) Finalmente, la medida puede considerarse como proporcionada atendiendo a diversos elementos de juicio, pues, en primer lugar, las cámaras no estaban instaladas en lugares de descanso, ocio o de carácter reservado, en los que existiera una expectativa razonable de privacidad, sino que estaban instaladas en zonas de trabajo abiertas a la atención al público; en segundo lugar, las cámaras no estaban instaladas de forma subrepticia, sino que estaban ubicadas en lugares visibles, tanto para los trabajadores del establecimiento como para el público en general; en tercer lugar, las cámaras no fueron utilizadas con carácter generalizado o indefinido, o para realizar una investigación de carácter prospectivo, sino para verificar la posible existencia de una conducta irregular detectada el día anterior.

Por lo tanto, el grado de intromisión en la esfera de la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE), en términos de espacio y tiempo, no puede considerarse, a juicio mayoritario del Tribunal Constitucional, como desequilibrado frente a los derechos e intereses de la empresa en la detección y sanción de las conductas atentatorias contra la buena fe contractual, en el marco del ejercicio de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa, reconocidos en los arts. 33 y 38 CE, respectivamente. En definitiva –permítase la reiteración–, puede descartarse que se haya producido una lesión del derecho a la intimidad personal del trabajador consagrado en el art. 18.1 CE.

2.- Por lo que afecta al derecho a la protección de datos, el Tribunal Constitucional recuerda, en su parecer mayoritario, que aun cuando la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual, lo cierto es que subsiste el deber de información del empresario, cumplimentado de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la propia LOPDyGDD permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo. Es más, el hecho de que las cámaras hubieran sido utilizadas para la misma finalidad en el año 2014 no puede ser valorado en perjuicio de la empresa. Antes al contrario, este hecho pone de manifiesto que el trabajador, con una antigüedad en la empresa desde el año 2007, conocía y era consciente de la existencia de las cámaras y de su eventual utilización para fines laborales disciplinarios. En consecuencia, en el presente caso, no se ha producido vulneración alguna de la normativa sobre protección de datos de carácter personal y, por lo tanto, del derecho fundamental correspondiente. La empresa había colocado el correspondiente distintivo en lugar visible, ajustado a las previsiones legales en materia de protección de datos. Las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó flagrante, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta, como era la irregularidad manifiesta de guardar un producto de la empresa dentro de una bolsa con el logotipo de una corporación de la competencia, en un lugar no habilitado a tal efecto, del que desapareció al día siguiente. En definitiva, resultaba

válida la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por un trabajador.

IX. Comentario

Principio clave en el sistema de protección de datos es aquel en virtud del cual el interesado pueda conocer en todo momento quién, cómo y para qué se están tratando, así como cuáles son los extremos que están siendo almacenados y si ha habido incidencias que afecten a sus derechos como titular de los mismos, siendo consciente de la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a sus datos personales y su rectificación o supresión, la limitación en su utilización o la posibilidad de oponerse. Es decir, aunque no se exija el consentimiento del asalariado en el marco del contrato de trabajo, es necesario que el empresario observe el deber de información.

La observancia de este principio de transparencia adquiere protagonismo destacado en el ejercicio de los poderes empresariales de vigilancia y control. En concreto, el art. 89.1.1 LOPDyGDD exige que los empleadores informen “con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa a los trabajadores... y, en su caso, a sus representantes, acerca del control desplegado a través de cámaras, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17 de octubre de 2019, asunto *López Ribalta II*.

Ahora bien, pese a esta regla general, cabe preguntarse si este deber de información se debe de aplicar siempre y en cualquier caso que se utilicen cámaras como instrumento de control laboral. El simple recurso a la lógica lleva a una respuesta negativa, pues el carácter absoluto de tal observancia privaría de eficacia, en algunas hipótesis a la obtención de pruebas de ilícitos graves cometidos por los trabajadores al servir de alerta disuasoria.

La propia LOPDyGDD incorpora un matiz a la regla general. Así, siguiendo igualmente el parecer del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la mencionada Sentencia *López Ribalta II*, así como del propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/2016, de 3 de marzo, establece que “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 existe al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4” (esto es, se haya colocado un distintivo informativo en lugar suficientemente visible, indicando al menos la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los arts. 15 a 22 RPD, esto es, acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión).

El art. 89 LOPDyGDD distingue, por tanto, dos tipos de videovigilancia: la permanente u ordinaria, respeto de la cual se exige información previa, expresa, clara e inequívoca; y la extraordinaria, que se permite únicamente en los supuestos de “flagrante acto ilícito” contando la cámara de seguridad con el mencionado distintivo informativo.

Dentro de la segunda modalidad, encaja el sentir mayoritario del Tribunal Constitucional el supuesto aquí enjuiciado, admitiendo, si bien con un voto particular al que se adhieren cinco magistrados, la prueba videográfica para justificar un despido ante la puesta de manifiesto de un hecho irregular por parte de la gerencia (guardar un producto de la empresa dentro de una bolsa con el logotipo de una empresa de la competencia, en un lugar no habilitado a tal efecto, del cual desapareció al día siguiente), que dio pie al visionado de las cámaras de seguridad, instaladas en los lugares de atención al público. No consta que los trabajadores hubieran recibido la información previa y expresa de la colocación de las cámaras y de su eventual uso con fines disciplinarios, pero la instalación constaba del pertinente distintivo y se trataba de un hecho conocido por los asalariados, pues en el año 2014 se había acordado el despido de un empleado de la misma empresa, motivado por la constatación de una conducta ilegal mediante la utilización de las imágenes captadas por dichas cámaras de seguridad. Entiende el Tribunal Constitucional en su parecer mayoritario que –

permítase la reiteración-- no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa por los trabajadores. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de video vigilancia puede utilizarse en su contrata, cualquier persona trabajadora ha de ser consciente de la misma consecuencia. En resumen, aun cuando el Tribunal Constitucional no quiere marginar la responsabilidad de la empresa en el incumplimiento de su deber de información, excluye que de ese extremo se pueda deducir la invalidez de la utilización de esas imágenes en los casos de conducta ilícita flagrante en el marco laboral.

Frente a esta conclusión, el voto particular entiende, en primer lugar, que la demanda de amparo debería de haberse desestimado, toda vez que el único contenido del derecho a la prueba controvertido tanto en vía judicial como ante el propio Tribunal Constitucional es la validez de las aportaciones videográficas para incorporarse al acervo probatorio justificativo del despido sin vinculación con ningún derecho fundamental sustantivo de la empresa, no en vano la resolución impugnada estaba fundamentada en Derecho, con cita expresa de los preceptos legales que le dan cobertura, sin que resulte arbitraria o irrazonable su selección, interpretación o aplicación. A partir del tenor literal del art. 89.1 LOPDyGDD, y de la constatación de que establece una regla general —deber específico del empleador de comunicación a los trabajadores y/o sus representantes de la existencia de un sistema de videovigilancia con fines de control del cumplimiento de las obligaciones laborales— y una posibilidad excepcional —suficiencia de carteles advirtiendo de la existencia de un control videográfico cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito—, la resolución impugnada desarrolla suficientemente las razones por las que se considera que esa posibilidad excepcional estaba vedada en este caso ante el prolongado incumplimiento por parte del empleador de su deber específico de información una vez que ya fue excepcionado cinco años atrás en un supuesto semejante sin que hubiera regularizado esa falta de comunicación. En definitiva, el voto particular afirma que la exclusión de la grabación se motiva con fundamento en la regulación legal, la finalidad de tutela de los derechos de los trabajadores y la diligencia exigible al empleador para lograr tal fin. Todo ello lleva a excluir que la decisión judicial justificativa de la invalidez de la prueba resulte meramente voluntarista o incurra en un razonamiento patentemente arbitrario, irrazonable o erróneo para cualquier observador que la haga contraria al deber constitucional de motivación concernido, lo que hubiera debido ser razón suficiente para desestimar la vulneración del derecho a la prueba y denegar el amparo, pues el objeto de este recurso “no es garantizar la correcta aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales, sino la tutela frente a las vulneraciones de estos derechos”.

No obstante este óbice sustancial de admisibilidad del recurso, el voto particular entra a valorar el juego entre la regla general (información con carácter previo y de forma expresa, clara y concisa acerca de la existencia de un sistema de videovigilancia con fines de control del cumplimiento de las obligaciones laborales) (art. 89.1.1 LOPDyGDD) y la excepción (cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito, siendo suficiente en tal caso la presencia de dispositivos informativos genéricos advirtiendo de la existencia de un control videográfico) (art. 89.1.2 LOPDyGDD). Entiende que el legislador orgánico exige que se informe a los trabajadores de manera específica y diferenciada a la del público en general sobre la existencia de un sistema de control videográfico y de los eventuales fines disciplinarios de las imágenes captadas. Este deber no es un mero formalismo, sino una garantía material del derecho fundamental a la protección de datos, de manera que su incumplimiento haya de dar lugar no solo a eventuales responsabilidades del empleador sino a la nulidad del tratamiento de las imágenes obtenidas y su exclusión probatoria de cualquier proceso judicial de un acto ilícito en que pretendan ser utilizadas por aquel.

Añade el voto particular que en este contexto normativo, la posibilidad excepcional de que en el caso particular de la flagrancia resulte suficiente como garantía del

derecho fundamental el cumplimiento del deber genérico de información mediante dispositivos que adviertan de la existencia del sistema de control videográfico tiene necesariamente un alcance muy limitado (de naturaleza excepcional), exigiendo que se den cumplidas razones por parte del empleador respecto del incumplimiento del deber ordinario de información.

Una interpretación distinta estaría poniendo, según el voto particular, en un mismo nivel valorativo la regla general y la excepción, propiciando que el empleador optara por el incumplimiento continuado de la regla general relativa al deber específico de información a sus trabajadores fiándolo todo, ante la existencia de carteles genéricos informativos, a la eventual concurrencia de la flagrancia en la captación para legitimar el uso disciplinario de las imágenes obtenidas.

Es más, sigue argumentando el voto particular que el visionado de la cinta que dio lugar a la obtención de las imágenes en que se captaron los hechos que acarrearón el despido no constituyó un hallazgo casual, pues tal visionado traía causa de previas sospechas sobre una eventual conducta ilícita del trabajador despedido, de manera que deviene inviable la aplicación del art. 89.1.2 LOPDyGDD.

X. Apunte final

Aun cuando la LOPDyGDD ha introducido pautas seguras a la hora de establecer límites en el ejercicio del poder de control empresarial a través del sistema de videovigilancia recogiendo doctrina judicial previa, lo cierto es que todavía surgen dudas a la hora de deslindar tres posibles supuestos^[2]:

--las supervisiones ordinarias, que siempre deben venir acompañadas del cumplimiento del deber de información "previa, expresa, clara y concisa" (art. 89.1).

--las supervisiones excepcionales instrumentadas a través de cámaras de seguridad, que hayan captado la comisión flagrante de un acto ilícito (hallazgo casual), admitidas cuando existiese al menos el dispositivo identificativo (art. 89.1.2).

--y las supervisiones ocultas, todavía más excepcionales, no reguladas en la LOPDyGDD, que solo cabe desplegar de manera individualizada cuando concurren sospechas fundadas de comportamientos irregulares graves que apuntan a determinados sujetos capaces de poner en peligro el patrimonio o los intereses legítimos empresariales (robos, hurtos, apropiaciones indebidas de productos concretos, revelación de secretos...), que nunca deben extenderse más allá, bajo la observancia estricta del principio de proporcionalidad y minimización, del cumplimiento de su finalidad de verificar si un concreto trabajador ha cometido efectivamente los ilícitos sospechados, finalidad que quedaría frustrada ante algún tipo de alerta informativa.

De la necesidad de aquilatar estos tres variados supuestos dan muestra también recientes sentencias del Tribunal Supremo, en concreto, a título meramente ejemplificativo, de 30 de marzo de 2022 (rec. 1288/2020), referida a un supuesto de videovigilancia de seguridad en la cafetería de un aeropuerto realizada ex post tras la denuncia de un cliente en una red social limitado a la trabajadora afectada y al tiempo constatado en la denuncia, o de 22 de julio de 2022 (rec. 701/2021), que reconoce la validez de la prueba videográfica aportada para justificar el cese de una empleada de hogar por sustracción de dinero y joyas derivada de la instalación de una cámara que enfocaba directamente el armario donde se encontraba una caja fuerte sin informar a la trabajadora, toda vez que en la grabación se observa que la empleada manipula dicho elemento que previamente se había denunciado un robo de 30.00 euros en dicho domicilio.

Sin duda, los sucesivos pronunciamientos judiciales irán pergeñando los términos del debate apuntando las premisas sobre las que se asienta la nueva regulación de la videovigilancia empresarial incorporada al ordenamiento de protección de datos. A buen seguro, el análisis de los casos concretos ayudará, de un lado, a perfilar conceptos indeterminados como "comisión flagrante de un acto ilícito" para la

aplicación de las exigencias de la videovigilancia de seguridad y, de otro, a articular el juego entre el principio de información y sus posibles matizaciones.

Referencias:

1. ^ MERCADER UGUINA, J.R.: “La transformación de la empresa en la era de la disrupción tecnológica”, en AA.VV (LÓPEZ BALAGUER, M., Coord.): *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 183.
2. ^ NAVARRO NIETO, F.: “La videovigilancia empresarial frente a ilícitos laborales. Comentario a la STC 119/2022, de 29 de septiembre”, *Diario La Ley*, 24 de noviembre de 2022.

- § 92 **Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y dilaciones estructurales. Vulneración. Demora desproporcionada e injustificada de la resolución (de más de tres años para la celebración del acto de conciliación previa y juicio) de proceso de reclamación de indemnización (por incumplimiento de formalización de contrato posdoctoral).**

María Emilia Casas Baamonde

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

Resumen: *El Tribunal Constitucional ampara al demandante frente a la lesión de su derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE) causada por la decisión de un juzgado de lo social de admitir su demanda y señalar su resolución diferida en el tiempo en unos plazos extraordinariamente dilatados de tres años y cinco meses en el primero de los señalamientos, y casi dos años en el segundo señalamiento, anticipado por el órgano judicial tras la interposición del recurso de amparo constitucional, dilación motivada por la sobrecarga del trabajo del juzgado.*

Palabras clave: *Proceso en tiempo razonable. Dilaciones indebidas. Sencillez del litigio. Demoras estructurales. Justicia deficitaria. Funcionamiento anormal de la Administración de justicia.*

Abstract: *The Constitutional Court protects the claimant against the infringement of his fundamental right to a public process without undue delay (article 24.2 EC) caused by the decision of a social court to admit his claim and indicate its resolution deferred in time in about extraordinarily long terms of three years and five months in the first of the judge's pointing, and almost two years in the second judge's pointing, brought forward by the judicial body after the filing of the appeal for constitutional amparo, delay caused by the overload of work of the court.*

Keywords: *Process in reasonable time. Undue delay, simplicity of litigation. Structural delays. Deficit justice. Abnormal functioning of the administration of justice.*

I. Introducción

La Constitución reconoce en su artículo 24.2 el derecho de todas las personas a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. También lo reconoce el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dentro de las garantías del derecho a un proceso equitativo, enunciado, en su apartado 1, como el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y *dentro de un plazo razonable*, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley [...]. Y aunque este precepto convencional no es canon de constitucionalidad, tiene la virtualidad interpretativa cualificada del derecho fundamental proclamado por nuestra Constitución que le atribuye el artículo 10.2 de la propia Constitución y que se extiende

a las sentencias de su órgano de garantías, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No es razonable un plazo de tres años y casi cinco meses desde la interposición de la demanda, el 24 de junio de 2021, hasta el señalado por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla para los actos de conciliación y juicio, el día 7 de noviembre de 2024. A todas luces excesivo, y sin condicionantes que pudieran justificarlo (el litigio no presentaba especial complejidad, mientras que su resolución, de estimarse la demanda de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, podía advenir a mitigar la situación de falta de ingresos del demandante causada por la no formalización del contrato posdoctoral; y sin que las deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales pudiesen excusar el retraso ni impedir su denuncia a los demandantes de tutela judicial), produjo la vulneración del derecho fundamental del demandante y recurrente de amparo a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de nuestra Constitución.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional, Sala Primera.

Número de resolución judicial y fecha: 125/2022, de 10 de octubre

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de amparo núm. 125/2022, de 10 de octubre.

ECLI:ES:TC:2022:125.

Fuente: BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2022.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Inmaculada Montalbán Huertas.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema se suscita por el señalamiento judicial, demorado en el tiempo por más de tres años, para la resolución de un litigio de reclamación de un resarcimiento indemnizatorio por incumplimiento de la formalización de un contrato de trabajo. El Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla aduce su falta de responsabilidad en la dilación del señalamiento para los actos de conciliación y juicio ante la sobrecarga de trabajo y la falta de medios materiales y personales para asumirla en tiempo que soporta.

1. Hechos

El 24 de junio de 2021, el actor presentó demanda contra la Universidad de Sevilla reclamando una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la formalización de contrato postdoctoral. El 13 de julio de 2021, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla dictó decreto por el que admitía a trámite la demanda, señalaba el acto de conciliación previo al juicio para el día 7 de noviembre de 2024, a las diez y diez horas, y, para el caso de que no se lograra avenencia, el acto del juicio para ese mismo día a las diez y cuarenta horas.

El demandante interpuso entonces, ante la excesiva distancia temporal del señalamiento, recurso de reposición, denunciando la vulneración del artículo 82 de la LRJS, del artículo 182 de la LEC y de los artículos 24, apartados 1 y 2, CE y 6.1 del CEDH. Fue desestimado por decreto de 19 de octubre de 2021, razonando el Juzgado que "el señalamiento se ha realizado conforme a los criterios generales dados por S. S^a. y teniendo en cuenta la sobrecarga de trabajo que pesan (*sic*) sobre los juzgados de lo social, que han visto considerablemente incrementados (*sic*) su volumen de trabajo como resulta notorio y es fácilmente constatable con los datos de entrada de asuntos; situación que ha llevado a las dilaciones existentes en los señalamientos; sin

duda perjudicial para el justiciable y no imputable al juzgado”; todo ello “sin perjuicio de tomar nota para el caso de que se produzca desistimiento o conciliación de juicios señalados con anterioridad y se pueda adelantar la fecha de señalamiento” [I. Antecedentes, 2.d)].

Recurrido el decreto de 19 de octubre de 2021 por considerar el demandante que las deficiencias permanentes del juzgado no justificaban el retraso ni el perjuicio de su derecho según doctrina constitucional reiterada, su recurso de revisión fue asimismo desestimado por auto de 23 de noviembre de 2021. Señaló el Juzgado que la motivación impugnada era suficiente y no causante de indefensión al ser el demandante conocedor de la situación de los juzgados de Sevilla, causa del retraso del señalamiento. Insistió el Juzgado en su falta de medios: “solo tenía sala de vistas a su disposición dos días a la semana —ampliables excepcionalmente a un tercer día bajo petición— días durante los cuales se celebraban entre quince y diecisiete vistas, excediéndose con creces las horas de audiencia pública. Se argumentaba finalmente que debía también respetarse el derecho a la defensa de las partes en juicio y a que las resoluciones tengan una motivación suficiente, lo que “implica que la celebración de juicios y el dictado de resoluciones requiera cierto tiempo, lo que extraña (sic) que el exceso de trabajo impida señalar los juicios respetando los plazos procesales” [I. Antecedentes, 2.f)].

Mediante diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2022, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla adelantó la fecha del señalamiento para los actos de conciliación y juicio al día 19 de abril de 2023, una vez que le fue comunicada la interposición de la demanda de amparo.

2. *Antecedentes*

El recurso de amparo se interpone frente al decreto del Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla, de 13 de julio de 2021, que admitió a trámite la demanda del recurrente contra la Universidad de Sevilla, interpuesta por procedimiento ordinario 780-2021, y señaló la celebración de los actos de conciliación previa y juicio para el día 7 de noviembre de 2024 a las diez y diez horas, y, para el caso de que no se lograra avenencia, el acto del juicio para ese mismo día a las diez y cuarenta horas; al decreto de 19 de octubre de 2021, que desestimó el recurso de reposición contra el decreto de admisión y señalamiento; y al auto de 23 de noviembre de 2021, que desestimó el recurso de revisión interpuesto contra el decreto de 19 de octubre.

IV. Posición de las partes

1. *El recurrente*

Admitiendo la sobrecarga de trabajo de los juzgados de lo social de Sevilla y la carencia de medios personales y materiales, el recurrente denuncia que el señalamiento tan desproporcionadamente alejado en el tiempo de los actos de conciliación previa y juicio, para tres años y casi cinco meses desde la presentación de la demanda, constituye una dilación indebida, totalmente injustificada, tanto por la falta de complejidad del litigio, como por la invalidez de la alegación judicial de defectos estructurales para desconocer el derecho de todas las personas al respeto de un plazo razonable en la prestación de justicia, según doctrina reiterada del TEDH (STEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España*), asumida después y no sin dificultades por el Tribunal Constitucional. El exceso del plazo era, en el caso, manifiesto y extraordinario en comparación con el plazo medio de resolución de asuntos en los juzgados de lo social de España y de Andalucía -aportó en la demanda extracto de la estadística judicial del Consejo General del Poder Judicial relativa a la actividad de los juzgados de lo social en general y de los de Sevilla en particular-, y la respuesta del juzgado, en su decreto de 19 de octubre de 2021 de desestimación de su recurso de reposición, de “tomar nota” para tratar de adelantar la convocatoria de los actos de conciliación y juicio si quedaban huecos libres en su agenda -lo que, en efecto, haría- no se compadecía mínimamente con el principio de seguridad jurídica. El Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla, con su proceder procesal, había vulnerado su

derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas del art. 24.2, y por consecuencia, su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, manifestando que una justicia tardía, no es justicia. También había incurrido el Juzgado en falta de motivación en la resolución impugnada en relación con el excesivo intervalo temporal del señalamiento.

En el suplico de la demanda solicitó el recurrente el reconocimiento de la lesión de sus derechos fundamentales a un proceso sin dilaciones indebidas y a la tutela judicial efectiva por el señalamiento de los actos de conciliación y juicio para el día 7 de noviembre de 2024; la declaración de nulidad del decreto de 13 de julio de 2021 y de las dos resoluciones que desestimaron sus recursos de reposición y revisión; y un nuevo señalamiento por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla respetuoso de sus derechos fundamentales lesionados.

Mediante escritos posteriores, ampliatorios de la demanda de amparo, de 19 de enero, 3 de febrero y 8 de febrero de 2022, se incorporó a los autos documentación adicional —notificaciones de otros juzgados de lo social de Sevilla, notas de prensa, publicaciones en redes sociales, queja presentada ante el Consejo General del Poder Judicial y resolución de la misma— para justificar la especial trascendencia constitucional del recurso: la vulneración denunciada no constituía un caso aislado sino una práctica recurrente de los juzgados de lo social y de primera instancia de Sevilla, con el consiguiente incumplimiento general y reiterado por la jurisdicción ordinaria de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Se informaba asimismo de la comunicación efectuada al Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla acerca de la interposición de recurso de amparo, habiéndose limitado el juzgado a tomar conocimiento de esta circunstancia mediante diligencia de ordenación de 19 de enero de 2022.

Todavía el 17 de marzo de 2022 el demandante de amparo presentó nuevo escrito para incorporar al procedimiento la diligencia de ordenación del Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla de 15 de febrero de 2022, que acordaba adelantar los actos de conciliación previa y juicio al 19 de abril de 2023; el recurso de reposición del recurrente contra dicha resolución, fundado en los mismos motivos que sus anteriores recursos; y el decreto dictado por el juzgado de lo social de 11 de marzo de 2022, de desestimación del recurso de reposición “por los mismos motivos y argumentos que en el decreto de 18 de octubre de 2021 (*sic*) se habían señalado, y que por ello no se volverán a reproducir nuevamente” (I. Antecedentes, 5).

El 9 de mayo de 2022 la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó providencia en la que acordó admitir a trámite el recurso de amparo. El recurrente presentó escrito de alegaciones el 25 de junio de 2022, reiterando en esencia el contenido de la demanda inicial y de los escritos ampliatorios posteriores.

2. *La Universidad de Sevilla*

Comparecida en el proceso de amparo mediante escrito de 30 de mayo de 2022. Por personada, no formuló alegaciones.

3. *El Ministerio Fiscal*

Mediante escrito de 13 de julio de 2022 el Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Negó, en cambio, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su dimensión material de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), por lo demás marginal en la demanda de amparo frente a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por considerar que la insuficiente motivación del decreto del juzgado de lo social de 13 de julio de 2021 había resultado subsanada por la motivación de las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y revisión.

Con carácter previo, el Fiscal descartó la eventual pérdida sobrevenida de objeto que pudiera derivar del adelanto por el juzgado de lo social, a través de diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2022, de la fecha señalada para la celebración de los actos de conciliación previa y juicio al día 19 de abril de 2023. La nueva fecha señalada para los actos de conciliación y juicio seguía estando excesivamente en el tiempo. De otra parte, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de acuerdo con la doctrina constitucional (STC 141/2010), se vería desprovisto del contenido que le es propio al depender la existencia de dilación indebida de la decisión de cada órgano judicial ante el hecho exclusivo de la interposición del recurso de amparo, que se desnaturalizaría si se utilizara como medio conminatorio sobre el órgano judicial y no como medio reparador de las lesiones de los fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza.

El otorgamiento del amparo no habría de exigir, sin embargo, un nuevo señalamiento anticipado para evitar eventuales perjuicios a terceros demandantes en otros asuntos seguidos ante el mismo juzgado. Siendo estructurales las causas de las dilaciones indebidas, solicita el Fiscal que se dé traslado de la sentencia dictada al Consejo General del Poder Judicial y al Ministerio de Justicia.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución

- “Artículo 24

[...]

Asimismo todos tienen derecho [...] a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías [...]

VI. Doctrina básica

1. *La identificación del derecho fundamental vulnerado objeto de la demanda de amparo: el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas como derecho autónomo, exclusivamente*

La sentencia del Tribunal Constitucional precisa que el objeto del recurso de amparo es la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE, pues, en la argumentación de la demanda de amparo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es meramente consecencial a la vulneración de aquel derecho sin obtener autonomía propia sobre la infracción del derecho a una motivación fundada en Derecho, no incurso en error de hecho patente, irrazonabilidad o arbitrariedad. Las referencias a la motivación lo son a la empleada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla precisamente para justificar precisamente la dilación indebida. De modo que, tratándose de dos derechos fundamentales distintos, solo el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas es el afectado, pese a las estrechas conexiones entre ambos derechos, ya que “el derecho a la jurisdicción contemplado en el art. 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse” (FJ 1).

2. *El recurso de amparo no perdió objeto de forma sobrevenida por causa del adelantamiento del señalamiento por el juzgado de lo social*

Como quedó dicho, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla adelantó la fecha del señalamiento para los actos de conciliación y juicio al día 19 de abril de 2023. Lo hizo mediante diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2022, tras entrar en conocimiento de la interposición del recurso de amparo.

La sentencia, en su FJ 2, aplica doctrina, ya sentada y reiterada por el Tribunal (SSTC 141/2010, 54/2014, 58/2014, 99/2014 y 87/2015), que niega que las dilaciones indebidas denunciadas puedan resultar subsanadas por la actuación tardía del órgano judicial que las ha causado, ya que, en caso contrario, el derecho fundamental quedaría desustancializado y anulado, sin su contenido y eficacia propios, y dejado al

libre arbitrio del órgano judicial, al tiempo que el recurso de amparo perdería su función de reparación de las vulneraciones de los derechos fundamentales para ser utilizado “como instrumento conminatorio sobre el órgano judicial”. En este caso, el recurrente había utilizado inútilmente los instrumentos procesales que tenía disponibles para adelantar el señalamiento, el adelantamiento solo se produjo unos días después de que el juzgado de lo social conociese la formalización de la demanda de amparo, además de que el anticipo decidido por el juez seguía produciendo una notable dilación injustificada de casi dos años desde el dictado de la providencia de admisión y desde la formulación de la demanda del recurrente contra la Universidad de Sevilla, en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la formalización de contrato postdoctoral. El amparo no había perdido objeto.

3. Sobre el derecho fundamental a no sufrir dilaciones indebidas, aunque sean estructurales

Reitera la sentencia, de la mano de la jurisprudencia constitucional, el necesario examen, en cada proceso, del concepto de “dilaciones indebidas”, un concepto jurídico indeterminado que necesita identificar la dilación -su existencia efectiva- y su carácter injustificado o indebido. Y efectúa un recorrido por la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental, doctrina de cierta entidad cuantitativa, al que destina su FJ 3.

Precisa en negativo que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, por lo que no todo incumplimiento de los plazos procesales o la excesiva tardanza en la tramitación de las actuaciones suponga automáticamente su vulneración (SSTC 153/2005, FJ 2; 142/2010, FJ 3). Es obligado atender a la dimensión temporal de cada proceso y a su razonabilidad.

De acuerdo con los criterios objetivos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del artículo 6.1 del CEDH, sobre el derecho a un proceso equitativo, que enmarca su desarrollo “dentro de un plazo razonable” -la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce en su art. 47 el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial en términos idénticos a los del art. 6.1 CEDH- y recoge, entre otras, la STEDH de 20 de diciembre de 2016, asunto *Ruiz-Villar c. España* (§§ 17.22)^[1], y de acuerdo con la propia y abundante doctrina constitucional, citada, la determinación de la existencia de dilaciones indebidas resultará, en cada proceso, del juego de (i) la complejidad del litigio; (ii) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; (iii) el interés que arriesga el demandante de amparo; (iv) su conducta procesal; y (v) la conducta de las autoridades.

Sobre la dificultad del litigio, afirma la sentencia que su falta de complejidad -incluso el hecho de que el interés arriesgado por el demandante no fuera especialmente relevante, lo que en el caso no sucedía- no justifican unos plazos de resolución extraordinariamente superiores a los legalmente marcados. Lo que, sin embargo, no es óbice para apreciar la vulneración del derecho, como lo demuestra, entre otras, la STC 125/1999 sobre despido, caso en el que habían transcurrido más de diez meses desde la celebración del acto del juicio sin dictarse sentencia.

En cuanto a la dimensión temporal de los litigios, el Tribunal Constitucional había apreciado la existencia de dilaciones indebidas en casos en que entre la fecha de interposición de la demanda ante la jurisdicción ordinaria y la fecha del señalamiento para vista habían mediado dos años y seis meses, dos años y tres meses, un año y once meses, un año y seis meses, y un año y tres meses.

Por lo que hace a la conducta de las autoridades, es reiterada la jurisprudencia constitucional que afirma que la demora debida a causas estructurales, no imputables directamente al órgano judicial que no actúa en plazo razonable sino al sistema estatal de organización de la justicia, no impide apreciar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera su naturaleza

injustificada, ya que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias. Es obligación de los Estados organizar sus sistemas de justicia de modo que sus disfunciones estructurales no castiguen a las personas que precisan ejercer su derecho a recibir tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos en tiempo adecuado. Los órganos judiciales han de reunir las condiciones que permitan satisfacer el “derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable”.

En su aplicación al caso de los criterios jurisprudenciales expuestos, ya en su FJ 4, la sentencia desgana los requisitos objetivos identificadores de la dilación indebida:

- el asunto no era de especial complejidad (una “simple” reclamación de cantidad derivada del eventual incumplimiento de compromisos laborales previos);

- la tardanza de los plazos del señalamiento inicial y del corregido para ser anticipado (tres años y cinco meses y más de dos años, respectivamente) fue realmente excesiva, atendiendo los tiempos tenidos en cuenta por el Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de dilación indebida, así como a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los juzgados de lo social de toda España, fijados en 2021 en catorce meses y medio de acuerdo con la estadística publicada por el Consejo General del Poder Judicial relativa a la actividad de los órganos judiciales;

- el interés comprometido por el demandante en el pleito era relevante, pues la negativa de la Universidad de Sevilla a suscribir el contrato postdoctoral conllevaba el desempleo del demandante, ligado con dicha Universidad por un contrato predoctoral de formación hasta la presentación, defensa y aprobación de su tesis doctoral, por lo que la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el incumplimiento contractual de la Universidad de Sevilla podía tener “un impacto muy significativo” en su vida al perder los ingresos correspondientes al anterior contrato predoctoral;

- el demandante siguió una inobjetable conducta procesal diligente, interponiendo la demanda, denunciando las dilaciones ante el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla, utilizando los recursos legalmente previstos frente al decreto de admisión y señalamiento y a la diligencia de ordenación del segundo señalamiento anticipado;

- la justificación del Juzgado de su demora en su sobrecarga de trabajo “estructural” y la carencia de medios materiales y personales no sana la lesión del derecho fundamental del recurrente de amparo, demandante de la tutela judicial efectiva de sus derechos, pues en nada es responsable de esa lamentable y condenable situación.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Constitucional estima “el recurso de amparo interpuesto [...], y, en su virtud, declara[...] que se ha vulnerado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE); en consecuencia, se declara la nulidad del decreto de 13 de julio de 2021 y de las dos resoluciones que desestimaron los recursos de reposición y revisión formulados contra el mismo; y [ordena] que por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla se proceda a efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado”.

VIII. Pasajes decisivos

- “El 9 de mayo de 2022 la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó providencia en la que acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurría en el mismo causa de especial trascendencia constitucional; y ello porque la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida, de modo general y reiterado, por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)]” (Antecedentes, 6).

- “[...]ese a que el recurrente en amparo alegue formalmente dos vulneraciones de derechos fundamentales en la demanda —esto es, del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE— lo cierto es que toda la argumentación de la demanda está orientada a justificar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta constituye el núcleo de la queja del recurrente en amparo, en tanto que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no encuentra un tratamiento verdaderamente autónomo y diferenciado en la demanda, sino que se invoca como inferencia o consecuencia genérica de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” (FJ 1).
- “En efecto, la demanda no construye una verdadera argumentación en torno a una eventual quiebra del derecho a obtener una tutela judicial efectiva vinculada a la ausencia, en las resoluciones recurridas, de una motivación que cumpla con el canon externo de constitucionalidad exigible por el art. 24.1 CE; sino que, en todo momento, se dirige a poner de relieve la insuficiencia material de las razones ofrecidas en tales resoluciones para justificar el retraso en el señalamiento, de acuerdo con la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE)” (FJ 1).
- “[N]uestra Constitución ha reconocido el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas con carácter autónomo respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que ello suponga desconocer las innegables conexiones que existen entre ambos derechos; pues el derecho a la jurisdicción contemplado en el art. 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse” (FJ 1).
- “[E]l adelanto del señalamiento por el órgano judicial no trae consigo el decaimiento del recurso de amparo por carencia sobrevinida de objeto; pues la dilación indebida denunciada no puede considerarse reparada mediante una actuación tardía o demorada del órgano judicial ya que, de lo contrario, “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vería en buena medida desprovisto del contenido que le es propio, y no sería fácilmente reconocible al quedar la existencia misma de la dilación indebida al albur de la actitud del órgano jurisdiccional ante el hecho exclusivo de la interposición del recurso de amparo que, por su parte, podría correr el peligro de desnaturalizarse si se utilizara más como instrumento conminatorio sobre el órgano judicial que como medio reparador de las lesiones que padezcan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza” (FJ 2).
- “Teniendo en cuenta que el recurrente en amparo utilizó sin éxito cuantos instrumentos procesales tenía a su disposición para tratar de anticipar el señalamiento, que este anticipo no se produjo hasta unos días después de que el juzgado de lo social tomase conocimiento de la interposición de la demanda de amparo, y que la nueva fecha fijada para los actos de conciliación y juicio continúa siendo notoriamente distante (casi dos años) de la fecha de interposición de la demanda ante la jurisdicción social [...] el adelanto de la fecha señalada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla para los actos de conciliación y juicio llevada a cabo a través de diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2022 carece de virtualidad suficiente

para provocar el decaimiento del recurso de amparo por carencia sobrevenida de objeto” (FJ 2).

- “[E]stamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado (“dilaciones indebidas”) que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada, por cuanto “no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando” [...], sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad [...]” (FJ 3).
- “[E]l juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son: (i) la complejidad del litigio; (ii) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; (iii) el interés que arriesga el demandante de amparo; (iv) su conducta procesal; y (v) la conducta de las autoridades” (FJ 3).
- “[E]ste tribunal se ha pronunciado de manera ya reiterada en el sentido de que el hecho de que la demora denunciada se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias” (FJ 3).
- “El asunto planteado, como se dice en la demanda, no revestía una especial complejidad, al tratarse de una simple reclamación de cantidad derivada del eventual incumplimiento de unos compromisos laborales previos. Teniendo en cuenta la materia, no parece razonable que su señalamiento y resolución se difieran en el tiempo en unos plazos tan extraordinariamente dilatados: tres años y cinco meses en el primero de los señalamientos, y casi dos años en el señalamiento “anticipado” [FJ 4.i)].
- “Tanto el primero de los señalamientos como el segundo de ellos, (señalamiento “anticipado”), se encuentran dentro de los rangos temporales que han servido de base a este tribunal para declarar la existencia de una dilación indebida en casos anteriores, siendo, además, ambos plazos claramente superiores a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los juzgados de lo social de toda España, tiempo medio que se situaba en el año 2021, en que fue interpuesta la demanda, en catorce meses y medio de acuerdo con la estadística publicada por el Consejo General del Poder Judicial relativa a la actividad de los órganos judiciales. Por consiguiente, cabe apreciar que el presente caso se inscribe también en lo que nuestra doctrina ha calificado como demora constitutiva de una dilación indebida” [FJ 4.ii)].
- “El interés que arriesga el recurrente en el pleito es el de obtener una resolución judicial que determine si le corresponde percibir una indemnización por la negativa de la Universidad de Sevilla a formalizar el contrato postdoctoral que había aceptado suscribir con

el hoy recurrente de amparo —hasta entonces vinculado a la universidad por un contrato predoctoral— una vez presentada oficialmente su tesis doctoral. Se trata, en definitiva, de una reclamación de cantidad que puede tener un impacto muy significativo en la vida del recurrente en amparo, teniendo en cuenta que la negativa de formalización del contrato postdoctoral implica, de entrada, que el recurrente se quede en situación de desempleo y sin la que hasta entonces venía siendo su fuente de ingresos (contrato predoctoral de formación)” [FJ 4.iii)].

- “Ha de excluirse que la conducta del demandante merezca reproche alguno, dado que, además de no haber propiciado el retraso en cuestión, ha denunciado ante el órgano judicial la concurrencia de las supuestas dilaciones, utilizando cuantos remedios legales se hallaban a su disposición para denunciar el retraso y solicitar que se corrigiera, tanto frente a la resolución que acordó el primer señalamiento, como frente a la resolución que acordó el segundo señalamiento “anticipado” [FJ 4.iv)].
- “El único motivo aducido por el órgano judicial para justificar esa dilación consiste en la sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables. Como ya se ha indicado extensamente, no cabe aceptar esta razón como causa suficiente para neutralizar la lesión al derecho a un proceso sin **dilaciones indebidas**; pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias” (FJ 4.v)].

IX. Comentario

1. Sobre la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo

La sentencia aborda este requisito esencial del contenido del recurso de amparo, que justifica una decisión sobre su fondo por parte del Tribunal Constitucional atendiendo “a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” [art. 50.1.b) LOTC], en sus antecedentes de hecho y de manera breve, en el trámite de admisión de la demanda de amparo (I. Antecedentes, 6).

Aprueba su existencia en la demanda de amparo e incardina su especial trascendencia constitucional en el supuesto de la letra e) del FJ 2 de la STC 155/2009, primera decisión constitucional que efectuó una relación de casos de concurrencia del nuevo requisito legal -introducido, como se recordará, por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC- de la especial trascendencia constitucional de los recursos de amparo de manera ni definitiva, ni cerrada, pues ello se opondría al carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional. El supuesto contemplado por la referida letra del referido FJ y sentencia es el siguiente: “cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros”.

La Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó providencia de 9 de mayo de 2022, de admisión a trámite del recurso de amparo, valorando su especial trascendencia porque la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas podría estar siendo

incumplida, de modo general y reiterado, por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones contradictorias sobre el citado derecho fundamental. Así era, en efecto.

2. *Sobre el objeto del recurso de amparo: el derecho fundamental autónomo a un proceso público sin dilaciones indebidas. Las dilaciones indebidas no dejan de serlo porque sean estructurales; prevalece el derecho fundamental de las personas a no padecerlas*

En lo que hace al objeto del recurso de amparo, es exacta su identificación por la sentencia de amparo. Solo el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas está concernido en este recurso de amparo (art. 24.2 CE), sin que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una respuesta fundada en derecho y no incurso en error de hecho patente, irrazonabilidad o arbitrariedad, esté afectado, dado que la motivación de las resoluciones judiciales impugnadas venía a coincidir con la dilación misma, al justificar el juzgado la dilación de su señalamiento -al resolver los recursos de reposición y revisión del demandante- en la sobrecarga de trabajo que pesa sobre los juzgados de lo social, y en concreto sobre los de Sevilla, por el incremento del número de asuntos, perjudicial para los demandantes, pero no imputables al Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla. El derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas es un derecho fundamental autónomo, reconocido como tal en el artículo 24.1 CE, “sin que ello suponga desconocer las innegables conexiones que existen entre ambos derechos, pues el derecho a la jurisdicción contemplado en el art. 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse” (STC 54/2014, FJ 4).

Le asistía la razón constitucional al recurrente en amparo al invocar la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para afirmar que la potestad judicial de señalamiento no autoriza cualquier fecha remota, particularmente en asuntos que no revisten complejidad, pues ello lesiona el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque éstas sean estructurales o permanentes, debidas a una mala organización por el Gobierno del servicio de la administración de justicia y a una insuficiente dotación de medios materiales y personales para el cumplimiento de la finalidad constitucional propia del ejercicio del poder jurisdiccional de juzgados y Tribunales determinados por las leyes, integrantes del poder judicial, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con sumisión únicamente a la ley (art. 117.3 y 1 CE).

La sentencia comentada se presenta formalmente como una sentencia de aplicación de la doctrina ya sentada: de la STC 129/2016 en la síntesis analítica de la *web* del Tribunal Constitucional; de las SSTC 57/2014 (*sic*; es 54/2014, antes y después bien citada en los FFJJ 2 y 3 y puesta en relación con la precedente STC 141/2010), FJ 4, y 129/2016, de 18 de julio, FJ 4, en la embocadura del FJ 3 de la propia sentencia comentada. Y lo es, efectivamente. Da respuesta a la vulneración alegada por el recurrente de su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (en el FJ 4) con “las pautas que ofrece nuestra doctrina constitucional” y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma, con cita, sobre dilaciones indebidas estructurales o por sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales, de las SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España* (§§ 38 y 42)^[2], aportada por el recurrente; de 11 de marzo de 2004, *Lenaerts c. Bélgica* (§ 18) (en su FJ 3).

La doctrina es la siguiente: “por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese

derecho (dado el lugar que la recta y eficaz administración de justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que jueces y tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el ordenamiento les encomienda” (FJ 3).

En perfecto paralelismo argumental la sentencia comentada concluye: “El único motivo aducido por el órgano judicial para justificar esa dilación consiste en la sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables. Como ya se ha indicado extensamente, no cabe aceptar esta razón como causa suficiente para neutralizar la lesión al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias” [FJ 4 (V)].

No aplica únicamente la STC 125/2022 esas sentencias y esa doctrina sobre dilaciones indebidas estructurales, sino otras muchas, todas ellas estimatorias salvo alguna excepción, definitorias del contenido esencial, en sus distintas determinaciones materiales y temporales, del derecho fundamental a un proceso público en tiempo razonable o sin dilaciones indebidas

Con arreglo a esas pautas doctrinales, a los “márgenes ordinarios de duración de los litigios”, claramente sobrepasados en el caso, al interés arriesgado por el recurrente, y a la inhabilidad de la demora estructural para justificar la tardanza estructural, conforma la sentencia comentada su *ratio decidendi*, conducente a un fallo que no podía ser otro distinto al que fue: de otorgamiento del amparo, que en su parte dispositiva, conforme al artículo 55 de la LOTC, declara la vulneración del derecho fundamental del demandante de amparo a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y la nulidad de las resoluciones dictadas por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla, devolviendo las actuaciones al juzgado para que proceda a efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado.

3. Sobre la traída a la fundamentación de la sentencia del artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

La fundamentación jurídica de la sentencia, tras exponer la doctrina constitucional, se adentra, al final de su FJ 3, “en el ámbito europeo” para destacar el artículo 6.1 del CEDH, que según alguna de las sentencias del Tribunal Constitucional que cita determina un “contenido mínimo”, un estándar mínimo de protección, para el artículo 24 de nuestra Constitución -habría que decir, cuando los Estados que lo han ratificado no aplican Derecho de la Unión-, y la Sentencias *Ruiz-Villar c. España y Unión Alimentaria Sanders c. España*, asuntos en los que hay que reconocer que el Tribunal Constitucional no hizo realmente un buen papel.

Y sin solución de continuidad se introduce “en el marco del Derecho de la Unión Europea”, en “la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”, que en su art. 47, párrafo 2º, reconoce el derecho a un proceso en tiempo razonable en términos idénticos a los del art. 6.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

Añade la sentencia que los “artículos 6.1 del CEDH y 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea son normas jurídicas que contienen un derecho y una obligación cuyo objetivo es impedir que se haga realidad en el ámbito

judicial la conocida frase que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía” (FJ 3).

Es posible que la sentencia comentada haya tenido en cuenta implícitamente la norma del artículo 6.3 del TUE, según la cual los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales; y también la norma del artículo 52.3 de la Carta, que dispone que cuando la propia Carta contiene “derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Es asimismo posible que la sentencia haya considerado las explicaciones oficiales del *Presidium* sobre la Carta, que ya matizan, en cuanto al párrafo 2º del artículo 47, que “las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican de manera *similar* en la Unión”. Cabe también que la sentencia haya recurrido a una cita de continuidad de ambos preceptos por su identidad textual en el derecho de nuestro interés, sin advertir el posible distinto valor de esos preceptos a la hora de interpretar el artículo 24.2 de la Constitución. Desde luego, la sentencia no ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TJUE, precisando que el CEDH, fuente de inspiración de los derechos fundamentales de la Unión, no es un instrumento del Derecho de la Unión^[3] y dejándose una puerta abierta a su propia interpretación de los derechos de la Carta por más que coincidan con los derechos protegidos por el CEDH, “a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”^[4].

Pero no es esa la cuestión que me interesa poner de relieve en este comentario, de cierto adelantamiento interpretativo, probablemente no consciente o no deliberado, de la sentencia comentada al TJUE sobre el artículo 47.2º de la Carta. Sino el entendimiento que parece deducirse de la remisión por la sentencia comentada al artículo 47 de la Carta del reconocimiento de su valor hermenéutico de nuestros derechos fundamentales, en concreto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, *aunque el Estado no aplique el Derecho de la Unión* (art. 51.1), sino exclusivamente el Derecho interno como es el caso. La Carta, sus derechos, tendrían ese valor interpretativo de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución, sin necesidad de que los órganos jurisdiccionales estatales estén aplicando el Derecho de la Unión, en ninguno de los distintos supuestos de aplicación, directa o indirecta, de aquel Derecho.

Es probable, no obstante, insisto en ello, que la cita por la sentencia comentada del artículo 47.2º de la Carta no sea mas que la referencia a la “autoridad” del sistema europeo de protección de derechos fundamentales sin pararse a precisar sus consecuencias en la asunción de la tesis del entronque de dichos derechos con la cláusula de apertura del artículo 10.2 de nuestra Constitución, por lo demás razonable sin entrar en el requisito de la ratificación dada la flexibilidad con que ha sido y es contemplado por la jurisprudencia constitucional.

X. Apunte final sobre el anormal funcionamiento de la Administración de justicia o la justicia deficitaria

El problema tradicional de los recursos de amparo que otorgan el amparo solicitado, declarando la violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.1 CE), radica en su ineficacia para reestablecer al recurrente en la integridad de su derecho.

En este caso, sabemos que el recurrente de amparo había presentado su demanda ante la jurisdicción social el 24 de junio de 2021 y que el 13 de julio siguiente el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla dictó decreto, admitiendo a trámite la demanda y señalando el acto de conciliación previo al juicio para el día 7 de noviembre de 2024 y, ante la falta de avenencia, el acto del juicio para ese mismo día media hora después; para tres años y más de cuatro meses y para casi dos años en el señalamiento “anticipado”.

La sentencia que estima el recurso de amparo y declara la dilación indebida se dicta después de un año y tres meses de la interposición de la demanda. Como también sabemos, la sentencia de amparo reconoce la lesión del derecho fundamental del demandante de amparo a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y - pese a la oposición del Fiscal para no hacer de peor condición a terceros que sufran el retraso que el adelantamiento de este litigio puede suponer- ordena al órgano judicial la fijación de un nuevo señalamiento respetuoso con el derecho fundamental reconocido al demandante, tras anular sus decisiones. De modo que el demandante soporta en todo caso una dilación indebida, que la sentencia de amparo constitucional no repara o restablece plenamente.

Las sentencias que otorgan el amparo no pueden “ni deben” -dice bien alguna sentencia- establecer en su parte dispositiva el derecho del recurrente, cuyo derecho fundamental a un proceso en dilaciones indebidas ha sido vulnerado, a recibir la indemnización correspondiente por las dilaciones indebidas como expresión-pese a su falta de identidad conceptual- del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo, la sentencia estimatoria del amparo, como las sentencias del TEDH o del TJUE que aprecien la vulneración del derecho a un proceso en tiempo razonable por los órganos jurisdiccionales del Estado español, ha de ser título suficiente para interponer por el damnificado una acción de reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el anormal funcionamiento del servicio público de la justicia (art. 121 CE y arts. 292 y ss. LOPJ).

Referencias:

1. ^ *En aquel caso, el Tribunal Constitucional había inadmitido el recurso de amparo del recurrente por no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional (Antecedentes de hecho, § 7, y Fundamentos Jurídicos, § 14).*
2. ^ *Aunque el Tribunal Constitucional había desestimado el recurso de amparo: STC 5/1985, con voto particular discrepante de Tomás y Valiente.*
3. ^ *Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 18 de diciembre de 2014, que declaró que el acuerdo de adhesión de la UE al CEDH no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al CEDH; SSTJUE, Gran Sala, de 24 de abril de 2012, Kamberaj, C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233, apartado 62; Gran Sala de 26 de febrero de 2013, Åkerberg, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, apdo. 44*
4. ^ *STJUE de 12 de febrero de 2019, TC, C- C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108, apdo. 57. Con cita de las SSTJUE de 15 de marzo de 2017, Al Chodor, C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, apdo. 37, y de 14 de septiembre de 2017, K., C-18/16, ECLI: EU:C:2017:680, apdo. 50 y jurisprudencia allí citada.*

§ 93 Umbral de ingresos para lucrar el complemento a mínimos: pensiones tributariamente exentas.

Antonio V. Sempere Navarro

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

Resumen: *La Ley de Clases Pasivas establece que la calificación tributaria de las rentas es la aplicable para determinar el nivel de ingresos a efectos de percibir, en su caso, el complemento por pensiones inferiores a la mínima. Sin embargo, la remisión que se hace a los reglamentos viene permitiendo que se contabilice el importe de las pensiones recibidas, aunque estén exentas a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La sentencia comentada concluye que la exención a efectos impositivos no impide que se compute a efectos de determinar si se sobrepasa el límite de ingresos establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuestión debe compararse con las reglas aplicables en materia de pensiones de Seguridad Social, pues las regulaciones son similares.*

Palabras clave: *Complemento a mínimos. Pensiones inferiores a la mínima. Cómputo de ingresos. Normas tributarias y normas de Seguridad Social. Clases Pasivas.*

Abstract: *The Passive Class Law establishes that the tax classification of income is applicable to determine the level of income for the purpose of receiving, where appropriate, the supplement for pensions below the minimum. However, the reference made to the regulations has allowed the amount of pensions received to be counted, even though they are exempt for the purposes of Personal Income Tax. The commented ruling concludes that the exemption for tax purposes does not prevent it from being computed for the purpose of determining whether the income limit established by the General State Budget Law is exceeded. The issue must be compared with the applicable rules on Social Security pensions, since the regulations are similar.*

Keywords: *Supplement to minimums. Pensions below the minimum. Income calculation. Tax regulations and Social Security regulations. Passive classes.*

I. Introducción

La obligación general que los poderes públicos tienen de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE) se modaliza respecto de las personas de edad madura con el compromiso de que se las facilita la suficiencia económica mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas (art. 50 CE).

Como se sabe, quienes perciben pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social pero no obtengan rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales (concepto remitido a la legislación de IRPF) o que los perciban en cuantías bajas (fijadas por LPGE) tienen derecho a cobrar un «complemento» «siempre que residan en territorio español» (art. 59.1 LGSS). Esa percepción posee importantes contrapartidas (incompatibilidades, obligaciones informativas: vid. art. 59 TRSS y la regulación anual sobre revalorización (últimamente, RD 65/2022, de 25 enero). Lo mismo sucede en el ámbito de las pensiones de Clases Pasivas, materia a la que, como es lógico, se refiere la sentencia comentada.

El juego combinado de la Ley que regula las pensiones (Clases Pasivas o Seguridad Social), de la Ley (remitida) sobre Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) y del paralelo Real Decreto sobre Revalorización de Pensiones (RDRP) explica las dudas surgidas en casos como el presente.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1399/2022 de 2 noviembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de casación núm. 2980/2021

ECLI:ES:TS:2022:3907

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María del Pilar Teso Gamella.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

La sentencia glosada resuelve una concreta reclamación sobre el derecho de quien ha obtenido una pensión de retiro de Clases Pasivas y ya era titular de otra pensión por incapacidad permanente absoluta.

La exigua cuantía de la pensión de retiro, al ser inferior a la mínima garantizada para cada año, explica que el reclamante interese que se le complemente. El debate versa sobre si a tales efectos computa o no, como ingreso, la prestación abonada por la Seguridad Social.

1. El Trasfondo fáctico del caso

El asunto suscitado posee un entramado sumamente sencillo

- El demandante viene percibiendo una pensión de IPA con cargo al Régimen General de la Seguridad Social.
- Previo cumplimiento de los requisitos establecidos, accede al cobro de una pensión de retiro con cargo al sistema de Clases Pasivas, en cuantía inferior a la mínima garantizada.
- El Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) desestimó la reclamación económico-administrativa deducida contra las denegaciones presuntas de los recursos de reposición formulados frente a las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y de Pensiones Públicas que denegaron el complemento económico de la pensión de retiro de clases pasivas para diversos años.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional

Mediante su sentencia de 8 de junio de 2020 la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional^[1] desestima el recurso y confirma el ajuste a Derecho de las resoluciones administrativas impugnadas. Sus argumentos son los siguientes:

- La exención legalmente asignada a una pensión por IPA hace referencia a la no tributación, pero no a la posibilidad de cómputo para los efectos de superar o no los límites que se establecen.
- Las sucesivas normas reglamentarias sobre revalorización y complementos de pensiones para el año 2015 y otras normas en materia de Clases Pasivas son especialmente claras pues toman en cuanta, como ingresos, los procedentes de cualesquiera pensiones de carácter público, estén estas sometidas o no al mencionado impuesto.
- En ningún caso puede decirse que la normativa reglamentaria citada mas arriba sea contraria a la Constitución ni a principio de legalidad y ello pues, antes, al contrario, el hecho de que se establezca un complemento a las pensiones cuando no alcanzan determinados mínimos, no debe ser aplicable a casos, como el del recurrente, en que percibe ingresos que superan ese límite.
- La exención del IRPF responde a principios que no se compadecen con la finalidad del complemento de pensión que es que, en todo caso, se alcance un mínimo, excluyéndose los casos en que dicho mínimo se supere cualquiera que sea el concepto por el que dicha superación se produce.

3. Cuestión suscitada

Se trata de determinar si una renta que está exenta a efectos tributarios, puede computarse si se pueden o no acumular y compatibilizar ambas pensiones, teniendo en cuenta que la relativa a la incapacidad permanente absoluta se encuentra exenta de tributación respecto del IRPF.

IV. Posición de las partes

1. El pensionista recurrente

En concordancia con lo que viene reclamando desde el principio, el pensionista Sostiene que la denegación del complemento de mínimos de la pensión de Clases Pasivas que percibe, basado en la percepción de la pensión por IPA de la Seguridad Social, no es conforme a Derecho.

Señala que no puede computarse esa renta porque está exenta de tributación y porque su cómputo no evidencia una capacidad económica real, a los efectos del artículo 31 de la CE. Lo que no existe a efectos tributarios tampoco puede ser tomado en consideración para determinar las rentas percibidas por el recurrente. Lo relevante para la concesión del complemento a mínimos solicitado, concluye, no puede ser algo inexistente para el citado IRPF.

Insiste en el concepto de renta y el principio de jerarquía normativa, pues alega que los Reales Decretos sobre revalorización y complementos de pensiones y otras normas en materia de Clases Pasivas, vulneran lo establecido en el artículo 46 de la Ley 17/2012.

2. La Administración de Clases Pasivas

En la representación que ostenta, la Abogada del Estado sostiene que si, como afirma la jurisprudencia, la finalidad del complemento de mínimos es asistencial, centrada en garantizar que el beneficiario de la pensión disponga de un mínimo de ingresos que no quede por debajo del umbral de pobreza, parece evidente que el cumplimiento de este objetivo exige, tal y como se establece normativamente, que,

para determinar si se tiene derecho al complemento por mínimos y calcular su cuantía, deban tenerse en cuenta todos los rendimientos que perciba el beneficiario de la pensión del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, conforme al concepto que define la Ley 35/2006 sobre IRPF.

Añade que la exención tributaria de la pensión, que percibe el recurrente no es obstáculo para que se tenga en cuenta a los efectos del cómputo del límite que justifica su reconocimiento, ya que, legalmente, se reputa renta y ello es plenamente coherente con la finalidad asistencial del complemento cuyo reconocimiento se pretende.

V. Normativa aplicable al caso

1. Ley de Clases Pasivas del Estado

La Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (LCPE) dedica su artículo 27 a diversas cuestiones ("*Revalorización de pensiones, complementos económicos y limitaciones en el crecimiento de las mismas*"), interesando ahora el tenor de su apartado 4:

Las pensiones de clases pasivas reconocidas al amparo de las disposiciones de este texto que no alcancen el importe mínimo de protección, establecido en atención a su clase en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, podrán ser complementadas hasta dicho importe, en los términos y en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que sus beneficiarios residan en territorio español.

El importe del complemento económico en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada ley.

2. Ley de Presupuestos Generales del Estado

Las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen regulando la materia que ahora interesa. Por ejemplo, la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 dedica su extenso artículo 43 al "*Reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de Clases Pasivas*". Sus primeros párrafos, posee el siguiente texto:

Uno. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos económicos necesarios para alcanzar la cuantía mínima los pensionistas de Clases Pasivas del Estado que no perciban, durante 2022, rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de 7.939,00 euros al año.

A efectos del reconocimiento y revisión de los complementos por mínimos de las pensiones, de los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, de actividades económicas y de bienes inmuebles, percibidos por el pensionista y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, se excluirán los gastos deducibles de acuerdo con la legislación fiscal.

3. Ley sobre IRPF

El artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, establece que están exentas de dicho impuesto (IRPF) las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Conforme a su tenor. *Estarán exentas las siguientes rentas*

[...]

f) *Las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez*

4. Real Decreto sobre Revalorización

En paralelo con la LPGE, suele aprobarse cada año una norma reglamentaria que desarrolla los aspectos ahora abordados. Es lo que sucede con el Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022. Su artículo 22.2 posee el siguiente contenido:

a) *Podrá complementarse aquella pensión del Régimen de Clases Pasivas, cualquiera que fuese la fecha en que se causó, que no alcance el mínimo correspondiente que figura en la columna A del cuadro que se incluye en el apartado 3, siempre que se haya reconocido al amparo de la legislación general en la materia y que su titular no perciba durante 2022 rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de 7.939,00 euros al año. Asimismo, con respecto a las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2013, será necesario residir en territorio español.*

No obstante, si la persona titular percibiera ingresos por los conceptos indicados en cuantía superior a la cifra señalada en el párrafo anterior, tendrá derecho a un complemento por mínimos cuando la suma en cómputo anual de tales ingresos y de los correspondientes a la pensión ya actualizada no supere el límite correspondiente de la columna B del referido cuadro fijado para la clase de pensión de que se trate. En este caso, el complemento por mínimos consistirá en la diferencia entre ambos importes, siempre que esta diferencia no determine para la persona interesada una percepción mensual conjunta de pensión y complemento por importe superior al de la cuantía mínima de pensión que corresponda en términos mensuales.

b) *En los supuestos de concurrencia de pensiones de Clases Pasivas con otras pensiones públicas percibidas por la persona beneficiaria, solamente se reconocerá complemento por mínimos si la suma de todas las pensiones concurrentes, no alcanza el mínimo correspondiente a la columna A del cuadro que se incluye en el apartado 3.*

VI. Doctrina básica

La sentencia comentada quiere alinear su solución con el significado del complemento por mínimos, a cuyo fin repasa la doctrina sentada por la Sala Cuarta, admitiendo así de modo claro que estamos una misma institución. Por otro lado, examina el alcance del principio de capacidad económica y concuerda la finalidad del complemento mínimos con la realidad económica del sujeto beneficiario, separándose de la lógica que anida en las normas tributarias.

1. Naturaleza del complemento a mínimos

A) Tradicionalmente, la jurisprudencia social^[2] ha venido explicando que los complementos por mínimos se consideran prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza.

B) Estos complementos por mínimos ostentan clara autonomía con la pensión -contributiva- que suplementan, siquiera se encuentren estrechamente ligados a ella su génesis y funcionamiento». Las razones para tal conclusión son, entre otras, las siguientes^[3]:

- El complemento a mínimos consiste en una cuantía que no responde al objetivo de la prestación mejorada de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad.
- Su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos.
- La propia denominación evidencia que no tienen sustantividad propia.
- Conforme al art. 86.2.b) LGSS, tienen «naturaleza no contributiva» y se financian con cargo al Presupuesto del Estado.
- La concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año tras año.

C) De lo que sin ninguna dificultad se desprende, que no se genera el derecho a su percepción cuando el beneficiario de la pensión recibe cualquier clase de rendimiento económico proveniente de alguna de las fuentes de ingreso a las que se refieren los precitados arts. 59.1 LGSS y concordante de las Leyes anuales de PGE, por encima de la cuantía que fije el legislador para cada anualidad como límite de lo que considere situación legal de pobreza.

2. Criterio general sobre los ingresos computables

También es la jurisprudencia social al que viene entendiendo que bajo los presupuestos de la LGSS (similares a los de la LCPE) y de la LPGE deben interpretarse los preceptos del correspondiente Real Decreto que lleve a cabo el desarrollo reglamentario de la antedicha legislación en cada ejercicio anual.

Desde esa perspectiva, la restricción reglamentaria resulta perfectamente acorde con la normativa legal expuesta, y cuya consecuencia es el obligado cómputo de todos los rendimientos de tal naturaleza que pudiere percibir el beneficiario de la pensión.

Lo contrario sería una flagrante vulneración de la naturaleza jurídica y de la finalidad que tiene el complemento por mínimos, que, como ya hemos dicho, no es otra que la de garantizar que el beneficiario de la pensión disponga de un mínimo de ingresos que no quede por debajo del umbral de pobreza que fije para cada anualidad la correspondiente ley de presupuestos. No puede excluirse ninguna clase de rendimiento económico o de ganancias patrimoniales que tengan esa consideración conforme a la normativa de la Ley que regula el IRPF^[4].

3. Respeto a la capacidad económica

Acorde con lo hasta ahora expuesto, no podemos considerar vulnerado el principio de capacidad económica porque la expresada exención del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, prevista en la Ley 35/2006, no obedece al principio de capacidad económica del artículo 31 de la CE, sino al origen del hecho motivador de la pensión atendido el grado de invalidez que se padezca.

4. Respeto a la Jerarquía normativa

Tampoco podemos considerar que la limitación establecida reglamentariamente vulnere el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE), pues la limitación de la norma reglamentaria tiene cobertura en la ley de presupuestos que ya señala dicha limitación, de modo que la norma reglamentaria especifica su contenido, señalando que el complemento para mínimos no puede superar la cuantía que la ley de presupuestos establece para cada ejercicio económico respecto de las citadas pensiones de clases pasivas y la relativa a la incapacidad permanente absoluta, que percibe el recurrente con cargo a la Seguridad Social.

Del mismo modo que el artículo 27.4 LCPE hace una llamada a la norma reglamentaria cuando dispone que las pensiones de clases pasivas reconocidas al amparo de las disposiciones de la indicada Ley que no alcancen el importe mínimo de protección, establecido en atención a su clase en la LPGE para cada ejercicio

económico, podrán ser complementadas hasta dicho importe, en los términos y en la forma que reglamentariamente se determine.

Pero ese complemento tiene una limitación legal, toda vez que su importe económico en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada Ley, que establece el citado precepto legal.

VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye desestimando el recurso, pero sin imponer las costas causadas por el mismo^[5]:

Desestimar el presente el recurso de casación, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Cayetana Natividad de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de don Ernesto José Pérez Muñoz, contra la sentencia de 8 de junio de 2020, dictada por Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo núm. 263/2018. No se hace imposición de las relativas a la casación, en los términos expresado en el último fundamento de esta resolución.

Pasajes decisivos

El Fundamento Séptimo de la sentencia condensa la doctrina sentada, desestimando el recurso y respondiendo a la cuestión de interés casacional:

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de casación, y dando respuesta a la cuestión de interés casacional debemos declarar que aunque la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta sea una renta exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según establece el artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, esa circunstancia no acarrea la elusión de los límites legalmente establecidos, en el artículo 46.Uno de la antes citada Ley 17/2012, para el pago de ambas pensiones, y en el artículo 27.2 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y en los reales decretos de aplicación, que tras establecer el complemento para mínimos, añaden que el importe del complemento económico en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada Ley.

VIII. Comentario

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial suscita algunas reflexiones, seguidamente apuntadas, respecto del perfil que viene teniendo este complemento en el ámbito de la jurisdicción social.

1. Periodo considerado

Los ingresos económicos a tener en cuenta para acceder al percibo de los complementos por mínimos de pensión son los obtenidos en el ejercicio económico en que tales complementos son abonados^[6].

En particular, el importe rescatado de un Plan de Pensiones ha de imputarse íntegramente al año en que se ha percibido de manera efectiva^[7].

2. En caso de sociedad de gananciales

A efectos de determinar si se tiene o no derecho al complemento por mínimos y, en su caso, reclamar el reintegro de lo indebidamente percibido por tal concepto, las rentas de naturaleza ganancial deben imputarse a cada cónyuge por mitad^[8].

Para resolver la cuestión ha de tenerse en cuenta la finalidad del referido complemento, que no es otra que la de subvenir a las necesidades mínimas del perceptor, de modo que no tiene derecho al complemento quien puede satisfacerlas, en todo o en parte. "Y es doctrina generalmente admitida que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, es una comunidad de bienes que, en cuanto tal, no es sujeto de derecho. La titularidad de los bienes gananciales pertenece, conjuntamente, a los comuneros que integran la comunidad: los cónyuges, que tienen una participación en todos y cada uno de los bienes que la integran. Y aunque la administración del patrimonio ganancial es conjunta, según dispone el artículo 1.375 del Código civil, el 1.364. 1 sanciona, indirectamente, la legitimidad de los gastos realizados por uno solo de los cónyuges "en el ejercicio de la potestad doméstica", al establecer la responsabilidad directa frente al acreedor por las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges con tal fin. Facultad expresamente reconocida en el artículo 1.319 al establecer que "cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma".

3. Crisis matrimoniales

En casos de separación matrimonial se mantiene el derecho a percibir el complemento de pensión (de jubilación) por cónyuge a cargo si existe obligación de abonarle pensión compensatoria^[9]. Los argumentos que abonan tal conclusión son los siguientes:

- Los preceptos reglamentarios en cuestión desarrollan las previsiones de la correspondiente LPGE, donde sólo se exige que el pensionista posea ingresos por debajo de cierto tope y "que tengan el cónyuge a su cargo". Y esa es la situación que surge cuando el pensionista separado judicialmente viene obligado a abonar la pertinente pensión compensatoria por tal causa.
- La remisión de la LPGE a "los términos que reglamentariamente se determinen" no autoriza a que éstas pueden contrariar o vulnerar los mandatos que la Ley impone a este objeto; la interpretación de dichas normas reglamentarias ha de respetar y acatar los mandatos de la Ley.
- Además, los propios preceptos reglamentarios en cuestión son algo confusos pues delinean claramente la dependencia económica (sin la cual no cabe hablar cónyuge a cargo) pero dejan cabos sueltos respecto del requisito de la convivencia.
- Así se afirma, pese a que la norma reglamentaria parece clara; otra cosa es que la sentencia considere que estamos ante requisito "relevante" y "razonable" pero ajeno al "núcleo esencial de la naturaleza de tal supuesto", por lo que no puede exigirse de modo "absoluto, taxativo e incondicionado" sino que debe admitir excepciones.
- Una de las excepciones al requisito de convivencia ha de ser la del caso litigioso pues la dependencia económica y la falta de convivencia "ha sido establecida y creada por el pronunciamiento de la sentencia de separación, lo que significa que ha sido el propio ordenamiento jurídico el que ha dispuesto y creado, de forma específica, directa y personalizada, la obligación del consorte pensionista de abonar al otro la correspondiente pensión compensatoria de la separación".

4. Plan de pensiones rescatado

Se discute qué impacto deba tener el rescate en una sola vez de la cantidad ingresada en un plan de pensiones, a efectos de acreditar el requisito de insuficiencia de ingresos para mantener el derecho al complemento a mínimos. El rescate en una sola vez del capital de un plan individual de pensiones no puede computarse en su

totalidad como renta a efectos de determinar el mantenimiento del requisito de carencia de ingresos exigido para percibir el complemento a mínimos^[10].

5. *Pensión reconocida en otro país*

A los efectos del reconocimiento del complemento por mínimos, se han de computar como rendimientos del trabajo todo tipo de rentas que perciba el beneficiario en razón de la prestación de servicios laborales que pudiere estar realizando o hubiere realizado en el pasado, ya se califique como rendimiento del trabajo o como rendimiento sustitutivo, y por tanto, se incluyen las pensiones o rentas percibidas de una entidad extranjera. Se rectifica de este modo la doctrina contenida en STS de 3 noviembre 2011, en cuanto eximía de tal cómputo las pensiones reconocidas en el extranjero en base exclusivamente a las cotizaciones ingresadas en aquel país, sin tener en cuenta lo cotizado en España^[11].

Pero en la determinación del complemento por mínimos, cuando afecte a pensiones reconocidas tanto en virtud de la legislación española como extranjera, no se tomará en consideración la pensión extranjera que no haya sido percibida por el beneficiario^[12].

6. *Rendimientos del capital inmobiliario*

Para establecer la cuantía de los ingresos económicos del pensionista que dan derecho a la percepción del complemento a mínimos, debe computarse como rendimiento del capital inmobiliario la imputación de renta a efectos del IRPF del 2% del valor catastral de los bienes inmuebles no generadores de rendimiento del capital y distintos de la vivienda habitual^[13]. Tras recordar su reiterada doctrina sobre la naturaleza y finalidad de los complementos a mínimos -prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza-, la Sala concluye que no se genera el derecho al complemento cuando el beneficiario de la pensión percibe cualquier clase de rendimiento económico proveniente de alguna de las fuentes de ingreso a las que se refieren los precitados arts. 59.1 LGSS y concordante de las Leyes anuales de PGE, por encima de la cuantía que fije el legislador para cada anualidad como límite de lo que considere situación legal de pobreza^[14].

7. *Requisito de residencia*

Habiéndose reconocido la pensión con cargo a la Seguridad Social española, al amparo del Convenio de Seguridad Social Hispano Argentino, en el que ambas partes se comprometieron a que la residencia en uno u otro país no pudiera afectar a las prestaciones económicas reconocidas, incluyendo la pensión de jubilación o vejez, con sus complementos, suplementos o revalorizaciones, conviniendo expresamente que, no estarán sujetas a reducción, modificación, suspensión, supresión o retención por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de la otra Parte, no es exigible el requisito de residencia para lucrarlo, no pudiendo dejarse sin efecto este convenio mediante un Real Decreto^[15].

IX. Apunte final

La sentencia noticiada declara que aunque la percepción de una pensión por incapacidad permanente absoluta sea una renta exenta del IRPF, esa circunstancia no acarrea la elusión de los límites legalmente establecidos, en la LPGE para el pago de ambas pensiones y en la LCPE, así como en los Reales Decretos de aplicación, que tras establecer el complemento para mínimos, añaden que el importe del complemento económico en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva y será

incompatible con la percepción por el pensionista de ingresos anuales superiores a los fijados al efecto por la citada Ley.

Se trata de una conclusión acorde con el dibujo que de los complementos a mínimos han realizado las Leyes, aunque la verdad es que algo disonante con su literalidad. Convendría que el legislador albergara una expresa mención a este tipo de supuestos, eliminando así la sombra de *ultra vires* que se proyecta sobre las previsiones reglamentarias sobre cómputo de las pensiones aunque estén fiscalmente exentas.

Tiene poco sentido que haya una remisión normativa expresa a las normas tributarias y que, sin embargo, se excepciones su validez porque desagrade o resulte incoherente el resultado de ello. Como se ha visto, en otros temas la jurisprudencia social mantiene la coherencia al margen de si la remisión beneficia o perjudica.

Referencias:

1. ^ Proc. 263/2018; ECLI:ES:AN:2020:1295.
2. ^ *Por todas*, SSTS 11 octubre 2017 (rcud. 3911/2015) y las en ella citadas.
3. ^ *Puede verse, en este sentido, la STS de 22 abril 2010* (rcud. 1726/2009).
4. ^ *Sentencias reseñadas en las dos notas anteriores*.
5. ^ *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 procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad*.
6. ^ STS 30 mayo 2000 (RJ 2000, rec. 4452/1999) (Ponente, Sr. Fernández López).
7. ^ STS 13 octubre 2003 (RJ 2003, 7742) (Ponente, Sr. Botana López).
8. ^ STS de 6 abril 2004 (RJ 2004, 4706)(Ponente, Sr. Sampedro Corral).
9. ^ STS 22 diciembre 2005 (RJ 2006, 590) (Ponente, Sr. Gil Suárez).
10. ^ STS de 9 marzo 2018 (PROV2018\98065)(Ponente, Sr. Gullón Rodríguez).
11. ^ STS, Pleno, de 23 octubre 2019 (RJ 2019, 4694) (Ponente, Sr. Moralo Gallego, con Voto Particular de la magistrada Virolés Piñol).
12. ^ STS 875/2022 de 28 octubre (rcud. 1932/2019).
13. ^ STS de 21 noviembre 2019 (RJ 2019, 5370)(Ponente, Sr. Moralo Gallego).
14. ^ *La conjunta integración de las normas de seguridad Social, presupuestarias y tributarias, obliga a concluir que, para cuantificar el nivel de ingresos del pensionista y la eventual superación de la cuantía máxima fijada en cada anualidad, deben contabilizarse todos los ingresos y rendimientos económicos que tengan tal consideración a efectos del IRPF, entre ellos, el 2 por ciento del valor catastral de los bienes inmuebles que dan lugar a la imputación de rentas que contempla el precitado art. 85 de la Ley 35/2006*.
15. ^ STS de 15 febrero 2021 (RJ 2021, 793) (Ponente, Sr. Bodas Martín).

§ 94 Funcionarios interinos y excedencia voluntaria por interés particular.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *No es discriminatoria la no aplicación a empleados de carácter interino de la excedencia voluntaria por interés particular prevista para funcionarios de carrera que hayan prestado servicios efectivos en las Administraciones Públicas durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores.*

Palabras clave: *Discriminación. Excedencia. Interinidad.*

Abstract: *Denying a petition of leave in case of interim employment in the field of public Administration is not discriminatory if according to the statute it is necessary a minimum seniority.*

Keywords: *Discrimination. Interim. Leave.*

I. Introducción

De todos es conocido el proceso experimentado en los últimos años en nuestro país (y en nuestro entorno europeo) de aproximación de las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores temporales a las condiciones de los trabajadores con empleo indefinido o estable, en buena medida por el impulso de la normativa de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia encargado de su aplicación efectiva^[1]. Pero aún se presentan muchas situaciones en las que no deja de tener sentido preguntarse hasta dónde puede llegar dicha equiparación. No se olvide que ciertos derechos de contenido laboral están concebidos para las relaciones de trabajo de carácter estable, no sólo para garantizar la fijeza en el empleo previamente conseguida, sino también para permitir una gestión razonable de los recursos humanos en la empresa. El principio de igualdad de trato y no discriminación empuja hacia la equiparación, pero es obvio que esa regla imperativa actúa sobre el presupuesto de que exista igualdad de configuración o de razón entre las situaciones objeto de comparación. Si todo ello es problemático en el ámbito de las relaciones laborales de carácter privado, lo es mucho más en el contexto del empleo público, donde las relaciones de trabajo están sujetas a una regulación que cabe suponer de interés general y que en consecuencia debe ser interpretada y aplicada con especial cuidado, entre otras razones porque la Administración debe actuar “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (art.103.1 CE), sin el margen de discrecionalidad que sí puede tener el empleador privado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1313/2022, de 17 de octubre.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 6526/2020.

ECLI:ES:TS:2022:3678

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

Se trataba en este caso de determinar si la excedencia voluntaria por interés particular prevista en la legislación de empleo público (art.89.2 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o si también resulta de aplicación a los funcionarios interinos.

A tal efecto, el interesado presentó una solicitud ante la Administración competente que fue desestimada por Resolución de la Subdirección General del Ministerio de Interior de fecha de 27 de junio de 2017, confirmada en reposición por Resolución de 22 de septiembre de ese mismo año, por la que se denegó definitivamente en esa vía administrativa el pase del solicitante a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

Tras el agotamiento de la vía administrativa previa, interpuso el interesado recurso contencioso-administrativo ordinario (con el número 353/2017) ante la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que dio lugar a la sentencia el 16 de septiembre de 2020 por la que se estimó parcialmente la pretensión y se anularon las decisiones administrativas anteriormente citadas.

La sentencia reconoció (sic) el derecho del recurrente “a que la administración sin atender a su nombramiento como funcionario interino, informe si existen necesidades del servicio que impiden la concesión de la excedencia solicitada en los términos del 89.2 del TREBEP, dictando la resolución que proceda en derecho”.

Contra la referida sentencia fue preparado por la Abogacía del Estado recurso de casación, que se tuvo por preparado y fue seguido por la pertinente remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes. El recurso fue admitido por auto de 24 de febrero de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el que se declaró asimismo “que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”, además de identificar “como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso (art.90.4 LJCA)”.

Admitido el recurso y presentado en plazo el correspondiente escrito de interposición, por providencia de 19 de abril de 2022 se acordó dar traslado del mismo a parte recurrida para su eventual oposición, cosa que se hizo por escrito de 1 de mayo de 2022, en el que se concluyó “suplicando se acuerde desestimar íntegramente el recurso de casación y confirmar íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente”.

IV. Posiciones de las partes

La parte recurrente, con invocación de la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-158/16), arguye que la sentencia de instancia extiende

indebidamente el concepto de "condiciones de trabajo" reflejado en la cláusula 4 del Acuerdo marco refrendado por la Directiva 1999/70/CE, al asimilar una situación administrativa (la de servicios especiales) creada para la satisfacción e intereses generales y públicos (tal y como se deduce del art.87.1 EBEP) a las situaciones administrativas por interés particular, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 89.2 EBEP, "que regula la situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular, únicamente prevista para los funcionarios de carrera, según el propio precepto". Al considerar aplicable esa norma a los funcionarios interinos, la sentencia recurrida hace una interpretación extensiva del precepto "que contraviene directamente lo dispuesto en una norma con rango de Ley sin el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad". Para la Abogacía del Estado, "la naturaleza esencialmente temporal que caracteriza la situación del personal interino es difícilmente compatible con el reconocimiento de un derecho de reingreso que es inherente a la situación de la excedencia voluntaria por interés particular".

La parte recurrida defiende que la expresión "condiciones de trabajo" designa "los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral", y recalca que la sentencia TJUE de 20 de diciembre de 2017 incluyó en tal concepto la situación de "servicios especiales" al reconocer el derecho de una funcionaria interina elegida para desempeñar un mandato parlamentario "a un permiso especial, previsto por la normativa nacional, en virtud del cual se suspende la relación de trabajo, de modo que se garantiza el mantenimiento del puesto de dicho trabajador y su derecho a la promoción hasta que se expire su mandato parlamentario". A su entender, y en línea con la sentencia impugnada, "el resto de situaciones administrativas de los funcionarios públicos, contempladas en el artículo 85 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, también se incluyen en el concepto de condiciones de trabajo", siendo así que "respecto a estas condiciones de trabajo, se constata una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, ya que los primeros pueden acceder a una excedencia voluntaria por interés particular cuando hayan prestado servicios efectivos durante un periodo mínimo de cinco años en el conjunto de las Administraciones públicas y a los segundos no se les permite. No reputa justificada esa diferencia de trato, ya que, en los nombramientos de larga duración, no concurren las notas de urgencia y necesidad ni la previsibilidad de la finalización de la relación del servicio", elementos que a su juicio podrían en principio constituir esa justificación, pero que decaen en el presente supuesto". Añade la parte recurrida "que tampoco sirve de justificación el hecho de que la excedencia voluntaria por interés particular no conlleve reserva de puesto de trabajo, ya que no existe obstáculo para que el funcionario interino solicite el reingreso a través de una adscripción provisional. Concluye que ninguno de los argumentos esgrimidos por la recurrente, permite justificar, desde la perspectiva del artículo 14 CE, la diferencia de trato".

V. Normativa aplicable al caso

- Artículo 14 CE: "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".

- Artículo 85.1 EBEP: "Los funcionarios de carrera se hallarán en alguna de las siguientes situaciones: a) Servicio activo. b) Servicios especiales. c) Servicio en otras Administraciones Públicas. d) Excedencia. e) Suspensión de funciones".

- Artículo 87.1 EBEP: "Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales: a) Cuando sean designados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, miembros de las Instituciones de la Unión Europea o de las organizaciones internacionales, o sean nombrados altos cargos de las citadas Administraciones Públicas o Instituciones. b) Cuando sean autorizados para realizar una misión por periodo determinado superior a seis meses en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional. c)

Quando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en organismos públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos. d) Cuando sean adscritos a los servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo o destinados al Tribunal de Cuentas en los términos previstos en el artículo 93.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. e) Cuando accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales o miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función. Aquellos que pierdan dicha condición por disolución de las correspondientes cámaras o terminación del mandato de las mismas podrán permanecer en la situación de servicios especiales hasta su nueva constitución. f) Cuando se desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Asambleas de las ciudades de Ceuta y Melilla y en las entidades locales, cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales y cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas. g) Cuando sean designados para formar parte del Consejo General del Poder Judicial o de los consejos de justicia de las comunidades autónomas. h) Cuando sean elegidos o designados para formar parte de los Órganos Constitucionales o de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas u otros cuya elección corresponda al Congreso de los Diputados, al Senado o a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. i) Cuando sean designados como personal eventual por ocupar puestos de trabajo con funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento político y no opten por permanecer en la situación de servicio activo. j) Cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales. k) Cuando sean designados asesores de los grupos parlamentarios de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. l) Cuando sean activados como reservistas voluntarios para prestar servicios en las Fuerzas Armadas”.

- Artículo 89.2 EBEP: “Los funcionarios de carrera podrán obtener la excedencia voluntaria por interés particular cuando hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores. No obstante, las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán establecer una duración menor del periodo de prestación de servicios exigido para que el funcionario de carrera pueda solicitar la excedencia y se determinarán los periodos mínimos de permanencia en la misma. La concesión de excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas. No podrá declararse cuando al funcionario público se le instruya expediente disciplinario. Procederá declarar de oficio la excedencia voluntaria por interés particular cuando finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo en que se determine reglamentariamente.

Quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación”.

- Artículo 15 RD 365/1995, de 10 de marzo (Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado): “Procederá declarar, de oficio o a instancia de parte, en la situación regulada en este artículo a los funcionarios de carrera que se encuentren en servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubieran obtenido la oportuna compatibilidad, y a los que pasen a prestar servicios como personal laboral fijo en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en las situaciones de servicio activo o servicios especiales. El desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no

habilitará para pasar a esta situación administrativa. A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, deben considerarse incluidas en el sector público aquellas empresas controladas por las Administraciones públicas por cualquiera de los medios previstos en la legislación mercantil, y en las que la participación directa o indirecta de las citadas Administraciones públicas sea igual o superior al porcentaje legalmente establecido. 2. La declaración de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público procederá también en el caso de los funcionarios del Estado integrados en la función pública de las Comunidades Autónomas que ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas de funcionarios propios de las mismas distintos a aquellos en que inicialmente se hubieran integrado. 3. Los funcionarios podrán permanecer en esta situación en tanto se mantenga la relación de servicios que dio origen a la misma. Una vez producido el cese como funcionario de carrera o personal laboral fijo deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo máximo de un mes, declarándoseles, de no hacerlo, en la situación de excedencia voluntaria por interés particular”.

- Artículo 90.4 LJCA: “Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. Las providencias de inadmisión únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias: a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada; b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación; c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; o d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”.

- Cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (anexo de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio): “Principio de no discriminación. 1. 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. 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis. 3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales. 4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas”.

Interpretación de la referida cláusula por sentencia TJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-158/16): “1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “condiciones de trabajo”, recogido en esa disposición, incluye el derecho de un trabajador que ha sido elegido para desempeñar un mandato parlamentario a un permiso especial, previsto por la normativa nacional, en virtud del cual se suspende la relación de trabajo, de modo que se garantiza el mantenimiento del puesto de dicho trabajador y su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario. 2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de desempeñar un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de

desempeñare el mencionado cargo, mientras que reconoce este derecho a los trabajadores fijos”.

VI. Doctrina básica

“Hay, pues, razones objetivas, que justifican el trato distinto al trabajador por razón del carácter temporal de su empleo a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco”.

“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación 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” (por remisión a la precitada STJUE de 20 de diciembre de 2017).

“Así, pues, tanto la excedencia reclamada como la adscripción provisional a que se refiere el recurrente solo proceden para funcionarios de carrera que cumplan los requisitos legales”.

VII. Parte dispositiva

“Así, pues, tanto la excedencia reclamada como la adscripción provisional a que se refiere el recurrente solo proceden para funcionarios de carrera que cumplan los requisitos legales. Por ello se estima el recurso de casación y se anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y se desestima el recurso contencioso-administrativo. La Sala entiende que la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos”.

“Costas. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. A la vista de las dudas suscitadas no se aprecian razones para la imposición de las costas de instancia, a tenor del n.º 139 LJCA”.

“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia de 16 de septiembre de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso contencioso administrativo n.º 353/2017 que se casa y anula por lo que se desestima el recurso contencioso-administrativo. SEGUNDO.- Fijar como doctrina casacional la reflejada en el penúltimo fundamento de Derecho. TERCERO.- En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho”.

VIII. Pasajes decisivos

“Y si bien en el caso de autos la Sala de instancia tiene en cuenta una ‘relación temporal’ de más de siete años al tiempo de la solicitud de excedencia voluntaria no estamos frente a un cese de la relación de servicios acordado por la Administración, sino frente a una solicitud de excedencia voluntaria de un funcionario en cuyo nombramiento la Administración estableció que puede extinguir la relación cuando la plaza sea amortizada, cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido o no existan las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina”.

“Entiende el Tribunal que no se dan las circunstancias examinadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que se tomaba como referencia una situación incardinada en el régimen privilegiado de los ‘servicios especiales’ del amplio catálogo establecido en el artículo 87 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. Hay, pues, razones objetivas, que justifican el trato distinto al

trabajador por razón del carácter temporal de su empleo a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco”.

“Así la precitada STJUE de 20 de diciembre de 2017 declara: ‘42 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación 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 (sentencias de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10, EU:C:2011:557, apartado 65 y jurisprudencia citada, y de 14 de septiembre de 2016, De Diego Porras, C-596/14, EU:C:2016:683, apartado 35)’”.

“De lo establecido en el n.º 63 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, se concluye inequívocamente que la adscripción provisional, artículo 63, tras el reingreso de la excedencia sin reserva de puesto de trabajo, artículo 62, está reservada por sus características al funcionario de carrera. Así, pues, tanto la excedencia reclamada como la adscripción provisional a que se refiere el recurrente solo proceden para funcionarios de carrera que cumplan los requisitos legales. Por ello se estima el recurso de casación y se anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y se desestima el recurso contencioso-administrativo”.

IX. Comentario

Probablemente sea lacónica en exceso, pero la sentencia TS (cont.-adm.) 1313/2022 parece razonable. Es verdad que no todas las opiniones doctrinales emitidas en los últimos tiempos caminan en esa dirección, y que dentro de la doctrina judicial e incluso de la jurisprudencia pueden encontrarse otros criterios de valoración y resolución. También es cierto que en muchas ocasiones el empleo temporal lamentablemente se ha convertido de hecho en un empleo de larga duración sin horizontes claros en cuanto a su finalización o, menos aún, su transformación en empleo fijo. Pero dejando a un lado ahora las situaciones patológicas por muy abundantes y preocupantes que sean (así como las anómalas o irregulares circunstancias que suelen generarlas), debemos procurar una mínima sensatez en la configuración del régimen jurídico de los compromisos de trabajo y en la gestión de las plantillas de personal. No parece que tenga mucho sentido aplicar a una relación que se concierta por motivos coyunturales y transitorios las categorías jurídicas diseñadas para atender adecuadamente las vicisitudes que pueden sufrir las relaciones de empleo duraderas. No se dan en el empleo temporal las razones que llevan a preservar el mantenimiento de un puesto de trabajo de carácter fijo o de una plaza ganada en propiedad cuando la persona que trabaja se ve afectada o comprensiblemente atraída por circunstancias incompatibles con su prestación de servicios. Desde la perspectiva contraria, tampoco parece contar con mucha lógica que una relación entablada para hacer frente a una circunstancia temporal se dilate en el tiempo de manera puramente formal por causa de una interrupción de larga duración. Tiene todo fundamento que el empleo temporal pueda sufrir interrupción por acontecimientos ligados a la salud o a la procreación, y que quien presta ese tipo de servicios acceda a los derechos de conciliación que permitan mientras tanto la compatibilidad del trabajo con la vida familiar y personal. Cosa distinta es ampliar desproporcionadamente la existencia de un vínculo jurídico nacido (en la hipótesis de correcta aplicación) para atender una situación muy concreta o temporalmente localizada.

Quizá no deba soslayarse por completo el hecho de que en el caso de autos se tratara de una “relación temporal” que se había prolongado durante más de siete años en el momento de solicitud de excedencia voluntaria por parte del empleado, pero, al margen de la injusticia material que ello pudiera entrañar, no es un dato que disipe la naturaleza transitoria o provisional del vínculo jurídico en cuestión, puesto que, como señala la propia sentencia TS 1313/2022, la solicitud de excedencia había sido planteada por “un funcionario en cuyo nombramiento la Administración estableció que puede extinguir la relación cuando la plaza sea amortizada, cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido o no

existan las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina”. No es desde luego de recibo que la provisionalidad alcance tales marcas temporales, pero ello no hace desaparecer *per se* la nota de interinidad.

X. Apunte final

La sentencia TS objeto de comentario plantea de nuevo si desde un estricto punto de vista jurídico es procedente la aplicación de la Directiva 1999/70/CE al empleo público de carácter funcional (con independencia de que sea de carrera o de carácter interino). Téngase en cuenta que su texto alude reiteradamente a “contrato” (fórmula distinta del acto de designación o nombramiento) y, más aún, a relación “laboral”, lo cual se ajusta, por lo demás, a la índole de los sujetos negociadores del acuerdo colectivo que le sirve de base. Ciertamente, no en todos los países de nuestro entorno existe una distinción tan nítida entre el empleo de régimen laboral y el de régimen administrativo, y esa es seguramente la razón de que la jurisprudencia del TJUE no haya puesto reparos aparentes al conocimiento y la resolución de asuntos relacionados con el empleo en las Administraciones públicas. Pero en lo que se refiere a nuestra estructura de empleo público tal vez las cosas merezcan un juicio más ponderado.

Referencias:

1. ^ Proyecto de investigación DER2016-80327-P.

§ 95 Reducción de jornada del personal funcionario por guarda legal de un menor de 12 años de edad, ¿lo es con disminución de la retribución?

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. 1398/2022, de 2 de noviembre (Recurso de casación núm. 7223/2020), declara que el personal funcionario de las Corporaciones Locales de la Comunidad Valenciana no tiene derecho a reducir su jornada, sin disminución de la retribución, por guarda legal de un menor de 12 años de edad, porque es nulo el artículo 7.4.a).3º del Decreto valenciano 42/2019 en el que se fundamenta el pretendido derecho. La STS-CONT núm. 852/2022 anuló el precepto autonómico en cuestión por oponerse al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que, siendo norma estatal básica y común a los funcionarios de todas las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local), ex artículo 148.1.18ª de la Constitución Española (CE), señala que la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años debe comportar la disminución de la retribución correspondiente. La STS-CONT núm. 1398/2022 invita a reflexionar sobre la competencia exclusiva del Estado para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 148.1.18ª CE), sobre el contenido básico del artículo 48.h) del EBEP respecto a la reducción de jornada por guarda legal, y también sobre el modo de articular la disminución correspondiente de la retribución: ¿es proporcional a la reducción de jornada?, ¿alcanza a la totalidad de los conceptos que integran la estructura retributiva?

Palabras clave: Personal funcionario de las Corporaciones Locales. Conciliar vida familiar y actividad profesional. Reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad. Retribución. Norma básica estatal.

Abstract: En Espagne, le paragraphe h) de l'article 48 du Statut de base de l'employé public (EBEP, 2015) reconnaît le droit des fonctionnaires à la réduction du temps de travail pour la garde d'un enfant âgé de moins de 12 ans. Cette réduction du temps de travail implique que la rémunération soit également réduite. La compétence normative des Communautés Autonomes doit respecter l'article 48 du EBEP, qui constitue une norme de base élaborée par l'État en fonction de l'article 148, paragraphe 1, point 18 du texte constitutionnel. C'est à dire que la législation des Communautés Autonomes ne peut pas reconnaître la réduction du temps de travail sans diminution de la rémunération, allant à l'encontre de l'article 48, paragraphe h) du EBEP. Ainsi, dans un arrêt du 2 novembre 2022, la chambre administrative de la Cour suprême d'Espagne a précisé que le droit des fonctionnaires municipaux de réduire son temps de travail pour s'occuper d'un enfant de moins de 12 ans doit être accompagné d'une réduction parallèle de la rémunération.

Keywords: *Les fonctionnaires des corporations municipales. Concilier vie familiale et activité professionnelle. La réduction du temps du travail pour élever un enfant de moins de 12 ans. La rémunération. La norme de base élaborée par l'État.*

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. 1398/2022, de 2 de noviembre, que resuelve el Recurso de Casación núm. 7223/2020 interpuesto por el Ayuntamiento de un municipio alicantino contra la sentencia núm. 199/2020, de 29 de junio, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante (ECLI:ES:JCA:2020:4011), que reconoce a un funcionario local el derecho a reducir su jornada diaria una hora sin disminución de retribución. La reducción de jornada se ha reconocido para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalidad Valenciana (DO Generalitat Valenciana núm. 8518, de 31 marzo 2019).

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. 1398/2022, de 2 de noviembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de Casación núm. 7223/2020.

ECLI:ES:TS:2022:3885

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm.a. Sra. Dña. María del Pilar Teso Gamella.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión consiste en determinar si los funcionarios de las Corporaciones Locales tienen derecho a reducir su jornada diaria para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad, sin disminución de la retribución, con base en la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma y a la vista de lo dispuesto en el artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (Ayuntamiento)

El Ayuntamiento de Novelda (Alicante) interpone recurso de casación contra la sentencia núm. 199/2020, de 29 de junio, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante (ECLI:ES:JCA:2020:4011), que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un funcionario local, con el consiguiente reconocimiento del derecho a reducir su jornada diaria una hora sin disminución de retribución. El Ayuntamiento considera que la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad debe ser con disminución de la retribución conforme a lo dispuesto en el artículo 48.h) del EBEP.

2. La parte recurrida (Funcionario del Ayuntamiento)

El funcionario que presta servicios en el Ayuntamiento de Novelda considera que la reducción de su jornada diaria en una hora por guarda legal de hijo menor de 12 años

de edad lo es sin disminución de la retribución conforme a lo dispuesto en el artículo 7.4.a).3º del Decreto valenciano núm. 42/2019.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-CONT núm. 1398/2022 fundamenta el Fallo en la normativa vigente y en la jurisprudencia señaladas a continuación:

Normativa

- **Artículo 149.1.18ª de la Constitución Española (CE):**

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

Las bases [...] del régimen estatutario de sus funcionarios [...].

- **Artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (BOE núm. 96, de 22 abril 1986) :**

Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado.

- **Artículo 48.h) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP):**

Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:

Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, [...], tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda [...].

Jurisprudencia de la Sala Contencioso-Administrativo del TS

- **STS-CONT núm. 852/2022, de 29 de junio (Recurso de casación núm. 2594/2021. ECLI:ES:TS:2022:2620):** 1) anula el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalitat, por ser contrario al artículo 48.h) del EBEP; y 2) declara que los funcionarios de las Corporaciones Locales no tienen derecho a reducir su jornada diaria una hora, sin disminución de la retribución, para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad.
- **STS-CONT núm. 879/2022, de 30 de junio (Recurso de casación núm. 2634/2020. ECLI:ES:TS:2022:2799):** declara que: 1) los funcionarios de las corporaciones locales no tienen derecho a reducir su jornada diaria una hora, sin disminución de la retribución, para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad porque tal derecho se fundamenta en un precepto autonómico [artículo 7.4.a).3º Decreto 42/2019] que ha sido anulado por el TS; y 2) el derecho de los funcionarios de las corporaciones locales a reducir su jornada para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad debe comportar la disminución de la retribución conforme a lo dispuesto en el artículo 48.h) del EBEP.

VI. Doctrina básica

Razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) e igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE) determinan que la STS-CONT núm. 1398/2022 reitere la doctrina recogida en la STS-CONT núm. 852/2022 (Recurso de casación núm. 2594/2021) y en la STS-CONT núm. 879/2022 (Recurso de casación núm. 2634/2020). La doctrina se ordena en las ideas siguientes:

- **Primera idea.** La normativa autonómica que reconoce a los funcionarios (autonómicos y locales) el derecho a reducir su jornada diaria una hora por guarda legal de un menor de 12 años de edad, sin disminución de la retribución, se opone al artículo 48.h) del EBEP.
- **Segunda idea.** Los funcionarios de las Corporaciones Locales no tienen derecho a reducir su jornada diaria una hora para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad sin disminución de la retribución, porque tal derecho se fundamenta en un precepto autonómico [artículo 7.4.a).3º Decreto valenciano 42/2019] anulado por la STS-CONT núm. 852/2022.
- **Tercera idea.** La reducción de jornada de los funcionarios de las Corporaciones Locales para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad debe comportar la disminución de la retribución conforme al artículo 48.h) del EBEP.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, *en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución*, ha decidido:

- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Novelda (Alicante) contra la sentencia núm. 199/2020, de 29 de junio, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante (ECLI:ES:JCA:2020:4011), que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución del Ayuntamiento de Novelda (Alicante), dejando esta sin efecto y reconociendo al funcionario el derecho a disfrutar de una reducción de jornada de una hora diaria sin pérdida de haberes.
- Desestimar el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Ayuntamiento de Novelda (Alicante), de 20 de agosto de 2019, que denegó al funcionario la solicitud de reducción de jornada sin pérdida de retribución.
- No hacer imposición de costas del recurso de casación ni del recurso contencioso administrativo:
 - En cuanto al recurso de casación y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139.3 y 93.4 de la Ley 29/1998, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.
 - En cuanto al recurso contencioso-administrativo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1.párrafo 1º de la Ley 29/1998, no hay imposición de costas por las serias dudas de Derecho que presenta la cuestión litigiosa.

VIII. Comentario

El comentario se centra en cinco aspectos de interés que suscita la STS-CONT núm. 1398/2022, y son los siguientes:

Primer aspecto. La incidencia en la STS-CONT núm. 1398/2022, ahora comentada, del fallo de la STS-CONT núm. 852/2022, de 29 de junio (Recurso de casación núm. 2594/2021), que anula el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalidad Valenciana.

Segundo aspecto. La argumentación jurídica seguida por la STS-CONT núm. 852/2022 para anular el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019.

Tercer aspecto. La naturaleza jurídica de la reducción de jornada de los funcionarios para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 años de edad (guarda legal de un menor de 12 años): ¿la reducción de jornada debe enmarcarse dentro del régimen jurídico de la jornada de trabajo (artículo 47 EBEP) o dentro del régimen jurídico de los permisos (artículos 48 y 49 EBEP)?

Cuarto aspecto. El alcance de la competencia exclusiva del Estado para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ex artículo 148.1.18ª de la CE. ¿El artículo 7.4.a) del Decreto 42/2019 incurre en inconstitucional indirecta (mediata)?

Quinto aspecto. La disminución de la retribución que lleva aparejada la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad: ¿es proporcional a la reducción de jornada?, ¿y de la totalidad de los elementos de la estructura retributiva?

1. *Alcance de la STS-CONT núm. 852/2022, que anula el precepto autonómico que reconoce al personal funcionario el derecho a reducir su jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, sin disminución de la retribución*

El artículo 7.1.a) del Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalidad Valenciana (DO Generalitat Valenciana núm. 8518, de 31 marzo 2019), reconoce a los funcionarios de la Comunidad Valenciana (autonómicos y locales) el derecho a reducir su jornada *hasta la mitad de la misma, con disminución proporcional de retribuciones, por razones de guarda legal, cuando el personal tenga a su cargo algún niño o niña de 12 años o menor [...]*. El referido precepto ha de ponerse en relación con artículo 7.4.a) del Decreto 42/2019, cuyo tenor literal es el siguiente:

Se podrá solicitar reducción de jornada de una hora diaria sin disminución de retribuciones por las causas siguientes:

Por las causas previstas en los apartados a), b) y c) del número 1.

No obstante, en el caso de guarda legal de niñas o niños de 12 años o menores, se podrá conceder únicamente cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

- 1.º Que el menor requiera especial dedicación.*
- 2.º Que la niña o niño tenga 3 años o menos.*
- 3.º Que tenga a su cargo dos o más niñas o niños de 12 años o menores.*
- 4.º Que se trate de familia monoparental.*

El artículo 7 del Decreto 42/2019 diferencia dos situaciones:

Primera situación. La **reducción de jornada de hasta la mitad de la misma, con disminución proporcional de la retribución**, por guarda legal de un menor de hasta 12 años de edad (artículo 7.1 Decreto 42/2019). Esta situación es similar a la recogida en el artículo 48.h) del EBEP, aunque con dos diferencias: 1) el precepto autonómico autoriza la reducción para el cuidado directo de un menor de hasta 12 años de edad (≤ 12 años), mientras que el precepto estatal se refiere a menor de 12 años de edad (< 12 años); y 2) el precepto autonómico señala que la disminución de la

retribución será proporcional a la reducción de jornada, mientras que el precepto estatal se refiere a la disminución de la retribución que corresponda, omitiendo la regla de la proporcionalidad.

Segunda situación. La **reducción de jornada de una hora diaria, sin disminución de la retribución**, por guarda legal de un menor de hasta 12 años de edad cuando concorra alguno de las cuatro circunstancias siguientes:

- El menor requiere especial dedicación [artículo 7.4.a).1º Decreto 42/2019].
- El menor tiene una edad igual o inferior a 3 años [artículo 7.4.a).2º Decreto 42/2019].
- El funcionario tiene a cargo dos o más menores con edad igual o inferior a 12 años [artículo 7.4.a).3º Decreto 42/2019].
- El funcionario conforma una familia monoparental [artículo 7.4.a).4º Decreto 42/2019].

La STS-CONT núm. 852/2022, de 29 de junio (Recurso de casación núm. 2594/2021. ECLI:ES:TS:2022:2620), anula el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019 por oponerse al artículo 48.h) del EBEP, que reconoce al personal funcionario la reducción de jornada, con la disminución de las retribuciones, por guarda legal de un menor de hasta 12 años de edad. Nótese que la Sentencia no anula el artículo 7.4.a) del Decreto 42/2019 en toda su extensión (los cuatro puntos), sino únicamente el punto 3º, y ello es así porque lo hace con fundamento en el artículo 27.3 de la Ley 29/1998, según el cual, *sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma*. Dado que en el caso enjuiciado se cuestionaba el derecho de un funcionario local a reducir su jornada para el cuidado directo de un hijo a cargo menor de 12 de años de edad con fundamento en el punto 3º del artículo 7.4.a) del Decreto 42/2019, el TS únicamente debía (y podía) examinar la legalidad de dicho punto, no así la de los tres puntos restantes. Cabe realizar dos consideraciones al respecto:

Primera consideración. Si se interpone recurso de casación cuya cuestión consista en determinar si procede reconocer al personal funcionario el derecho a reducir su jornada, sin disminución de haberes, por guarda legal de un menor de 12 años de edad con base en el punto 3º del artículo 7.4.a) del Decreto 42/2019, el TS responderá que no procede porque el precepto invocado ha sido previamente anulado mediante STS-CONT núm. 852/2022. Precisamente, así ha sucedido en la STS-CONT núm. 879/2022 (ECLI:ES:TS:2022:2799), en la STS-CONT núm. 1398/2022 (ECLI:ES:TS:2022:3885), que ahora se comenta, y en la STS-CONT núm. 1508/2022 (ECLI:ES:TS:2022:4220).

Segunda consideración. Si se interpone recurso de casación cuya cuestión consista en determinar si procede reconocer al personal funcionario el derecho a reducir su jornada, sin disminución de haberes, por guarda legal de un menor de 12 años de edad con base en el punto 1º, 2º o 4º del artículo 7.4.a) del Decreto 42/2019, el TS anulará primero el precepto invocado, por ser contrario al artículo 48.h) del EBEP, y después responderá que no procede porque tal reducción de jornada debe comportar la disminución de la retribución. Hasta el momento, el TS no ha dictado sentencia sobre el particular.

2. Argumentación del TS para anular el precepto autonómico que reconoce al funcionario la reducción de jornada por guarda legal de un menor de hasta 12 años de edad sin disminución de la retribución

La STS-CONT núm. 852/2022 anula el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019 por oponerse al artículo 48.h) del EBEP, que fija la disminución de la retribución en la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad. La Sala anula el artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019 en base a la normativa siguiente:

Artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986: reconoce a los funcionarios de la Administración Local el derecho a los permisos previstos *en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado*. El TS señala que:

- Más allá del Decreto 42/2019, la legislación sobre función pública de la Comunidad Valenciana no reconoce la reducción de jornada sin disminución de retribución. En este sentido:
 - El artículo 68.3 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana (BOE núm. 190, de 6 agosto 2010), reconoce el derecho a la reducción de jornada en los supuestos y con los requisitos que se determinen reglamentariamente. Por tanto, la Ley 10/2010 remite al reglamento de la regulación correspondiente.
 - El artículo 80.1 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de Función Pública Valenciana (BOE núm. 127, de 28 mayo 2021), señala que el personal funcionario disfrutará de los permisos establecidos en el artículo 48 del EBEP. Por tanto, la Ley 4/2021 remite directamente al EBEP.
- La STS-CONT núm. 852/2022 señala que la legislación autonómica sobre permisos debe respetar las normas básicas establecidas por el Estado, y el EBEP es una de ellas. Así, aunque el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986 llama en primer lugar a la legislación autonómica, esta ha de respetar el EBEP como norma básica del Estado que es.

Artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL): dispone que *La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado; y añade que Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada*. La STS-CONT núm. 852/2022 declara que el artículo 94 de la LBRL mantiene la regulación del tema en el plano estatal, y que la pauta que sienta es la de que a los funcionarios locales se les dé el mismo trato que a los del Estado.

3. *Naturaleza jurídica de la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad*

Tal y como ha quedado expuesto más arriba, una de las normas jurídicas invocadas por la STS-CONT núm. 852/2022 para fundamentar la anulación del artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019 es el artículo 94 de la LBRL, según el cual, la jornada de los funcionarios de la Administración Local será la fijada en cómputo anual para los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Cabe cuestionar si procede invocar el artículo 94 de la LBRL porque no va referido a los permisos de los funcionarios de la Administración Local, sino a su jornada de trabajo. Cuando el artículo 94 de la LBRL remite a lo dispuesto para los funcionarios civiles del Estado, todo apunta a que lo hace al artículo 47 del EBEP (Jornada de trabajo de los funcionarios) y no a los artículos 48 y 49 del EBEP (Permisos de los funcionarios):

- El artículo 47 del EBEP dispone que *Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial*. El artículo 47 del EBEP tiene carácter general y estructural porque remite directamente a lo dispuesto en materia de jornada por cada Administración pública para sus propios funcionarios.
- Los artículos 48 y 49 del EBEP, a diferencia del artículo 47 del EBEP, no remiten a lo previsto por cada Administración pública, sino que resultan de

aplicación directa a los funcionarios de todas las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local).

No resulta oportuno invocar el artículo 94 de la LBRL, referido a la jornada de trabajo, para fundamentar la anulación del artículo 7.4.a).3º del Decreto 42/2019, referido a la reducción de jornada por guarda legal. Esta clarificación resulta importante máxime teniendo en cuenta que el artículo 7 del Decreto 42/2019: 1) se intitula “Jornada de Trabajo” y 2) no se ubica dentro del Capítulo III de la norma, referido a los “Permisos”, sino del Capítulo II, referido a las “Condiciones generales de trabajo”. Varias consideraciones al respecto:

Primera consideración. Tras la STS-CONT núm. 852/2022, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS que han negado a los funcionarios de las Corporaciones Locales radicadas en la Comunidad Valenciana el derecho a reducir su jornada sin disminución de la retribución, por ser nulo el artículo 7.4.a).3º del Decreto 41/2019, no han identificado el artículo 94 de la LBRL como norma jurídica aplicable. Estas sentencias fundamentan el Fallo en la STS-CONT núm. 852/2022 y en las normas jurídicas siguientes: 1) artículo 149.1.18ª de la CE, 2) artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986 y 3) artículo 48.h) del EBEP.

Segunda consideración. El derecho de los funcionarios a reducir su jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, con disminución de la retribución, se recoge en el artículo 48.h) del EBEP, precepto dedicado a los permisos y no a la reducción de jornada.

Tercera consideración. Aunque el artículo 7 del Decreto 42/2019 se intitule “Jornada de trabajo” y no se ubique dentro del Capítulo referido a los “Permisos”, ello no obsta para afirmar que la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad tiene la naturaleza jurídica de “permiso” y, por tanto, debe ajustarse al régimen de los permisos y, en particular, al artículo 48.h) del EBEP.

4. Competencia exclusiva del Estado para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios

El artículo 149.1.18ª de la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las **bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos**. La doctrina constitucional que interpreta el significado y alcance del artículo 149.1.18ª de la CE señala que^[1]:

- El Estado tiene competencia exclusiva para establecer “las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos”, expresión referida a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, debiendo entenderse incluidos, por consiguiente, tanto los funcionarios de la Administración del Estado como los de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los de las Corporaciones Locales.
- El Estado tiene competencia exclusiva para establecer las bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos, y las Comunidades Autónomas la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con aquella legislación básica estatal, en relación con los funcionarios al servicio de la correspondiente Comunidad Autónoma y de las Corporaciones Locales radicadas en su ámbito territorial.
- La competencia exclusiva del Estado para fijar “las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos” incluye las previsiones relativas a los permisos, entre los que figura la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad. El Estado tiene la competencia exclusiva para determinar, por entrar dentro de lo básico: 1) los concretos y precisos

supuestos que permiten a un funcionario ser beneficiario de un permiso, cualquiera que sea la Administración a la que pertenezca (estatal, autonómica o local); y 2) la duración del permiso.

- La competencia exclusiva del Estado para fijar “las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos” no puede amparar una normativa estatal que agote el contenido de los permisos hasta el punto de no permitir a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución en esta materia. Nótese que el artículo 48.h) del EBEP, al reconocer el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, no agota su contenido, permitiendo a las Comunidades Autónomas el ejercicio de su competencia de desarrollo para ordenar aspectos omitidos por la norma básica estatal, tales como: 1) el porcentaje (mínimo, máximo) de jornada que el funcionario puede reducir, 2) la concreción horaria tras la reducción de jornada o 3) el régimen de incompatibilidades y compatibilidades con otros permisos y/o con la prestación de otra actividad.

El Estado, en virtud de la competencia que le confiere el artículo 149.1.18ª de la CE, ha ido adoptando sucesivas normas que ordenan las bases de los permisos de los funcionarios públicos; destacan tres referidas a la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad:

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 3 agosto 1984): el artículo 30.1.g) reconoce al funcionario el derecho a reducir su jornada que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años de edad; y añade que *Reglamentariamente se determinará la disminución de jornada de trabajo y la reducción proporcional de retribuciones*. Por tanto, la reducción de jornada se reconoce con reducción proporcional de la retribución.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, actualmente derogado:

- La redacción original del artículo 48.1 del EBEP/2007 disponía, bajo el título “Permisos de los funcionarios públicos”, que *Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los señalados en el propio artículo 48.1, cuya letra h) reconocía al funcionario el derecho a reducir su jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, con disminución de la retribución que corresponda*. Por tanto, el artículo 48.1 del EBEP/2007 tenía carácter supletorio y mejorable por la normativa de desarrollo (estatal o autonómica). Así, la normativa de función pública de las Comunidades Autónomas podía reconocer la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad sin disminución de la retribución; y solo en defecto de legislación autonómica aplicable, la reducción lo era con disminución de la retribución.
- El artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012 introdujo una modificación significativa en el artículo 48 del EBEP/2007^[2], que influyó de modo sobresaliente en la legislación autonómica sobre permisos de los funcionarios públicos. Esta modificación consistió en suprimir el inciso *Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes [...]*, y sustituirlo por *Los funcionarios públicos*

tendrán los siguientes derechos. A partir de este momento, el artículo 48 del EBEP/2007 deja de tener carácter supletorio y mejorable por la legislación de desarrollo y pasa a tener carácter básico y común a los funcionarios de todas las Administraciones públicas. Esto significa que: 1) el nuevo artículo 48.h) del EBEP/2007 es norma básica de aplicación preferente y 2) la normativa de función pública de las Comunidades Autónomas no puede reconocer al personal funcionario la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad sin disminución de la retribución, por oponerse al artículo 48.h) del EBEP/2007.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público (EBEP): el artículo 48, al igual que ya hiciera el artículo 48 del EBEP/2007 tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 20/2012, establece una regulación de los permisos que no incluye referencia alguna a su carácter supletorio (ni de mínimos). A la vista del tenor del artículo 48.h) del EBEP, la reducción de jornada no retribuida por guarda legal de un menor de 12 años tiene carácter básico y común a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, de modo que las Comunidades Autónomas deberán respetar su contenido al adoptar la legislación de desarrollo y ejecución. En relación con el caso ahora examinado, el contenido básico del artículo 48.h) del EBEP consta de dos elementos: 1) la reducción de jornada es para el cuidado directo de un menor con edad inferior a 12 años, y 2) la reducción de jornada es con disminución de la retribución correspondiente. Por las razones expuestas, cabe entender que la redacción del artículo 48.h) del EBEP determina que su contenido sea de aplicación directa (no supletoria) y no mejorable (no mínimo), de modo que las Comunidades Autónomas, al adoptar la normativa de desarrollo, no pueden: 1) modificar la edad límite del menor causante de la reducción de jornada (por ejemplo, fijando la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 6 años o de un menor con edad igual o superior a 12 años); ni 2) reconocer la reducción de jornada sin disminución de la retribución.

Llegados a este punto la cuestión consiste en determinar si el artículo 7.4.a) del Decreto valenciano 42/2019, además de ser nulo por oponerse al artículo 48.h) del EBEP (STS-CONT núm. 852/2022), es inconstitucional. Hay razones para pensar que el precepto en cuestión incurre en inconstitucionalidad mediata o indirecta, que no deriva de su incompatibilidad directa con la CE, sino de su contradicción con el artículo 48.h) del EBEP, que es un precepto básico adoptado por el Estado al amparo del artículo 148.1.18ª de la CE. Nótese que la inconstitucionalidad no sería sobrevenida, por cuanto el EBEP se adoptó en 2015 y el Decreto valenciano después, en 2019. La realidad muestra que la normativa valenciana no es la única que contraviene el artículo 48.h) del EBEP y, por ende, que posiblemente resulte contraria al artículo 148.1.18ª de la CE. La normativa sobre función pública de otras Comunidades Autónomas también fija el carácter retribuido de la reducción de jornada en determinados supuestos. Podría afirmarse que existe cierta permisividad con este tema en la práctica. Con todo, sería conveniente examinar si la STS-CONT núm. 852/2022, que anula el artículo 7.4.a).3º del Decreto valenciano 42/2019, está llevando a las Comunidades Autónomas a revisar su normativa autonómica sobre reducción de jornada para, en su caso, acomodarla a lo dispuesto en el artículo 48.h) del EBEP o a dejar de aplicar los preceptos autonómicos que contravienen el carácter básico y común del artículo 48.h) del EBEP.

En cualquier caso, no cabe ignorar que el artículo 9.3 de la CE garantiza el principio de jerarquía normativa y que todas las Administraciones públicas (estatal, autonómica y local) deben actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE) y, por tanto, aplicar la legislación básica estatal, de la que forma parte el artículo 48 del EBEP. Dos consideraciones:

Primera consideración. Aun cuando los permisos es una materia susceptible de negociación colectiva [artículo 37.1.m) EBEP], ello no obsta para que cuando se negocien haya que respetar el carácter básico y uniforme del artículo 48.h) del EBEP.

Segunda consideración. La reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, aun siendo un permiso para garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral, no se ubica en el artículo 49 del EBEP, intitulado “Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos”. Tal vez resulte oportuno plantear la conveniencia de trasladar el permiso en cuestión del artículo 48.h) al artículo 49 del EBEP, lo cual supondría un cambio significativo en orden al desarrollo legislativo y ejecución por las Comunidades Autónomas. El artículo 49 del EBEP, aun teniendo también carácter básico y siendo también de aplicación directa, se diferencia del artículo 48 del EBEP en que tiene carácter de mínimos (*En todo caso se reconocerán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas*), de modo que las Comunidades Autónomas tendrían margen para completar y mejorar su contenido. Además, el artículo 49 del EBEP, a diferencia del artículo 48 del EBEP, reconoce en ocasiones al funcionario el derecho a reducir su jornada por motivos de conciliación sin disminución de la retribución; así sucede con la reducción de jornada del funcionario para el cuidado directo, continuo y permanente de un menor a cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave [artículo 49.e) EBEP]. Tal vez sea interesante considerar la conveniencia de que el EBEP cuente con un único precepto destinado a regular exclusivamente los permisos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, precisando si tienen o no carácter de mínimos, y en qué supuestos la reducción de jornada sería con mantenimiento de las retribuciones.

5. Reducción de la retribución: ¿proporcional a la reducción de jornada?, ¿de todos los elementos que integran la estructura retributiva?

Un punto destacable que merece atención es el relativo a cómo se articula la disminución de la retribución cuando el funcionario reduce su jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad. Dos consideraciones al respecto:

Primera consideración. El artículo 48.h) del EBEP señala que procederá la disminución de la retribución que corresponda, ¿y qué se entiende por disminución correspondiente? Algunas Comunidades Autónomas precisan que la disminución de la retribución será proporcional a la reducción de la jornada, es decir, aplican la regla de proporcionalidad. Otras Comunidades Autónomas contemplan la disminución de la retribución en menor proporción que la reducción de la jornada. Podría pensarse que la normativa autonómica no contraviene el artículo 48.h) del EBEP mientras la reducción de jornada lo sea con disminución de la retribución, pero ¿qué pasa cuando la norma autonómica muestra que la retribución disminuye en menor proporción que la jornada?, ¿sería ilegal (inconstitucional) por contravenir el artículo 48.h) del EBEP (artículo 148.1.18ª CE)? Resulta claro que, a la vista del artículo 48.h) del EBEP y de la jurisprudencia del TS que lo interpreta, la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad lo es con disminución de la retribución, pero la cuestión última pasa por clarificar si el referido precepto estatal, de obligada observancia por la normativa autonómica de desarrollo, adopta la regla de proporcional, de modo que la retribución debe disminuir de forma proporcional a la jornada. La doctrina judicial señala que la referencia del artículo 48.h) del EBEP a la disminución retributiva “que corresponda” comporta el empleo de un criterio de proporcionalidad, de modo que la retribución ha de reducirse en la misma proporción que la jornada^[3], ni más ni menos.

Segunda consideración. El artículo 48.h) del EBEP no precisa si la reducción de jornada por guarda legal lleva aparejada la disminución proporcional de la totalidad de los elementos de la estructura retributiva. La cuestión pasa por determinar si, más allá del salario base, la reducción alcanza por igual a todas las percepciones. Cabe entender que habrá que estar a la verdadera naturaleza jurídica y finalidad del

concepto económico para determinar si procede o no su disminución. En este sentido, no parece que la reducción de jornada por guarda legal comporte la disminución de los conceptos que tienen naturaleza compensatoria o indemnizatoria, es decir, que no retribuyen la prestación de servicios. En este sentido, la doctrina judicial ha señalado que la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad no comporta la reducción de la indemnización por residencia que perciben los funcionarios del archipiélago canario, porque su finalidad no es retribuir la prestación de servicios, sino los costes derivados del hecho insular y de la lejanía entre las islas canarias y la península, y tal circunstancia concurre en todos los funcionarios, tengan o no reducida su jornada^[4].

IX. Apunte final. ¿Qué pasa con los funcionarios que cuentan con legislación específica?

La STS-CONT núm. 1398/2022 invita a reflexionar, más allá del caso enjuiciado, sobre la aplicación del artículo 48.h) del EBEP al personal funcionario que cuenta con legislación específica, ex artículos 2.3 y 4 del EBEP.

El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se rigen por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el EBEP, *excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84* (artículo 2.3 EBEP). Por tanto, al no estar incluido entre dichas excepciones el régimen de permisos y reducciones de jornada del Capítulo V del Título III del EBEP, lo dispuesto por el artículo 48.h) sobre reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años resulta aplicable al personal docente y al personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, respetando, en su caso, la normativa específica de ambos colectivos y considerando las características propias de los servicios educativo y sanitario.

Las disposiciones del EBEP se aplican directamente cuando así lo disponga su legislación específica a los siguientes colectivos de funcionarios (artículo 4 EBEP):

- Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.
- Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas.
- Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.
- Personal militar de las Fuerzas Armadas.
- Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Personal retribuido por arancel.
- Personal del Centro Nacional de Inteligencia.
- Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

Por tanto, lo dispuesto en el artículo 48.h) del EBEP sobre reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, con disminución de la retribución, se aplicará a los referidos funcionarios cuando así lo disponga su legislación específica. Merece la pena examinar, a modo de apunte final, cómo aborda el tema la legislación específica, y en particular si remite al artículo 48.h) del EBEP o, caso de no hacerlo, si reconoce la reducción de jornada con o sin disminución de la retribución. Sirva de muestra la legislación específica de los dos colectivos siguientes:

Personal militar de las Fuerzas Armadas: los militares tienen derecho a disfrutar de los permisos establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, aunque con *las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministro de Defensa* (artículo 22.3.párrafo 1º Ley Orgánica 9/2011). Por tanto, cabe entender que los militares tienen derecho a la reducción de jornada del

artículo 48.h) del EBEP. Concretamente, el artículo 13.1 de la Orden DEF/253/2015 reconoce a los militares el derecho a una reducción de jornada por razón de la guarda legal de un hijo menor de doce años, de una hora a un medio de la jornada laboral, con la disminución proporcional de las retribuciones^[5]. Por tanto, la reducción de jornada del militar lo es con disminución proporcional de su retribución^[6]. Llegados a este punto conviene precisar si la disminución alcanza por igual a todos los elementos de la estructura retributiva. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS declara que la indemnización por residencia debe mantenerse inalterable y sin reducción mientras el militar disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años, y ello es así porque el riesgo y la penosidad del lugar de destino (residencia) que justifican la indemnización no desaparecen durante el tiempo en que la jornada del militar está reducida^[7].

Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad [Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas (Cataluña, Navarra, País Vasco) y Policías Locales]: los miembros de la Guardia Civil tienen derecho a disfrutar de los permisos previstos por la legislación general de los funcionarios de la Administración General del Estado, aunque con adaptación a las funciones y los cometidos del Cuerpo (artículo 29.1 Ley Orgánica 11/2007). Por tanto, cabe entender que los miembros de la Guardia Civil tienen derecho a la reducción de jornada del artículo 48.h) del EBEP, que es con disminución de la retribución. Conviene precisar si la disminución alcanza por igual a todos los elementos de la estructura retributiva. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS declara que el complemento de zona conflictiva debe mantenerse inalterable y sin reducción mientras el Guardia Civil disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de un menor de 12 años de edad, y ello es así porque dicho complemento está vinculado al desempeño de funciones en un ámbito territorial con un índice de peligrosidad o penosidad especial (superior a la media), circunstancia que alcanza por igual a todo el personal que se halla en la zona, con independencia de que tenga o no jornada reducida^[8].

Referencias:

1. ^ Por todas, vid., STC (Pleno) núm. 156/2015, de 9 de julio (Recurso de inconstitucionalidad núm. 5741/2012. FJ 8. BOE núm. 194, de 14 agosto 2015. ECLI:ES:TC:2015:156).
2. ^ El art. 8 del Real Decreto-ley 20/2012 modificó los artículos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, relativos a los permisos (art. 48) y vacaciones (art. 50) de los funcionarios públicos. La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012 señala que con la modificación del artículo 48 de la Ley 7/2007 se homogeniza el régimen de permisos de los funcionarios de todas las Administraciones públicas con el fin de hacer frente a la necesidad de reducir el déficit público sin menoscabar la prestación de los servicios públicos esenciales, se deben adoptar medidas que ahorren gastos de personal e incrementen la calidad y productividad del empleo público. La STC (Pleno) núm. 156/2015 declaró la constitucionalidad del artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012.
3. ^ Por todas, vid., STSJ de Madrid-CONT núm. 767/2022, de 19 de julio (Recurso contencioso-administrativo núm. 1878/2020. ECLI:ES:TSJM:2022:10201).
4. ^ En este sentido, vid., STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife-CONT núm. 221/2022, de 22 de junio (Recurso contencioso-administrativo núm. 264/2021. ECLI:ES:TSJICAN:2022:1924).

5. ^ La reducción de jornada también es con disminución proporcional de la retribución cuando el militar constituya una familia monoparental (artículo 14 Orden DEF/253/2015).
6. ^ Mientras el artículo 48.h) del EBEP señala que la reducción de jornada será con disminución de la retribución, los artículos 13.1 y 14 de la Orden DEF/253/2015 añaden que la disminución de la retribución será proporcional.
7. ^ STS-CONT núm. 369/2022, de 24 de marzo (Recurso de casación núm. 5603/2020. ECLI:ES:TS:2022:1151); y STS-CONT núm. 928/2022, de 6 de julio (Recurso de casación núm. 2629/2020. ECLI:ES:TS:2022:2803).
8. ^ STS-CONT núm. 390/2022, de 28 de marzo (Recurso de casación núm. 7364/2020. ECLI:ES:TS:2022:1150); STS-CONT núm. 404/2022, de 31 de marzo (Recurso de casación núm. 676/2021. ECLI:ES:TS:2022:1288); STS-CONT núm. 627/2022, de 25 de mayo (Recurso de casación núm. 1224/2021. ECLI:ES:TS:2022:2067); y STS-CONT núm. 1049/2022, de 20 de julio (Recurso de casación núm. 1139/2021. ECLI:ES:TS:2022:3143).

§ 96 Reducción de jornada por guarda legal y complemento salarial por asistencia y puntualidad.

Belén García Romero

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

Resumen: *El Tribunal Supremo debe resolver la cuestión de si en los casos de reducción de jornada por guarda legal regulado en el artículo 37.6 del ET procede la disminución proporcional del complemento salarial por asistencia y puntualidad que perciben las personas trabajadoras de la empresa. El análisis de la naturaleza y finalidad del complemento retributivo de origen convencional y la aplicación de la perspectiva de género permite a la Sala de lo Social zanjar el debate en sentido negativo.*

Palabras clave: *Reducción de jornada por guarda legal. Complemento salarial por asistencia y puntualidad. Perspectiva de género.*

Abstract: *The Supreme Court is faced with the question of whether, in cases of reduced working hours due to legal guardianship regulated in article 37.6 of the ET, the proportional reduction of the salary supplement for attendance and punctuality received by the company's workers is appropriate. The Social Chamber resolves the debate in the negative by analyzing the nature and purpose of the conventional supplement and applying the gender perspective.*

Keywords: *Reduced working hours due to legal guardianship. Salary supplement for attendance and punctuality. Gender perspective.*

I. Introducción

En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se plantea si el ejercicio del derecho a la conciliación regulado en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), consistente en la reducción de jornada por guarda legal, puede tener un impacto negativo en el importe del complemento por asistencia y puntualidad reconocido en el convenio colectivo. Más concretamente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo debe resolver si tiene o no justificación la práctica empresarial de aplicar una disminución proporcional del citado complemento a las personas trabajadoras que tienen una jornada reducida.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se ven confrontados a interpretar los complementos salariales en los casos de reducción de jornada por guarda legal o de otros permisos del artículo 37 ET desde el prisma de las normas sobre discriminación, aplicando la perspectiva de género. Valgan de ejemplo la STS 815/2019, 3 de diciembre, (rec. 141/2918, Pleno)^[1] y la STC 79/2020, de 2 de julio de 2020 (rec. de amparo 500/2019)^[2].

En la sentencia aquí examinada, si bien el análisis de la naturaleza del complemento salarial le permite al Alto Tribunal resolver fácilmente la cuestión debatida, la incorporación de la perspectiva de género en la interpretación del complemento convencional le ayuda también a reforzar el sentido de su fallo, dada la relevancia que tiene en los casos de reducción de jornada por guarda legal, al ser un derecho que es ejercido mayoritariamente por las mujeres.

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. 795/2022, de 4 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 574/2019.

ECLI:ES:TS:2022:3548

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si, en los casos de reducción de jornada por guarda legal (artículo 37.6 ET), procede aplicar la disminución proporcional del complemento salarial de asistencia y puntualidad que perciben las personas trabajadoras de la empresa.

1. Hechos del litigio

Los trabajadores de la empresa Ambulancias Domingo S.A. prestan sus servicios de transporte sanitario, consistentes en el desplazamiento de enfermos a diferentes municipios de distintos partidos judiciales, pero teniendo por único centro de trabajo de referencia el de la sede social de la empresa. Tales trabajadores mantienen o han mantenido en el año anterior a la interposición de la demanda el ejercicio del mecanismo conciliatorio previsto en el artículo 37.6 del ET. A consecuencia del ejercicio del citado derecho a la reducción de jornada por guarda legal, la empresa ha procedido a aminorar de forma proporcional el complemento salarial de asistencia y puntualidad previsto en el artículo 18 del convenio colectivo en proporción a la jornada efectivamente trabajada por tales trabajadores.

Disconforme con dicha práctica, la Sección Sindical de la Agrupación Sindical de Ambulancias de Cataluña interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que los trabajadores en situación de reducción de jornada por guarda legal percibieran en su integridad el plus de asistencia, que fue estimada por el Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona.

La empresa recurre en suplicación contra la sentencia dictada en la instancia, siendo estimado el recurso planteado por el TSJ de Cataluña, en sentencia de 11 de diciembre de 2018.

Contra la sentencia de suplicación se formalizó por la representación procesal de la Agrupació Sindical d'Ambulàncies de Catalunya recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 1 de octubre de 2007, rec. 3486/2007.

2. Sentencias recaídas en el procedimiento

A) Mediante su Sentencia de 27 de octubre de 2017 (conflicto colectivo 866/2016), el Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Agrupació Sindical d'Ambulàncies de Catalunya contra la Empresa Ambulancias Domingo, S.A., y declara la nulidad de la práctica empresarial de aminorar los conceptos salariales denominados "asistencia" y "puntualidad" con causa en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada previsto en el artículo 37.6 del ET.

Igualmente declara el derecho de los trabajadores que mantienen o han mantenido en el año anterior a la interposición de la demanda el ejercicio del mecanismo conciliatorio previsto en el artículo 37.6 del ET a percibir íntegramente los conceptos salariales denominados de "asistencia" y "puntualidad" regulados en el artículo 18 del convenio colectivo aplicable, y condena a la empresa a abonar la diferencia entre la cantidad percibida por tal concepto y la que fije el Convenio colectivo en cada momento incrementada con el 10% de interés por mora.

B) La Sentencia recurrida es la de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña 6511/2018, de 11 de diciembre de 2018 (rec. 5173/2018), que revocó la sentencia del Juzgado de lo Social y desestimó la demanda de conflicto colectivo de la Agrupació Sindical d'Ambulàncies de Catalunya.

C) La sentencia de contraste es la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 612/2007, de 1 de octubre de 2007 (rec. 3486/2007). En ella también se interpuso una demanda de conflicto colectivo solicitando que los trabajadores en situación de reducción de jornada por guarda legal percibieran en su integridad el plus de asistencia. Pero, en ella se confirma la sentencia de instancia y se declara el derecho de los trabajadores a percibir en su integridad el citado plus de asistencia.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente- Agrupació Sindical d'Ambulàncies de Catalunya- solicita la casación y anulación de la sentencia recurrida y que se declare la nulidad de la práctica empresarial consistente en reducir los conceptos salariales de asistencia y puntualidad con causa en la reducción de jornada por guarda legal y el derecho de los trabajadores a percibir íntegramente los mencionados conceptos salariales.

Esta parte denuncia infracción del art. 37.6 ET, en relación con el artículo 26 ET, en su interpretación del principio de proporcionalidad definido en el artículo 12.4 d) ET. El recurso invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 612/2007, de 1 de octubre de 2007 (rec. 3486/2007).

La parte recurrida- La empresa Ambulancias Domingo, S.A.- impugna el recurso solicitando su desestimación.

Por último, el Ministerio Fiscal aprecia la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial e interesa en su informe la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina. Como advierte el Ministerio Fiscal, a efectos de la contradicción no es relevante que se trate de convenios colectivos distintos, porque la redacción de los preceptos convencionales es sustancialmente igual y el debate es el mismo: si cabe o no la reducción proporcional en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales normas aplicables al caso son el artículo 37.6 del ET, relativo a la reducción de jornada por guarda legal y el artículo 18 del Convenio Colectivo de trabajo para empresas y trabajadores dedicados al transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario), sobre complemento de asistencia y puntualidad. Asimismo, son invocados el artículo 12.4 d) ET y el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOI), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

- Artículo 37.6 ET:

“6. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (...).

Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”.

- Artículo 18 del Convenio Colectivo de trabajo para empresas y trabajadores de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) (código de convenio nº 79001955012002):

“Artículo 18. Complemento de asistencia y puntualidad. 1. Este complemento se establece con el fin de incentivar la asistencia y el cumplimiento del horario sin perjuicio de la penalización de las faltas que estos conceptos puedan comportar con forma de descuentos y sanciones, de acuerdo con lo que se establece en el régimen disciplinario que prevé el presente convenio, y estará compuesto por una prima de asistencia y otra de cumplimiento de horario (...). 2. El complemento se abonará con carácter mensual por doce pagas, cada una de las cuales se corresponderá a la asistencia y cumplimiento de horario del mes precedente contado del 15 al 15, para que dé tiempo a comunicar las incidencias y a modificar la nómina si fuera necesario. La empresa está facultada para establecer los mecanismos de control de asistencia y de cumplimiento horario que considere pertinentes. Los periodos de trabajo coincidentes con vacaciones se percibirán en proporción al tiempo trabajado, sin que la parte correspondiente a las vacaciones pueda ser objeto de penalización, salvo que el número de ausencias o retrasos durante el año precedente haya comportado aplicación de penalizaciones en el complemento en más de tres meses. 3. El importe de la paga correspondiente a un mes completo de trabajo es de: 110 €, este valor será el vigente hasta que en la negociación a la que hace referencia la disposición transitoria segunda de este convenio se alcance un acuerdo, sin perjuicio de lo que dispone la disposición transitoria cuarta. 4. Para tener derecho a la percepción de este complemento se deberá trabajar, como mínimo, tres meses por cada año natural, de forma alterna o continuada. 5. Prima de asistencia: para tener derecho a la percepción de la prima de asistencia, que es el 50 % de este complemento, el trabajador/a no podrá haber faltado al trabajo ningún día del mes en el que debería haber desarrollado su trabajo. No se consideran falta al trabajo el disfrute de los permisos o licencias del artículo 30 del convenio, ni las situaciones de baja por accidente laboral o enfermedad profesional o riesgo durante el embarazo, ni los permisos por maternidad o paternidad, ni las bajas por enfermedades comunes hasta el tercer día incluido. En el caso de bajas por enfermedad común que se alarguen durante más de tres días, en ningún caso se percibirá el importe del complemento que corresponda al mes natural del que se trate si, en este periodo, se ha estado de baja durante más de tres días. 6. Prima de cumplimiento horario: para tener derecho a la percepción de la prima de cumplimiento horario, que es otro 50% de este complemento, el trabajador/a no podrá haber llegado

tarde ni salir antes de la hora, ningún día del mes en que hubiera de haber desarrollado su trabajo; no se computarán los retrasos documentalmente justificados en transportes públicos. Existirá un margen de tolerancia de cinco minutos, sin que ello comporte que habiendo llegado al trabajo se pueda aplazar la entrada. Se perderá la totalidad de la prima mensual de cumplimiento horario cuando se ultrapase, por una vez y cualquier motivo, esta tolerancia. Se perderá, también, la totalidad de la prima mensual de cumplimiento de horario siempre que se pierda la prima de asistencia de ese mes. 7. En caso de huelga legal únicamente se descontará la parte de la prima proporcionalmente al día o días en que se ejerza este derecho”.

- Artículo 12.4 ET:

“d) 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.”

- Artículo 4 LOI. 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.”

VI. Doctrina básica

1. Sobre el complemento salarial de asistencia y puntualidad

El complemento está regulado en el artículo 18 del convenio colectivo de trabajo para empresas y trabajadores/as dedicadas a la actividad de transporte de enfermos accidentados en ambulancia (transporte sanitario) y se establece “con el fin de incentivar la asistencia y el cumplimiento del horario”, y está compuesto por una prima de asistencia, que es el 50 por ciento del complemento, y otra de cumplimiento de horario, que es el otro 50 por ciento del complemento. La cuantía del complemento, correspondiente a un mes completo de trabajo es de 110 euros. Para tener derecho a la prima de asistencia, el trabajador/a no puede haber faltado al trabajo ningún día del mes en el que se debería haber realizado el trabajo. Para tener derecho a la prima de cumplimiento horario, el trabajador/a no puede haber llegado tarde, ni salir antes de la hora, ningún día del mes en que debiera haber desarrollado el trabajo.

En consecuencia, el derecho al complemento convencional se adquiere, en la parte de la prima de asistencia, si la persona trabajadora no falta ningún día al trabajo y, en la parte de la prima de puntualidad, si el trabajador no llega tarde ni sale antes de las horas en las que tenga que hacerlo.

En otras palabras, el citado complemento retributivo no depende de la mayor o menor jornada realizada, sino del puntual cumplimiento de la jornada y del horario que tenga cada persona trabajadora. Y este es el único parámetro que exige el precepto convencional para devengarlos en su integridad.

2. Sobre la perspectiva de género

De forma muy somera, el Tribunal Supremo recuerda la evidencia empírica del desequilibrio entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos de conciliación y, más concretamente, del derecho a la reducción de jornada por guarda legal reconocido en el artículo 37.6 del ET. Dado que son mayoritariamente las mujeres quienes recurren a dicho mecanismo conciliatorio, la interpretación del complemento convencional de asistencia y puntualidad en estos supuestos de reducción de jornada tiene relevancia desde el prisma de las normas sobre discriminación. Por ello, la integración del canon hermenéutico de perspectiva de género recogido en el artículo 4

LOI, en la interpretación del complemento retributivo de asistencia y puntualidad conduce a rechazar la práctica empresarial de penalizar a las personas trabajadoras con reducción de jornada por guarda legal con una reducción proporcional de dicho complemento.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, conforme a lo razonado y de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, decide: estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina; casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 6511/2018, de 11 de diciembre de 2018 (rec. 5173/2018) y resolver el debate de suplicación, en el sentido de desestimar el recurso de tal clase interpuesto por Ambulancias Domingo, S.A., y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona 354/2027, de 27 de octubre de 2017, dictada en el conflicto colectivo 866/2016.

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos decisivos se recogen en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, apartados 2, 3 y 4:

“2. (...) Para tener derecho a la prima de asistencia, el trabajador/a no puede haber faltado al trabajo ningún día del mes en el que se debería haber realizado el trabajo. (...).

- (...)

No es, así, un complemento que dependa del número de horas realizadas, por lo que carece de sentido reducir su cuantía en función de si la persona trabajadora tiene jornada reducida por guarda legal. (...) El único requisito que se exige es no faltar al trabajo, de manera que, si se asiste al trabajo, durante la jornada que cada persona trabajadora tenga, se adquiere la prima de asistencia. Y si se llega a la hora exigida, y no se sale antes de la hora marcada, se adquiere igualmente la prima de puntualidad. (...)

En el presente supuesto no tiene justificación que un complemento que incentiva la asistencia y el cumplimiento del horario se perciba en menor cuantía por tener una jornada reducida (...).

4. Debemos recordar, finalmente, que la evidencia empírica acredita, todavía hoy, que son las mujeres quienes mayoritariamente ejercen el derecho a la reducción de jornada por guarda legal reconocido en el artículo 37.6 ET. De ello cabe inferir que la interpretación del complemento convencional de asistencia y puntualidad en los casos de reducción de jornada por guarda legal tiene relevancia contemplada desde las normas sobre discriminación. En consecuencia, también la perspectiva de género (...) conduce a interpretar el complemento convencional en el sentido (...) expuesto (...).”

IX. Comentario

La sentencia 795/2022 de Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 2022, resuelve el dilema de si la reducción de jornada por guarda legal puede afectar al importe del complemento retributivo de asistencia y puntualidad regulado en el convenio colectivo aplicable, en el sentido de que pueda reducirse aquel en la misma proporción que experimente la jornada de trabajo de la persona trabajadora que ejerce dicho derecho de conciliación.

Para dar una solución a la cuestión debatida empieza examinando la naturaleza y finalidad del citado complemento para determinar si el convenio colectivo aplicable hace depender su percibo íntegro de la cantidad o duración de la jornada laboral.

El análisis del precepto convencional le permite deducir que este tiene como objetivo incentivar la asistencia y el cumplimiento del horario de trabajo que corresponda. El único requisito es el de no faltar al trabajo, por lo que su devengo no

está en función del tiempo trabajado ni de la mayor o menor jornada realizada, sino del puntual cumplimiento de la jornada que tenga cada persona trabajadora, de manera que si se cumple con esa jornada de trabajo y con ese horario, las personas trabajadoras con reducción de jornada no deben sufrir la minoración proporcional de dicho complemento.

En consecuencia, no tiene justificación que dicho complemento se perciba en menor cuantía por tener una jornada reducida, si la persona trabajadora cumple puntualmente con su jornada y con su horario de trabajo y no falta ningún día al trabajo ni llega tarde o sale antes de las horas en las que tenga que hacerlo.

En este caso, la estricta indagación del sentido y finalidad de la norma convencional objeto de controversia habría sido suficiente para resolver la cuestión sometida a unificación doctrinal en el sentido de reconocer el derecho de las personas trabajadoras en situación de reducción de jornada por guarda legal a percibir en su integridad el citado complemento de asistencia y puntualidad. No obstante, la Sala Cuarta añade un último argumento que avala la interpretación realizada del citado complemento con perspectiva de género, que no es otro que el dato estadístico que acredita que, todavía hoy, siguen siendo sobre todo las mujeres quienes ejercen el derecho a la reducción de jornada por guarda legal, por lo que hay que evitar cualquier tipo de discriminación indirecta en el empleo o en las condiciones de trabajo por el ejercicio de los derechos de conciliación.

X. Apunte final

La presente sentencia nos brinda un nuevo ejemplo de interpretación de las normas con perspectiva de género en las relaciones laborales que se suma a la ya extensa doctrina del Tribunal Supremo que aplica este canon hermenéutico contenido en el artículo 4 LOI.

Si bien, en este supuesto, el sentido estricto y literal del precepto convencional controvertido que regula el complemento de asistencia y puntualidad no debería haber planteado dudas en cuanto a reconocer el derecho a percibirlo íntegramente a todas las personas trabajadoras que cumplan con su jornada, cualquiera que sea la duración de esta, no cabe duda de que la práctica empresarial de aplicar una disminución proporcional del complemento en los casos de reducción de jornada por guarda legal (artículo 37.6 ET) daba lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino, y afectar negativamente a las mujeres por ser estas quienes mayoritariamente ejercen este derecho. Por ello, tanto la utilización de criterios interpretativos finalistas como la incorporación de la perspectiva de género en la exégesis de la norma a aplicar convierte en razonable y deseable el resultado a que llega el Alto Tribunal en su decisión.

Referencias:

1. *^ En ella el Tribunal Supremo atiende la eventual existencia de una situación de desigualdad de trato entre hombres y mujeres a la hora de determinar el quantum remuneratorio de los diversos permisos regulados en el artículo 37 ET. Se resuelve que la remuneración de los permisos y licencias del art. 37 ET, debe comprender la totalidad de los complementos salariales en los supuestos del art. 37.3 letras b) - excepto por fallecimiento; e) y f); así como en el del permiso de lactancia del art. 37.4 ET, incluidos los incentivos por productividad que hubiere devengado el trabajador en el caso de haber prestado servicio. Voto particular.*

2. [^] En esta sentencia del Tribunal Constitucional (comentada en R JL núm. 7/2020), se analiza una diferencia de trato en materia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y aquellos con jornada reducida derivada del ejercicio de derechos de conciliación y considera que el sistema de cómputo de los “salientes de guardia” de los médicos con jornada reducida por cuidado de los hijos carece de justificación razonable, toda vez que el ejercicio de este derecho no puede causarle un perjuicio en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de guardias que, aunque son menores en número, son de la misma duración en número de horas trabajadas (FJ 5, párr. 4).

§ 97 Procedimiento adecuado para combatir la negativa empresarial de reintegro tras finalizar una excedencia voluntaria.

Faustino Cavas Martínez

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

Resumen: *El proceso por despido es modalidad procesal adecuada para sustanciar la pretensión promovida por una trabajadora que no es readmitida tras finalizar la excedencia voluntaria que tenía reconocida, por más que la empresa se haya limitado a oponer la inexistencia de vacante, pues lo determinante es que la trabajadora ha decidido accionar por despido, sin que deban anularse las actuaciones para que su pretensión se tramite conforme al procedimiento ordinario.*

Palabras clave: *Excedencia voluntaria. Expectativa de reingreso. Proceso por despido. Proceso declarativo.*

Abstract: *Dismissal process is the appropriate procedural modality to substantiate the claim filed by a worker who is not reinstated after completing the voluntary leave that he had recognized, even though the company has limited itself to opposing the non-existence of a vacancy, since the determining factor is that the worker has decided to take action for dismissal, without the proceedings having to be annulled so that his claim is processed in accordance with the ordinary procedure.*

Keywords: *Voluntary leave of absence. Expectation of reentry. Dismissal process. Declarative process.*

I. Introducción

La excedencia voluntaria no confiere a la persona trabajadora derecho a la reserva de plaza (salvo que el convenio colectivo la hubiera establecido), sino un simple derecho preferente de reingreso en la empresa, condicionado a la existencia de vacante de igual o similar categoría a la suya (art. 46.5 ET). En caso de inexistencia de vacante, el trabajador permanecerá en situación de expectativa de reingreso a la espera de la primera vacante que se produzca, la cual habrá de serle comunicada por el empresario.

La jurisprudencia ha venido sosteniendo reiteradamente que, cuando la negativa empresarial al reingreso del trabajador excedente voluntario no resulte inequívoca, limitándose a oponer la empresa la inexistencia de vacante en ese momento, la acción judicial procedente será la declarativa de reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva, ejercitable a través del procedimiento ordinario, con simultánea reclamación de daños en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir a consecuencia de la conducta incumplidora de la empresa; mientras que si la negativa empresarial al reingreso del trabajador excedente voluntario se formula en términos inequívocos, rotundos e incondicionados, la acción judicial a ejercer será la de despido, que de calificarse como improcedente llevará anudados los pronunciamientos inherentes a tal

calificación ex arts. 56 ET y 108.1 LRJS. Son dos vías alternativas y no optativas, sin que quede al libre arbitrio del trabajador la decisión de acudir al procedimiento ordinario o al proceso por despido.

Sin embargo, el Pleno de la Sala Cuarta del TS ha dictado una reciente sentencia (núm. 818/2022) que parece apartarse de esta doctrina -decimos "parece" porque no lo afirma explícitamente-, en tanto que considera procedimiento adecuado el de despido para reaccionar frente a la negativa empresarial de reingreso tras finalizar la excedencia voluntaria, abstracción hecha de cuál haya sido la actitud de la empresa, bastando con que el trabajador excedente haya optado por plantear la pretensión de despido en lugar de la acción declarativa interesando el reconocimiento de su derecho a la reincorporación, y ello con independencia de que la sentencia que ponga fin al proceso de despido aprecie o desestime la existencia de este.

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. 818/2022, de 7 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 293/2020.

ECLI:ES:TS:2022:3830

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: uno.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema al que debe dar respuesta la STS 818/2022 no es otro que determinar si la modalidad procesal de despido es adecuada para combatir la negativa empresarial a aceptar la solicitud de reingreso presentada por una trabajadora tras finalizar su excedencia voluntaria, alegando la empresa inexistencia de vacante adecuada en ese momento, o si debieron anularse las actuaciones para que su pretensión se hubiera tramitado conforme al procedimiento ordinario.

Los extremos esenciales para centrar la controversia son los siguientes:

- La actora prestaba servicios como empleada de hogar con una jornada de trabajo de 27 horas semanales, iniciando excedencia voluntaria el día 29 de octubre de 2018.
- El titular del hogar familiar suscribió un contrato de duración indefinida con otra empleada de hogar en fecha 6 de noviembre de 2018, con una jornada de trabajo de 80 horas mensuales.
- Cuando la excedencia finalizó, en fecha 4 de febrero de 2019, la empleada solicitó el reingreso en la empresa, a lo que esta contestó: "en estos momentos es imposible su reincorporación al no existir en la empresa una vacante acorde a su categoría profesional".
- La trabajadora interpuso demanda contra su empleador, manifestando que la afirmación de la empresa relativa a la inexistencia de vacantes no era cierta porque, si se había contratado personal nuevo, debía ser en las mismas condiciones laborales (la jornada no era coincidente). En consecuencia, entendía que tal comunicación de denegación de reingreso era equivalente a un despido, por no ser cierta la causa alegada e inequívoca la voluntad de denegar la reincorporación a su puesto de trabajo. En el suplico de la demanda solicitaba que se declarase la improcedencia del despido "con las consecuencias indemnizatorias legales".

- La sentencia dictada por el juzgado de lo social, sin cuestionar la adecuación de la modalidad procesal utilizada, desestimó la demanda por despido por entender que no existió tal despido.
- La trabajadora interpuso recurso de suplicación con dos motivos. En el primero reiteró que hubo un despido tácito. En el segundo manifestó que debía haber ejercitado la acción de reingreso y no la de despido, lo que debía haberse subsanado por el juzgador de instancia al amparo del art. 102 LRJS.
- El TSJ de Asturias, en sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2019 (rec. 1933/2019), desestimó ambos motivos: por un lado, confirmó la inexistencia de un despido tácito, argumentando que en la comunicación de la empresa no se advertía negativa alguna al reingreso; y, por otro, negó que se hubiera producido una inadecuación de procedimiento.

IV. Posición de las partes

La parte formuló recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo, en el que denuncia la infracción del art. 207.e) en relación con el art. 102 de la LRJS, alegando que, al no ser idóneo el procedimiento de despido, debió acordarse la nulidad de actuaciones para que se diera curso a la pretensión a través del procedimiento ordinario.

Este recurso fue impugnado por la parte demandada, argumentando que el escrito de interposición de aquel no contenía ninguna argumentación relativa a la sentencia de contraste del TSJ de Cataluña dictada en fecha 5 de abril de 2019 (rec. 621/2019); y en cuanto al fondo, que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada a derecho.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

La Sala Cuarta, tras desestimar la alegación de la parte demandada relativa a que el escrito de interposición del recurso de casación unificadora había incumplido los requisitos formales exigidos por el art. 224.1.a) LRJS, entra a examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS. Y concluye que tal presupuesto se cumple, pues en ambas sentencias se interpuso demanda de despido por trabajadoras que habían solicitado el reingreso tras finalizar una excedencia voluntaria y se denegó el reingreso por la falta de vacantes, interponiendo ambas trabajadoras demandas de despido. Pero mientras que en la sentencia recurrida se confirma la sentencia desestimatoria de instancia, negando que deba tramitarse el procedimiento ordinario, por el contrario, en la sentencia de contraste se anula la sentencia desestimatoria de instancia, acordando que se tramite dicho procedimiento ordinario.

V. Normativa aplicable al caso

Son varios los preceptos de la LRJS que deben ser considerados para brindar respuesta al tema objeto de debate casacional:

- Art. 80.1.a), según el cual la demanda debe contener “la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión”.

-Art. 102.2: “Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea

posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.”

-Art. 215.1.a) LRJS: “La sentencia, si se estimare el recurso por todos o algunos de sus motivos, casando la resolución recurrida, resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente: a) De estimarse [...] la inadecuación del procedimiento, se anulará la sentencia y se dejará a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado.”

- Art. 218.1, párrafo 2º, LEC: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”

VI. Doctrina básica

Cuando una persona trabajadora en situación de excedencia voluntaria solicita su reingreso y la empresa se limita a denegar el mismo por inexistencia de vacante adecuada, si aquella ejercita la acción por despido por entender que la causa de oposición esgrimida por la empresa no es cierta y que su negativa a la reincorporación constituye un despido tácito, la modalidad procesal por despido será la adecuada para sustanciar esa pretensión, por más que finalmente la demanda sea desestimada por entender el órgano judicial que no existió tal despido. La clave radica en determinar cuál ha sido la pretensión ejercitada y cuál es la modalidad procesal adecuada para su examen. Si la parte actora promueve acción por despido, solicitando en demanda que se declare su improcedencia o nulidad, el órgano judicial está vinculado por esta petición y no puede, de oficio, aplicar el art. 102.2 LRJS y encauzar la pretensión a través del procedimiento ordinario, pues en tal caso estaría modificando la *causa petendi* y el *petitum* de la pretensión, dejando imprejuzgada la pretensión de despido.

VII. Parte dispositiva

La Sala no aprecia, en este concreto asunto, discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal tramitada, por lo que la modalidad procesal de despido es adecuada para la pretensión de despido formulada por la trabajadora a la que no se le permite el reingreso una vez finalizada la excedencia voluntaria que venía disfrutando.

El resultado es la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante contra la sentencia del TSJ asturiano que confirmó la de instancia desestimatoria de la demanda de despido, sin condena al pago de las costas.

VIII. Pasajes decisivos

Como pasajes relevantes sobre los que pivota la decisión del asunto sometido al dictamen unificador de la Sala Cuarta, cabe destacar los siguientes (todos ellos extraídos del FJ 5º):

- “La inadecuación de procedimiento se produce cuando no se ha seguido la modalidad procesal específica establecida para cada pretensión, o bien cuando se ha tramitado conforme a una modalidad procesal y debía haberse seguido el procedimiento ordinario. Ello exige precisar cuál ha sido la pretensión ejercitada, que viene determinada por la redacción de la demanda. El desajuste entre la pretensión y la modalidad procesal justifica la aplicación del art. 102 de la LRJS.”

- “La clave radica en determinar cuál ha sido la pretensión ejercitada y cuál es la modalidad procesal adecuada para su examen. La pretensión está integrada por dos elementos objetivos: la causa petendi (causa de pedir) y el petitum (lo pedido). Hemos explicado que la causa de pedir no está integrada única y exclusivamente por hechos puros. La causa petendi está integrada por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión que delimitan, individualizan e identifican la

pretensión procesal: la causa de pedir tiene un componente jurídico. El art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe que el tribunal se aparte de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.”

- “Si el juzgado de lo social de oficio, al admitir la demanda, hubiera aplicado el art. 102 de la LRJS, tramitando un procedimiento ordinario en relación con la pretensión de reingreso de la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, en tal caso hubiera dejado imprejuzgada la pretensión verdaderamente ejercitada por la actora, consistente en determinar si la conducta de la empresa suponía que había extinguido unilateralmente el contrato de trabajo y, en consecuencia, si debía condenarse al empleador en los términos del art. 56.1 del ET (readmisión, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de solicitud del reingreso, o extinción indemnizada del contrato de trabajo).”

- “La parte actora afirmó que la negativa empresarial al reingreso constituía un despido improcedente. La sentencia dictada por el juzgado no fue una sentencia procesal sino que entró en el fondo del litigio y rechazó que la negativa empresarial al reingreso hubiera supuesto la extinción de la relación laboral, desestimando íntegramente la demanda de despido.”

- “Si esta sala estimase el recurso, cuando se denegase el reingreso del excedente, el trabajador podría formular demanda de despido, solicitando que se declarase su nulidad o improcedencia, con base en la existencia de un despido tácito. Pero si finalmente, al examinar el fondo del asunto, se llegase a la conclusión de que no había habido despido porque no se había acreditado la voluntad extintiva del empleador, en tal caso, si acogemos la tesis de la recurrente, deberían anularse las actuaciones y dar al proceso la tramitación conforme al procedimiento ordinario en relación con la acción de reingreso, lo que vulneraría el art. 102 de la LRJS porque la modalidad procesal tramitada se había adecuado a la pretensión ejercitada: la trabajadora en ningún momento ha ejercitado dicha acción de reingreso.”

- “En definitiva, no ha habido ninguna discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal tramitada sino que la modalidad procesal de despido es adecuada para la pretensión de despido formulada por la trabajadora.”

IX. Comentario

En la sentencia objeto de este breve comentario, el Pleno de la Sala Cuarta del TS, sin reconocerlo explícitamente, va a desmarcarse de su previa doctrina sobre determinación del cauce procesal adecuado para reaccionar ante la negativa de la empresa a readmitir al trabajador excedente voluntario pretextando la inexistencia de vacante adecuada. Y ello porque, si bien en precedentes pronunciamientos había declarado con reiteración que era la actitud de la empresa ante la solicitud de reingreso formulada por el excedente el factor a tener en cuenta para determinar si la pretensión actora debía sustanciarse a través del proceso por despido o mediante el procedimiento ordinario de reconocimiento de derecho, en función de si la respuesta empresarial podía interpretarse o no como una negativa concluyente a mantener viva la relación laboral, ahora cambia el enfoque y pone el acento en la libre decisión del trabajador sobre el tipo de pretensión que decida promover, de modo que si, a su juicio, con razón o sin ella, la respuesta de la empresa equivale a un despido, tiene derecho a plantear una acción por despido, que esta se sustancie a través de la modalidad procesal correspondiente y que finalice con una sentencia que se pronuncie sobre la existencia o no de dicho despido y, caso de existir, sobre su calificación.

Lo relevante, por tanto, es la delimitación de la pretensión que se lleva a cabo en la redacción de la demanda. En la presente litis, la trabajadora decidió libremente demandar por despido. En cuanto a la *causa petendi*, consideró que la justificación de la empresa para oponerse a su reincorporación (la inexistencia de vacante) no era cierta, por lo que la negativa empresarial equivalía a un despido, es decir, que la empresa tenía voluntad de liquidar definitivamente la relación. Entiende la Sala que la

afirmación contenida en la demanda relativa a que su puesto de trabajo en realidad estaba vacante (pues el nuevo contrato de trabajo no se había celebrado en las mismas condiciones de jornada) constituye “un hecho constitutivo que identifica la pretensión procesal ejercitada”. Y respecto del *petitum*, en el suplico de la demanda solicitaba que se declarase la improcedencia del despido “con las consecuencias indemnizatorias legales”, lo que supone que la trabajadora no está reclamando su derecho al reingreso, sino que se condene al empresario a readmitirla con abono de los salarios dejados de percibir o, a su opción, extinguir el contrato de trabajo abonando la correspondiente indemnización. Se trata, ciertamente, de una pretensión distinta de la que debe articularse cuando no se ha extinguido la relación laboral y se solicita el reingreso tan pronto como haya una vacante. Y probablemente la trabajadora erró al plantear la acción por despido, pero una vez que lo hizo, el cauce procesal está predeterminado por la norma y ya no es posible salirse del mismo cuando la modalidad procesal es congruente con la pretensión ejercitada.

Argumenta el Alto Tribunal que no procede aplicar en este caso el art. 102.2 LRJS porque, de haberlo hecho el órgano judicial al admitir la demanda, tramitando un procedimiento ordinario en relación con la pretensión de reingreso de la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, ello habría comportado una modificación de la demanda, que habría dejado imprejuzgada la pretensión verdaderamente ejercitada por la actora consistente en determinar si la conducta de la empresa suponía que había extinguido unilateralmente el contrato de trabajo y, en consecuencia, si debía condenarse al empleador en los términos del art. 56.1 ET (readmisión, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de solicitud del reingreso, o extinción indemnizada del contrato de trabajo). Por tanto, en aplicación del art. 24 CE, la demandante tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial de fondo, estimatorio o desestimatorio de su pretensión. No era posible aplicar la regla de subsanación del art. 102 LRJS porque la modalidad procesal de despido se adecuaba a la pretensión realmente ejercitada.

Al enjuiciar el fondo del litigio, tanto la sentencia de instancia como la de aplicación examinaron si realmente hubo un despido y llegaron a la conclusión de que no lo hubo, por lo que desestimaron la demanda y el recurso.

X. Apunte final

Es relevante señalar que fue en suplicación donde la parte actora, tras insistir en la pretensión de despido, adujo como motivo subsidiario que, de no apreciarse la existencia de despido, la pretensión se tendría que haber sustanciado de oficio por el órgano judicial a través del procedimiento ordinario. Fue, por tanto, al comprobar que la demanda por despido había sido desestimada en la instancia (por apreciar el juzgador que no existió voluntad empresarial de extinguir el contrato) cuando la trabajadora, para el caso de que la Sala de suplicación confirmase este pronunciamiento, interesó la anulación de las actuaciones a fin de que la pretensión se dedujera a través del procedimiento declarativo, cuyo objeto sería ahora el reconocimiento de derecho al reingreso. Actuación esta con la que la parte actora va en contra de sus propios actos, pues intenta que la pretensión se mantenga viva pero, no ya como acción de despido, sino trasmutada en una acción meramente declarativa.

La Sala pone de relieve el error de la demandante, que debió haber ejercitado una acción conforme al procedimiento ordinario solicitando su reingreso; error que “es imputable únicamente a la parte actora que, ante la respuesta empresarial a su solicitud de reingreso, ejercitó una acción de despido”.

La solución adoptada por el Pleno es impecable desde el punto de vista procesal, pero deja un poso de insatisfacción al no explicar suficientemente en qué situación queda y con qué alcance la doctrina tradicional sobre la materia, cuya aplicación defiende de contrario el Voto particular que, frente al parecer de la sentencia mayoritaria, considera que la pretensión debió canalizarse necesariamente a través del procedimiento ordinario al no haberse acreditado con actos inequívocos la voluntad

extintiva de la empresa. Dice el Voto particular que “si no hay despido, no cabe demandar por despido”, lo que, en realidad, no se compadece con la respuesta de la propia Sala Cuarta en otros asuntos en los que se ha desestimado igualmente la demanda por despido, por entender que este no existía, sin llegar cuestionar la adecuación de la modalidad procesal tramitada (ausencia de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos por causa justificada, impugnación de la extinción a término de contratos temporales que se califican ajustados a derecho...).

En todo caso, es claro que la desestimación de la demanda de despido no enerva el derecho expectante de la trabajadora excedente a ser readmitida en la primera ocasión que se produzca una vacante de su misma o similar categoría.

§ 98 **Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral.**

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *Empleado de empresa multiservicios que presta servicios de conserje para una comunidad de propietarios. Convenio colectivo aplicable. No es aplicable la subrogación prevista en el convenio colectivo de limpieza porque no incluye la profesión de conserje.*

Palabras clave: *Empresa multiservicios: selección del convenio colectivo aplicable.*

Abstract: *Employee of a multi-service company that provides concierge services for a community of owners. Choice of applicable collective agreement. The subrogation provided for in the collective cleaning agreement is not applicable because it does not include the profession of concierge.*

Keywords: *Multi-service company: choice of applicable collective agreement.*

I. Introducción

La Sentencia 829/2022 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2022, objeto de comentario, aborda el problema de selección del convenio colectivo aplicable al trabajador de una empresa multiservicios a los efectos de determinar si le resulta aplicable una cláusula de subrogación convencional de personal en el supuesto de sucesión de contratistas. En el análisis del caso, se identificarán los criterios utilizados para la selección del convenio colectivo aplicable y se contrastarán con los introducidos en el 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.

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. 829/2022, de 17 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 2931/2021.

ECLI:ES:TS:2022:3779

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

El trabajador, empleado de la empresa SE&AF Servicios Integrales, S.L. (en adelante, la empresa saliente), prestaba servicios de conserje para una comunidad de propietarios de la Comunidad de Madrid. En el documento anexo al contrato de trabajo se recogía que, siendo sus funciones las de conserje, se le aplicaba el convenio de limpieza de la Comunidad de Madrid. El 31 de marzo de 2020, la empresa saliente comunicó al trabajador que causaría baja por subrogación de nueva empresa. También fueron dados de baja los otros dos trabajadores de la empresa saliente asignados al servicio de conserjería.

Ese mismo día, la comunidad de propietarios suscribió con la empresa Crimser Integral, S.L. (en adelante, la empresa entrante), dos contratos de prestación de servicios, uno que tenía por objeto el servicio de limpieza, y otro el de conserjería. La empresa entrante no se subrogó en el contrato de los conserjes pero sí se subrogó en el contrato de trabajo de la trabajadora de la empresa saliente que prestaba el servicio de limpieza.

A 30 de noviembre de 2020, la empresa entrante se encuentra dada de alta en el CNAE 9609 "Otros servicios personales n.c.o.p." con 39 trabajadores; también está dada de alta en el CNAE 8121 "Limpieza general de edificios" con 11 trabajadores.

2. El juicio en instancia y en suplicación

El trabajador demandó por despido a ambas empresas, la saliente y la entrante. La Sentencia del Juzgado de lo Social 25 de Madrid estimó la demanda formulada contra la empresa entrante y declaró la improcedencia del despido, condenando a la entrante.

La empresa entrante interpuso recurso de suplicación. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 451/2021, 21 de junio de 2021 (Rec. Sup. 287/2021) desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

La empresa entrante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ/Madrid invocando como contraste la STSJ/Madrid 439/2017 de 22 de junio de 2017 (Rec. Sup. 860/2016), y denuncia la infracción de los artículos 2, 4 y 24 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid, los artículos 44, 82, 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 1257 del Código Civil.

El recurso ha sido impugnado por el trabajador, quien solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida y, subsidiariamente, en caso de estimarse el recurso, que se condene a la empresa saliente por despido improcedente.

Partiendo de la existencia de contradicción, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso.

IV. Posición de las partes

No se cuestiona por nadie la improcedencia del despido del trabajador demandante.

La empresa entrante en el servicio de conserjería fue condenada en instancia y suplicación y solicita en casación su absolución con respecto a la demanda de despido.

El trabajador demandante solicita la confirmación de las sentencias de instancia y suplicación y, en caso de que fueran casadas, que se condene a la empresa saliente.

En consecuencia, la cuestión litigiosa se ciñe a determinar qué empresa, si la saliente o la entrante, debe pechar con las consecuencias de la improcedencia del despido.

V. Normativa aplicable al caso

Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 23 de marzo de 2019), artículos 2, 4 y 24.

VI. Doctrina básica

La selección del convenio colectivo aplicable depende del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, y, en consecuencia, no es disponible por las partes contractuales.

Si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, se le aplicará el convenio sectorial cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial.

La aplicación de la subrogación prevista en un convenio colectivo requiere de un elemental presupuesto: que el contrato de trabajo esté incluido en su ámbito aplicativo.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Crimser Integral, S.L. (la empresa entrante). (2) Casar y anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. (3) Resolver el debate de suplicación, en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por Crimser Integral, S.L., y revocar parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid en el sentido de estimar la demanda formulada contra la sentencia SE&AF Servicios Integrales, S.L. (la empresa saliente) y desestimar la demanda formulada contra la empresa Crimser Integral, S.L., confirmando en lo restante la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid.

VIII. Pasajes decisivos

La selección del convenio colectivo aplicable no es una materia disponible para las partes, sino que será aplicable el convenio que incluya en su ámbito de aplicación la actividad realizada por los trabajadores y por la empresa; de ahí que no pueda ser determinante para resolver el presente supuesto que la anterior contratista viniera aplicando al trabajador el convenio de limpieza.

Si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, un determinado convenio sectorial será aplicable a dicha empresa cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial, sin que un convenio colectivo se pueda aplicar a contratos de trabajo que no están incluidos en su ámbito de aplicación.

La aplicación de la subrogación prevista en un determinado convenio colectivo requiere de un elemental presupuesto: que estemos ante contratos de trabajo incluidos en su ámbito aplicativo. Y ocurre, como venimos diciendo, que el contrato de trabajo de quien únicamente realiza tareas de conserje no está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de limpieza, que lógicamente exige que se realicen actividades de limpieza, constando en autos que esta actividad la realiza otra trabajadora y no el conserje.

IX. Comentario

El 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, ha querido salir al paso de los problemas existentes en orden a la selección del convenio colectivo aplicable en el supuesto de contratas y subcontratas, que es cuestión especialmente conflictiva en el caso de las empresas multiservicios,

con la introducción de un apartado 6 en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes términos^[1]:

Artículo 42, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores: “El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

De esta norma, un tanto críptica, se puede deducir que en las empresas multiservicios el convenio colectivo aplicable a su personal será por el siguiente orden de preferencia (que resulta ser inverso al orden en que los convenios aparecen citados en el texto de la norma^[2]):

1º. El convenio colectivo propio de la empresa multiservicios en el caso de que lo tenga, pero solo “en los términos que resulten del artículo 84 del ET”, lo que se entiende en el sentido de que si la empresa cuenta con un convenio propio anterior al del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, se aplicará el convenio propio de la empresa multiservicios. Pero si este es posterior, en ese caso se estará a la norma general, es decir al convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con lo que se pretende impedir convenios oportunistas que vacíen de contenido al sectorial.

2º. “El convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Atendiendo a la realidad negocial actual, la norma se está refiriendo a aquellos convenios sectoriales (mayormente, de hostelería y en relación con las limpiadoras de pisos) en que se establece:

— su aplicación a las empresas contratistas actuantes en el sector (aunque esto plantea ciertos problemas de legitimación para negociar y de lesividad para terceros), o

— la obligación de las empresas del sector de introducir la obligación de equiparación salarial en las subcontrataciones que realicen (esto ya no plantea tales problemas), en ocasiones estableciendo responsabilidad solidaria o subsidiaria para la empresa principal.

3º. En defecto de los anteriores, la norma general es la aplicación del convenio “del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica”, lo que supone que el RDL 32/2021 ha seguido la interpretación jurisprudencial sentada en la STS 438/2020, de 11 de junio de 2020 (Rec. 9/2019): “Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata” (también este criterio en la STS 22 de febrero 2019, Rec. 237/2017).

Pues bien, la STS 829/2022 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, objeto de nuestro comentario, se alinea con esta jurisprudencia previa y con la línea seguida en el RDL 31/2021 cuando afirma que “si se trata de una empresa multiservicios sin convenio propio, un determinado convenio sectorial será aplicable a dicha empresa cuando lleve a cabo una actividad incluida en ese convenio sectorial, sin que un convenio colectivo se pueda aplicar a contratos de trabajo que no están incluidos en su ámbito de aplicación”.

Ahora bien, esta regla jurisprudencial a la que el RDL 32/2021 ha dado rango legal no está exenta de algunos problemas interpretativos. Y uno de ellos es el que subyace en la sentencia comentada: ¿Qué pasa cuando son varias las actividades desarrolladas para la empresa principal? En el caso de la sentencia comentada son dos las actividades desarrolladas para la empresa principal, limpieza y conserjería,

cada una canalizada a través de una contrata diferente con la empresa principal. A la sentencia comentada no parece ofrecerle duda alguna que en la determinación del convenio colectivo aplicable hay que estar para cada contrata al convenio del sector de cada actividad. Lo que, visto desde la perspectiva de la regulación del RDL 32/2021, encontraría, a nuestro juicio, un apoyo literal pues la nueva norma habla de “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”.

Pero, ¿qué ocurriría en el caso de autos si no hubiera dos contrata, sino una sola en la que se prestasen servicios de limpieza y conserjería? Una posible solución sería fragmentar la contrata en tantas actividades como la misma tenga objeto, lo que supondría que al personal adscrito a la contrata se le aplicarían convenios colectivos diferentes. Con la idea de homogeneizar la situación del personal, se ha propuesto en estos casos acudir el convenio colectivo aplicable a la empresa principal³, o al convenio colectivo aplicable a la actividad predominante en la contrata. Justo este criterio de predominancia es el que parece haber seguido, en el supuesto conocido en la sentencia objeto de comentario, la empresa saliente dado que en el contrato de trabajo del trabajador implicado en el caso de autos se había pactado la aplicación del convenio de limpieza de la Comunidad de Madrid.

Saliendo al paso de esa circunstancia, la sentencia comentada se ve en la necesidad de aclarar que la selección del convenio colectivo aplicable no constituye una materia disponible para las partes, “de ahí que no pueda ser determinante para resolver el presente supuesto que la anterior contratista viniera aplicando al trabajador el convenio de limpieza”.

Este argumento se refuerza con otro posterior según el cual “el contrato de trabajo de quien únicamente realiza tareas de conserje no está incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de limpieza, que lógicamente exige que se realicen actividades de limpieza, constando en autos que esta actividad la realiza otra trabajadora y no el conserje”.

Si esto es así, y aunque la sentencia no da solución a cuestiones hipotéticas sino solo a la que se le ha planteado (dos contrata, dos actividades), el argumento que utiliza bien podría servir para considerar que en los supuestos en que se prestasen servicios varios con amparo en una sola contrata, la selección del convenio colectivo aplicable pasaría por fragmentar la contrata en tantas actividades como la misma tenga objeto, lo que supondría que al personal adscrito a la contrata se le aplicarían convenios colectivos diferentes.

Hemos de precisar, finalmente, que en el caso de autos no se ha planteado una eventual fragmentación fraudulenta de la contrata instrumentalizada por la empresa entrante con la finalidad de privar a los conserjes de los derechos del convenio colectivo de limpieza. La radical diferencia entre uno y otro trabajo parece alejar toda sombra de fraude. Pero en casos semejantes al de autos no podemos descartar la posible existencia de fraude de ley si la fragmentación de contrata deviene en una pérdida de derechos laborales. Quizás lo decisivo no sea tanto atender a si las contrata son una sola o varias, cuestión que es fácilmente manipulable, como si las actividades de cada una de ellas son diferentes pues ello permitiría considerar la existencia de diferentes unidades productivas autónomas.

X. Apunte final

La selección del convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios es una cuestión que lleva atormentando a la doctrina científica y a la doctrina judicial desde la irrupción de estas empresas en nuestro mercado de trabajo. Y ello por la multiplicidad de situaciones suscitadas, una de las cuales se ha planteado en la sentencia comentada con unos criterios de resolución que conectan con la regulación introducida en el RDL 32/2021. Ahora bien, las soluciones ofrecidas por la norma legal y por la jurisprudencia no acaban de abarcar la multiplicidad de situaciones suscitadas por las empresas multiservicios, con lo cual el tema seguirá ocupando la atención de la doctrina científica y los órganos judiciales.

Referencias:

1. ^ Sobre el artículo 42, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores, se han consultado los siguientes estudios: BALLESTER PASTOR, M.A., *La Reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Gobierno de España – Vicepresidencia Segunda – Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2022), pp. 164-172; GOÑI SEIN, J.L., “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 13, 2022 (ejemplar dedicado a la reforma laboral de 2021 y sus efectos en el mercado de trabajo), pp. 81-99; LAHERA FORTEZA, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2022), pp. 51-61; MONEREO PÉREZ, J.L., “Subcontratación empresarial y reforma laboral” en *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum (Murcia, 2022), pp. 259-406; NORES TORRES, E., “La reforma del artículo 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos, Revista del Derecho del Trabajo y Protección Social*, volumen 3, 2022 (número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021), pp. 73-82.
2. ^ LAHERA FORTEZA, J., propone leer el precepto “de abajo arriba”, *La negociación ...*, obra citada, pp. 54 ss.
3. ^ Solución apuntada por BALLESTER PASTOR, M.A., *La Reforma ...*, obra citada, pp. 169-170.

§ 99 Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual: fronteras entre la legalidad ordinaria y la relevancia constitucional en orden al acceso a la sede suplicatoria.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *Nuestro Alto Tribunal analiza si la sentencia de suplicación debe pronunciarse, o no, sobre las cuestiones de legalidad ordinaria suscitadas en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, una vez desestimada la alegada vulneración de derechos fundamentales que habilita la posibilidad de recurrir la sentencia de instancia. La Sala, si bien con voto particular, “clarifica” su doctrina sobre la materia indicando que la sentencia será recurrible, pero únicamente respecto de las pretensiones vinculadas a la denunciada vulneración de derechos fundamentales, de tal suerte que la sala territorial solo podrá entrar a conocer de las cuestiones de legalidad ordinaria planteadas en el recurso si están “estrechamente vinculadas” a la vulneración de derechos fundamentales denunciada hasta el punto que resulte del todo imposible resolverlas separadamente.*

Palabras clave: *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Recurso de suplicación. Tutela judicial efectiva.*

Abstract: *In a judgment of the Plenary, with a separate opinion formulated by two of its magistrates, the Chamber reconsiders and qualifies its doctrine on the appealability of questions of ordinary legality in procedures of individual substantial modification of working conditions to which an action for the protection of fundamental rights is joined.*

Keywords: *Substantial modification of working conditions. Appeal of supplication. Effective judicial protection.*

I. Introducción

En sentencia de Pleno, con voto particular formulado por dos de sus magistradas, reconsidera y “clarifica” la Sala su doctrina acerca de la recurribilidad de las cuestiones de legalidad ordinaria en procedimientos de modificación sustancial individual de condiciones de trabajo a los que se acumula una acción de tutela de derechos fundamentales.

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. 840/2022, de 19 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUJ núm. 1363/2019.

ECLI:ES:TS 2022:3879

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Excmas. Sras. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña. Rosa María Viroles Piñol.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En sentencia de Pleno, con voto particular formulado por dos de sus magistradas, reconsidera y “clarifica” (en sus propias palabras) la Sala su doctrina acerca de la recurribilidad de las cuestiones de legalidad ordinaria en procedimientos de modificación sustancial individual de condiciones de trabajo a los que se acumula una acción de tutela de derechos fundamentales.

En concreto, nos encontramos ante la impugnación de la decisión empresarial consistente en el cambio de centro de trabajo y de horario de una limpiadora^[1], habiendo recaído sentencia del Juzgado de lo Social^[2] que, desestimando la demanda, declaró que la medida impugnada se incardinaba dentro de las facultades del *ius variandi* del empresario disciplinadas en el artículo 39 del ET, no habiendo quedado lesionado derecho fundamental alguno titularidad de la Sra. B.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, quien desestimó el recurso de la actora^[3] argumentando lo siguiente. En primer término razona la Sala que la trabajadora “no cumple con la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial de cambio de horario de mañana a tarde lesiona sus derechos fundamentales, pues ningún indicio señala previo o coetáneo a la modificación impugnada, y, desde luego, tal indicio nunca podrá ser el cambio previo de centro de trabajo, no sólo por lo ya señalado de que el mismo no se puede considerar que dicha modificación sea a estos efectos sustancial, sino que entra dentro del ámbito de la facultad de reorganización y dirección que tiene el empresario, no habiéndose producido la vulneración de Derecho Fundamental alegado, sino, por cuanto, precisamente el TSJA deniega la existencia de vulneración de Derecho Fundamental” (fundamento de derecho primero). Y añade “Pues bien, para resolver las cuestiones planteadas por la recurrente hemos de hacer una previa introducción, dada la configuración legal y extraordinaria del recurso de suplicación, del alcance y objeto del recurso que puede ser abordado por esta Sala, pues la recurrente plantea temas de vulneración de normas de procedimiento, que origina indefensión, por supuesta extralimitación argumental de la sentencia, vinculadas al art. 24 de la Constitución, de vulneración de derecho de igualdad por discriminación y persecución del art. 14, así como temas de cumplimiento de formalidades en la notificación del cambio, a la representación legal de los trabajadores o falta de acreditación de la justificación causal del cambio, que implican en su caso por incumplimiento examen de la legalidad ordinaria, determinante de su falta de justificación. Pues bien, este primer bloque es el núcleo fundamental de resolución del presente recurso, pues si la medida adoptada, si se descartase vulneración de derechos fundamentales esgrimida, es en realidad una modificación sustancial y perjudicial de condiciones de trabajo o no y si se atiende o no a la legalidad formal y de fondo ordinaria, queda fuera del pronunciamiento excepcional que habilita este concreto recurso de suplicación, pues contra este concreto pronunciamiento de la sentencia ya no cabe recurso, por disponerlo así el art. 191,2º e de la LRJS, lo que impide a esta Sala abordar el último motivo de censura jurídica, en que denuncia infracción del art. 41,3º del ET” (fundamento de derecho tercero).

IV. Posición de las partes

Recorre en casación unificadora Doña B. aportando como sentencia de contraste la de la Sala Cuarta dictada el 5 de junio de 2018, recud.3337/2016^[4] alegando la infracción del art.191.2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 24 de la constitución, y el artículo 41 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene quien recorre que la sentencia de instancia era recurrible porque en la demanda se invoca la infracción de derechos fundamentales y se reclama una indemnización de daños y perjuicios de 4.000 euros, lo que obligaba a la Sala de suplicación a resolver todas las cuestiones litigiosas planteadas en el recurso, y por consiguiente también, las relativas a cuestiones de legalidad ordinaria sobre la naturaleza, justificada o injustificada, de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, con lo que no habría respetado el derecho a la tutela judicial efectiva al haber dejado imp juzgadas las mismas.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso; no habiéndose personado las partes recurridas.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala, en la resolución comentada, se enfrenta a la reinterpretación de los artículos 191.2.e) de la LRJS, en cuya virtud *“No procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a las siguientes materias: e) Procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores; en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación...”*; del artículo 191.3.f) LRJS que añade que *“Procederá en todo caso la suplicación: Contra las sentencias dictadas en materias de: f) conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, procedimientos de oficio y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”*; así como del artículo 192.2 de la norma adjetiva laboral que dispone que *“Si el actor formulase varias pretensiones y reclamare cantidad por cada una de ellas, se sumarán todas para establecer la cuantía. Cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario”*.

VI. Doctrina básica

Nuestro Alto Tribunal identifica en el primero de los fundamentos de derecho de su resolución la controversia a que se enfrenta, afirmando que se trata de *“determinar si la sentencia de suplicación debe pronunciarse sobre las cuestiones de legalidad ordinaria suscitadas en un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, una vez desestimada la alegada vulneración de derechos fundamentales que habilita la posibilidad de recurrir la sentencia de instancia”*.

Superado el juicio de contradicción, y rememorada su doctrina tradicional sobre la irrelevancia del procedimiento por el que se hubiere encauzado la demanda de tutela cuando fuere de tal naturaleza la pretensión ejercitada^[5]; afirma la Sala que conviene *“clarificar”* tal doctrina para concluir que la Sala de suplicación tiene *“limitada en estos casos la cognición a las cuestiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales invocadas en la demanda, pero no puede en cambio entrar a resolver las de estricta legalidad ordinaria que pudiere suscitar la parte recurrente cuando no se encuentran indisociablemente ligadas con la alegada vulneración de derechos fundamentales”*.

Tras analizar el artículo 191.2 de la LRJS concluye que el precepto excluye específicamente de la suplicación cada uno de los procedimientos enunciados (entre ellos los de MSCT de carácter individual); y añade, en una reflexión en torno al artículo

192.2 de la norma procesal laboral, que quizá se torne como la más relevante de la sentencia, que la *“el propio precepto contiene una excepción(...) en los supuestos en los que hay una expresa disposición que establezca lo contrario y excluya de la suplicación alguna de las acciones acumuladas. Esto último es lo que justamente sucede con la acción relativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, respecto a la que ya hemos destacado la existencia de disposiciones legales que de forma expresa niegan su acceso a suplicación. En consecuencia, su acumulación junto con la acción de tutela de derechos fundamentales no le concede acceso a suplicación, aunque sí lo tenga la pretensión relativa a esa tutela”*

Sigue razonando la Sala que *“es indudable que en esos casos ha de admitirse el acceso a la suplicación, a salvo de situaciones excepcionales en las que pudiere apreciarse en esa apelación a derechos fundamentales la posible existencia de un manifiesto fraude procesal, de maniobras torticeras en abuso de derecho (STS 24/5/2002, rcud. 2753/2001), cuando se trata de una invocación puramente artificiosa y carente del más mínimo acerbo probatorio con la que únicamente se pretenda conseguir -o impedir (STS 15/6/2004, rcud. 3049/2002)-, subrepticamente, el acceso al recurso.*

2.- La cuestión reside ahora en determinar cuál haya de ser entonces el ámbito y alcance de ese recurso de suplicación, y del consecuente pronunciamiento de la sala.

Esto es, si debe limitarse a las cuestiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales, o pueden extenderse a las que son estrictamente de legalidad ordinaria y resultan perfectamente separables de la tutela de tales derechos fundamentales (...) Carece por lo tanto de toda lógica que esas mismas materias de legalidad ordinaria, que no tienen acceso a la suplicación, puedan tenerlo por haberse planteado de manera conjunta con la invocada vulneración de derechos fundamentales, una vez ya resueltas las pretensiones relativas a tales derechos fundamentales y cuando no guardan la más mínima relación con las materias de legalidad ordinaria pendientes de resolución.

Si el legislador ha dispuesto que esos aspectos de legalidad ordinaria queden firmes en la sentencia de instancia, no puede ofrecerse un distinto tratamiento jurídico en función de que hayan sido planteados aisladamente o de manera acumulada con la invocada vulneración de derechos fundamentales (...) i el fondo del asunto no estuviera comprendido dentro de los límites de la suplicación...”, de tal forma que admite la recurribilidad de la sentencia de instancia, pero limita el alcance de la suplicación a los pronunciamientos vinculados al defecto procesal invocado, a la jurisdicción o competencia, excluyendo la posibilidad de entrar a conocer de las cuestiones de legalidad ordinaria excluidas de suplicación.

En lo que es una clara manifestación de la voluntad del legislador de negar el acceso a la suplicación de aquellas materias que están expresamente excluidas del recurso, aun cuando la sentencia pudiere ser recurrible por otros motivos y razones diferentes, y tan solo para que pueda ser supervisada en esos concretos y únicos aspectos por el órgano judicial superior.

Una forma de dividir la continencia de la causa de recurrir, permitiendo la suplicación en aquellas materias en los que por su mayor relevancia se considera oportuna admitir esa posibilidad, para negarlo en otras que ya están expresamente excluidas del recurso.

5.- *Esto es lo que así sucede cuando se plantean de forma claramente diferenciada pretensiones vinculadas a la posible vulneración de derechos fundamentales, y otras de mera legalidad ordinaria que no son recurribles.*

Cabrá entonces recurso para resolver sobre los aspectos relacionados con los derechos fundamentales que están en juego en el proceso- entre ellos, la posible indemnización asociada a su presunta vulneración-, pero no así sobre las materias de legalidad ordinaria que no tienen acceso a suplicación.

Interpretación integradora de las normas que es sin duda la que mejor se compeadece con la finalidad de las previsiones legales en la materia"

VII. Parte dispositiva

Atendiendo a lo expuesto la Sala acuerda desestimar el recurso de casación formalizado por Doña B. confirmando la sentencia recurrida.

VIII. Voto Particular

Dos magistradas de la Sala discrepan del criterio mayoritario a través de su voto particular que se articula a partir de once razonamientos que pueden resumirse como sigue:

Primero, afirman que no existe norma procesal alguna que establezca una limitación como la que se concluye en la sentencia mayoritaria respecto del alcance que ha de tener el recurso de suplicación, no cabiendo distinguir la propia sentencia de suplicación y sus particulares pronunciamientos salvo cuando la Ley dispone lo contrario.

En segundo lugar, añaden que cuando el legislador ha querido precisar que sólo ciertos pronunciamientos de una resolución son recurribles y otros no así lo ha determinado expresamente, lo que aquí no acontece.

Siguen argumentando que esta posibilidad de selección de análisis de pronunciamientos concretos queda restringida a cuestiones de naturaleza procesal, extremo tampoco aquí concurrente.

En su punto cuarto interpretan el artículo 178 de la LRJS, concluyendo que no establece el mismo limitación alguna en cuanto el alcance que ha de tener el recurso de suplicación, pues al disponer que se aplican las garantías previstas en el proceso de tutela de derechos fundamentales, se está reconociendo la recurribilidad en suplicación de las mismas.

No se justifica que, en otros supuestos, como los de clasificación profesional o de conciliación de vida personal, laboral o familiar, a los que se anuda acción de reclamación de cantidad por diferencias salariales superior a 3.000 euros, o de resarcimiento de daños y perjuicios por tal cuantía, se le permita el acceso a la sede suplicatoria, y al caso en que nos encontramos no.

No existe una clara voluntad del legislador de denegar el acceso a la suplicación de aquellas materias que están expresamente excluidas del recurso, aun cuando la sentencia pudiera ser recurrible por otros motivos y razones diferentes.

En definitiva, la solución adoptada por el criterio mayoritario crea una gran inseguridad jurídica, pues deja en manos de cada Tribunal territorial y en el análisis del caso concreto el acceso al recurso.

IX. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos más relevantes en los fundamentos de derecho cuarto y quinto, donde sintetiza y matiza, o clarifica (expresión que la propia Sala emplea) su doctrina sobre la interpretación de los preceptos que analizamos.

X. Comentario

Varias cuestiones procede destacar de la sentencia analizada y de su voto particular. La primera es el detallado análisis de la normativa procesal y de la doctrina jurisprudencial y constitucional que resulta de aplicación a la materia que ocupa al Tribunal, y que, si bien para alcanzar posiciones discrepantes, revela el profundo análisis de la cuestión al que ha sido por la Sala.

En segundo término, la discrepancia revelada en la posición del Alto Tribunal revela la complejidad de una cuestión analizada, que si bien hasta la fecha se mostraba como pacífica, al menos desde un punto de vista jurisprudencial, no tanto así en los foros académicos y prácticos, pues resultaba ser una realidad el creciente número de procedimientos judiciales a los que se anudan reclamaciones de tutela de derechos fundamentales (cualesquiera que fuera la naturaleza de la acción principal), lo cual repercutirá no sólo en el carácter preferente y sumario de la tramitación de tales procedimientos (por mor del artículo 179 de la LRJS); sino que, de conformidad con la doctrina sentada por la Sala Cuarta hasta este momento, incidiría en el acceso a la sede suplicatoria en cuanto al análisis de las cuestiones de legalidad ordinaria y constitucional.

La doctrinal^[6] se planteaba entonces, y ahora, qué soluciones podrían ofrecerse frente a un uso abusivo de estos mecanismos, pues quedaban afectadas cuestiones de orden público procesal como es el derecho de tutela judicial efectiva en materia de acceso a los recursos legalmente previstos^[7].

XI. Apunte final

La esencial discrepancia entre el voto particular y la posición mayoritaria se centra en torno a la nuclear cuestión de poder discriminar y separar las cuestiones de legalidad ordinaria de las de relevancia constitucional en aquellos procedimientos en los que el legislador, por razón de la materia, no ha propiciado el acceso al recurso de suplicación, pero a los que, sin embargo, el actor ha anudado una acción de tutela de derechos fundamentales, a los que en todo caso sí se les permite el acceso a tal extraordinaria sede.

Mientras que el criterio mayoritario es partidario de reservar la competencia del Tribunal territorial para conocer únicamente de las cuestiones o pronunciamientos de trascendencia constitucional, debiendo en cualquier caso de estarse al caso concreto; consideran las magistradas discrepantes que dicha posición no hace más que engendrar un escenario de inseguridad jurídica indeseable, no querido, en cualquier caso, por el legislador.

Sea como fuere, lo cierto y verdad es que la norma adjetiva laboral en su reforma de 2011 excluyó, por razones de concreta política legislativa, de manera expresa ciertas materias de la sede suplicatoria (las enunciadas en el artículo 191.2 de la LRJS), no siendo ésta ni la primera, ni la última ocasión en la que nuestro Alto Tribunal se remite para solución del conflicto final al “caso por caso”, sin ofrecer una fórmula magistral que “remedie” cualesquiera situaciones de conflicto que se puedan plantear al operador jurídico.

Piénsese, a título de ejemplo, la reciente sentencia de la Sala Cuarta donde se aborda el sistema de cálculo de las indemnizaciones derivadas del daño moral^[8], ofreciendo el Tribunal una suerte de “guía” con una serie de parámetros “*numerus apertus*” que servirán para orientar al juzgador en la ardua labor de cuantificar dicho concepto resarcitorio, pero remitiéndose el Tribunal al “caso concreto”^[9].

Referencias:

1. ^ *Consistente en la distribución de lunes a viernes de 15:00 a 20:00 horas, con una reducción de 5 horas en el tiempo total de trabajo, pero sin minoración de su retribución salarial (punto 5º del antecedente primero de la sentencia)*
2. ^ *Sentencia de 15 de junio de 2017 del Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén en autos 263/2017.*

3. ^ Mediante sentencia de 14 de febrero de 2019, recurso 1441/2018.
4. ^ En la que el Tribunal Supremo, con reiteración de lo decidido en anteriores sentencias, declara que si bien en principio la materia de MSCT de carácter individual, tiene vedado el acceso a la suplicación, si se permite el recurso en los supuestos en que a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía superior a 3.000 euros. Interpretación amplia avalada por el art. 138 LRJS, que salva la más literal del art. 191.1.e). A lo que se suma que también es recurrible la sentencia de instancia, dado que en la demanda rectora de las actuaciones se denuncia vulneración de derechos fundamentales, por lo que es de aplicación lo recogido en el art. 191.3.f) de la LRJS. Y, partiendo de la recurribilidad de la sentencia de instancia, anula la recaída en suplicación para que se dicte nueva resolución resolviendo todos los extremos del recurso formulado.
5. ^ STS de 7 de julio de 2021, recud.3849/2019 donde concluyó la Sala que "Recordemos que cabe recurso de suplicación en todos los supuestos en los que se alega la violación de un derecho fundamental, tal y como establece el art. 191.3 f) LRJS en relación con "... las sentencias dictadas en materias de ... tutela de derechos fundamentales y libertades públicas", sin que sea óbice para ello que el procedimiento debiere de tramitarse por alguna de las modalidades procesales que, con carácter general, no admiten la interposición de recurso de suplicación si únicamente estén en juego derechos de mera legalidad ordinaria". En el mismo sentido se refiere la SSTS de 3/11/2015 (recud.2753/2014), 10/3/2016 (recud.1887/2014), 22/6/2016 (recud.399/2015), 11/1/ 2017 (recud.1626/2015), 9/5/2017 (recud.1666/2015); de 30/6/2020, (recud.4093/2017); o de 24/9/2020 (recud.152/2018).
6. ^ Sobre la cuestión MONEREO PEREZ, JM, "Sobre la admisibilidad del recurso de suplicación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual y tutela de derechos fundamentales" Revista andaluza de trabajo y bienestar social, ISSN 0213-0750, Nº 144, 2018, págs. 211-218.
7. ^ Como recuerda la Sentencia de la Sala Cuarta de 21 de enero de 2021 (recud.3507/2018) "La doctrina del Tribunal Constitucional recuerda que el art. 24.1 CE garantiza el acceso a la jurisdicción como elemento esencial del contenido de la tutela judicial efectiva, consistente en promover la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión del Juez. Singular tratamiento sigue el sistema de recursos que se incorpora a la tutela judicial efectiva en la configuración que le den las distintas leyes procesales, sin que exista propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de tales medios de impugnación, salvo en lo relativo a sentencias penales condenatorias. Por ello, el citado Tribunal considera que, tratándose del derecho de acceso a los recursos, es competencia de los órganos judiciales determinar si en cada caso concreto el recurso en cuestión reúne los requisitos legales para su admisibilidad"
8. ^ Sentencia de 20 de abril de 2022, recud.2391/2019.
9. ^ Comentando esta resolución ver <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/modificacion-sustancial-de-condiciones.html>

§ 100 **Las futbolistas profesionales y sus derechos de libertad sindical y de no discriminación por razón de sexo.**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La Asociación de futbolistas profesionales (Futpro) demanda a la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) por negar a sus asociadas el derecho a acogerse a las ayudas económicas del "Fondo de fin de carrera" si no están afiliadas a la demandada. Se interpone demanda en la que se alega vulneración de derechos fundamentales, como son los de libertad sindical y no discriminación por razón de sexo. La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la AN estima la demanda por entender que en efecto se ha producido la vulneración de ambos derechos, y condena al abono de una indemnización de 60.000 euros en atención a la gravedad de las infracciones cometidas.*

Palabras clave: *Libertad sindical, discriminación. Fútbol profesional. Indemnización. Derechos fundamentales.*

Abstract: *The Association of Professional Football Players (Futpro) sues the Association of Spanish Football Players (AFE) for denying its members the right to benefit from the financial assistance of the 'End of Career Fund' if they are not affiliated to the defendant. An action was brought alleging infringement of fundamental rights, such as freedom of association and non-discrimination on grounds of sex. The judgment handed down by the Social Division of the AN upheld the claim on the grounds that there had indeed been a breach of both rights, and ordered the payment of compensation of 60,000 euros in view of the seriousness of the infringements committed.*

Keywords: *Freedom of association. Discrimination. Professional football. Compensation. Fundamental rights.*

I. Introducción

El jueves 20 de octubre el gabinete de comunicación del Consejo General del Poder Judicial emitió una nota de prensa, titulada "La Audiencia Nacional establece que no se puede obligar a las mujeres futbolistas a afiliarse a la AFE para acogerse a las ayudas del 'Fondo fin de Carrera'", acompañada del subtítulo "La Sala condena a indemnizar al sindicato mayoritario de fútbol profesional femenino, FUTPRO, con 60.002 euros por vulnerar los derechos fundamentales a la libertad sindical y no discriminación por razón de sexo de las afiliadas". En dicha nota se efectúa una breve síntesis de la sentencia dictada el día 17. La notificación de la sentencia fue recibida con innegable satisfacción por la parte demandante en el litigio, la Asociación de Futbolistas Profesionales (Futpro), mientras que la parte demandada anunció

inmediatamente la presentación de recurso de casación ante el TS. Obviamente, la noticia fue muy difundida en medios de comunicación y redes sociales, así como también el anuncio de la presentación de dicho por la AFE^[1]

Para finalizar esta introducción, deseo recordar que he dedicado atención a la problemática del fútbol profesional en varias ocasiones, y que en dos ellas las cuestiones abordadas han vuelto a surgir en el conflicto del que ha conocido ahora la AN ^[2]

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. 133/2022, de 17 de octubre.

ECLI:ES:AN:2022:4690.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

Pasemos ya al examen de la sentencia dictada el 17 de octubre, que como ya he indicado con anterioridad será recurrida en casación por la AFE. El resumen oficial es el siguiente: “La AN estima la demanda de tutela de los DDFF interpuesta por FUTPRO (sindicato mayoritario del fútbol profesional femenino) contra AFE y la LNFP. La decisión de la Junta directiva de AFE de 8-4-2.022 en virtud de la cual se modifica el Reglamento del Fondo Fin Carrera de forma que las futbolistas mujeres han de estar afiliadas a AFE para acceder a su aseguramiento”.

La demanda fue presentada por Futpro el 4 de julio, siendo dirigida contra la Liga Nacional de Fútbol Profesional, la AFE y Futbolistas On, habiéndose celebrado el acto de juicio el día 6 de octubre.

La parte actora, tras haberse celebrado el acto de conciliación sin avenencia, se ratificó en las pretensiones de la demanda, cuáles eran que la conducta de la AFE vulneraba los derechos fundamentales de libertad sindical y no discriminación por razón de sexo, siendo por ello radicalmente nula y por lo que se pedía el cese inmediato de su comportamiento, con condena económica de indemnización de 60.002 euros por los daños morales derivados de la vulneración de los citados dos derechos fundamentales, más exactamente la misma cantidad de 30.001 euros por cada una de las dos vulneraciones, con aplicación de los criterios fijados por la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

En el antecedente de hecho tercero de la sentencia encontramos una amplia síntesis de la explicación realizada por la representación letrada de la parte demandante, tenemos también conocimiento de la adhesión de Futbolistas ON a la demanda, y de la oposición por la parte demandada AFE, con alegación procesal formal de falta de legitimación pasiva de la LNFP al señalar que su función “se limita a velar porque los sindicatos destinen a los fines previstos el dinero que les proporciona en virtud del acuerdo de conciliación”. También tenemos conocimiento de que el Ministerio Fiscal solicitó que se estimara la demanda, por considerar existente la doble discriminación denunciada.

El conflicto encuentra su origen lejano en la aprobación el 20 de diciembre de 2016, por la Junta Directiva de AFE, del “Reglamento del Fondo de fin de carrera de futbolistas”, que trae su razón de ser del acuerdo de conciliación suscrito el 9 de

octubre de 2015 ante la Sala de lo Social de la AN, entre AFE y la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) por el que se ponía fin al conflicto planteado por la primera y se desconvocaba la huelga anunciada. Mediante dicho Reglamento, tal como se explicó en la demanda y se recoge en los antecedentes de hecho de la sentencia, se estableció “un sistema de ahorro a favor de los futbolistas que cumplan con determinados requisitos y, en su caso, a favor de los herederos, cónyuges o huérfanos de éstos últimos, consistente en el derecho a unas prestaciones de carácter económico a percibir con motivo de la finalización de su carrera deportiva como futbolistas, incapacidad permanente o fallecimiento”. En el apartado 5 del acta de conciliación, la LNFP se comprometió a aportar a la AFE “el 0,5% del importe neto total de los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas”.

IV. Posiciones de las partes

En el acto de juicio, y en desarrollo de lo expuesto en la demanda, Futpro recordó que la AN había eliminado, en su sentencia de 16 de julio de 2018 (rec 109/2018), (resumen oficial: “Declara que la exigencia de estar afiliado a un sindicato y al día en sus cotizaciones para acceder al Plan de Ahorro de Futbolistas, constituye una presión indirecta a favor de la afiliación, que vulnera el derecho a la libertad sindical”), la obligatoriedad de estar afiliado a la AFE para que un futbolista pudiera tener la condición de asegurado del Fondo, sentencia confirmada por el TS mediante resolución dictada el 8 de enero de 2020 (rec. 216/2018) (resumen oficial: “Vulneración del derecho a la libertad sindical. Nulidad del punto 2.5 a) y b) Reglamento Plan Ahorro de Futbolistas. Legitimación activa: la tiene el sindicato que no existía en el momento de firma de acuerdo. Presión indirecta para afiliación a AFE”)[3].

A continuación, y siempre siguiendo la exposición de la parte demandante recogida en los antecedentes de hechos, se manifestó que la AFE ya no solicitaba la afiliación a **los** futbolistas para acceder a las ayudas del Fondo, y sí la exigía a **las** futbolistas, “a raíz de una modificación del reglamento del fondo inmediatamente posterior a que FUTPRO fuese el sindicato más votado en las elecciones del Fútbol Profesional Femenino”, considerando que dicha conducta era vulneradora de los derechos fundamentales de no discriminación por razón de sexo y de libertad sindical.

En apoyo de sus tesis, acudió además a la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en concreto a sus arts. 6 y 12, por entender que se producía una discriminación directa hacia las futbolistas, y vulneración del derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones sindicales. En definitiva, la tesis de la parte demandante era que la conducta de la AFE era doblemente lesiva de derechos fundamentales.

Conocemos a continuación, y siguiendo con los antecedentes de hecho, las tesis de la AFE, de radical oposición a la demanda. Por su interés, y para una mejor comprensión del conjunto del litigio, y además dado que muy previsiblemente será aquello que se alegue en el recurso de casación cuando se interponga al amparo de los motivos listados en el art. 207 de la ley reguladora de la jurisdicción social, muy especialmente el apartado e) (infracción de la normativa y jurisprudencia aplicable), reproduzco su contenido:

“Destacó que ningún otro sindicato de futbolistas tiene fondo fin de carrera, así Futbolistas On que como AFE percibe de la liga parte del 0, 5% de los ingresos por derechos audiovisuales no ha constituido fondo fin de carrera.

Tras referir los orígenes del Fondo de Fin de carrera que trae causa del Conflicto colectivo 131/2.015 seguido en esta Sala, señaló que lo que se ha acordado que es que para los futbolistas hombres el fondo de fin de carrera se financie con el numerario que se recibe de la Liga en concepto de derechos audiovisuales, mientras que para las futbolistas mujeres el mismo sea financiado con las cuotas de los afiliados de AFE, de ahí que sea requisito necesario para acceder al mismo estar afiliado a AFE, pues el fútbol femenino ha dejado ser amateur.

Adujo que tal conducta no resulta discriminatoria ya que la Liga de futbol profesional femenino, no forma parte de la LNFP, sino de la Liga profesional de fútbol femenino dependiente de la Real Federación Española de Fútbol y que, por lo tanto, los ingresos por venta de derechos audiovisuales de la LNPF no se generan por el Fútbol Femenino estando regulada la venta centralizada de derechos de imagen de futbol femenino por el RD L 15/2021 y que la reorganización futbol masculino ha dado tener l 1000 futbolistas profesionales más, para los que AFE ha decidido mantener el fondo fin de carrera sin requisito de afiliación.

Destacó que no existe discriminación alguna pues las competiciones futbolísticas están disgregadas por sexo, existe un LNFP femenino distinta de LNFP, no existen mismas condiciones por categorías, que existe una venta centralizada de derechos audiovisuales por FEF (femenino) y Liga (masculino), así como diferente convenio de aplicación con salario diferente; que el sindicato FUTPRO no admite hombres y sus afiliadas no compiten en LNFP masculina y recibe las mismas subvenciones que AFE”.

V. Hechos probados en la sentencia de la AN

Toca ya entrar en los muy extenso y detallados hechos probados de la sentencia, un total de dieciséis.

Se hace referencia en primer lugar a la convocatoria de la huelga el mes de mayo de 2015, a todos los avatares de la misma, y a la firma del acta de conciliación el 9 de octubre, en cuyo apartado 5 se recoge, tal como he indicado con anterioridad, la aportación por la LNFP a la AFE “... mientras se mantenga la comercialización conjunta de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas”, del “0,5% del importe neto total de los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los citados derechos, que se dedicará exclusivamente y con carácter finalista a las siguientes actividades del sindicato a favor de los futbolistas...”.

Consta elaborado por la AFE el Reglamento del Plan de Ahorro de Futbolistas, el 20 de diciembre de 2016^[4].

La explicación del contenido del Plan se recoge en la página web de la AFE, en el que puede leerse lo siguiente:

“¿De dónde provienen los ingresos del Fondo Fin de Carrera?

– Acuerdo suscrito con la Liga.

AFE percibe el 0,5% neto de la comercialización de los derechos audiovisuales. Un porcentaje de estos ingresos son destinados a este fin.

– El resto de la aportación proviene de los recursos propios de AFE.

¿Quién puede solicitarlo?

Los futbolistas con licencia de Primera División, Segunda División, Primera División RFEF y Segunda División RFEF, y las afiliadas con licencia de Primera División.

Los afiliados/as a AFE pueden hacerlo a través de la Extranet y el resto puede solicitarlo rellenando el siguiente formulario”.

A continuación, la AN recuerda el conflicto suscitado por la presentación de demanda por Futbolistas ON y que dio lugar a la antes citada sentencia de 12 de julio de 2018, que declaró “la nulidad radical del punto 2.5 del Reglamento del Plan de Ahorro de Futbolistas de 20 de diciembre de 2016, únicamente en la parte que describe los requisitos para ser considerado Asegurado en Activo en los epígrafes a) y b):

“a) El Futbolista deberá estar afiliado a AFE.

b) El Futbolista deberá estar al corriente en el pago de las cuotas de AFE." Y ordenamos el cese del comportamiento antisindical, y por tanto, el cese de la exigencia de la afiliación a AFE para tener la condición de Asegurado en Activo del Plan de Ahorro o Fondo Fin de Carrera."- descriptor 45-".

Pasa después a recordar el contenido de la sentencia del TS de 8 de enero de 2020 que desestimó el recurso de casación interpuesto por la AFE, así como también de la posterior sentencia dictada por la AN el 30 de abril de 2021(rec. 267/2020), cuyo resumen oficial es: "Tutela de Libertad sindical. Participación de un sindicato de futbolistas constituido en 2018 en los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol)", cuyo fallo fue el siguiente:

"1.- Declaramos discriminatoria y contraria a la libertad sindical, la exclusión de las demandadas ASOCIACIÓN DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES y LIGA DE FÚTBOL PROFESIONAL del sindicato FUTBOLISTAS ON de la entrega anual, en proporción a su implantación, del 0,5% del importe neto total de los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los derechos audiovisuales del fútbol español, para su destino conforme a los fines del citado Acuerdo de Fin de Huelga y, en consecuencia, reconocemos el derecho del sindicato actor a percibir una cantidad que se corresponda con el porcentaje de votos obtenidos en el proceso electoral celebrado en el colectivo de futbolistas profesionales y que asciende al 4,06%.

2.- Ordenamos a LA LIGA DE FÚTBOL PROFESIONAL a que, del total del pago comprometido a AFE del 0,5% del importe neto total de los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los derechos audiovisuales relativo al año 2020 y sucesivos, debe abonar al sindicato Futbolistas ON la cantidad resultante de aplicar el 4,06% que se corresponde con el porcentaje de representatividad alcanzado en el proceso electoral, sin perjuicio de que dicho porcentaje varíe atendiendo a los resultados electorales futuros"

3.- Declaramos que toda referencia a una financiación anual exclusiva al sindicato AFE a cargo del 0,5% de la explotación de los derechos audiovisuales referida en el punto 5 del Acuerdo de Fin de Huelga de 9 de octubre de 2015, debe ser modificada por referencia a una financiación anual a los sindicatos con implantación en el ámbito del Acuerdo de Fin de Huelga.

4.- Condenamos a la ASOCIACIÓN DE FUTBOLISTAS ESPAÑOLES a que concepto de indemnización de daños y perjuicios, abone al sindicato demandante la cantidad que le hubiera correspondido del 0,5% del importe neto total para el 2019 de los ingresos obtenidos de la explotación comercial conjunta de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas, y que asciende a 307.748 euros".

Tras dar cuenta de la calificación como competición profesional de la primera división del futbol femenino por decisión de la comisión deportiva del Consejo Superior de Deportes (reunión de 15 de junio de 2021), y de los estatutos de Futpro, con mención expresa a su ámbito de aplicación, recogido en el art. 6, así como también de los resultados de las votaciones celebradas para elegir representantes para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol y en las que Futpro obtuvo el primer lugar con 148 votos^[5], llegamos a uno del punto más conflictivo del caso, cuál es la celebración de una reunión de comité el 24 de marzo de 2022 para tratar de la modificación del Reglamento del Fondo de fin de carrera, que fue aprobada posteriormente por la Junta Directiva el 8 de abril.

Esta era la propuesta: "... indique que las aportaciones que provengan del 0,5% se destinaran a futbolistas de Primera División Masculina, Segunda División Masculina, Primera RFEF y Segunda RFEF, abonando con fondos propios de la AFE, no con los del 0,5%, la Primera División Femenina, que es la categoría con menos futbolistas y por tanto más fácil de atender con recursos propios.

Esto implica, que a la hora de solicitar el Fondo Fin de carrera, se tendrá que distinguir entre el dinero que proviene del 0,5% para todos los futbolistas de Primera División Masculina, Segunda División Masculina, Primera RFEF, Segunda RFEF, del dinero que proviene de Fondos Propios de la AFE para la Primera División Femenina, ya que al ser Fondos Propios, solo podrá destinarse a las afiliadas y no a la totalidad, como ocurre con los ingresos provenientes del 0.5% ...”.

VI. Doctrina básica

Y llegamos ya al análisis jurídico del caso, que concluirá, como es sabido, con la plena estimación de la demanda, siendo radicalmente nula la conducta de la AFE por vulneradora de dos derechos fundamentales, libertad sindical e igualdad de trato y no discriminación, con condena a la indemnización solicitada de 60.002 euros.

La Sala desestima en primer lugar la alegación procesal formal de falta de legitimación pasiva de la LNFP, por haber sido ya desestimada en un litigio anterior que dio lugar a la sentencia de la AN de 16 de julio de 2018, en la que se manifestó lo siguiente: “... en cuanto la LNFP suscribe con AFE el Acuerdo que pone fin a la huelga recogido en el acta de conciliación de 9 de octubre de 2015 y se compromete a financiar con carácter exclusivo y finalista las actividades relacionadas en el mismo, entre las que se encuentran según se recoge en el Reglamento, " aquellas destinadas a mejorar la situación de los futbolistas profesionales a la finalización de su carrera profesional", siendo el fondo fin de Carrera o Plan de ahorro el modo de hacer efectivo el cumplimiento de una de las actividades comprometidas en el Acuerdo, es evidente el interés de la Entidad que financia el fondo a efectos del seguimiento del destino acordado por AFE del referido importe así como, en conocer si mediante su financiación se produce un ataque a la libertad sindical al establecerse en el Reglamento de creación del fondo la exigencia de la afiliación a AFE para tener la condición de Asegurado”.

Al entrar en el examen de las argumentaciones sustantivas o de fondo, tanto de la demanda como de la oposición a esta, la Sala centra con prontitud la cuestión a la que debe dar respuesta, que no es otra que la tantas veces enunciada doble discriminación que, a juicio de Futpro, supone la conducta de la AFE al negar el acceso al fondo a las futbolistas que no estén afiliadas a la misma.

Aborda en primer lugar la problemática del derecho de libertad sindical, con recordatorio del art. 2 de la LOLS y con una amplia transcripción de los argumentos expuestos en sus sentencias de 16 de julio de 2018 y posteriormente confirmados por el la del TS de 8 de enero de 2020, siendo de esta última de la que se transcribe un fragmento de especial interés doctrinal y jurisprudencial que creo conveniente reproducir:

“Restringir un beneficio que financia la organización patronal del sector a quienes acreditan afiliación a determinado sindicato (con exclusión de quienes optan por o pertenecer a ninguno o por incorporarse a otro) constituye un supuesto claro de desigualdad proscrita por nuestro marco protector de la libertad sindical. Las circunstancias cronológicas en que se pretende cimentar la validez de ese resultado (subrayando que AFE era el único sindicato sectorial) carecen de relevancia pues, como queda expuesto, aunque no se hubiera creado el sindicato ON, las referidas previsiones merecerían igual valoración. Porque no se trata solo de que quiebre el principio de no discriminación entre organizaciones sindicales, sino también de que deja de respetarse la libertad sindical individual.” (la negrita es mía).

Aborda a continuación la Sala la existencia o no de discriminación por razón de sexo, acudiendo a lo dispuesto en el art. 6 de la Ley Orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres, como desarrollo del art. 14 de la Constitución, y concluye que se da la discriminación directa denunciada (“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”).

Habiendo considerado existentes las discriminaciones por vulneración del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad de trato y no discriminación la Sala aborda inmediatamente la temática de la distribución de la carga de la prueba cuando estemos en presencia de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, como es el que ahora examinado.

Tras recordar el contenido del art. 181. 2 LRJS y la traslación de la carga al demandado cuando por el demandante se aporten indicios de que se ha producido la vulneración, y acudir a la sentencia del TS de 31 de mayo de 2022 (rec. 601/2021) que se detiene ampliamente en la distribución de la carga de la prueba (resumen oficial: “Despido. Extinción de contrato temporal. Vulneración de derechos fundamentales. Participación en la convocatoria y comité de huelga legal. Nulidad del despido”), concluye que en el litigio ahora analizado se han aportado tales indicios por la parte demandante, ya que de toda la documentación aportada y de las pruebas practicadas puede inferirse “tanto un trato peyorativo a las mujeres respecto de los hombres, como un trato peyorativo a las afiliadas al sindicato actor respecto de las afiliadas a AFE”.

Frente a estos indicios, la Sala no considera ajustada a derecho las tesis de la AFE, transcritas con anterioridad, o por decirlo con las propias palabras de la sentencia no considera “ni objetiva ni razonable” su argumentación, desgranando su oposición en el fundamento de derecho cuarto. por considerar la decisión de no permitir acceder al fondo a las futbolistas no afiliadas a la AFE contraria a acuerdo suscrito con la LNFP para poner fin al conflicto en 2015, y en concreto del apartado 5 transcrito con anterioridad. Acudiendo a la consolidada jurisprudencia sobre la interpretación de los acuerdos y pactos colectivos, y reiterando lo expuesto en sus sentencia de 16 de julio de 2018, concluye que no se puede restringir el acceso al Fondo únicamente a “determinados futbolistas profesionales”, excluyendo a un colectivo, como sería ahora el de las futbolistas profesionales no afiliadas a la AFE, que tienen la condición de “futbolistas profesionales”, aquellos/as a los que iba dirigido el apartado 5 del acuerdo de fin de conflicto de 9 de octubre de 2015, “para mejorar (su) situación... a la finalización de su carrera profesional”.

Aporta adicionalmente, para fundamentar la consideración de ser contraria de derecho, por doble vulneración de derechos fundamentales, el acuerdo de modificación del Reglamento del Fondo, adoptado el 8 de abril, la tesis de ser este claramente discriminatorio, de manera indirecta, por razón de sexo, “por cuanto que decisión aparentemente neutra pone las futbolistas mujeres en una situación de desventaja para los hombres, pues para poder acceder al mismo, se les exigen requisitos que a los hombres no les son exigidos cuales son tener una determinada afiliación sindical”, y además, por tanto, también atenta al derecho de libertad sindical, negando que la tesis de la AFE de que el futbol femenino no contribuya a generar los derechos de imagen con los que la LNFP financia el fondo sea argumento válido para evitar la tacha de vulneración de los antes citados derechos fundamentales, por cuanto “que tampoco contribuyen a tales derechos los futbolistas que no militan en Primera y Segunda División que no se ven perjudicados por la decisión”.

Finalmente, la Sala aborda la cuantía de la indemnización solicitada por la parte demandante, acudiendo a la jurisprudencia del TS, con una muy amplia transcripción de la doctrina sentada en la sentencia de 24 de octubre de 2019 (rec. 12/2019) (resumen oficial: “Tutela de Derechos Fundamentales. Entidad bancaria. Derecho de un sindicato para asignar o modificar el crédito horario sindical dimanante del seguimiento por sus representantes de una huelga y paros parciales”), y también a su propio criterio, plasmado entre otras en la sentencia de 12 de julio de 2019 (rec. 129/2019) (resumen oficial: “Reclama, por el procedimiento de tutela, que se reconozcan 40 horas de crédito horario al delegado sindical de empresa. Estima la demanda, porque corresponde al sindicato definir su estructura a nivel de centro o empresa con los derechos correspondientes”), que ciertamente no hace sino seguir la doctrina constitucional y del TS.

Pues bien, para aceptar la petición de la parte demandante, se ha de partir de la vulneración de dos derechos fundamentales, que en aplicación del art. 8.12 LISOS

pueden tipificarse como falta muy grave, siendo de aplicación para la fijación de la cuantía el art. 40.1 b). Además, la parte demandada ya fue condenada en dos ocasiones anteriores. De ahí que se considere ajustada a derecho la petición de la demandante, al ser la cuantía solicitada suficiente a juicio de la Sala “tanto en orden a resarcir el daño moral ocasionado, como para prevenir futuras conductas lesivas de derechos fundamentales”.

Muy probablemente, además de lo expuesto en el párrafo anterior, la aceptación de la cuantía indemnizatoria encuentre su razón de ser en la muy detallada fundamentación de la demanda, que acude al art. 39 de la LISOS, regulador de los criterios de graduación de las sanciones, y toma en consideración la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, la cifra de negocios de la parte infractora, y el perjuicio causado a la parte demandante. Para la parte demandante, y su tesis como ya sabemos ha sido acogida por la Sala, el reproche que se efectúa a la actuación de la parte demandada, “no puede ser únicamente de carácter moral, como si se tratase de una simple infracción de las reglas de la ética en la práctica sindical, sino que entra de lleno en el terreno de la ilegalidad, generando una presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a AFE y restringiendo su afiliación a cualquier otro sindicato “en el que dentro de su ámbito de actuación estén los futbolistas profesionales”, pues ello supone perder toda opción a acceder al Fondo Fin de Carrera”.

VII. Fallo

Por todo lo anteriormente expuesto, la AN, previa desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la LNFP y con estimación de la demanda interpuesta por FUTPRO, a la que se adhirió Futbolistas ON, declara que

“La conducta observada por la Asociación de Futbolistas Profesionales (AFE) es vulneradora de los derechos fundamentales a la libertad sindical y no discriminación por razón de sexo, por lo que es radicalmente nula, ordenando el cese inmediato de tal comportamiento y condenamos a la AFE a indemnizar a FUTPRO con la cantidad de 60.002 euros”.

Referencias:

1. [^] *Otra cuestión de indudable interés en el caso que ha merecido atención es la condición de profesional jurídica, futbolista y presidenta de Futpro de la letrada de la parte demandante, la abogada Amanda Gutiérrez.*
2. [^] *Un conflicto huelguístico, que no llegó a darse finalmente, mereció mi atención en “Vuelve el fútbol, vuelve la liga. Con el calendario 2015-16 ¿podrán ejercer los futbolistas, si así lo quisieran, el derecho constitucional de huelga? Un recuerdo, no afectuoso, del Auto de la AN de 14 de mayo” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/vuelve-el-futbol-vuelve-la-liga-con-el.html> (consulta: 12 de diciembre). Y dos menciones ya directamente referidas al futbol femenino se encuentran en “Un paso adelante en la protección laboral. Notas al primer acuerdo colectivo (Pescados Ruben Burela FS) en el futbol sala femenino” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/01/un-paso-adelante-en-la-proteccion.html> , y en “Del 18 de diciembre de 2018 al 18 de febrero de 2020. Del acuerdo de Pescados Rubén Burela al convenio colectivo para las futbolistas de primera división” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/02/del-18-de-diciembre-de-2018-al-19-de.html> (consulta: 12 de diciembre).*

3. ^ La sentencia del TS fue objeto de un detallado análisis por la profesora Lourdes López Cumbre en el artículo “La libertad sindical en el fútbol profesional”, publicado en la Revista de Jurisprudencia Laboral (BOE) núm. 3/2020 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000908 (consulta: 13 de diciembre)
4. ^ El citado Reglamento mereció la atención de la doctrina laboralista, con un amplio análisis de la profesora Remedios Roqueta Buj en su artículo publicada en la Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento núm. 65/2019 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7141935> cuyo resumen es el siguiente: “En el presente estudio se analiza el Reglamento del Plan de Ahorro de los Futbolistas financiado con cargo al 0,5% del importe neto total de los ingresos obtenidos por la LNFP de la explotación comercial conjunta de los contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas y destinado a mejorar la situación de los futbolistas profesionales a la finalización de su carrera deportiva”).
5. ^ El convenio fue publicado en el BOE de 15 de agosto de 2020, y su ámbito personal se recoge en el art. 2: “El Convenio Colectivo será de aplicación a las Futbolistas Profesionales que, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un Club/SAD que participe en la Primera División Femenina, a cambio de una retribución, cumpliendo los requisitos dispuestos en el artículo 1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio. Igualmente se incluirán en el ámbito de aplicación del presente convenio a las futbolistas que teniendo licencia con el equipo filial y/o vinculado resulten convocadas durante la temporada con el primer equipo al menos en 12 de los partidos oficiales que dispute este equipo, o en su caso 10 partidos jugados, sea cual sea el tiempo de participación en dichos partidos. Los efectos de la aplicación del convenio serán a partir de que la futbolista finalice la duodécima convocatoria o en su caso el décimo partido jugado. Esta inclusión no aplicará a las siguientes temporadas”) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9765 (consulta: 13 de diciembre).

ÍNDICE DE ÓRGANOS JUDICIALES

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- §1. STJUE (Sala Quinta) de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20). Guardias localizadas: a veces tiempo de trabajo, a veces períodos de descanso. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §2. STJUE (Sala Segunda) de 9 de diciembre de 2021 (asunto C-217/20). La previa IT no debe afectar a la retribución vacacional. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §11. STJUE (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022 (asunto C-282/19). Sobre la estabilidad contractual del profesorado de religión católica. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §12. STJUE (Sala Séptima) de 13 de enero de 2022 (asunto C-514/20). Complemento por horas extraordinarias en vacaciones: computan las horas que pudieron haberse trabajado durante su disfrute. *Juan Martínez Moya*.
- §13. STJUE (Sala Tercera) de 10 de febrero de 2022 (asunto C-485/20). Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §21. STJUE (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §41. STJUE (Sala Tercera) de 28 de abril de 2022 (asunto C-237/20). Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el marco de procedimientos de insolvencia concursal. Transmisión de empresa o de una parte autónoma de ésta después de una declaración de quiebra precedida de una fase preparatoria de la venta en el marco de la liquidación judicial («pre-pack»). *José Luís Monereo Pérez*.
- §42. STJUE (Sala Sexta) de 28 de abril de 2022 (asunto C-86/21). Libertad de circulación de trabajadores y consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro estado miembro de la Unión. *Ángel Arias Domínguez*.
- §61. STJUE (Sala Segunda) de 30 de junio de 2022 (asunto C-625/20). Discriminación indirecta en la incompatibilidad de pensiones de incapacidad permanente en el marco un mismo régimen público de Seguridad Social. *José Luís Monereo Pérez*.
- §81. STJUE (Sala Primera) de 22 de septiembre de 2022 (asuntos acumulados C-518/20 y C-727/20). La necesaria proactividad empresarial para el disfrute de las vacaciones. *Antonio V. Sempere Navarro*.

§82. STJUE (Sala Segunda) de 13 de octubre de 2022 (asunto C-344/20). La prohibición unilateral por el empleador, con carácter general e indiferenciada, de uso visible de símbolos vinculados a «convicciones religiosas, filosóficas o espirituales»: requisitos y límites derivados del principio fundamental de no discriminación directa o indirecta. *José Luis Monereo Pérez*.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§22. STC (Sala Segunda) 2/2022, de 24 de enero. Vulneración del derecho constitucional de huelga por fijación de servicios mínimos desproporcionados. *Eduardo Rojo Torrecilla*.

§23. STC (Sala Primera) 5/2022, de 24 de enero. Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente. *José Fernando Lousada Arochena*.

§31. STC (Pleno) 36/2022, de 10 de marzo. Competencias autonómicas en materia de Seguridad Social. A propósito de la Ley de creación de la Agencia Catalana de Protección Social. *Eduardo Rojo Torrecilla*.

§62. STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio. Discriminación por identidad sexual y derecho a la propia imagen. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.

§83. STC (Sala Segunda) 100/2022, de 12 de septiembre. Principio de pre-determinación legal y nulidad de las bases de una convocatoria de acceso a funciones públicas. *Susana Rodríguez Escanciano*.

§91. STC (Pleno) 119/2022, de 29 de septiembre. Videovigilancia de seguridad como prueba de ilícitos laborales ante la sospecha de comportamiento irregular. *Susana Rodríguez Escanciano*.

§92. STC (Sala Primera) 125/2022, de 10 de octubre. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y dilaciones estructurales. Vulneración. Demora desproporcionada e injustificada de la resolución (de más de tres años para la celebración del acto de conciliación previa y juicio) de proceso de reclamación de indemnización (por incumplimiento de formalización de contrato posdoctoral). *María Emilia Casas Baamonde*.

III. TRIBUNAL SUPREMO

1. TRIBUNAL SUPREMO. SALA CIVIL

§63. STS-CIV 185/2022, de 3 de marzo. La difícil empleabilidad alarga la pensión compensatoria. *Antonio V. Sempere Navarro*.

2. TRIBUNAL SUPREMO. SALA PENAL

§71. STS-PEN 439/2022, de 4 de mayo. ¿Prevarica quien discrimina, laboralmente, por asociación? *Antonio V. Sempere Navarro*.

3. TRIBUNAL SUPREMO. SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- §3. STS-CONT 1523/2021, de 17 de diciembre. Huelga en servicios esenciales: los médicos internos residentes pueden ser incluidos en los servicios mínimos. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §14. STS-CONT 226/2022, de 22 de febrero. La TGSS no puede revisar de oficio un alta aduciendo la inexistencia de la relación laboral. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §43. STS-CONT 334/2022, de 16 de marzo. Inocuidad de los salarios de tramitación a efectos del reconocimiento de servicios previos. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §44. STS-CONT 372/2022, de 24 de marzo. Acreditación de la existencia de pareja de hecho en orden a devengar la pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas: la jurisprudencia contenciosa se reencuentra con la social. *Faustino Cavas Martínez*.
- §32. STS-CONT 390/2022, de 28 de marzo. Indemnidad del complemento de peligrosidad territorial ante la reducción de jornada. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §45. STS-CONT 394/2022, de 29 de marzo. El Ministerio Fiscal y las guardias localizadas de 24 horas: ni son «tiempo trabajo» ni cabe su compensación económica a los efectos de la Directiva 2003/88/CE. *Juan Martínez Moya*.
- §51. STS-CONT 445/2022, de 8 abril. Urgencia en la distribución de subvenciones y representatividad sindical. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §72. STS-CONT 1000/2022, de 14 de julio. Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el Cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §84. STS-CONT 1140/2022, de 14 de septiembre. Jubilación anticipada y principio de no discriminación. *Joaquín García Murcia*.
- §94. STS-CONT 1313/2022, de 17 de octubre. Funcionarios interinos y excedencia voluntaria por interés particular. *Joaquín García Murcia*.
- §95. STS-CONT 1398/2022, de 2 de noviembre. Reducción de jornada del personal funcionario por guarda legal de un menor de 12 años de edad, ¿lo es con disminución de la retribución? *María Areta Martínez*.
- §93. STS-CONT 1399/2022, de 2 de noviembre. Umbral de ingresos para lucrar el complemento a mínimos: pensiones tributariamente exentas. *Antonio V. Sempere Navarro*.

4. TRIBUNAL SUPREMO. SALA SOCIAL

- §4. STS-SOC 1097/2021, de 10 de noviembre. Actuación «amarilla» de un sindicato frente a otros en una pugna electoral. *Ángel Arias Domínguez*.

- §5. STS-SOC 1102/2021, de 10 de noviembre. Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos en las Administraciones Públicas. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §6. STS-SOC 1110/2021, de 11 de noviembre. Determinación del convenio colectivo aplicable en las contrataciones y subcontratas. *Faustino Cavas Martínez*.
- §7. STS-SOC 1177/2021, de 1 de diciembre. Tutela judicial efectiva y valoración de nuevas patologías no contenidas en el expediente administrativo de incapacidad permanente. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §8. STS-SOC 1206/2021, de 2 de diciembre. El contrato de puesta a disposición que sirve para eludir la legislación de la contratación temporal es cesión ilegal y constituye una infracción muy grave. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §9. STS-SOC 1242/2021, de 9 de diciembre. La protección «refleja» de la garantía de indemnidad. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §10. STS-SOC 1246/2021, de 9 de diciembre. El período de prueba debe concretarse en el contrato de trabajo. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §15. STS-SOC 57/2022, de 20 de enero. La incapacidad temporal generada en situaciones de aislamiento o contagio por COVID-19 no da derecho a la obtención de la mejora convencional prevista en caso de IT derivada de accidente de trabajo. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §16. STS-SOC 71/2022, de 26 de enero. Subrogación empresarial y mantenimiento de la unidad esencial del vínculo en supuestos de desistimiento voluntario de la persona trabajadora. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §17. STS-SOC 79/2022, de 27 de enero. Convenio colectivo aplicable a empresa subrogada y exigencia de fundamentación jurídica de la infracción legal ex artículo 224.2 LRJS. *José Luis Monereo Pérez*.
- §18. STS-SOC 83/2022, de 27 de enero. Denegación del depósito de los estatutos del sindicato de Abogados adscritos al turno de oficio RDA (Red de Abogados). *Ángel Arias Domínguez*.
- §19. STS-SOC 85/2022, de 28 de enero. Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público. *Faustino Cavas Martínez*.
- §24. STS-SOC 91/2022, de 1 de febrero. Videovigilancia sin información ni carteles: sobre cómo el incumplimiento de los requisitos formales de un recurso extraordinario impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la calificación del despido disciplinario basado en prueba ilícita. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §25. STS-SOC 114/2022, de 2 de febrero. La revisión de sentencia laboral por posterior resolución penal contradictoria: los limitadísimos y casi inexistentes efectos de la presunción de inocencia en el despido disciplinario juzgado. *Juan Martínez Moya*.

- §26. STS-SOC 115/2022, de 7 de febrero. El ejercicio del poder organizativo empresarial como criterio delimitador de una cesión ilegal. A propósito de una contrata del servicio público para la atención de necesidades educativas especiales. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §20. STS-SOC 130/2022, de 9 de febrero. Nulidad del despido adoptado tras anuncio de matrimonio por parte de la trabajadora. *Joaquín García Murcia*.
- §27. STS-SOC 136/2022, de 9 de febrero. Pensión de viudedad y derecho de acrecer en situaciones de concurrencia de beneficiarios. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §28. STS-SOC 149/2022, de 15 de febrero. Retribución de la pausa del bocadillo y principio de no discriminación. *Joaquín García Murcia*.
- §29. STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero. Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo «prudencial» de cuantificación de la indemnización. *José Luis Monereo Pérez*.
- §33. STS-SOC 194/2022, de 8 de marzo. Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §34. STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo. Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales cuando, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo. *Belén García Romero*.
- §35. STS-SOC 221/2022, de 14 de marzo. El complejo acceso a la casación unificadora en materia de despido disciplinario, y la estrecha frontera entre la protección del derecho a la intimidad de la persona trabajadora y las facultades de control empresarial. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §36. STS-SOC 251/2022, de 23 de marzo. En un grupo de empresas la omisión en la carta de despido objetivo por causas económicas de la información sobre una de las empresas provoca la improcedencia. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §37. STS-SOC 260/2022, de 23 de marzo. Despido improcedente de un profesor asociado universitario que ha venido actuando como «comodín-corretornos» en la impartición de docencia. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §38. STS-SOC 268/2022, de 28 de marzo. Contrato de apoyo a emprendedores: el empresario puede desistir libremente durante el periodo de prueba, pero debe preavisar con 15 días de antelación. Aplicación y límites del control difuso de convencionalidad. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §39. STS-SOC 285/2022, de 30 de marzo. Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica. *José Luis Monereo Pérez*.

- §40. STS-SOC 286/2022, de 30 de marzo. Sucesión de contratistas y transmisión de empresa: determinación de la empleadora que debe hacerse cargo de las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido. *Faustino Cavas Martínez*.
- §46. STS-SOC 270/2022, de 29 de marzo. Despido por absentismo y control de convencionalidad. *Joaquín García Murcia*.
- §47. STS-SOC 299/2022, de 5 de abril. Registro de jornada y negociación colectiva. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §48. STS-SOC 309/2022, de 6 de abril. Concurrencia desleal y procedencia del despido disciplinario. *Belén García Romero*.
- §49. STS-SOC 325/2022, de 6 de abril. La grabación de sonido no tiene naturaleza de prueba documental ni, en consecuencia, eficacia revisora de hechos probados. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §50. STS-SOC 338/2022, de 19 de abril. El pacto a través del que se obliga a los pilotos contratados a devolver el coste del curso de habilitación que ha sido impartido por la misma empleadora es lícito, aunque enmascare un pacto de permanencia impropio. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §52. STS-SOC 351/2022, de 19 de abril. Sucesión de empresas contratistas adjudicatarias de servicios públicos: cumplimiento de los requisitos legales o convencionales como alternativa. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §53. STS-SOC 356/2022, de 20 de abril. Concreción de los criterios y monetización de la cuantía del daño moral en los despidos nulos con transgresión de derechos fundamentales. *Ángel Arias Domínguez*.
- §54. STS-SOC 379/2022 de 27 de abril. Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación «anticipada» por razón de discapacidad. *José Luís Monereo Pérez*.
- §55. STS-SOC 387/2022, de 27 de abril. El rayo que no cesa: la competencia del Juzgado de lo Social en el concurso. *Juan Martínez Moya*.
- §56. STS-SOC 389/2022, de 27 de abril. Dos contratos y una única prestación de trabajo efectivo en los EEUU: el pago de la Seguridad Social en España genera un vínculo que dota de competencia judicial a los tribunales españoles. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §57. STS-SOC 394/2022, de 27 de abril. Los efectos económicos de la Incapacidad Temporal prorrogada, cuando se deniega la incapacidad permanente después, subsisten hasta la fecha de notificación al interesado de la Resolución administrativa. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §58. STS-SOC 435/2022, de 12 de mayo. Antecedentes penales, protección de datos y su control por empresas de seguridad en personal de nueva incorporación. *Susana María Molina Gutiérrez*.

- §59. STS-SOC 445/2022, de 17 de mayo. Acerca de la doctrina «unos mismos hechos» (y otras cuestiones procesales). *José Fernando Lousada Arochena*.
- §64. STS-SOC 498/2022, de 31 de mayo. Nulidad de la extinción del contrato temporal por vencimiento del término convenido consecuencia de la participación de la trabajadora en el comité de huelga: ¿se convierte en indefinido? *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §65. STS-SOC 503/2022, de 1 de junio. Videovigilancia y despido. *Joaquín García Murcia*.
- §66. STS-SOC 514/2022, de 1 de junio. ¿Los teletrabajadores de *contact center* tienen derecho al plus de transporte? *María Areta Martínez*.
- §73. STS-SOC 548/2022, de 15 de junio. Transitoriedad de la Ley 40/2007 y la agilidad de la justicia. *Susana María Molina Gutiérrez*.
- §67. STS-SOC 576/2022, de 23 de junio. Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma en consideración de las cotizaciones ficticias por parto. *Belén García Romero*.
- §68. STS-SOC 589/2022, de 29 de junio. Sucesión de empresa y responsabilidad de la empresa transmitente por actos posteriores de la empresa cesionaria, y sobre la existencia de grupo laboral de empresas. *Faustino Cavas Martínez*.
- §85. STS-SOC 641/2022, de 12 de julio. Las personas trabajadoras fijas discontinuas de fecha incierta no tienen acceso a la jubilación parcial anticipada. *Faustino Cavas Martínez*.
- §74. STS-SOC 646/2022, de 12 de julio. Permiso de lactancia. Derecho del padre trabajador sin estar condicionado por la no actividad laboral de la madre. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §75. STS-SOC 684/2022, de 20 de julio. Legitimación activa de los sindicatos para impugnar un despido colectivo de hecho en empresa de reparo a través de plataformas digitales: interpretación de la legitimación procesal en clave constitucional y como presupuesto del proceso. *Juan Martínez Moya*.
- §76. STS-SOC 685/2022, de 21 de julio. Responsabilidad por daños y perjuicios por enfermedad profesional imputable a las sucesivas empresas para las que ha prestado servicios el trabajador: ¿solidaria o mancomunada? *Belén García Romero*.
- §77. STS-SOC 692/2022, de 22 de julio. Situación de vulnerabilidad y licitud de la videovigilancia. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §78. STS-SOC 697/2022, de 26 de julio. Sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en casación para la unificación de doctrina. *Joaquín García Murcia*.

- §86. STS-SOC 703/2022, de 7 de septiembre. Reingreso tras excedencia voluntaria e incumplimiento de convenio. *Carlos Hugo Preciado Domènech*.
- §87. STS-SOC 707/2022, de 7 de septiembre. La posición de los trabajadores en la impugnación de una transacción aprobada en ejecución de sentencia colectiva: ¿posibles perjudicados o partes? La interpretación del plazo de caducidad del artículo 67.2 de la LRJS. *Juan Martínez Moya*.
- §88. STS-SOC 747/2022, de 20 de septiembre. Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género. *Ángel Arias Domínguez*.
- §96. STS-SOC 795/2022, de 4 de octubre. Reducción de jornada por guarda legal y complemento salarial por asistencia y puntualidad. *Belén García Romero*.
- §97. STS-SOC 818/2022, de 7 de octubre. Procedimiento adecuado para combatir la negativa empresarial de reintegro tras finalizar una excedencia voluntaria. *Faustino Cavas Martínez*
- §98. STS-SOC 829/2022, de 17 de octubre. Convenio colectivo aplicable a empresas multiservicios: análisis de un caso judicial y su contraste con la reforma laboral. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §99. STS-SOC 840/2022, de 19 de octubre. Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual: fronteras entre la legalidad ordinaria y la relevancia constitucional en orden al acceso a la sede suplicatoria. *Susana María Molina Gutiérrez*.

IV. AUDIENCIA NACIONAL

- §30. SAN-SOC 251/2021, de 30 de noviembre. Registros empresariales sobre los trabajadores, videovigilancia e intimidad personal: necesidad de sospechas o conductas irregulares previas. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §89. SAN-SOC 44/2022, de 22 de marzo. El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de *contact center*: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas? *María Areta Martínez*.
- §79. SAN-SOC 98/2022, de 22 de junio. Obligación empresarial de proporcionar en tiempo y de modo completo los boletines RLC y RNT (antes, TC1 y TC2) sin necesidad de obtener el consentimiento de las personas afectadas. ¿Seguro? *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §69. SAN-SOC 99/2022, de 27 de junio. A vueltas con la (no) obligatoriedad de facilitar un correo personal a la empresa para asuntos laborales (y sobre el acceso de la representación sindical a los correos). *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §90. SAN-SOC 117/2022, de 12 de septiembre. El acuerdo de trabajo a distancia debe especificar el porcentaje y distribución entre el trabajo presencial y a distancia, siendo nula la cláusula que lo difiere a la voluntad unilateral de la empresa por causas organizativas, pudiendo, sin embargo, preverse plazos distintos de preaviso de la reversibilidad según quien sea la parte que la inste. *Magdalena Nogueira Guastavino*.

§100.SAN-SOC 133/2022, de 17 de octubre. Las futbolistas profesionales y sus derechos de libertad sindical y de no discriminación por razón de sexo. *Eduardo Rojo Torrecilla*.

V. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

§60. STSJ-SOC Comunidad Valenciana 3471/2021, de 30 de noviembre. Permisos por nacimiento y cuidado de menor y su discutida acumulación por el progenitor único en caso de familia monoparental para preservar el interés del menor. *Belén García Romero*.

§70. STSJ-SOC Aragón 487/2022, de 22 de junio. Pactos de fin de huelga y convenios colectivos. Y sobre la frustración de la negociación colectiva por disolución de la asociación empresarial negociadora. *María Emilia Casas Baamonde*.

§80. STSJ-SOC de Castilla y León 541/2022, de 21 de julio. Las familias monoparentales tienen derecho a un permiso por nacimiento de 26 semanas: la construcción judicial que alcanza hasta donde el legislador no llega. *Inmaculada Ballester Pastor*.

ARETA MARTÍNEZ, MARÍA

§66, §89, y §95.

ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL

§4, §18, §42, §53, y §88.

BALLESTER PASTOR, INMACULADA

§8, §15, §36, §50, §57, y §80.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA

§3, §30, §49, §70, §72, y §92.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO

§6, §19, §40, §44, §68, §85, y §97.

GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN

§20, §28, §46, §65, §78, §84, y §94.

GARCÍA ROMERO, BELÉN

§34, §48, §60, §67, §76, y §96.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO

§1, §23, §33, §59, §77, y §98.

MARTÍNEZ MOYA, JUAN

§12, §25, §45, §55, §75, y §87.

MOLINA GUTIÉRREZ, SUSANA MARÍA

§7, §27, §35, §58, §73, y §99.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS

§17, §29, §39, §41, §54, §61, y §82.

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA

§9, §24, §38, §56, §64, §79, y §90.

PRECIADO DOMÈNECH, CARLOS HUGO

§13, §47, §62, y §86.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA

§5, §16, §26, §37, §52, §83, y §91.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO

§10, §11, §22, §31, §69, §74, y §100.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.

§2, §14, §21, §32, §43, §51, §63, §71, §81, y §93.

ABSENTISMO

- Causa de despido: §46.

ACCIDENTE DE TRABAJO

- Por COVID-19: §15.

ACTOS DE ENCUADRAMIENTO EN SEGURIDAD SOCIAL

- Alta:
 - * El alta formalizada no puede anularse de oficio: §14.

ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

- En el sector de *contact center*: §89.
- Nulidad parcial (de algunas cláusulas): §89 y §90.
- *Vid.* Teletrabajo.
- *Vid.* Trabajo a distancia.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- Competencia de la jurisdicción social para conocer sobre reclamación de indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales: §5.
- Subrogación en servicio previamente externalizado: §19.

AJUSTES RAZONABLES

- Concepto para puesto de trabajo ocupado por persona con discapacidad: §13.

ALTA EN SEGURIDAD SOCIAL

- *Vid.* Actos de encuadramiento en Seguridad Social.

ANTECEDENTES PENALES

- No procede recabarlos a trabajadores de nuevo ingreso en empresas de seguridad: §58.

ASISTENCIA SOCIAL

- Competencia de Comunidades Autónomas: §31.

BOLETINES DE COTIZACIÓN

- Obligación empresarial de proporcionarlos a los representantes de los trabajadores: §79.

BUENA FE

- *Vid.* Concurrencia desleal.

CESIÓN DE TRABAJADORES

- En contrata de servicios público: §26.
- En contrato de puesta a disposición: §8.
- Valoración de la experiencia profesional: §42.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- Vid. Asistencia Social.

CONCURRENCIA DESLEAL

- Despido disciplinario: §48.

CONCURSO

- Vid. Insolvencia empresarial.

CONDICIONES DE TRABAJO

- Modificación sustancial: §99.

CONTACT CENTER

- Trabajo a distancia (teletrabajo): §66, §89, §90.

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

- Convenio colectivo aplicable: §6.
- Sucesión de contratas: §40.

CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES

- Período de prueba y desistimiento: §38.

CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

- Contratación temporal y cesión ilegal: §8.

CONVENIO COLECTIVO

- Aplicable en contratas y subcontratas: §6.
- Aplicable a empresa multiservicios: §98.
- Aplicable a empresa subrogada: §17.

COMITÉ DE HUELGA

- Y nulidad de contrato temporal: §64.

COMPLEMENTO A MÍNIMOS

- Cómputo de ingresos para lucrarlo: §93.

CORREO ELECTRÓNICO PERSONAL

- El trabajador no tiene obligación de facilitarlo al empleador: §69, §89.

COSA JUZGADA

- §59.

COTIZACIONES

- Ficticias y acceso al subsidio de desempleo: §67.

COVID-19

- Asimilado al accidente de trabajo a efectos del acceso a la incapacidad temporal: alcance: §15.

CURSO DE FORMACIÓN

- Devolución del coste por el trabajador: §50.

DAÑO

- Resarcimiento del daño moral mediante indemnización: §29, §34, §53.

DELITO

- *Vid.* Prevaricación.

DERECHOS FUNDAMENTALES

- Lesión: indemnización adicional por daño moral: §29, §34, §53.

DESEMPLEO

- *Vid.* Prestaciones de Seguridad Social. Desempleo.

DESISTIMIENTO

- *Vid.* Contrato de apoyo a emprendedores.
- *Vid.* Periodo de prueba.

DESPIDO

- Nulo:
 - * Por transgresión de Derechos Fundamentales: §29, §34.
 - * De contrato temporal por participar en comité de huelga: §64.

DESPIDO

- Objetivo por absentismo: §46.
- Disciplinario:
 - * Por concurrencia desleal: §48.
 - * Prueba de videovigilancia para acreditar el incumplimiento: §39, §65.

DILACIONES INDEBIDAS

- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: §92.

DISCAPACIDAD

- Ajustes razonables en puesto de trabajo ocupado por persona con discapacidad: §13.

DISCRIMINACIÓN

- Indirecta por adscripción a varios regímenes de Seguridad Social: §61.
- Prohibición de discriminación en el acceso a la jubilación anticipada: §84.
- Por anuncio de matrimonio: §20.
- Por identidad sexual: §62.
- Por discapacidad: §13.
- Por razón de sexo de las futbolistas profesionales: §100.
- Presunta por negar el empleo de símbolos religiosos en el trabajo: §82.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

- Posición de los trabajadores en transacción aprobada en ejecución de sentencia: §87.

ELECCIONES SINDICALES

- Actuación irregular de un sindicato: §4.

EMPLEO PÚBLICO

- Nulidad de las bases de la convocatoria: §83.

EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL (ETT)

- Contrato de puesta a disposición:
 - * Contratación temporal y cesión ilegal de trabajadores: §8.

EMPRESARIO

- Proactividad para el disfrute de las vacaciones: §81.

ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS

- De profesores de religión: fraudulento: §11.

ENFERMEDAD PROFESIONAL

- Apreciada en perspectiva de género: §88.
- Responsabilidad por daños y perjuicios: §76.

EXCEDENCIA VOLUNTARIA

- Reingreso: §86.
- Procedimiento para combatir la negativa empresarial al reintegro: §97.
- Funcionarios interinos: §94.

EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL

- Nula y conversión en indefinido: §64.

FAMILIA MONOPARENTAL

- Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor: §60, §80.

FIJOS DISCONTINUOS

- De fecha incierta: no tienen acceso a la jubilación parcial anticipada: §85.

FUNCIÓN PÚBLICA

- Ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía: altura mínima para las mujeres: §72.
- *Vid.* Excedencia voluntaria.
- *Vid.* Reducción de jornada por guarda legal.

GUARDIAS LOCALIZADAS

- Incidencia en la jornada: §1, §45.

GRABACIÓN DE SONIDO

- Consideración a efectos probatorios: §49.

GRUPO DE EMPRESAS

- Requisitos de la extinción económica objetiva en ... : §36.

HUELGA

- De médicos internos residentes en servicios mínimos: §3.
- Fijación de servicios mínimos desproporcionados: §22.
- Pacto de fin de huelga: §70.

INCAPACIDAD PERMANENTE

- *Vid.* Prestaciones de Seguridad Social.

INDEMNIDAD (GARANTÍA DE)

- Refleja: no renovación de contrato temporal cuando se solicita fijeza: §9.

INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

- Muy grave por cesión ilegal de trabajadores en contrato de puesta a disposición: §8.

INSOLVENCIA EMPRESARIAL

- Mantenimiento de derechos en el ámbito comunitario: §41.

INTIMIDAD

- Prueba ilícita: §33.

JORNADA

- *Vid.* Reducción de jornada.
- *Vid.* Salario.

JURISDICCIÓN SOCIAL

- Competencia en materia de:
 - * Dualidad de contratos en España y en otro país: §56.
 - * Concurso: §55.
 - * Indemnizaciones por incumplimientos de normativa de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración pública: §5.

LEGITIMACIÓN PROCESAL

- De sindicato para impugnar un despido colectivo de hecho: §75.

LIBERTAD SINDICAL

- Y no discriminación por razón de sexo de las futbolistas profesionales: §100.

MATRIMONIO

- Discriminación: §20.

MÉDICOS INTERNOS RESIDENTES (MIR)

- Huelga y servicios mínimos: §3.

MINISTERIO FISCAL

- Guardias de 24 horas. Reconocimiento y remuneración: §45.
- Legitimación para impetrar el RCU: §78.

MUJERES

- Altura mínima para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía: §72.
- Futbolistas profesionales: §100.
- Perspectiva de género para apreciar el carácter profesional de una enfermedad: §88.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- Fracaso por disolución de asociación empresarial: §70.

PACTO DE FIN DE HUELGA

- Y negociación colectiva: §70.

PAREJA DE HECHO

- Acreditación: §44.

PENSIÓN COMPENSATORIA

- No extinción por falta de empleabilidad: §63.

PERÍODO DE PRUEBA

- Debe especificarse en el contrato de trabajo: §10.
- *Vid.* Desistimiento.

PERMISOS LABORALES

- Lactancia: §74.
- *Vid.* Familia monoparental.
- *Vid.* Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor.

PERSONA CON DISCAPACIDAD

- *Vid.* Ajustes razonables.
- *Vid.* Discapacidad.

PERSPECTIVA DE GÉNERO

- En la consideración de una enfermedad como profesional: §88.

PLUS DE TRANSPORTE

- Para teletrabajadores de *contact center*: §66.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

- Desempleo:
 - * Sistema Especial de Empleo Doméstico: §21.
 - * Para mayores de 55 años y cotizaciones ficticias por parto: §67.
- Incapacidad temporal:
 - * Por COVID-19 asimilado al accidente de trabajo: alcance: §15.
 - * Prorrogada: fecha de efectos económicos: §57.
- Incapacidad permanente:
 - * Acceso desde jubilación anticipada: §54.
 - * Nuevas patologías no contenidas en el expediente administrativo: §7.
 - * Discapacidad y acceso a la prestación: §23.

- Jubilación:
 - * Anticipada: §84.
 - * Parcial anticipada: no tienen derecho los fijos discontinuos de fecha incierta: §85.
- Viudedad:
 - * Acreditación de la existencia de pareja de hecho: §44.
 - * Concurrencia de beneficiario: acrecimiento: §27.
 - * Derecho aplicable: §73.

PREVARICACIÓN

- En caso de discriminación laboral por asociación: §71.

PROCESO LABORAL

- Prueba ilícita: §33.

PROFESORES DE RELIGIÓN

- Encadenamiento fraudulento de contratos temporales: §11.

PROPIA IMAGEN

- - Y discriminación por identidad sexual: §62.

RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

- Legitimación del Ministerio Fiscal: §78.
- Requisitos: §17.
- Juicio de contradicción: §35.

REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

- Reducción de jornada de funcionario por guarda legal y reducción de retribución: §95.
- Reducción de jornada de trabajador asalariado y percibo de complemento de puntualidad y asistencia: §96.

REGISTRO DE JORNADA

- Y negociación colectiva: §47.

REGISTRO EMPRESARIAL

- Legitimación: sospechas o conductas irregulares previas: §30.

RETRIBUCIÓN

- De las vacaciones cuando ha habido previa situación de incapacidad temporal: §2.
- *Vid.* Salario.

REVISIÓN DE SENTENCIAS

- Posterior resolución penal contradictoria: §25.

SALARIO

- Complemento de peligrosidad: indemnidad: §32.
- Complemento de puntualidad y asistencia: se mantiene en caso de reducción de jornada por guarda legal: §96.
- De tramitación: inocuidad a efectos del reconocimiento de los servicios prestados: §43.

- Disminución en caso de reducción de jornada por guarda legal: §95.
- Plus de transporte en teletrabajo: §66.
- *Vid.* Retribución.

SEGURIDAD SOCIAL

- Adscripción a diferentes regímenes de Seguridad Social: discriminación indirecta: §61.
- *Vid.* Actos de encuadramiento en Seguridad Social.
- *Vid.* Prestaciones de Seguridad Social.

SÍMBOLOS RELIGIOSOS

- Negativa justificada del empresario para su empleo por los trabajadores: §82.

SINDICATO

- Actuación irregular en elecciones sindicales: §4.
- Imposibilidad de constitución porque los promotores no son trabajadores (Red de Abogados): §18.
- Legitimación para impugnar un despido colectivo de hecho: §75.
- Subvenciones: §51.

SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

- Continuidad en las relaciones laborales: §16.
- Convenio colectivo aplicable: §17.
- De Administración pública en un servicio público previamente externalizado: §19, y §52.

SUCESIÓN DE EMPRESAS

- Responsabilidad del transmitente: §68.
- Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor.
- Familia monoparental: §60, §80.

TELETRABAJO

- Y percibo del plus de transporte: §66.
- *Vid.* Acuerdo de trabajo a distancia.
- *Vid.* Trabajo a distancia.

TIEMPO DE DESCANSO

- Pausa para bocadillo y no discriminación: §28.

TIEMPO DE TRABAJO

- Guardias localizadas: §1, §45.

TRABAJADORES

- Posición en transacción aprobada en ejecución de sentencia: §87.

TRABAJO A DISTANCIA

- En el sector de contact center: §89.
- Nulidad parcial del acuerdo de trabajo a distancia: §89, §90.
- *Vid.* Acuerdo de trabajo a distancia.
- *Vid.* Teletrabajo.

UNIVERSIDAD

- Profesor asociado: irregularidades en su contratación: §37.

VACACIONES

- Proactividad empresarial para su disfrute: §81.
- Remuneración:
 - * Con previa situación de incapacidad temporal: §2.
 - * Inclusión de complemento por horas extraordinarias: §12.

VIDEOVIGILANCIA

- Requisitos formales: sin información: §24, §39.
- Por empleador en situación de vulnerabilidad: §77.
- Intimidad: §30.
- Despido: §65.
- Prueba de ilícito laboral: §91.

VIUDEDAD

- *Vid.* Prestaciones de Seguridad Social.

La *Revista de Jurisprudencial Laboral* (RJL) es una publicación digital, periódica, independiente, alojada en la web del BOE, accesible en abierto y dedicada al estudio de la doctrina judicial y de la jurisprudencia reciente en el ámbito de las relaciones sociolaborales.

Este *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2022* 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. Por lo tanto, en versiones digital y soporte papel.

El *Anuario-2022* contiene cien estudios de resoluciones judiciales coetáneas, procedentes de diversos órganos: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (11), Tribunal Constitucional (7), Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (1), Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (1), Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (12), Sala de lo Social del Tribunal Supremo (59), Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (6), y Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (3).

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.