



*Revista del Ministerio de Trabajo,
Migraciones y Seguridad Social*

Derecho del trabajo



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

143

2019

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho del trabajo

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **Julia López López**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaeché, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid
Telf: 91 363 23 05
Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es
Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 19-2.375

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 854-19-003-6

NIPO PDF: 854-19-065-8

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Impime: GRUPOZONA (Zona Limite Castellón S.L.). • Telf. 964 21 03 39

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho del trabajo

JURISPRUDENCIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

SUMARIO

EDITORIAL, *Joaquín García Murcia*, 9

I. ESTUDIOS

Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de laboralidad.
M^ª Yolanda Sánchez-Urán Azaña, 17

Presente y futuro de la contratación laboral temporal en la Administración Pública española.
Fernando Elorza Guerrero, 43

El periodo de prueba y los pactos de no competencia y permanencia en la empresa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Óscar Fernández Márquez*, 77

El empresario complejo en la Jurisprudencia reciente. En especial, los grupos de empresa.
Elena Desdentado Daroca, 107

La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
Ángeles Ceinos Suárez, 131

El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última Jurisprudencia.
Carolina Gala Durán, 165

Vigilancia empresarial y protección de datos: Doctrina jurisprudencial.
José Luis Goñi Sein, 191

Una semblanza en relación con la reciente Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia retributiva. *Emilio de Castro Marín*, 217

Transmisión de empresa, relaciones triangulares de trabajo y sistema multinivel de garantías: “Bamboleos” de una Jurisprudencia Social ¿en espera del legislador?
Cristóbal Molina Navarrete, 245

Licencias retribuidas, reducciones de jornada, suspensiones, excedencias: Un balance de Jurisprudencia. *Lucía Martín Rivera*, 275

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre despido individual en la última década.
Raquel Aguilera Izquierdo, 305

El despido colectivo. Balance de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (2013-2019).
Martín Godino Reyes, 335

La libertad sindical en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
Faustino Cavas Martínez, 357

La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diego Álvarez Alonso, 389*

El convenio colectivo estatutario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Principales líneas interpretativas. *Ana de la Puebla Pinilla, 431*

El fin de la ultraactividad del convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo.
María Antonia Castro Argüelles, 457

Jurisprudencia de la última década de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de derecho de huelga: Un balance. *Carlos L. Alfonso Mellado, 483*

II. DOCUMENTOS

Conclusiones generales del XXIX Congreso de la AEDTSS, celebrado en Salamanca.
Enrique Cabero Morán, 507

Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

Labour Law

LABOUR JURISPRUDENCE OF THE HIGH COURT

CONTENTS

EDITORIAL, *Joaquín García Murcia*, 9

I. STUDIES

The employment contract and Spanish Case Law's employment test.

M^ª Yolanda Sánchez-Urán Azaña, 17

Present and future of the temporary labour contract in the Spanish Public Administration.

Fernando Elorza Guerrero, 43

Probationary period and non-compete and permanence agreements in a company according to the High Court Jurisprudence. *Óscar Fernández Márquez*, 77

The complex entrepreneur in recent Jurisprudence. Particularly, company groups.

Elena Desdentado Daroca, 107

Illegal assignment of workers in the light of the High Court Jurisprudence.

Ángeles Ceinos Suárez, 131

The principle of the most advantageous condition in the light of the latest Case Law.

Carolina Gala Durán, 165

Employer's surveillance and data protection: Jurisprudential doctrine.

José Luis Goñi Sein, 191

A semblance in relation to the recent Jurisprudence of the Fourth Chamber of the High Court on remuneration. *Emilio de Castro Marín*, 217

Transfer of undertaking, triangular work relations and multilevel system of legal guarantees: "Oscillations" of a Social Jurisprudence waiting for the legislator?

Cristóbal Molina Navarrete, 245

Paid leaves, reduction of working hours, suspension, extended leave of absence: A report on Jurisprudence. *Lucía Martín Rivera*, 275

High Court Jurisprudence on individual dismissal in the last decade.
Raquel Aguilera Izquierdo, 305

Collective dismissal. Case Law assesment of the Supreme Court of Justice (2013-2019).
Martín Godino Reyes, 335

Freedom of association in the High Court Jurisprudence.
Faustino Cavas Martínez, 357

Representation and involvement of workers in the company, in the light of the Case Law of the Supreme Court. *Diego Álvarez Alonso, 389*

The statutory collective agreement in the High Court Jurisprudence. Main interpretive lines.
Ana de la Puebla Pinilla, 431

The end of ultra-activity of collective agreement in the doctrine of the High Court.
María Antonia Castro Argüelles, 457

Jurisprudence of the Social Chamber of the High Court on the right to strike in the last decade:
A report. *Carlos L. Alfonso Mellado, 483*

II. DOCUMENTOS

General conclusions of the 29th AEDTSS Congress held in Salamanca.
Enrique Cabero Morán, 507

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

Es indiscutible la relevancia de la jurisprudencia en la configuración del ordenamiento jurídico de nuestros días. Puede debatirse mucho acerca de su naturaleza y sobre su pertenencia o no al sistema formal de fuentes del Derecho. También pueden aflorar distintos pareceres a propósito de sus centros de elaboración, de sus funciones más genuinas o de su grado de vinculación respecto de quienes tienen la misión de juzgar y ejecutar lo juzgado. Pero es obvio que hoy en día la norma raramente puede ser entendida y aplicada sin el auxilio de los tribunales. No corresponde a los órganos judiciales, desde luego, la creación de reglas de carácter abstracto y general, ni la conformación propiamente dicha del sistema normativo, pero no cabe duda de que la solución en sede jurisdiccional de disputas y controversias aporta ingredientes y materiales jurídicos nada despreciables para la organización de las relaciones sociales. A decir verdad, toda labor judicial implica en potencia la creación de Derecho, aunque también es cierto que esa producción adquiere todo su valor tras el pertinente proceso de decantación y maduración a través de los distintos escalones de la jurisdicción. Sólo la doctrina emanada de órganos jurisdiccionales dotados de suficiente altura o jerarquía dentro del sistema de referencia puede alcanzar realmente la cualidad de jurisprudencia.

En el ordenamiento laboral, en el que la aportación judicial parece ir cobrando un protagonismo creciente, esa ascendencia pertenece por antonomasia al Tribunal Supremo y, dentro del mismo, a la Sala Cuarta o Sala de lo Social. Es la instancia encargada de modo principal de fijar doctrina jurisdiccional en ese sector del Derecho, mediante los recursos y procedimientos legalmente establecidos. Ciertamente, no cabe desconocer la importancia que para determinadas parcelas de las relaciones de trabajo puede tener la jurisprudencia que emana del resto de las Salas del TS. No son, evidentemente, Salas especializadas en materia laboral, ni tienen entre sus prioritarios focos de atención los litigios suscitados en ese ámbito de la vida social. Sus posibilidades de intervención en este terreno van reduciéndose además con el transcurso del tiempo, conforme se van asentando y ampliando las competencias de la jurisdicción social. Pero no puede darse aún por cerrada su participación en este campo, especialmente por lo que se refiere al orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, con el que, por cierto, ya no parecen suscitarse tantos conflictos de delimitación de competencias como en otras épocas no muy lejanas, muy probablemente por una mayor diligencia del legislador en la fijación de los respectivos linderos competenciales y por una mayor toma de conciencia de los propios órganos judiciales respecto de los beneficios de la especialización y de las necesidades de autocontención en materias ajenas.

Tampoco es la cúspide de la jurisdicción ordinaria la única instancia habilitada para crear jurisprudencia en materia laboral. Como es perfectamente sabido, las aportaciones del TS en esta materia conviven desde hace tiempo con la producción de otros tribunales también situados en la cima de su correspondiente sistema jurisdiccional, como es el caso del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Los espacios de juego de estas otras instituciones jurisdiccionales parecen en principio bien delimitados, en razón de su respectiva especialización. También parece resuelta su articulación con la jurisdicción ordinaria. Pero no hay que descartar por completo divergencias interpretativas o problemas de ajuste doctrinal. El denominado diálogo jurisdiccional puede encontrar aquí un particular acomodo, aunque de ninguna manera puede eludirse ni la prevalencia de la Jurisprudencia constitucional en lo que se refiere a la Constitución, ni la primacía de la jurisprudencia del TJUE en lo que tiene que ver con el Derecho de la Unión Europea. Tampoco puede dejarse a un lado la doctrina del TEDH en materia de derechos humanos y libertades públicas, no sólo por lo que se dispone en el artículo 10.2 de la Constitución, sino también por las posibilidades de revisión abiertas desde hace no mucho tiempo por el artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De ningún modo conviene olvidar, por lo demás, la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina para superar eventuales contradicciones entre la doctrina de nuestros tribunales ordinarios y la jurisprudencia procedente tanto del Tribunal Constitucional como de “órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España”, o de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “en interpretación del derecho comunitario”, según lo previsto por el artículo 219.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La existencia de todos estos focos de jurisprudencia laboral no ha supuesto en cualquier caso merma alguna para las tareas jurisdiccionales de la Sala Cuarta del TS, que más bien parecen encontrarse en proceso de expansión. La jurisdicción laboral, ciertamente, no puede entrar en aquellas cuestiones que aún siguen asignadas a otros órdenes jurisdiccionales (como la relativa al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga, por poner un ejemplo clásico), ni puede escapar de la posición de supremacía y de la inevitable capacidad de influencia que ostentan aquellas jurisdicciones especializadas dentro de su respectivo campo de juego. Pero el elenco de materias de las que puede conocer es extraordinariamente amplio, del mismo modo que son enormes sus posibilidades de decisión y de fijación de doctrina. Basta una simple lectura del artículo 2 de la Ley jurisdiccional de 2011 para hacerse cargo de esa extensión material, y basta una pequeña reflexión sobre el papel de la normativa interna infraconstitucional en la regulación de las relaciones de trabajo para tomar conciencia de la considerable amplitud de esos márgenes de actuación. Recuérdese, por añadidura, que a diferencia de otras fases históricas de la jurisdicción social, en la actualidad el acceso al TS se encuentra prácticamente abierto a la generalidad de los asuntos laborales. Hay que contar, ciertamente, con las limitaciones propias de los recursos de carácter extraordinario y, de manera singular, con la exigencia de contradicción típica del recurso de casación para unificación de doctrina, que para algunas parcelas de la relación de trabajo viene entrañando barreras muy significativas. Pero lo cierto es que tanto esta casación especial como la casación tradicional han permitido al TS pronunciarse en los últimas décadas sobre infinidad de temas laborales, de índole individual o colectiva.

Desde hace ya bastante tiempo, pasan del millar las sentencias que dicta cada año la Sala de lo Social del TS. Por ejemplo, en el año 2018 los datos oficiales registran una cifra de 1104 asuntos concluidos en esa sede mediante una resolución de fondo. Un número tan considerablemente alto de sentencias es muy probablemente el resultado de la combinación o concurrencia de varios factores, entre los que el ánimo reivindicativo tan característico de las relaciones laborales y el diseño tan favorecedor de las demandas de tutela judicial que ha acompañado desde su origen a la jurisdicción social, y que acaso se haya intensificado en los últimos tiempos, seguramente ocupan el lugar más destacado. En cualquier caso, una cifra de ese calibre constituye una buena base para tomar conciencia no sólo de la capacidad de rodaje y del alto ritmo de actividad de nuestro máximo tribunal laboral, sino también de su amplísimo recorrido material y de la muy notable variedad temática de su labor de enjuiciamiento. No se trata, por lo demás, de una mera acumulación de resoluciones o de una suerte de reproducción de respuestas ya practicadas. Nos encontramos, por el contrario, ante una jurisprudencia que progresivamente ha ido incorporando nuevas orientaciones y nuevas perspectivas de análisis, y que ha sabido renovar y revisar oportu-

tunamente su arsenal de criterios de interpretación y aplicación de las normas laborales para acomodarse a los nuevos entornos o escenarios.

Esos esfuerzos de adaptación tienen que ver en parte con el afloramiento y la puesta en marcha de nuevas formas de organización de la producción y el trabajo, muchas veces caracterizadas por su mayor complejidad, tanto en lo que se refiere a la estructura de la empresa, como en lo relativo a la relación del empleador con quienes se ocupan de ejecutar las correspondientes actividades. Aunque el TS aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los más novedosos efectos de la tecnología digital en el terreno del empleo (como el uso de plataformas digitales para organizar las prestaciones de servicios), sí es cierto que, en no pocas ocasiones, ha debido afrontar contenciosos laborales muy ligados a la densidad organizativa que hoy en día ofrecen muchas parcelas de la producción de bienes y servicios y muchas facetas de la actividad empresarial. Buen número de los pleitos en los que se discute la calificación jurídica de la prestación de servicios (y en los que, en consecuencia, debe decidirse sobre la línea de demarcación entre contrato de trabajo y figuras afines), o en los que se aborda la relación entre distintas empresas, ya sea con fines de identificación de la posición del empleador, ya sea con fines de imputación de responsabilidades empresariales, están provocados en gran medida por ese tipo de circunstancias. También parecen tener ese origen las nuevas dimensiones que están adquiriendo dentro de la jurisprudencia fenómenos tan típicos en el mundo laboral como la subcontratación de obras y servicios, la cesión de trabajadores o las reestructuraciones de plantillas. Al igual que lo tienen, indudablemente, muchos de los problemas interpretativos que ha venido suscitando la huelga y el conflicto colectivo de trabajo en el seno de grupos o conglomerados de empresas.

El devenir de nuestra jurisprudencia laboral tampoco podría entenderse hoy en día sin tener en cuenta la progresiva incidencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento laboral y, particularmente, el creciente protagonismo de su máximo intérprete -esto es, del Tribunal de Justicia- en la creación de doctrina de origen judicial en el ámbito de las relaciones de trabajo. Esta vía de influencia se ha dejado notar en dos diferentes planos, pues no sólo ha servido para aportar nuevos criterios interpretativos a la labor jurisdiccional doméstica sino que también ha entrañado la apertura de nuevos horizontes para la intervención de nuestros tribunales. Sin ese vector de la jurisprudencia europea serían muy diferentes, con toda probabilidad, los derroteros de nuestra jurisdicción social en materia de transmisión de empresa, vacaciones o despido colectivo, por poner algunos ejemplos muy conocidos. Y sin esa intervención de las instituciones jurisdiccionales de la Unión Europea no es del todo seguro que se hubieran abierto a la práctica judicial, al menos con tanta contundencia y de modo tan frontal, muchas de las cuestiones relativas a la protección de la trabajadora embarazada o de las situaciones de riesgo por lactancia natural, por citar también algunos temas especialmente conocidos. Caso particular en este contexto es desde luego el referido a la contratación laboral atípica, es decir, a la contratación temporal y a los contratos a tiempo parcial, donde la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha supuesto avances importantes en materia de igualdad y no discriminación, más allá de sus conatos y cambios de signo en el concreto apartado de las indemnizaciones.

Otras veces el factor de impulso y en su caso de reorientación de la jurisprudencia laboral ha sido sencillamente el cambio legal. Varias muestras podrían darse a estos efectos, aunque tal vez la más significativa de ellas pertenezca al ámbito de la negociación colectiva. Como es de sobra sabido, algunas de las innovaciones introducidas por la reforma laboral de 2012 en la regulación de los convenios colectivos han dado lugar, junto a las correspondientes disputas doctrinales, a la emergencia de nuevos retos interpretativos para los tribunales del orden social. Recuérdese, sobre todo, la intervención jurisdiccional a propósito de las reglas sobre ultraactividad de los convenios colectivos, que tras fijar unos primeros criterios de interpretación y aplicación en aquella importante y discutida sentencia de 2014, ha tenido que hacer frente a otros muchos aspectos complementarios, conectados en algunos casos con la problemática más general de la concurrencia de convenios colectivos, y ubicados en ocasiones en el seno de litigios de dimensión más compleja, por la incidencia de reglas pertenecientes a otros aspectos de las relaciones de

trabajo, como las de transmisión de empresa. Vuélvase la vista asimismo a las nuevas relaciones entre el convenio colectivo de sector y el convenio colectivo de empresa, que fueron inauguradas con aquella misma reforma legal y que han motivado la apertura de un nuevo sendero jurisprudencial a fin de precisar los límites de esa singular excepción a la regla general de prohibición de la concurrencia entre convenios colectivos. Son nuevas líneas de jurisprudencia que se suman, por cierto, a la revitalización en sede jurisdiccional de algunos temas más clásicos en ese mismo ámbito de la negociación colectiva, como es el relativo a la legitimación para negociar, tanto por el lado de los trabajadores (en ámbitos empresariales), como por el lado de los empresarios (en ámbitos sectoriales).

Debe tenerse en cuenta asimismo que en ocasiones el cambio de la legislación sustantiva ha ido acompañado de reajustes en la correspondiente asignación jurisdiccional. Es lo que ha sucedido en materia de despido colectivo, que no es ni mucho menos una figura descubierta en nuestros días pero que ha experimentado cambios importantes en su configuración en las últimas décadas y que desde hace algunos años ha pasado a engrosar el ámbito de competencias de la jurisdicción social, tras su trasvase a ese terreno jurisdiccional desde el orden contencioso-administrativo. Ello ha supuesto, como era de esperar, un nuevo frente para las tareas de los tribunales de trabajo y ha dado lugar, a la postre, a una de las parcelas de mayor riqueza y dinamismo en la Jurisprudencia moderna de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Son muchos, en efecto, los apartados del régimen jurídico del despido colectivo que han pasado por ese tamiz jurisprudencial en los últimos años. Citemos por lo pronto el ámbito funcional de aplicación de esa modalidad de despido, o la delimitación del espacio adecuado para el pertinente cómputo numérico de trabajadores afectados, cuestiones que, por cierto, suelen suscitar también interrogantes de relieve desde la perspectiva del grupo de empresas. Recordemos también la problemática provocada por el alcance y contenido de los deberes de información y documentación impuestos legalmente al empresario, o por la adecuada conjugación de los requisitos de forma y procedimiento propios de esa medida colectiva con las condiciones que ha de revestir la comunicación del despido a cada trabajador afectado. Pensemos asimismo en el reflejo procesal de esa forma de extinción del contrato de trabajo y en las muchas incógnitas que han podido advertirse desde esa particular perspectiva, relativas fundamentalmente a la legitimación para el ejercicio de las correspondientes acciones, a la articulación entre acciones colectivas y acciones individuales de despido, o a los procedimientos más adecuados para la efectiva ejecución de las correspondientes sentencias. Reparemos, en fin, en el eterno dilema sobre el papel del juez en la valoración de unas decisiones que entroncan de manera tan directa con los ingredientes de la libertad de empresa. Todo ello ha conformado finalmente un cuerpo de doctrina jurisprudencial verdaderamente notable.

Otro factor que ha condicionado en modo muy apreciable la actividad jurisdiccional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene su raíz inmediata en la organización de las Administraciones públicas, por la creciente proporción de su personal en régimen laboral, básicamente con carácter temporal. Se trata desde luego de una variable moderna de nuestra jurisprudencia social, aunque su presencia data ya de hace bastantes lustros, como es perfectamente sabido. Es, en todo caso, un fenómeno que ha mostrado una enorme vitalidad desde su irrupción y que ha dado lugar a sucesivas fases de intervención jurisdiccional, en primer término para buscar respuestas apropiadas para los supuestos de aplicación indebida de las reglas de contratación temporal y en momentos posteriores para acondicionar las vías legales de extinción del contrato de trabajo a las particulares hipótesis de cese de personal en el ámbito de la Administración pública (entre las que figura, por ejemplo, la cobertura reglamentaria puestos de trabajo provisionalmente ocupados mediante contratos de carácter temporal). La puesta en cuestión de las reglas sobre compensación económica de los trabajadores temporales de la Administración pública afectados por la finalización “natural” de su contrato ha sido de momento el último episodio en esta conocida y poco menos que inacabable saga jurisprudencial.

Por otra parte, y aunque aún no se haya hecho notar de forma masiva en la cúspide de la jurisdicción social, también es verdad que la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito

del trabajo asalariado va cobrando presencia paulatinamente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Muchas veces ha salido a la luz a propósito de la debida preservación de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo (especialmente del derecho a la intimidad), y generalmente se ha manifestado con ocasión del ejercicio por parte del empresario de sus poderes de organización, control y vigilancia del trabajo, o en relación con pretensiones de información y documentación promovidas por los representantes de los trabajadores frente a la empresa, respecto de las que más de una vez se ha invocado el derecho a la protección de datos personales como justificación de una decisión denegatoria. El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación fue, por cierto, la circunstancia que motivó la emergencia hace algunos años de nuevos problemas y nuevas tomas de posición jurisprudencial a propósito del ejercicio del derecho de huelga.

Por lo demás, la acción colectiva en el ámbito de las relaciones laborales sigue ocupando un espacio apreciable en la labor de nuestro TS. Acabamos de hacer alusión a la huelga, y ya hicimos con anterioridad algunas referencias a la negociación colectiva. Demos ahora alguna oportunidad a la libertad sindical, que en la jurisprudencia social más moderna viene apareciendo sobre todo a propósito de la calificación de actos presuntamente lesivos o discriminatorios (con bastante frecuencia en el contexto de procesos de negociación colectiva o de diálogo social) y, quizá en mayor medida aún, en relación con las habituales dificultades de determinación y cuantificación de las indemnizaciones de daños y perjuicios que eventualmente pudieran derivarse de la lesión de ese derecho (muchas veces a partir de un escenario de huelga o conflicto colectivo). En todo caso, también tiene alguna presencia en nuestra jurisprudencia social la revisión en sede jurisdiccional de actos de régimen interno del sindicato (suspensión o expulsión de afiliados, revocación o anulación de cargos del sindicato), respecto de los que siempre se plantean las consabidas dudas acerca del papel del juez en un ámbito en el que también deben reconocerse suficientes márgenes de autonomía organizativa.

Del semblante actual de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha querido dar noticia precisamente en este nuevo número de la RMTMSS. Por exigencias de espacio, y por razones de mínima homogeneidad, el índice preparado a tal efecto se ha ceñido a temas estrictamente laborales, con exclusión deliberada de otras relevantes parcelas de la jurisprudencia social, señaladamente de la seguridad social, que podría justificar desde luego un estudio de estas características pero que por definición excede de los contornos de esta Serie de la Revista y que, de cualquier manera, requeriría un grado de atención y extensión mucho mayor de lo que en esta ocasión se le podría dispensar. Por esas mismas necesidades de contención, y como el lector también habrá podido comprobar, tampoco han tenido cabida en este número todos los asuntos de contenido laboral que, con mayor o menor protagonismo, cabe advertir hoy en día en la Jurisprudencia Social del Tribunal Supremo, particularmente los atinentes al proceso. Ha sido necesaria, evidentemente, una selección temática que pudiera ser representativa de los derroteros y rasgos principales de esa doctrina jurisprudencial en los tiempos más recientes. Esperemos que el objetivo se haya podido cumplir. En todo caso, es el momento de agradecer el esfuerzo de quienes han tenido la amabilidad de colaborar en esta presentación panorámica de la jurisprudencia laboral ordinaria, todos ellos expertos acreditados en la doctrina laboralista y en el correspondiente ámbito profesional. Han asumido el encargo con ilusión y rigor, y merecen plenamente nuestra más sincera enhorabuena.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de laboralidad

The employment contract and Spanish Case Law's employment test

M^a YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA*

La realidad social sobre la que el Derecho del Trabajo descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y característico de trabajo...

M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*; 6^a edic., 2007, p.50

1. SOBRE UN TEMA UNIVERSAL Y ATEMPORAL: CONCEPTO DE TRABAJADOR Y FRONTERAS DE LABORALIDAD

1.1. Planteamiento

Desde que el Prof. Pérez Botija hablara de la avasalladora tendencia expansiva del Derecho del Trabajo¹, la evolución en lo que concierne a su ámbito, y, en principio, a la ampliación progresiva de su esfera protectora, se ha descrito sintéticamente como centrípeta, o de extensión aunque limitada para los incluidos progresivamente en su ámbito de aplicación; y centrífuga o de contención o de atenuación. Es éste, el de las fronteras de laboralidad y no laboralidad del trabajo prestado por una persona con finalidad económica (de subsistencia personal y familiar) en beneficio de otra a cambio de su remuneración, un problema que bien pue-

de ser considerado atemporal o intemporal y universal.

Atemporal, porque es uno de los “compañeros de viaje” en la evolución del Derecho del Trabajo, de modo que permanentemente se ha de responder si su ámbito debe quedar circunscrito a las personas que se encuentran en situación de actividad (aquellos que desde una terminología comunitaria cabe definir como económicamente activas) o también ha de concebirse como un Derecho que refiere al *prius* y al posterior (más allá del empleo). Si solo en relación con los que realizan una actividad económica (en el sentido de trabajo socialmente útil), el Derecho del Trabajo es un medio de protección para todo aquel que vive de su trabajo (público o privado, dependiente o autónomo) o debe ser entendido como factor de equilibrio entre quienes entablan una relación jurídica con otro por motivos de trabajo².

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM.

¹ PÉREZ BOTIJA, F.: La naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo, IEP, Madrid, 1943, pág.20.

² Cuestión que plantea GARCÍA MURCIA, J.: “El Derecho del Trabajo ante el desafío del trabajo autónomo”, en AA. VV.: *Crisis, Reforma, Futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.448.

Como se sabe, no ha habido y no hay en la actualidad una posición unánime en la doctrina española; tampoco en la foránea. Y no se atisba tampoco una respuesta legal y/o jurisprudencial homogénea, aunque ciertamente los sistemas jurídicos de nuestro entorno no difieren sustancialmente. Si la dogmática laboralista no puede limitarse a plantear problemas, sino también y sobre todo tender a resolverlos, con la finalidad, se ha expresado acertadamente a nuestro juicio, de que se puedan manejar unos principios más o menos seguros y podamos ofrecer unos criterios de regulación “esencialmente operativos”³, parece que lo adecuado sea la extensión selectiva del Derecho del Trabajo, ahora en el sentido de fijar fronteras seguras a la que pudiera calificarse como tendencia expansiva cuasi-universal que pudiera desembocar en la vacuidad de los que se consideran rasgos esenciales de laboralidad.

El recurso a la tutela (o más ampliamente, la función y finalidad reguladora) que es propia de nuestra disciplina, debe discurrir a través del objeto bien definido, el del trabajo asalariado; la amplitud excesiva transmutaría el Derecho del Trabajo en un “Derecho Social” (en tanto que garantía de derechos sociales o tutela propia de la política social o de la acción social de los poderes públicos) o de forma más limitada en un “Derecho profesional”⁴, para incluir en su seno solo, pero a toda, actividad humana productiva. Se explicaría esa limitación en el tipo de empleo estándar que está en el origen de nuestra disciplina y el que puede ser considerado el tipo o regla que la explica y singulariza: la existencia del contrato de trabajo y las características propias de la relación laboral basada, no tanto en la debilidad o vulnerabilidad económica, sino en el modo o forma en que se desarrolla y ejecuta el servicio para otro a cambio de una remuneración como medio de subsistencia; de donde deriva en un plano técnico-jurídico la

que se define como subordinación personal/organizacional u organizativa, es decir, la dependencia unida a la que se apunta en otros ordenamientos jurídicos, dependencia económica del trabajador, y en el nuestro se define como ajenidad porque no hay asunción de riesgo empresarial.

Desde esta perspectiva, avanzamos como conclusión, examinando la evolución reciente del Derecho del Trabajo, el nuestro propio y el de otros sistemas jurídicos, que lo que el Prof. Montoya Melgar intuía, parece confirmarse. Decía el Maestro, hace ahora más de una década, “cabe intuir que el trabajo dependiente seguirá siendo (hasta donde valen los pronósticos razonables) el ámbito típico y más importante regulado por el Derecho del Trabajo, para cuya delimitación continuará siendo de máximo valor la categoría jurídica de la dependencia” (diríamos, el tipo)⁵.

No se puede hablar de Derecho del Trabajo en sentido estricto sin la existencia de un empresario que organiza, dirige y controla la prestación de servicios del trabajador. Por tanto, desde una perspectiva técnico-jurídica se ha de mantener la distinción entre trabajador asalariado y trabajo autónomo/independiente sin que ello implique, como un sector de la doctrina lo identifica, “crisis de cobertura del Derecho del Trabajo”; en el sentido de que parece atisbarse una discrepancia entre los trabajadores que requieren de protección y los que actualmente disfrutaban de la misma, reclamando desde esta posición una ampliación excesiva del ámbito de aplicación o de cobertura a través de la sola evidencia empírica de que algunos de los que en la actualidad son considerados como trabajadores autónomos (*independent contractors*) son de hecho tan vulnerables o necesitados de tutela como los trabajadores asalariados o están sometidos a una relación caracterizada por la “desigualdad del poder de negociación”⁶. Remitiendo

³ GARCÍA MURCIA, J.: op.ul.cit., pág.448.

⁴ En el sentido de Derecho referido al trabajador profesional, es decir “el hombre que vive habitualmente del fruto de su trabajo”, en el que cabe incluir al trabajador profesional por cuenta propia y por cuenta ajena. Véase, BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*; Edit.Tecnos, 18ª edic., pág.42.

⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dtor): *Libertad de empresa y Relaciones Laborales en España*; IEE, Madrid, 2005, pág.141.

⁶ En este sentido WEISS, M.: “Re-Inventing Labour Law”, en DAVIDOV, G. y LANGILLE, B.: *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág.49. En su opinión, acertadamente a

parcialmente a la famosa y clásica definición de Khan-Freund (que la orientaba solo al contrato de trabajo⁷) y que en la actualidad parece haber reverdecido en un amplio sector de la doctrina, también en la jurisprudencia foránea, como razón o justificación de cierre para reclamar esa amplitud. O también calificando la situación de obsolescencia de nuestro Derecho del Trabajo si confrontada con la necesidad o necesidades del “nuevo” mercado de trabajo.

Hay diferencias ciertas entre los trabajadores autónomos y los asalariados con fundamento en la dependencia/subordinación, aunque se trate de rasgos abstractos, que justifican aún hoy que sean sujetos de un tratamiento o una regulación diferente⁸. La tendencia doctrinal favorable a la eliminación de la distinción tiene o parece tener una razón más pragmática que jurídica, basada en el hecho de que la indeterminación de esos conceptos y por tanto la aplicación efectiva de la diferencia juega muchas veces, se dice, en manos de los empresarios con tendencia a la elusión de las normas legales laborales y, por tanto, a la tendencia fraudulenta de encajar la prestación de servicios al margen de las fronteras laborales. Es cierto, como veremos, que los conceptos son indeterminados, pero aún así la extensión cuasi-universal del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo (lo que podría denominarse subsunción en el tipo general de “trabajo para otro”) podría conducir inevitablemente, aun cuando se pretenda

lo contrario, a rebajar los estándares de protección propios de esta disciplina. La diferencia entre el trabajador asalariado estándar y el trabajador autónomo estándar, es decir, la división binaria, tiene fundamento jurídico y es, a nuestro juicio, un elemento o rasgo de seguridad en la definición de las fronteras subjetivas de nuestra disciplina. No hay “desenfoque” alguno de nuestra disciplina desde esta perspectiva, aunque se indicara hace tiempo por la OIT que la legislación laboral apunta hacia una dirección y los trabajadores que necesitan de su protección se encuentran en otra.

Calificábamos el problema como “universal” porque está permanentemente abierto, permanentemente debatido y discutido en todos los sistemas jurídicos, tanto los de *common law* y sus influencias como en los continentales o de *civil law*; ocupa y preocupa a todos los actores y operadores jurídicos, también por supuesto a la dogmática laboralista española y foránea. Hay una rica y extensa literatura sobre esta cuestión en la doctrina, y no solo entre autores de países de la Unión Europea sino también extracomunitarios, que trasciende a las instituciones nacionales, comunitarias e internacionales en el intento de buscar soluciones convergentes a la cuestión sobre si extender o ampliar el ámbito de aplicación de esta disciplina jurídica o, por el contrario, restringirlo. Y si la opción fuera la extensión, con qué límites y a través de qué técnicas, requiriéndose entonces armonizar la finalidad de nuestro Derecho con los medios para conseguirla.

Es atemporal y universal la cuestión porque sobre ella gira uno de los retos que esta disciplina jurídica, como seña de su autonomía y especialidad, ha de afrontar a raíz de los cambios sociales, políticos, económicos e ideológicos producidos en los últimos años en un mundo globalizado. La que probablemente sea la más importante y debatida cuestión sobre el Derecho del Trabajo, acrecentada si cabe en las últimas décadas, de proyección teórica pero sobre todo en la práctica jurídico-laboral, tiene diferentes aproximaciones y, aunque a ella se responda también con propuestas entre los extremos opuestos, universalidad o restricción, debiera de nuevo reclamarse equilibrio y contención para hallar el

nuestro juicio, ese punto de vista (el de inclusión de todas esas relaciones de trabajo) deslegitimaría el Derecho del Trabajo definitivamente. Sugerente es su reflexión: “In my view these suggestions ignore not only the specific character of the employment relationship as indicated above but also the interrelationship of individual and collective mechanisms as means of protection. The changes of the employment reality as sketched above force labour law to be adapted to the new employment reality. But labour law is not to be misunderstood as a tool to compensate the position of the weaker party everywhere. ...For labour law this means that it has to respond to the new realities in the area of employment in its broadest sense but not to expand in overarching categories for all the miseries of the world. Then it would lose its function”.

⁷ Vid. KHAN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*; Editorial Comares, 2019, p.57 y ss.

⁸ DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.34, núm.3, 2014, pág.565.

nivel óptimo de cobertura o el ajuste adecuado del ámbito de aplicación.

Son muchas las razones que pudieran aducirse sobre la dificultad de determinar con precisión en qué caso una relación de trabajo es o no es laboral, a quién cabe definir como trabajador asalariado, quién haya de considerarse centro de imputación normativa de esta disciplina jurídica. Desde la perspectiva intrínseca a la base común histórica del Derecho del Trabajo hasta la influencia de factores extrínsecos, derivados de los cambios económicos, organizacionales y tecnológicos (digitalización de la economía, inteligencia artificial, robótica...), se duda en la actualidad si la consecuencia inevitable de esos factores es el debilitamiento subjetivo de esta disciplina jurídica o, por el contrario, hay que tender a una nueva reformulación expansiva utilizando para ello los instrumentos jurídicos varios que la historia y la realidad de los diferentes sistemas jurídicos manifiestan.

El análisis requiere de un enfoque o método para buscar el límite a la reformulación expansiva (si hubiera o no que poner un “objetivo de gran angular”⁹ y atraer a los trabajadores que se encuentran en la periferia de la subordinación jurídica pero son “económicamente” dependientes) y los medios o instrumentos reguladores que permitan alcanzar adecuadamente los objetivos en una interpretación finalista (de orientación anglosajona, conocida como “*purposive approach*”, basada en el “*relative bargaining power of the parties*”¹⁰) o teleológica (orientación en la Europa continental) del Derecho del Trabajo adaptada de forma contenida a la realidad de los diferentes sistemas jurídicos, que utilizan distintos métodos al respecto.

Apuntadas las razones, vayamos al enfoque. En este sentido, se podrían utilizar diferentes métodos de aproximación a la cues-

tion planteada, alguno de ellos, sin duda, complementarios, tanto para fijar el estado de la cuestión y las propuestas de futuro, con fundamento en la aproximación histórica, que tanto en nuestro país como en el resto, permiten afirmar que la existencia de “zonas grises” (la de situaciones en las que no es clara la frontera entre el trabajador asalariado y el trabajador por cuenta propia y autónomo o, en general, la de categoría histórica que sirve para detectar cuáles son los problemas concretos de aplicación del Derecho del Trabajo -y del contrato de trabajo- en un momento determinado¹¹), es un rasgo que acompaña a la evolución de nuestra disciplina.

Es posible un análisis descriptivo, analítico y crítico de un determinado sistema jurídico (normas y jurisprudencia) para exponer las inconsistencias o deficiencias en la aplicación y los objetivos / supuestos ocultos, acompañado de un análisis del conjunto normativo para determinar si a uno se reconoce un importante elenco de derechos “laborales” o tiene derecho a todos, lo que lleva a trazar una línea entre un grupo de trabajadores que gozan de una sustancial regulación y otro que pareciera tuvieran que aceptar los dictados de la fuerza del mercado, analizando los criterios legales y jurisprudenciales del trabajador “asalariado”.

También se puede completar con un análisis comparativo entre diferentes sistemas legales nacionales¹², mostrando sus divergencias y convergencias, que puede ayudar en el análisis nacional sobre dos aspectos básicos en torno a la cuestión relativa al ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, y que se proyectan a través de dos técnicas jurídicas que pueden ser (como de hecho ocurre en algunos de los sistemas nacionales) yuxtapuestas o complementarias, formuladas con la finalidad de readaptar la tendencia expansiva de esta

⁹ En la expresión de BRONSTEIN, A.: “Retos actuales del Derecho del Trabajo”, “Retos actuales del Derecho del Trabajo”, *Rev. Latinoamericana de Derecho Social*, núm.2, 2006. P. 20.

¹⁰ Vid. al respecto, en la jurisprudencia británica, MCGAUGHY, E.: *A Casebook on Labour Law*; Hart Publishing, Oxford, 2019, p.10.

¹¹ En la definición de MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual, 1980-2001”, *RMTAS*, núm.38, 2001, pág.31

¹² Esta perspectiva en DAVIDOV, G., FREEDLAND, M y COUNTOURIS, N.: “The Subjects of Labour Law: ‘Employees’ and Other Workers”, en FINKIN, M. y MUNDLAK, G., (Eds): *Research Handbook in Comparative Labour Law*, E.Elgar, 2015. Véase también, CASALE, G (Ed.): *The Employment Relationship. A Comparative Overview*; Hart Publishing-ILO, Geneva, 2011.

disciplina jurídica, de responder equilibradamente a la opción entre intentos de elusión (lo que se ha denominado debilitamiento progresivo de su ámbito de aplicación) y su extensión selectiva y limitada. Las dos perspectivas pueden calificarse, respectivamente, como interna (en relación con los caracteres o elementos estructurales de la relación jurídico-laboral); la segunda, externa, como respuesta legal a la extensión selectiva del ámbito de aplicación a través de las fórmulas que mejor convengan en cada momento.

1.2. Sobre los elementos estructurales de la relación laboral y del concepto de trabajador asalariado

En relación con la primera de las perspectivas, la cuestión se centra, también o más aún en la actualidad, en la búsqueda y en su caso, adaptación, del o de los elementos o rasgos estructurales utilizados en todos los sistemas jurídicos laborales para definir el centro de imputación subjetiva/objetiva de nuestra disciplina jurídica y en cierta medida para contrarrestar los intentos de evasión o elusión, con la finalidad de que sea conceptualmente coherente. Ese concepto (con mayor o menor intensidad) es el de subordinación/dependencia, respecto del que se plantea su adaptación porque la continua transformación del Derecho del Trabajo, como seña de identidad, crea tensiones en los que se dice son sus componentes estructurales para contrarrestar en la medida de lo posible un enfoque simplista o insuficiente que tienda a ver solo al trabajador o como subordinado o como independiente porque puede haber trabajos no autónomos en sentido estricto, esto es, en los que aparece muy difuminada la subordinación jurídica estricta y formal, entendida como poder jerárquico del empresario sobre los trabajadores manifestado en tres rasgos o elementos interrelacionados, poder de dirección, poder de control, poder disciplinario¹³.

Son variadas las fórmulas adoptadas en los diferentes sistemas jurídicos nacionales para adaptar el concepto de subordinación/de-

pendencia y, derivadamente, para diferenciar el tipo o estándar de trabajador autónomo del trabajador estándar o tipo asalariado.

Tanto en sistemas que adoptan una noción legal de subordinación (Italia¹⁴) como en otros donde o no hay definición de trabajador (Alemania, que sí lo define a efectos de Seguridad Social o Derecho Fiscal¹⁵). O donde tampoco se da una noción de dependencia o no se define el contrato de trabajo (Francia, que introduce una presunción legal de existencia y la inversa, de inexistencia, de trabajador autónomo¹⁶), aunque se cuenta con una definición jurisprudencial. O en fin, en aquéllos, como el español, con la fórmula bien conocida de definición legal de trabajador y conformación por la jurisprudencia del concepto de dependencia (también de ajenidad); se aprecia como rasgo común la búsqueda de sus indicios (la cuestión de hecho) como signos de exteriorización de la subordinación jerárquica para diferenciar el trabajo asalariado del autónomo, de trabajador autónomo, que en muchos países adolece de una definición positiva, siendo bastante más frecuente la definición a sensu contrario respecto del concepto de trabajador asalariado.

La convergencia (en el método y en contenido) de los diferentes sistemas nacionales, bien en el plano legislativo o, de forma más precisa en la conformación jurisprudencial¹⁷,

¹⁴ Código Civil, Libro Quinto (Del Lavoro), Título I, Sección 2ª, Art. 2094 Prestatore di lavoro subordinato: El prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

¹⁵ PERULLI, A.: "Subordinate, Autonomus and Economically Dependent Wprk: A Comparative Anlysis of Selected European Countries", en CASALE, G.: *The Employment Relationship...ci.*, pág.154 y ss.

¹⁶ En la Sección correspondiente a trabajos ilegales (Section 3 : Travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié), definiendo las condiciones bajo la que puede ser aplicada la presunción de existencia de un trabajador autónomo y en cuales no. Art. .L 8221-6 del Código Laboral Francés (versión consolidada de 2015).

¹⁷ Véase el estudio comparado de la noción jurisprudencial, en especial entre sistemas de common law y sistemas de civil law, en COUNTOURIS,N.: "The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches", en CASALE, G.: *The Employment Relationship...cit.*, pág.51 y ss.

¹³ CASALE G.: "The Employment Relationship: A General Introduction", en CASALE, G. (Edit.): *The Employment Relationship...cit.*, pág.3.

puede describirse como influencia recíproca entre normas y jurisprudencia de distintos modelos nacionales y permite constatar cuál es la tendencia universal.

Por un lado, la conformación de test o indicios de la existencia de dependencia desarrollados por la jurisprudencia, tanto en los sistemas continentales como en los de *common law*. Si atendemos a los que han sido y siguen siendo más frecuentes en estos últimos sistemas jurídicos (más apegados a la construcción jurisprudencial), entre ellos *control test*, y los más flexibles *integration test*, *economic reality test*, *mutuality of obligations test* -tal vez el más importante y, a su vez, el más problemático-, *multi-factor test* -desde una perspectiva cuantitativa-, nos recuerdan, en gran medida, a los que ha ido configurando la jurisprudencia española y la italiana describe sintéticamente como “subordinación atenuada” o “colaboración - *collaborazione*” en la empresa. Y trascienden a la doctrina del TJUE, que, en gran medida influenciado por las definiciones legales y conformaciones jurisprudenciales nacionales del concepto, define la relación laboral desde una perspectiva comunitaria como “la realización por una persona, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, de ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”¹⁸.

Podríamos por tanto afirmar que los criterios e indicios están universalizados, en el sentido de su asunción desde hace tiempo por la OIT en su Recomendación núm.198 de 2006¹⁹ sobre “La relación de trabajo”, en

¹⁸ Vid. al respecto, nuestro estudio “Concepto de trabajador”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dtor): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp45 y ss y la bibliografía y las sentencias del TJUE allí citadas.

¹⁹ Aprobada en la 95ª Sesión de la Conferencia Internacional. Véase al respecto, sobre la incidencia de esa Recomendación en la normativa laboral de los Estados de la UE, ILO: *REGulating The Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation n.198*, Geneva, 2013.

Esta Recomendación (parágrafos 11 y 13, respectivamente) relaciona algunos indicios para determinar si existe relación de trabajo; entre ellos: 1) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en

la que aquéllos se incorporan, y ha servido de orientación a sistemas nacionales como Irlanda, que ha publicado una Guía o Código de Prácticas para determinar cuándo se está ante trabajador asalariado o cuándo, por el contrario, ante trabajador autónomo²⁰.

Es frecuente que estos indicios se clasifiquen, normalmente en tres grandes bloques²¹, de mayor a menor fuerza o consistencia, de fuertes a más débiles de exteriorización de la dependencia, partiendo de la idea primera de la existencia de una relación personal, es decir, de que el trabajador lo es porque desarrolla personalmente el trabajo:

- 1) Indicios de los que derivan la existencia de una relación laboral y su ausencia sugiere lo contrario: integración del trabajador en la organización de la empresa y por tanto, sometido, aunque sea flexiblemente, a un control por parte del empresario, que retiene lo que podríamos denominar “derecho a controlar”; la ausencia de elección por parte del trabajador de cuándo y dónde trabajar; trabajo desarrollado para úni-

beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y 2) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. Sobre esta Recomendación, en el sentido de guía “universalizada” para afrontar los cambios también nivel de la UE, véase BOSSE, C.: “ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation”, in PENNINGS, F. and BOSSE, C. (Edit): *The Protection of Working Relationships*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011; pág.15 y ss; KENNER, J.: “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security”, en DOUGAN, M y CURRIE, S (Eds): *50 Years of The European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, pág.306.

²⁰ Code of Practice for Determining the Employment or Self-Employment of Individuals. <http://www.revenue.ie/en/practitioner/codes-practice.htm>

²¹ Véase, DAVIDOV, G.: *A Purposive Approach to Labour Law*, cit., pág.133 y ss.

ca o principalmente para otro; suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; no asunción de riesgos, beneficios y pérdidas, por el trabajador; mínima continuidad y estabilidad en el trabajo; ausencia de decisiones sobre cuestiones importantes de la organización empresarial; inversiones específicas en el trabajo por parte del empresario.

- 2) Indicios que apuntan a la existencia de un contrato de trabajo pero su ausencia no da certeza absoluta de lo contrario. Por ejemplo, un directo y permanente control; el derecho a vacaciones o descanso semanal o cláusula de no competencia.
- 3) Indicios cuya ausencia puede orientar contra la inexistencia de un contrato de trabajo, pero su existencia no es concluyente del opuesto. Entre ellos, cierta continuidad en el trabajo o remuneración, cualquiera que sea su cuantía y naturaleza.

Esta graduación de indicios se utiliza también por la dogmática española, aunque con una clasificación y enumeración no exactamente coincidente con la anterior²² y tiene reflejo, como posteriormente se analizará con más detenimiento, en la jurisprudencia española, aunque no haya correspondencia absoluta en torno a los que haya que considerar esenciales. En lo que ahora interesa, en tanto que regla general al efecto, se mantiene por la Jurisprudencia española la distinción entre indicios esenciales/indicios que “o bien resultan marginales o deben ceder antes los de mayor fuerza” (STS de 8 de febrero de 2018, Rec. 3389).

Por otro lado, y también como reflejo universal, se duda de si hubiera que fijar o no

un límite al proceso de readaptación del concepto de dependencia, porque la labor interpretativa y la concreción aplicativa deben trazar cierta dosis de certidumbre sobre sus diferentes significados para adaptarlos a los nuevos modos de producción y a las nuevas situaciones de trabajo. Con la cuestión, que en todo caso habrá de resolver el legislador, de si cupiera, sin adular el tipo, considerar que bajo la expresión “programación del trabajo por parte del empresario” se incluyeran todos aquellos supuestos en los que se exteriorizara una “subordinación imperfecta”²³.

1.3. La extensión selectiva de la protección “laboral”

Por lo que refiere a la segunda de las perspectivas anunciadas, la externa o de fijación de subfronteras, hay una realidad convergente entre muchos sistemas jurídicos. La estrategia normativa cabría definirla como de “fragmentación deliberada”²⁴, en el sentido de que son varios los métodos o técnicas que se utilizan para extender selectivamente la protección laboral²⁵ a formas de trabajo en las que puede quedar muy limitada la nota de subordinación (apareciendo ésta en muchos casos relativizada o virtualmente inexistente, incluso), en su acepción de estar bajo el control directo y permanente de un empresario (lo que podría traducirse por dependencia personal), al que se reconoce una potestad de dirección y control del trabajo (sobre qué, cómo, cuándo y dónde). En cualquier caso, con sus aciertos o inconvenientes o imperfecciones, se trata en principio de técnicas que, en cierto modo, pretenden dar seguridad jurídica para responder de forma ajustada a las nuevas formas de trabajo que pudieran no encajar en la tradicional distinción binaria entre trabajador asalariado y trabajador autónomo.

²² Ver al respecto MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, 3ª edic., Atelier, Barcelona, 20154, p.50, que clasifican los indicios de laboralidad en tres grandes bloques: Indicios fuertes (trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa; percibir de la empresa una remuneración fija y periódica). Indicios medianos (trabajar en las instalaciones de la empresa; sujetarse a la realización de jornada y horario; no detentar poderes inherentes a la titularidad de la empresa; recibir órdenes de la empresa). Indicios débiles (régimen de seguridad social en el que se halla encuadrado el trabajador).

²³ PERULLI, A.: “The notion of Employee in Need of redefinition?”, Annual Conference: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalization, European Centre of Expertise in the Field of Labour Law, Abril 2017, ejemplar multicopiado.

²⁴ WASS, B.: “The Legal Definition of the Employment Relationship”, *ELLJ*, Vol.I, 2010, núm.1, pág.51.

²⁵ También denominadas “técnicas plurales de laboralización material”, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm.3, 2019, p.4.

¿Cuáles son las técnicas o métodos que se usan o pudieran utilizarse por los diferentes sistemas nacionales? Una, la de sub-regímenes para diferentes categorías de trabajadores (con diferentes derechos laborales) -en la que podría quedar encajada la de las relaciones laborales de carácter especial de nuestro sistema jurídico-. O la de figuras híbridas en la legislación laboral sin necesidad de tener que verificar si existe dependencia jurídica (*“lien de subordination juridique”*, Francia²⁶). O la introducción de nuevas nociones que permitan la extensión selectiva de la protección laboral (tal es el caso de la *“colaboración coordinada y continuada”* y la *“collaborazioni organizzate dal committente”* en Italia²⁷) para trabajadores a los que no

²⁶ Vid. Artículos L 781-1, L 7321-1 y L 7322-1 del Code du Travail.

²⁷ Así el art.2094 del CC italiano define el trabajo por cuenta ajena/subordinado y el elemento clave es la sujeción personal del trabajador a las órdenes, poder organizativo y poder disciplinario del empleador; por otro lado el art. 2222 del Código Civil define el contrato de servicios (*“contratto d'opera”*) en virtud del cual “un trabajador autónomo realiza trabajo o servicios a cambio de una remuneración, principalmente a través de su propio esfuerzo y en la ausencia de una relación de subordinación con respecto al principal”. Sin embargo, hace más de 40 años el legislador italiano introdujo un supuesto de autoempleo que ha sido erróneamente considerado como una categoría intermedia. La Ley Núm. 533 de 1973 modificó el párrafo 3 del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil por la que se declaraba aplicable la legislación relativa a la solución de conflictos laborales a agentes comerciales y a todas las relaciones contractuales que impliquen una ejecución continua de trabajo, principalmente de carácter personal, aunque no en posición de subordinación (collaborazione coordinata e continuativa, la llamada Co.Co.Co.). En 2015 se introduce el art.2 por el D.Legislat.81/2015 (Job Act), que, bajo la rúbrica *Collaborazioni organizzate dal committente*, extiende la protección “laboral” a quienes prestan un trabajo personal y continuado en el que la forma de ejecución está organizada por el comitente, incluso en lo que se refiere al lugar y al tiempo de trabajo. En 2017 se modifica el art.409 del C.p.c. para referirse a la *colaboración coordinada y continuada genuina*, entendida por tal la referida a colaboradores que organizan su trabajo de forma independiente pero de conformidad con el acuerdo de coordinación que hayan aceptado mutuamente las partes. Se resume afirmando que, en la colaboración hay que distinguir, si el desempeño del trabajo es organizado por el cliente o principal (collaborazione etero-organizzata), el colaborador debe ser tratado como un empleado (trabajador asalariado); si por el contrario el trabajo se organiza de forma autónoma, aunque en coordinación con el cliente (collaborazione coordinata), la actividad queda fuera del ámbito de la legislación laboral. Esto es, la *collaborazioni organizzate dal committente* exige prestación ejercida bajo el poder de organización de

cabe definir como trabajadores asalariados. O la de asimilar (extensión selectiva total o parcialmente) a los trabajadores típicos a aquellos que cumplen con un mínimo requisito o nexo “laboral”. Asimilación de los trabajadores no subordinados pero dependientes económica y socialmente de otros, dependientes de un único o preferentemente empleador o cliente en cuanto a ingresos y cobertura de necesidades²⁸; o trabajadores *quasi*-subordinados o económicamente dependientes²⁹). Trabajadores, en fin, que no están sujetos a un control directo y permanente del empresario (dependencia personal, asimilada a subordinación) pero que dependen económicamente de otro y están coordinados en su prestación de servicios por éste.

Aún hoy queda abierta la cuestión de si es operativo o no en los diferentes ordenamientos jurídicos crear un grupo intermedio, híbrido, para dar cobertura a los que cupiera entender que están entre los tipos trabajador asalariado y trabajador autónomo, con la finalidad de dotarles de cierta protección legal “laboral”. No hay, aún en día, una posición unánime en la doctrina sobre algunas de las cuestiones más importantes; no hay consenso en torno a si la dependencia económica es o debe ser el criterio que permita delimitar el ámbito de aplicación personal de esta categoría y, en consecuencia, cuál deba ser la mejor opción para configurar su extensión personal³⁰ y, derivada de la mis-

éste, de modo que el committente interviene en los métodos de ejecución del servicio, así como en el momento y lugar de ejercicio de la actividad; y el co.co.co., en el que la coordinación del servicio no puede interferir su condición de trabajo por cuenta propia y por tanto, se realiza con plena autonomía en la organización del trabajo. Véase al respecto, PERULLI, A.: “Il Jobs Act del lavoro autónomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro”, WP CSDLE “Massimo D’Antona, IT, 341-2017. Puede consultarse en http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP_%20CSDLE_%20M_%20DANTONA/WP_%20CSDLE_%20M_%20DANTONA-IT/20171020-085836_perulli_341-2017itpdf.pdf; también FIORILLO, L.: “Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione”, WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT, 368-2018, puede consultarse en http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP_%20CSDLE_%20M_%20DANTONA/WP_%20CSDLE_%20M_%20DANTONA-IT/20180711-084944_Fiorillo_n368-2018itpdf.pdf

²⁸ DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage...”, cit., pág.559.

²⁹ WASS, B. “The Legal Definition...”, cit., pág.54.

³⁰ DAVIDOV, G., FREEDLAND, M y COUNTOURIS, N.: “The Subjects

ma, el grado de protección "laboral" que debiera otorgarse a estos trabajadores. Al respecto, y teniendo como ejemplo la figura del worker en Gran Bretaña³¹ -al que un sector de la doctrina denomina *dependent contractor*-; o *employee-like* en Alemania³², pudiera tenerse en cuenta los indicios convergentes que pudieran definir esa categoría intermedia; entre ellos: 1) la naturaleza personal del trabajo o predominantemente personal; 2) ausencia de un directo contacto con el mercado; 3) exclusividad o cuasi-exclusividad de la relación contractual, de la que deriva la dependencia económica, configurada a través de varios criterios, por ejemplo, uno cuantitativo, número de horas, días, semanas... que el trabajador presta servicios para solo una persona; o en sentido remuneratorio (salario recibido de uno de los clientes en un porcentaje determinado); 4) Relación funcional del trabajador y de su actividad a la compañía o empresa; 5) Ausencia de directrices pero presencia de un poder de coordinación en la ejecución del contrato; 6) Duración estable de la relación³³.

of Labour Law: 'Employees' and Other Workers ..., cit., pág.15, estiman que en la mayoría de países actualmente esos grupos intermedios son restrictivos en dos aspectos, por un lado, en lo que refiere al ámbito de ese grupo y por otro, en cuanto a los derechos reconocidos. Destacan que en la mayoría de ordenamientos se exige una cierta "subordinación" lo que restringe, y mucho, su ámbito.

³¹ Art.230 (3) de la Employment Rights Act (ERA). Se define "employee" como "an individual who has entered into or works under...a contract of employment"; y "worker" como "individual who has entered into or works under...a) a contract of employment or b) "any other contract, whether express or implied and (if its is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or performer personality any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual".

Desde la doctrina británica, se indica que el término "worker" responde a la finalidad de redefinición de una categoría intermedia, la del "dependent contractor" si se interpreta el término como trabajador "dependiente", vid. DAVIDOV, G.: "Who is a Worker", *ILL*, núm.34, Vol.1, 2005, pág. 61.

³² En Alemania se incluyeron en primer lugar en el Derecho Procesal Laboral y después en el Colectivo, véase section 12 a) de la Ley sobre contratos colectivos (Tarifvertragsgesetz), en la que se definen como sujetos a dependencia económica (como opuesta a dependencia personal o subordinación). WASS, B.: "The Legal Definition...", cit., pág.55.

³³ PERULLI, A.: "Subordinate, Autonomus and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected Euro-

pean Countries", en CASALE, G. (Edit.): *The Employment Relationship...*, cit., pág. 175.

Criterios, parece, que bien pudieran encajar en los indicios o criterios de "laboralidad" que en sentido flexible convergen en los diferentes sistemas nacionales y, por tanto, permitirían interpretar que no definen categoría intermedia o híbrida alguna sino de encaje en el concepto adaptado y redefinido de trabajador asalariado.

Otra cosa, distinta, aunque relacionada con la anterior, es el concepto, definido, preciso, positivo que debiera adoptarse de trabajador autónomo cuando hoy se aprecia que el tipo no es único, con caracteres heterogéneos, en especial en los que cabe definir como "trabajadores autónomos de segunda generación"³⁴, y, por consiguiente, la protección legal que al respecto pudiera adoptarse en los diferentes ordenamientos jurídicos.

La complejidad de la que comenzamos calificando como cuestión universal y atemporal se concluye con la reflexión final sobre el fin y los medios. La delimitación del ámbito personal del Derecho del Trabajo no se puede orientar sin una clara finalidad de protección legal; no se trata solo de pensar sobre la finalidad del Derecho del Trabajo sino también sobre los medios; no solo quién sino también cómo. No solo

pean Countries", en CASALE, G. (Edit.): *The Employment Relationship...*, cit., pág. 175.

³⁴ En la evolución económica y social de los últimos años se aprecian, cuando menos cinco tipos de trabajadores autónomos: Empresarios, que dirigen sus negocios con la ayuda de empleados; Los «profesionales libres» tradicionales que, para poder ejercer su profesión, deben cumplir con requisitos específicos, respetar las normas y los códigos obligatorios y pasar a menudo los exámenes que se enumeran en los registros públicos. Pueden contratar trabajadores, pero, con algunas excepciones, generalmente realizan sus actividades solas o en asociación con otros profesionales y con la ayuda de un número limitado de empleados, si los hay; Artesanos, comerciantes y agricultores, que representan las formas tradicionales de autoempleo. Estos trabajadores autónomos trabajan a menudo con sus miembros de la familia y posiblemente un pequeño número de empleados; Trabajadores autónomos en ocupaciones calificadas pero no reguladas, a veces denominados «nuevos profesionales»; Trabajadores autónomos en ocupaciones no calificadas, que dirigen sus negocios sin la ayuda de los empleados, pero a veces pueden ser asistidos por miembros de la familia. Ver EUROFOUND, *Self-Employed Workers: Industrial Relations and Working Conditions*, 2009; https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/comparative/tn0801018s/tn0801018s.pdf (última visita, mayo 2017).

la cuestión sobre si y con qué extensión los trabajadores cuasi-dependientes deben ser protegidos (si basta una reformulación de conceptos o debe orientarse a una completa reconversión de la relación laboral). También respecto de la categoría heterogénea de trabajadores autónomos, apreciándose al respecto una acrecentada tendencia del que se dice fenómeno de “los nuevos trabajadores autónomos” o en sentido peyorativo el de “falsos autónomos” (en terminología inglesa “bogus self-employed workers”) como consecuencia de la crisis y del aumento del temporal desplazamiento de trabajadores y la movilidad transfronteriza con ausencia de un marco legal común que pudiera fijar la protección mínima de sus derechos económicos³⁵. Son numerosos los estudios que demuestran que determinados tipos de autónomos trabajan o prestan servicios de forma precaria en otros países, y en particular en la UE se habla de una nueva dimensión del “dumping social” porque la movilidad de los falsos autónomos compete con el desplazamiento de trabajadores asalariados. Sin duda, la regulación comunitaria sobre la libertades económicas, en particular, la libertad de establecimiento cuando el autónomo es un trabajador o persona física y la libertad de servicios cuando se centra sobre todo en servicios (por ejemplo, construcción), ha permitido que se distorsione unas libertades que estaban orientadas a un tipo de trabajador autónomo y a una actividad empresarial basada más en el sector industrial. Atentos habrá de estarse a los pasos que a ese nivel puedan darse en el futuro.

2. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE LABORALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. EL SISTEMA DE INDICIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL ORDEN DE LO SOCIAL

El ordenamiento jurídico español ha optado por una distinción binaria, trabajador asalariado y trabajador autónomo, y atendiendo a la perspectiva segunda de la que se dio cuen-

ta *supra*, se añaden diferentes subfronteras, entre el contrato de trabajo común y diversas modalidades contractuales o entre el contrato de trabajo tipo y relaciones laborales especiales; o en fin, entre el trabajo asalariado y el trabajador autónomo tipo y entre aquéllos y el trabajador autónomo económicamente dependiente, TRADE.

Si nos atenemos a esta última perspectiva, el legislador español marca una doble frontera, entre el TRADE y el asalariado por un lado, con la finalidad de prevenir la simulación o el uso a veces desviado de esa figura contractual frente al contrato de trabajo; y entre el TRADE y el autónomo tipo u ordinario, por otro, porque se entiende que aquél se encuentra en una situación de vulnerabilidad (económica) que requiere de una cierta tutela legal de su estatus contractual. Es verdad que en todas estas formas de trabajo, asalariado y autónomo, convergen ciertos rasgos, como veremos, y que al menos teóricamente, la frontera entre el asalariado y el TRADE se fija con cierta precisión, atendiendo a que éste último desarrolla su actividad con criterios organizativos propios; no puede confundirse en su actividad con el trabajo ejecutado por los empleados asalariados de la empresa principal; ha de disponer de infraestructura productiva y material propios; percibe una contraprestación económica en función del resultado de su actividad. No obstante la formulación de la frontera teórica, la utilización de las reglas legales en el devenir de la relación de prestación de servicios no está exenta de dificultad; pese a la aparente claridad normativa, la ausencia de subordinación estricta pero la autonomía limitada del TRADE -que lleva a la que pudiera entenderse en gran medida como laboralización material (asimilación a los asalariados en el reconocimiento de ciertos derechos)- se ha proyectado en la práctica en los fenómenos de “huida hacia...”, del trabajador asalariado al TRADE y de éste al autónomo ordinario, cuando paradójicamente la figura del TRADE se ideó con la finalidad de cerrar cualquier posibilidad al “falso autónomo”. Como bien se ha expresado, “las tendencias centrífugas de huida del Derecho del Trabajo, también lo son de adicional huida de la figura del trabajo au-

³⁵ MULLER, F.: “Cross-border mobility of “Bogus” Self-Employed Workers: a Lack of Legal Framework coupled with Protection of Economic Rights”, *ELIJ*, Vol.5, 2014, No.3-4, pág. 308.

tónomo económicamente dependiente³⁶, tal vez derivada de la intensa limitación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico que requiere afrontar la nada fácil y sencilla doble delimitación de sus fronteras conforme al diseño legal; por un lado respecto del trabajo subordinado y por otro, respecto del resto de los autónomos.

Si nos fijamos en la primera situación fronteriza, cabe poner como ejemplo los supuestos planteados respecto de trabajos prestados para ciertas plataformas digitales de reparto, de los que aún no ha conocido el TS, y el de trabajos desarrollados en el marco de la descentralización productiva y de la colaboración externa³⁷. La respuesta jurisprudencial se ha escrito de la forma siguiente:

“El actor no es un trabajador autónomo de este tipo (TRADE), entre otras razones, porque no ha quedado acreditado que realice una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. La constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. La regulación del trabajo autónomo no ha modificado en modo alguno la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y no ha asimilado los trabajadores “económicamente dependientes” a los trabajadores dependientes. El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 LETA, que sigue muy directamente los rasgos delimitadores del campo de aplicación del RETA, al definir la figura de trabajador autónomo como “las personas físicas que realicen de

forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”, exigiendo en el caso de los autónomos económicamente dependientes, además, entre otras previsiones, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual”³⁸.

El legislador español a lo largo de estos años ha mantenido la definición de trabajo asalariado en torno a los requisitos jurídicos de voluntariedad, retribución, carácter personal de los servicios prestados, ajenidad y dependencia, recepcionando la definición jurisprudencial española de “estar dentro del círculo rector o esfera organizativa de otra persona”, esto es “estar dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art.1º .1 ET). Se dice que el contrato de trabajo es un tipo especial frente al arrendamiento de servicios, lo que recurrentemente exige contraponer uno a otro, introduciendo una regla que, mayoritariamente en la doctrina, y acogida reiteradamente por la jurisprudencia, se califica como “presunción de laboralidad”, art. 8º ET. Se excluyen expresamente determinadas prestaciones de servicios personales para otro, art.1º.3 ET. Se incorpora alguna nueva relación laboral especial. Y se opta por una definición a sensu contrario de trabajo autónomo (en contraposición al trabajo asalariado) como aquél que se presta *por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona*” (art.1º.1 LETA).

Alguna precisión inicial sobre el método legal. En primer lugar, avanzar, como explicaremos más detenidamente después, que hay rasgos comunes entre el asalariado y el autónomo. En segundo lugar que el rasgo fundamental de distinción gira en torno a que el trabajo se realice de forma autónoma o no, tanto en su desarrollo como en su ejecución,

³⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El trabajo autónomo económicamente dependiente en España”, D.L, núm.98, 2013. Vol.II, pág.25.

³⁷ Al respecto, NAVARRO NIETO, F.: “El trabajo autónomo en las zonas grises del Derecho del Trabajo”, Revista Internacional y Comparada de RRL y Derecho del Empleo, Vol.5, núm.4, 2017, p.60 y ss.

³⁸ SSTs de 24 de enero de 2018, 3394/2015 y 3595/2015; 8 de febrero de 2018, 3389/2015.

sin sujeción por tanto a la dirección, control y poder disciplinario de otra persona en los términos que definen el trabajo asalariado. Y por último, que si bien normalmente respecto de los trabajadores autónomos se cumple también el requisito de falta de ajenidad (realizando, por tanto, su trabajo por cuenta propia), en no pocas ocasiones la asignación o atribución del resultado de su trabajo recae sobre otro y para la actividad contratada puede ocurrir que la organización empresarial del autónomo quede condicionada a las decisiones del empresario-cliente que lo contrata.

Y en lo que refiere al TRADE, es cierto que el legislador ha optado por incluirlo en la esfera del trabajador autónomo, de modo que, como se indicaba por el TS en sentencia *supra*, puede convenirse que conceptualmente el legislador no lo asimila a trabajador asalariado, sino que es una modalidad de trabajo autónomo. Pero también lo es, como veremos, que la tendencia jurisprudencial hacia la que se dice flexibilización del rasgo de dependencia laboral en cierto modo introduce confusión y falta de certeza en la distinción entre ésta y la exigencia legal o requisito de definición legal del TRADE relativo a que éste deba cumplir con los requerimientos técnicos del cliente que lo contrata; siendo indiscutible que pueden referirse al lugar y al tiempo de prestación de servicios o a la cantidad o calidad del servicio prestado. Cuanto más se diluya el concepto “indicaciones técnicas” en aras a ampliar el campo de aplicación del TRADE, y a su vez se flexibilice el de dependencia laboral para ampliar el ámbito de aplicación del trabajo asalariado, se habrá de hecho asimilado ésta a la dirección, organización, o si se quiere coordinación, a la que también queda sometido el TRADE. Si ello es así, se habrán diluido las fronteras y, en gran medida, se habrá distorsionado la finalidad de la norma, que pretendía trazar dosis de seguridad en la delimitación entre ambos tipos de trabajo³⁹, los

dependientes en sentido “clásico” o tradicional de los autónomos “coordinados” o en gran medida hetero-organizados por el cliente.

Sobre este diseño normativo se ha proyectado a lo largo de estos años la interpretación judicial y jurisprudencial de los criterios legales de laboralidad.

2.1. Las dificultades del método. Mutaciones de la realidad social y calificación formal de la relación jurídica

Es cierto que el análisis sobre la concurrencia de los criterios de laboralidad en los casos concretos y conflictivos, encierra la dificultad propia del método, sistema indiciario, cuasi universal, que requiere de la presencia y constatación de determinados hechos a los que se califica como indicios.

La subsunción de los hechos o indicios en los rasgos o requisitos de laboralidad puede presentar algún inconveniente cuando se trata de describir los rasgos esenciales de una prestación de servicios en la que pueden presentarse cambios más o menos profundos derivados de la realidad social y económica que experimenta el trabajo desarrollado para otro a cambio de una retribución o remuneración. Lo que hace que la cuestión sea sumamente casuística, apegada al caso y supuesto concretos. Ya es común hablar, también en la actualidad, de aspectos o fenómenos, interrelacionados en muchas ocasiones; entre ellos, los cambios tecnológicos, que alteran en muchos casos la manifestación o exteriorización de indicios típicos de laboralidad y que influyen o repercuten en los de carácter organizativo y productivo. De ahí que el debate actual en nuestro ordenamiento jurídico no difiera del que se produjo en el pasado y tampoco del que se presenta ante los tribunales de otros países. Se manifiesta de nuevo ante los cambios profundos de la realidad social y económica y trasciende hacia una orientación conceptual (esto es, si están o no superados los elementos sustanciales en torno a los que se trazan

³⁹ Expresa al respecto PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La noción de trabajador...”, cit. 4: “No existe sometimiento a poder de dirección y control ajeno sobre la realización del trabajo por cuenta propia, pero sí al menos la eventualidad de indicaciones técnicas provenientes sobre la organización del trabajo, lo que no deja de ofrecer un flanco de oscuridad para la plena inteligencia del supuesto. Cuándo hay “dirección y control” por parte

del empresario y cuándo por parte del cliente “indicaciones técnicas” es algo que, desde luego, tan solo el propio legislador parece tener claro.”

la delimitación de la frontera del contrato de trabajo; si, en su caso hay que actualizarlos o reformularlos; si, en definitiva hay que apostar por la dependencia económica o por la ajenidad en el mercado...); y otra práctica, de resolución de los supuestos conflictivos, atendiendo a las nuevas formas de prestación de servicios y, en consecuencia, a lo que fueran nuevos hechos o indicios que requieren de la misma operación de subsunción en los criterios.

Si la dificultad de aplicación de los criterios de laboralidad proviene de la cada vez más compleja y heterogénea realidad normada, el método requiere en primer lugar fijar con precisión los hechos probados en las resoluciones judiciales, y posteriormente la confrontación o contradicción que permita al TS admitir el recurso de casación para unificación de doctrina, a cuyo través se pueda elevar esta cuestión, la de calificación jurídica de una determinada relación contractual, a la solución general y de cierre por el tribunal que ostenta la máxima jerarquía en nuestro sistema jurisdiccional ordinario.

La posibilidad de que el examen de la contradicción pueda entrar en el TS, cuando se trata de dilucidar sobre la calificación jurídica de la relación de prestación de servicios con base a supuestos de hecho, parte de analizar comparativamente los que se estiman probados en las resoluciones de contraste. En este sentido, en la sentencia de 7 de noviembre de 2017 (Rec. 3573/2015) recuerda que la STC 40/2014 configuró tal recurso como extraordinario, cuya finalidad es garantizar la homogeneidad de su doctrina y lograr la interpretación uniforme de la Ley, evitando la dispersión doctrinal derivada de la existencia de varios Tribunales Superiores, sirviendo así al principio de igualdad en su aplicación y al principio de seguridad jurídica.

Desde la perspectiva de la configuración del recurso, surge el interrogante siguiente: ¿es posible la concurrencia de identidad entre los hechos relevantes acreditados en cada caso cuando se trata de apreciar si hay o no relación jurídica laboral?; ¿qué aspectos resultan relevantes desde la perspectiva del presupuesto procesal de la contradicción cuando la diversidad o identidad sustancial única-

mente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, tal y como ocurre cuando el debate se centra en los términos en que ha de interpretarse el alcance del art.1.1 ET? Es cierto que a lo largo de estos años hay pronunciamientos diversos de la Sala IV del TS; en unos se descarta el examen del tipo de relación existente entre las partes por no concurrir la necesaria similitud entre los hechos comparados; en otros, por el contrario, se aprecia la suficiente identidad y hay pronunciamiento sobre el tipo de vínculo.

Advirtiéndose que para el TS no es anómalo que sobre unos mismos hechos haya valoración distinta por los diferentes órganos jurisdiccionales (o, lo que es lo mismo, que ante una misma realidad haya lecturas diferentes), se convendrá también que el uso del método indiciario en nuestro ordenamiento jurídico requiere que se precisen los indicios relevantes o determinantes, esto es, aquellos que puedan considerarse decisivos en orden a calificar la laboralidad o la no laboralidad de la relación cuestionada, y se haga atendiendo a la finalidad a la que sirve el recurso de casación para unificación de doctrina. Advierte el TS al respecto, “ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando” (STS de 8 de febrero de 2018, Rec. 3389/2015)⁴⁰.

Es así como “el manual” o “guía” de aplicación del método indiciario debe explicitar, al menos, a nuestro juicio algunos de los criterios previos o premisas de análisis en relación con la calificación jurídica que hayan adoptado las partes y su confrontación con las reglas legales.

⁴⁰ Reitera doctrina de anteriores sentencias, entre ellas SSTS de 24 de enero de 2018, Rec. 3394/2015 y 3595/2015, respectivamente.

En relación con la realidad manifestada, es habitual tachar de “fraudulenta” toda calificación previa por las partes que no coincida con el contrato de trabajo; o proclamar que la relación jurídica formalizada encubre un “falso autónomo”, con intención de alertar con prejuicios respecto de lecturas de la realidad condicionada por el contrato extralaboral. De modo que es habitual incidir sobre las reglas preventivas que se dice establece nuestro ordenamiento jurídico contra la “ocultación” de la existencia del contrato de trabajo; y se reiteran por jueces y tribunales presupuestos previos o preventivos a la hora de abordar la labor de calificación jurídica en el caso concreto conflictivo planteado, e incluso se unen factores sociales y económicos, de naturaleza no jurídica, como pudiera ser el de la dependencia económica.

Avancemos alguna respuesta en torno a esos criterios preventivos, analizando brevemente uno de ellos, es el la calificación formal.

Nos ilustra el voto particular a la STS sobre “tertuliano”, STS de 19 de febrero de 2014, Rec. 3205/2012, que “reconocer capacidad a la voluntad de las partes en la calificación contrato realizado puede resultar una guía útil para desbrozar los supuestos en los que la determinación del carácter laboral o no del vínculo contractual presenta tales dificultades, siempre que no lleve a resultados que se oponen a la función institucional del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector de la parte que se encuentra en una posición más débil. Aquí esta función no está en juego y las partes han sido muy explícitas a la hora de descartar la naturaleza laboral de la relación. Probablemente incluso algunas condiciones pactadas -como, por ejemplo, la retribución-podrían explicarse en ese contexto que queda alterado de forma significativa por una declaración *ex post* de laboralidad”.

Lo que parece dar a entender que no se debe a priori partir de que la calificación formal (no laboral) efectuada por las partes encierre en realidad una imposición de quién recibe la prestación hacia quien, como trabajador, está en una posición de inferioridad o vulnerabilidad. Con independencia del criterio económico-retributivo evaluador de la necesidad de protección del ordenamiento

laboral⁴¹, la vulnerabilidad económica, la dependencia económica, no es un elemento que permita delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y no es un rasgo exclusivo de quien trabaja en régimen de laboralidad

Aquella observación, sutil y de enorme trascendencia, pudiera tener reflejo en la actualidad cuando en general se trata de definir zonas grises en las que hay cierta autonomía en la ejecución de la prestación de servicios. Pero hasta la fecha no ha sido adoptada por el TS, insistiendo, por el contrario -utilizado también en otros tribunales foráneos- en el criterio de la primacía de los hechos⁴², que directa o indirectamente, implícita o explícitamente parece estar en

⁴¹ En este sentido, CASAS BAAMONDE, M^a E.: “Las fronteras móviles del contrato de trabajo y la función institucional del Derecho del Trabajo: los periodistas tertulianos”, en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*; Edit. Tecnos, 2016, p.75.

⁴² Principio que se propuso inicialmente por el Parlamento Europeo en su Informe sobre la Directiva relativa a condiciones transparentes y previsibles en la UE (art. 14 bis, Primacía de los hechos, “la determinación de la existencia de una relación laboral se guiará por los hechos relativos a la ejecución real del trabajo y no por el modo en que las partes describen la relación”). Y que en el texto finalmente adoptado el 16 de abril de 2019, aparece de soslayo en el Considerando 8, cuando expresa: En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. *La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación.*

relación con la regla no escrita de la diferente posición o “poder de negociación” de las partes. Surgiendo al respecto varias cuestiones: ¿cuándo la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que puedan dar las partes a la relación que conforman?; ¿cuándo hay que confrontar la calificación formal dada por las partes y la realidad material?; ¿cómo discernir que ha habido en su caso imposición por el empresario y posición de vulnerabilidad del trabajador? Y no se trata de que pueda utilizarse este argumento cuando, como se advierte, “haya una calificación errónea o interesada” (STS de 18 julio 2018, Rec. 2228/2015), porque, indudablemente o bien se trata de un prejuicio o es el resultado final de la operación valorativa, la conclusión de la aplicación del método indiciario. Requiere el método, en primer lugar, que las partes en conflicto presenten indicios de laboralidad y de extralaboralidad respectivamente, y entonces analizar en cada caso el real contenido obligacional, las prestaciones realmente llevadas a cabo en relación con la calificación formal previa de las partes, fundamentalmente el cambio de prestación de servicios por retribución, y la concurrencia o no de los requisitos que determinan la laboralidad. La primacía de los hechos es de aplicación general conforme a la teoría general de los contratos, y debe entenderse, en sentido recto, que no toda calificación extralaboral de una relación de prestación de servicio conlleva de suyo una “presunción de fraude” porque, como advierte el TS, la línea divisoria entre el contrato de trabajo y, particularmente, el de arrendamiento de servicios, en los que coincide el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios, no es nítida ni en la doctrina, ni en la legislación ni siquiera en la realidad social (tal como recuerda, entre otras, las SSTs de 8 de febrero de 2018, Rec. 3389/2015 o la de 18 de julio de 2018, Rec. 2228/2015).

Es así como la guía jurisprudencial debería adoptar una regla de contención para evitar que esta premisa (realidad material del tipo de relación establecida entre las partes más allá de las formalidades externas) se utilice siempre en sentido negativo, esto es, para advertir que no resulta relevante la califica-

ción jurídica extralaboral que le otorguen las partes al contrato celebrado entre ellas, despreciando en todo caso los elementos queridos por ellas o la inclusión de cláusulas respecto de las que se demuestra, no obstante, que han tenido efectividad en el caso concreto. Aunque haya situaciones o prácticas fraudulentas de simulación en algunos casos; porque, el fraude no se presume y lo contrario equivale de hecho a invertir siempre la carga de la prueba, tal y como ha manifestado el TS en la STS de 18 de mayo de 2018, Rec. 3513/2016, relativa a cooperativas de trabajo asociado. Se dice al respecto que corresponde “a la cooperativa la carga de probar que desarrolla una actividad real en beneficio de sus socios”. Y ésta regla, no prevista legalmente, permite en todo caso soslayar la voluntad real y efectiva de las partes, esto es, la celebración de un contrato no laboral cumpliendo con los criterios establecidos en el desarrollo de la prestación.

2.2. Las dificultades de calificación. El transfondo técnico-jurídico

La calificación técnico-jurídica del trabajo prestado para otro en nuestro ordenamiento jurídico es compleja porque es heterogénea la tipología contractual, las formas de contratación del trabajo, para dar cobertura jurídica a la prestación de servicios en régimen de alteridad, sea civil, mercantil o laboral.

Sigue siendo un rasgo que define el discurso jurisprudencial contraponer contrato de trabajo-contrato civil de arrendamiento de servicios, como rémora del origen del Derecho del Trabajo, advirtiendo, también como premisa del método indiciario, que éste, el contrato de arrendamiento de servicios es el género, mientras el contrato de trabajo es la especie. En la realidad de la evolución jurisprudencial, y pese a que esta primera afirmación se mantiene en la “guía” más actual de delimitación⁴³, convendríamos que el arren-

⁴³ Cabe citar como ejemplo, la STS 16 de noviembre de 2017, Rec.2806/2015, asunto “traductores e intérpretes”, F.D.3º: “En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el inter-

damiento de servicios, civil/mercantil, es hoy una figura residual en el plano técnico-jurídico, si bien ha cobrado fuerza en el plano de la realidad o manifestación del acuerdo contractual entre las partes, en aquellos casos, entre otros como advierte la doctrina⁴⁴, de aumento de supuestos de descentralización productiva en las empresas. A lo que se podría añadir que en muchos casos la realidad manifiesta que, aunque la cobertura de la relación jurídica de prestación de servicios sea formalmente un contrato civil o mercantil de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra, no se oculta por las partes -y deriva de la descripción de los hechos/indicios- que en la ejecución de la prestación de servicios hay una cierta “dependencia” en términos de coordinación o de hetero-organización. Si ello es así, no cabría afirmar de forma tajante que ésta, la dependencia, pueda tener la virtualidad delimitadora del contrato de trabajo, aunque así se mantenga por la jurisprudencia tal vez como una tendencia continuista que exige contraponer ambas figuras contractuales bajo la óptica de la finalidad tuitiva o protectora del Derecho del Trabajo.

Las dificultades de delimitación del contrato de trabajo si confrontado con otras figuras contractuales se ha intentado solventar a lo largo de estos años con la utilización también en esa “guía” jurisprudencial de la denominada *presunción* de existencia de contrato de trabajo. En efecto, es habitual leer en las sentencias actuales del TS que el art.8º.1 ET encierra una presunción *iuris tantum* de laboralidad entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe (SSTS de 8 de febrero de 2018 y de 18 de julio de 2018, citadas) o una *tenue* presunción (STS de 7 de noviembre de 2017, Rec. 3573/2015). Es cierto que la argumentación del TS sobre la concurrencia de la presunción ha variado sustancialmente a lo largo de estos años; si hace tiempo para el TS bastaba que se

probara la prestación de servicios para que entrara en juego la “presunción”, no se puede obviar que el precepto estatutario exige que haya una prestación de servicios cualificada con las notas de ajenidad y dependencia.

De ahí que levemente el discurso se haya modificado, siendo habitual en la actualidad que en las resoluciones del TS se utilice como elemento de cierre de la argumentación, previa constatación de los indicios o hechos probados y una vez concluida la operación subsuntiva de la que deriva la “concurrencia de las notas típicas de la relación laboral”. Se utiliza como *obiter* dicta en muchas resoluciones, para afirmar que además, opera en el caso la presunción de laboralidad. Es innecesario y de hecho reduce, por no decir elimina, cualquier resquicio tendente a su virtualidad como instrumento para calificar como laboral a supuestos en los que no queden acreditados hechos de los que se infiera que hay relación de ajenidad o dependencia⁴⁵. Siendo la presunción un método de fijación de hechos y no de calificación jurídica, no admite dentro de su estructura situaciones jurídicas ni categorías jurídicas, como es el contrato de trabajo. De modo que debiera eliminarse de la “guía” jurisprudencial para evitar que se pueda atribuir la condición de laboral a supuestos no suficientemente probados⁴⁶.

2.3 Sobre los rasgos no esenciales de laboralidad

Avancemos en la aplicación del método indiciario, determinando qué requisitos o rasgos son los que deben exteriorizar los hechos concurrentes en el caso concreto.

Es habitual, como se sabe, distinguir, entre los requisitos legales, los que cabe definir como esenciales frente a los no esenciales para la calificación jurídica del trabajo prestado para otro.

Entenderíamos por esenciales, los necesarios y determinantes en tanto que deciden y

cambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”.

⁴⁴ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: *Formas alternativas de contratación del trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*; 2007, Edit.Aranzadi, p. 55 y ss.

⁴⁵ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: *Formas alternativas de contratación...cit*, p.55.

⁴⁶ GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*; Edit.Thomson-Civitas, 2008, pp.108-11.

resuelven la operación jurídica. Y por requisitos no esenciales (aunque necesarios) aquéllos que, comunes o compartidos entre el trabajo asalariado y el autónomo tipo, no permiten distinguir a uno de otro⁴⁷, entre el contrato de trabajo y otras formas alternativas de contratación de servicios.

No son esenciales la habitualidad, la retribución, y el carácter personal de la prestación de servicios o lo que cabe entender como trabajo personalísimo⁴⁸.

La habitualidad, desde una perspectiva temporal, frente a la ocasionalidad o marginalidad o carácter esporádico, refiere al ejercicio continuado de la actividad para otro. No es elemento constitutivo del contrato de trabajo, que admite que haya encargos concretos y diferenciados (tal y como ocurre en la STS de 16 de noviembre de 2017, Rec. 2806/2015, relativa al supuesto de prestación de servicios a demanda de interpretación y traducción); de modo que es irrelevante en el supuesto concreto que haya o no pacto de exclusividad o que haya pacto de no exclusividad. De hecho, la exclusividad, con límites, se prevé en el TRADE (arts. 1 y 11 LETA). Advertido por el TS en la sentencia *supra*, “que no desvirtúa la laboralidad el hecho de que no conste régimen de exclusividad”, también cabría afirmar lo contrario.

Tampoco es esencial de la laboralidad la ausencia de “libertad” para aceptar o rechazar los encargos concretos, que en numerosas ocasiones se une al dato de que haya pacto expreso de exclusividad o a que hubiera algún riesgo por no aceptación (normalmente reiterada) o premio en caso de aceptación. Téngase en cuenta que la STS de 7 de noviembre de 2017, Rec. 3573/2015, en relación con la prestación de servicios de músicos en una orquesta

sinfónica, destaca, como elemento o rasgo de no laboralidad que aquéllos “poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos (no siendo sancionados si faltan)”.

Ya se trate de una relación laboral o de una relación extralaboral, es decir, tanto si se ha pactado un contrato de trabajo como si hay un previo acuerdo de colaboración extralaboral, el posible riesgo a que no se le vuelva a llamar si no aceptara el encargo existiría del mismo modo. De ahí que aún en caso de TRADE, se planteara la cuestión siguiente: ¿es consustancial o síntoma de autonomía que este prestador de servicios disponga de facultad para aceptar el encargo del cliente? Se trata, cualquiera que sea la fórmula jurídica, de una obligación de prestar servicios según los términos previstos en el contrato; y si éstos no se cumplen, incumplimiento contractual de una obligación, sea o no laboral. Cuando, como ocurre en la realidad actual, en algunas ocasiones el trabajo se desarrolla a través de encargos concretos y diferenciados, individualmente retribuidos, parece que no puede utilizarse como indicio de laboralidad pero tampoco de lo contrario; se trate de trabajos asalariados o autónomos puede haber un mínimo de actividad garantizado por ambas partes, y por tanto en ambos la valoración de la libertad para aceptar/rechazar encargos debe girar del mismo modo en relación con el riesgo de que no se le vuelva a llamar (STS de 16 de noviembre de 2017, traductores).

La retribución (consustancial al carácter lucrativo de los servicios prestados), cualquiera que sea el tipo de prestación de servicios, se diferencia de una mera compensación económica por gastos (tanto en el trabajo asalariado como en el autónomo). Fuera de este caso, y como quiera que cada vez son más diferentes (y admitidas) las formas que puede adoptar la retribución, entre ellas, la de pago por tarea realizada, o en función de las actuaciones realizadas, cantidad fija y periódica determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada, se convierte, de existir, en un criterio neutro o vacío en la calificación jurídica. (STS de 16 de noviembre de 2017, Rec. 2806/2015).

Tampoco lo es el carácter personal, el que el TS ha denominado “compromiso personalí-

⁴⁷ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M^a y GARCÍA RUBIO, M^a.A.: “Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma” en PÉREZ DE LOS COBOS OIHUEL, F. (Dtor): *El trabajo en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, 2018, p.46 y ss.

⁴⁸ Por el contrario, el TS, sentencia de 7 de noviembre de 2017, expresa que se han de considerar esenciales la voluntariedad, retribución y compromiso personalísimo de desarrollar la actividad.

simo de desarrollar la actividad”. Como adelantamos, se admiten en la jurisprudencia excepciones, esto es, sustitución, más o menos esporádica⁴⁹, residual o incluso la de cierta reiteración; con el límite, parece, de la subcontratación. Pero, sin duda, cuando se trata de discernir sobre la laboralidad o no del vínculo jurídico, todo apunta a que si hay libertad por parte del prestador del servicio para buscar sustituto, y en el desarrollo de la relación acordada hay manifestación real, efectiva y con entidad suficiente de esa posibilidad de sustitución formalmente pactada, habría que concluir, necesariamente, que es indicativa de la existencia de una cierta capacidad organizativa del trabajador, y con ella de la ausencia de dependencia⁵⁰. Aspecto diferente, atendiendo a las subfronteras en nuestro ordenamiento jurídico y a la respuesta legal al respecto, es que en caso de apreciarse la libertad de sustitución se pudiera concluir que el prestador del servicio es un TRADE. Recuérdese que, conforme al art.11.2 LETA, éste no puede tener a su cargo a trabajadores por cuenta ajena (salvo en los supuestos previstos legalmente) y tampoco contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros. Debiera por tanto, adoptar una posición unánime al TS al respecto porque no puede ser y no ser al mismo tiempo; recuérdese que la STS de 7 de noviembre de 2017, sobre prestación de servicios de músicos, declara que no hay relación laboral cuando... aquéllos “organizan su propia sustitución si su instrumento es imprescindible (para el ensayo o concierto)...”.

2.4. Sobre los rasgos esenciales de laboralidad

Del elenco de rasgos legales se reducen a dos, ajenidad/dependencia, los criterios o rasgos que pudieran concebirse como sustanciales, necesarios y determinantes de la calificación jurídica de laboralidad. Respecto de ellos,

es lugar común comenzar el discurso acerca de la dificultad técnico-jurídica, derivada del que se estima alto grado de abstracción o indeterminación de las notas o rasgos, en especial, el de la dependencia. La regla jurisprudencial al respecto, bien conocida, se sintetiza en la afirmación siguiente:

... “tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción y, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación”.

La estrecha relación, puede ser entendida en un sentido doble. Por un lado, en la concreción del método indiciario, indicando al respecto se exige su concurrencia; por otro, en su delimitación conceptual.

Si desde la primera, habría que indagar si se trata o no de requisitos cumulativos, de modo que su ausencia, la de uno u otro, o la de ambos, situara el trabajo prestado fuera de las fronteras de laboralidad, contraponiendo entonces el trabajo en régimen de ajenidad y dependencia al trabajo por cuenta propia y autónomo. Es cierto que se afirma en la jurisprudencia que, si falta alguno de los requisitos de laboralidad, hay que entender que la prestación de servicios queda al margen del contrato de trabajo⁵¹; pero el proceso valorativo se complica cuando la realidad demuestra que, como bien ha explicado la doctrina, puede presentarse un trabajo por cuenta propia en régimen de dependencia (el trabajo en cooperativas de trabajo asociado), y un trabajo que puede calificarse como autónomo pero en régimen de ajenidad o alteridad⁵².

Aunque dogmáticamente se sigue expresando la duda en torno a la virtualidad calificadora de esos requisitos, así como si han o no de

⁴⁹ Vid, al respecto, traductores e intérpretes, STS de 16 de noviembre de 2017, Rec. 2806/2015: ...” carece de entidad suficiente para desvirtuar la nota de trabajo personalísimo el hecho de que fuera sustituido esporádicamente por familiares, de acuerdo con la doctrina sentada en la STS de 25 de enero de 2000, Rec. 582/1999”.

⁵⁰ LUJÁN ALCÁRAZ, J.: La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo; Madrid, 1994, pp.327-333.

⁵¹ Reitera en varios pasajes la STS de 7 de noviembre de 2017 que “recordemos, asimismo, que la quiebra de cualquiera de tales predicados impide que estemos ante un contrato de trabajo”; o que “la quiebra de uno de los caracteres esenciales del contrato de trabajo impide que el mismo exista”.

⁵² Vid., CRUZ VILLALÓN, J.; “El concepto de trabajador subordinado frente a la nuevas formas de empleo”, RDS, núm.83, 2018, p.26.

concurrir, y si UNO deriva del otro; si una, la dependencia, es o no una manifestación de la otra, la ajenidad, de la realidad social y económica se aprecia que la nota que define de forma más precisa la laboralidad es la que refiere al modo en que se desarrolla y organiza el trabajo por cuenta ajena. Al respecto cabe afirmar, puesto que el legislador no ha optado formalmente por una vía alternativa de establecer una figura intermedia de semi-laboralidad, que los jueces y tribunales han de resolver casos en los que hay un trabajo para otro (en los frutos, en la utilidad patrimonial, en el mercado...) pero se constata que solo en sentido laxo puede hablarse de dependencia personal u organizativa, o, más sencillamente, resultando dudoso calificar en el supuesto que hay dependencia laboral porque se constata en la prestación de servicios ausencia de una plena autonomía organizativa propiamente dicha aunque haya coordinación por el comitente. Ésta situación, resuelta en algún país de nuestro entorno como vimos *supra*, adoptando la fórmula de ejecución organizada por el comitente (Italia), y no asumida por el legislador español, es la razón tal vez de que se haya avanzado, implícitamente, hacia una teoría gradual del requisito de dependencia; confundiendo con la graduación de los signos de exteriorización que la pueden hacer visible, y, al final, convergiendo indicio-concepto cuando se concluye afirmando en ocasiones que el indicio de laboralidad (hecho) coincide con la propia definición de dependencia. Esto es con “la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empresario”, y el indicio de no laboralidad con el reverso, “ausencia de organización propia del trabajador”.

Utilicemos la fórmula sintética que el TS manifiesta en la STS de 8 febrero 2018, Rec.3389/2015; dice al respecto:

“La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato”⁵³.

¿Qué cabe entender por ajenidad, respecto al régimen de retribución? Es cierto que aún hoy nos preguntamos por el significado de ajenidad cuando se le han atribuido diferentes acepciones, en los frutos, en la utilidad patrimonial, en los riesgos, en el mercado (con la variante, por un sector de la doctrina, de la ajenidad en la marca) o en la titularidad de la organización empresarial... De modo que las distintas acepciones presentan diferentes criterios para definir en qué se concreta la alteridad del trabajo para otro y respecto de cada una de ellas, o de todas en su conjunto, se aprecia flancos para su consideración como rasgo, formalmente esencial, definidor sin figuras de la relación laboral.

Algunas consideraciones al respecto. La ajenidad en los riesgos, la que se describe como no asunción de responsabilidad por el buen fin de las operaciones en las que participa el trabajador, conecta inevitablemente con la retribución, en el sentido de retribución mínimamente garantizada, cuando, no puede olvidarse, el autónomo goza de esa garantía en el art.10.1 LETA.

En lo que refiere a la ajenidad en el mercado, cabría entender que el trabajador autónomo ofrece sus servicios al mercado mientras el asalariado se los ofrece a un empresario que a su vez los pone en el mercado. Lo que se ha definido como “asunción de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público”⁵⁴. De modo que siempre que hubiera un sujeto interpuesto entre el mercado (usuario final) y la persona que presta el servicio, ésta debería ser considerada trabajador asalariado.

Debe advertirse que el TS utilizó esta acepción de la ajenidad, la del mercado, como elemento o rasgo sustancial en la sentencia 2014 de los tertulianos, derivando de la misma la dependencia; parecía olvidada, y se ha vuelto a considerar (sentencia traductores 2017) entre los rasgos de delimitación de la figura del trabajador asalariado frente al autónomo. Pero, aunque haya una empresa cliente interpuesta, en la que puede quedar integrado el sujeto que

⁵³ Vid. también entre otras SSTS 24 enero de 2018, Rec. 3595/2018 o 18 de julio de 2018, Rec. 2228/2015.

⁵⁴ Como la fijación de precios o de tarifas; vid., entre otras, STS 16 de noviembre de 2017, Rec. 2806/2015.

presta el servicio, ello no quiere decir que siempre se trabaje o preste el servicio en régimen de dependencia organizativa, y tampoco siempre en régimen de dependencia económica.

Se utiliza también la acepción de ajenidad en la titularidad de la organización empresarial (de la que deriva la integración del trabajador en la organización de trabajo de otra persona que es quien programa la actividad del trabajador; y que se deduce en muchos casos de la pertenencia al empresario de los medios de producción empleados en la ejecución del servicio). En el fondo se trata de discernir y diferenciar entre el desarrollo de la actividad empresarial (sus medios y soportes) y el desarrollo de la prestación de servicios del trabajador para la empresa; son aspectos que se presentan en planos diferentes y que deben separarse claramente porque en discusión no está el primero, sino el segundo.

Lo que además exige atender a las características del trabajo realizado en aquellos casos en los que hay un soporte material/inmaterial, que en terminología tradicional se denominan herramientas de trabajo y su propiedad. Pongamos el ejemplo de la economía de plataformas digitales y preguntémosnos si la herramienta principal de trabajo es el medio de transporte (bicicleta, moto...), o el móvil, cuya propiedad son del trabajador; o por el contrario la aplicación informática de titularidad empresarial. Debiendo determinar el valor principal o secundario (o auxiliar) que tienen aquellas, las de propiedad del trabajador, para la actividad personal de quien presta el servicio. Recuérdese que, desde la sentencia de los mensajeros, habrá que determinar si el trabajador es titular de los medios necesarios y esenciales para desarrollar su actividad (en cuyo caso no parece que haya laboralización), aunque esos medios puedan considerarse que tienen un valor inferior a otros que permitan el desarrollo de la actividad empresarial. O, por el contrario, si el trabajador aporta herramientas o medios de producción que solo tienen carácter auxiliar o secundario para su actividad personal o cuando carezcan de entidad económica suficiente para convertir al prestador de servicios en titular de una explotación empresarial. Lo que, de nuevo en relación con el supuesto de las plataformas digitales de

reparto, ¿quién aporta los medios principales para ejecutar el servicio subyacente?

Si convenimos que el elemento o rasgo esencial de laboralidad es la dependencia personal, organizativa, o subordinación; no la dependencia económica, surge la duda de su definición precisa para, posteriormente, constatar su existencia (o su ausencia) conforme a los indicios o medios de exteriorización. Nos recordaba el voto particular de la STS de 2014 sobre “tertulianos”:

“Es cierto que se fija el tema a debatir y hay un horario del programa en el que se tiene que estar disponible para establecer una conexión. Pero esto no es un elemento de dependencia, sino que forma parte de las obligaciones de coordinación que son propias de todos los contratos de colaboración, desde el contrato de transporte hasta el de obra. Incluso en el encargo de una conferencia o de un artículo se fija normalmente el tema y el tiempo de realización o de entrega”.

La indefinición legal ha propiciado que vaya calando el que se dice proceso de flexibilización, espiritualización; o la interpretación finalista y pragmática, o, en fin, la relectura flexible matizada; pero hay que responder a si en todo caso se ha de concluir la necesidad de reconfigurar o readaptar el requisito de dependencia o de subordinación. Aun cuando se alzan voces a favor de esta solución, debe afirmarse que el requisito de la dependencia ni está superado ni requiere de actualización o reformulación. Una cosa es la actualización de los requisitos y otra, diferente, la actualización de los indicios o vías de exteriorización⁵⁵ acompañada a los cambios derivados de avances tecnológicos y organizativos en el trabajo, a los que tal vez se haya dado excesiva importancia en su virtualidad transformadora para avanzar soluciones en los conflictos de calificación jurídica que hasta la fecha se han producido. No cabe a nuestro juicio utilizar como indicio de dependencia la propia definición de dependencia, inserción del trabajador en la organización del trabajo y ausencia de organización por parte del trabajador; ni abo-

⁵⁵ O la revisión de sus signos de exteriorización, como indicaba PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pp.40-41.

gar por la flexibilización de la misma hasta desnaturalizarla⁵⁶, esto es transformarla en un criterio vacuo desde la perspectiva técnico-jurídica para reconvertirlo en un criterio económico, el de la dependencia económica.

Si la dependencia tiene un sentido técnico-jurídico enfocado en la organización, dirección, programación del trabajo por el empresario, cabe seguir entendiendo que se define a partir del triple criterio de control, dirección y ejercicio del poder disciplinario por quien recibe el servicio (la triple acepción que define el poder contractual de organización del empresario). Y sobre estos aspectos hay que seguir indagando en su significado, de modo que, en lo que respecta al control, y constatando que éste admite modos de ejercicio diferentes a los tradicionales, habrá que valorar ahora los que se aparecen como más novedosos, el uso de la geolocalización, trazabilidad (valoración reputacional por el cliente) y algoritmos. Sobre la geolocalización, la duda es si es un mecanismo de exteriorización de la actividad de organización y control empresarial o, por el contrario, refleja en todo caso la organización y control de la actividad del propio trabajador, debiendo además en este caso, valorar si su uso es o no obligatorio. Sobre el sistema de evaluación del trabajo externo a través de la valoración de los usuarios (clientes o usuarios finales), que cada vez se refleja más en aquellas actividades en las que hay un servicio directo por parte del trabajador hacia el usuario final o consumidor, se habrá de indagar si es un método de control indirecto de la ejecución del trabajo de efectos tan o casi tan eficaces como cualquier otro mecanismo de control directo o, por el contrario, es un mecanismo de valoración de la propia actividad empresarial que se ofrece al usuario final. Sobre los algoritmos, se habrá de valorar si hay o no una “delegación de decisiones empresariales a programas informáticos que, dotados de enormes capacidades, pueden realizar razonamientos programados de rendimiento y calidad de servicios y de ejecutar estas decisiones”⁵⁷, de

modo que pueda definirse sin fisuras un “trabajo bajo gestión algorítmica”⁵⁸.

Por lo que refiere al poder directivo y a la manifestación a través de instrucciones, se habrá de valorar con precisión si puede ejercerse de modo más relajado o menos intenso, y en este caso, hasta dónde el menor nivel de intensidad. Si hablamos de instrucciones o indicaciones recibidas para ejercer el trabajo debido (ya se sabe, compatible con la autonomía técnica del trabajador altamente cualificado), debe tenerse en cuenta que en ocasiones las que tienden a concretar el objeto del contrato pueden no diferir de las que puede recibir un autónomo coordinado o hetero-organizado (cuando por ejemplo, la prestación está predeterminada por la consecución de un resultado cierto y la retribución condicionada por éste). Si se diferencian en términos de grado o nivel, y en la dependencia laboral se estima que debe darse un paso más que la mera concreción del encargo, habrá que determinar los términos en que cabe considerar que existe la precisión requerida o, por el contrario, solo hay una mera recomendación, orientación o indicación, y en este sentido, si hay un margen de libertad real en el prestador del servicio para cumplirlas o no; lo que, inmediatamente, conecta con las posibles penalizaciones previstas para el caso de que no las cumpla.

2.5. Sobre los medios de exteriorización de los rasgos de laboralidad o extralaboralidad

Recordemos que, entre otras, la STS de 20 de enero de 2015, Rec.587/2014, afirmaba que en la resolución de los casos litigiosos ha de recurrirse con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a *un conjunto de hechos indiciarios de una y otra (de la ajenidad y de la dependencia)*.

Se trata, por tanto, de un método de axiomático sobre los rasgos sustanciales de labo-

entendimiento laboral”, *IusLabor*, núm.1, p.5.

⁵⁸ ALEX, R. and STARK, L.: “Uber’s Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work” (October 15, 2015), puede consultarse es http://www.123starcab.net/Download/Rosenblat_Stark_Uber_%E2%80%99s_%20Drivers_%20Information_%20Asymmetries_%20and_%20Control_%20in_%20Dynamic_%20Work.pdf

⁵⁶ Al respecto, MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho de Trabajo (REDT)*, núm.91, 1998, p.714.

⁵⁷ AGOTE EGUIZABAL, R.: “On demand economy: 10 claves de

ralidad, que requiere fijar con precisión los hechos relevantes acreditados en cada caso; describirlos como vías exteriorización de esos requisitos; valorar su fuerza o consistencia, graduándolos y determinando si son fuertes o consistentes o meramente orientadores de los requisitos. Porque junto a ellos habrá que contraponer los que denotan o pudieran exteriorizar la ausencia de esos requisitos.

De modo que el método es abierto y flexible porque los indicios o signos de exteriorización mutan, cambian, según la realidad y las circunstancias concretas en relación con el modelo de negocio y la forma de organización del trabajo.

Requiere valorar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo que, aún con dosis de discrecionalidad, exige una apreciación conjunta, no selectiva o de espiguelo. El que el método no sea axiomático no significa que se pueda utilizar de modo que, en la realidad, se invalide por el intérprete que lo utiliza ante la imprecisión legal y con la finalidad, teórica, de alumbrar claridad y precisión. Si ello es así, habrá que ser consecuente con el resultado que arroje la operación de peso o contrapeso de los indicios existentes, en pro o en contra de la laboralidad. Si, puestos por un lado los que exteriorizan laboralidad y por otro los que manifiestan extralaboralidad, resultara la quiebra de uno de los caracteres esenciales, habría que concluir sin ambages que la relación no es laboral. Dicho de otra forma, el método utilizado en aras de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, requiere que la operación valorativa sea, como gráficamente ha expresado la doctrina, bidireccional⁵⁹.

Es habitual que en el método se introduzcan varios elementos diferenciadores de los indicios o hechos concurrentes en el supuesto concreto.

Se distingue por la jurisprudencia entre indicios comunes o más habituales de dependencia/ajenidad, en tanto que aplicables a la generalidad de las actividades o trabajos⁶⁰ cuando

éstos presentan rasgos clásicos o tradicionales en la organización del trabajo. E indicios específicos, propios de ciertas actividades laborales o profesionales con peculiaridades en el sistema organizativo (en este sentido, por ejemplo, STS de 8 de febrero de 2018).

Se diferencia también entre indicios relevantes/no relevantes, en este caso entendiendo que lo son porque o bien son marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza o consistencia. Lo que evidencia, con claridad, que haya qué preguntarse por el criterio que define la marginalidad o la razón por la que unos tienen más fuerza que otros. Si, por ejemplo, nos preguntamos por el valor que tiene el usar o no la misma vestimenta que el personal de la persona, o que en la empresa haya trabajadores por cuenta ajena junto a los contratados como no asalariados; o en fin, que los trabajadores porten elementos de la marca de la empresa, podríamos convenir que en ocasiones no se presentan como indicios relevantes. De nuevo aquí, contraposición relevancia/irrelevancia exige valoración rigurosa atendiendo al sentido bidireccional, sin que quepa una interpretación tan discrecional que en la realidad se demuestre que los indicios utilizados son dúctiles y vacuos y que el sistema o test

de laboralidad", siguientes: Serían indicios de subordinación la sujeción del trabajador a horario fijo, su adscripción a un centro de trabajo habitual de la empresa, la integración en la estructura organizativa o en el organigrama jerárquico empresarial y el sometimiento a órdenes o instrucciones, o bien a mecanismos de supervisión del trabajo, por parte del propio empresario o de personas en quien este delegue. Igualmente, la obligatoriedad de aceptación por el trabajador de las encomiendas de trabajo realizadas por la empresa jugaría como indicio de subordinación, por contraste con la libertad de aceptación o rechazo de encargos, que se considera propia del trabajo autónomo. La existencia de una remuneración periódica fija se entiende como indicativa de ajenidad, a diferencia del pago por resultado, que se considera más habitual en el trabajo por cuenta propia, aunque no necesariamente excluiría la calificación como laboral de la relación. De modo similar, el suministro de las materias primas, herramientas o útiles de trabajo por la empresa indicaría ajenidad, mientras que su aportación por el mismo trabajador sería en general lo usual en el trabajo por cuenta propia, aunque tanto en el trabajo asalariado como en el trabajo autónomo pueda haber excepciones a ese patrón general. Por último, el trabajo en régimen de exclusividad para un único empresario se toma como "indicio de laboralidad", por cuanto puede ser denotativo tanto de subordinación como de ajenidad en la prestación de servicios.

⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: "El concepto de trabajador...", cit., p.36 y ss.

⁶⁰ Cabe extraer de la jurisprudencia los "indicios clásicos

utilizado en torno a los que se dice indicios “tradicionales” tiene solo un valor orientativo.

O, en fin, emerge la diferencia entre indicios clásicos y nuevos de dependencia / ajenidad. Y sobre todo el valor que haya de darse a estos nuevos, a los que se caracteriza como necesarios para acompañar los requisitos de laboralidad a las nuevas realidades y formas de trabajo. ¿Cuáles sean éstos y qué deben exteriorizar en relación con la prestación de servicios? ¿Qué indicios han perdido funcionalidad y en relación con qué tipo de actividad? Se habla en este nuevo contexto de los que exteriorizan una inserción difusa en una esfera ajena de programación y organización de la actividad o de los que manifiestan la existencia de dirección y control de la actividad aunque no se ejerza de modo “incisivo” pero haya por la empresa el poder de disposición sobre la ejecución del trabajo.

Estos indicios nuevos se confrontan con los tradicionales, respecto de los que se aprecia su cambio o mutación. En relación con la dependencia, hay dos parámetros en relación con la prestación de servicios, el temporal (horario y jornada predeterminados por el empresario; habitualidad, frente a la escasa o breve duración) y el locativo, (lugar de trabajo en locales del empresario o donde éste indique), que se han venido estableciendo como indicios relevantes de laboralidad. El indicio clásico de dependencia en relación con el tiempo de trabajo se relaja en muchos casos; por ejemplo, se admite que no haya horario fijo cuando, como ocurre en la STS de 16 de noviembre de 2017, se afirma que ese horario “éste viene impuesto por las necesidades de los organismos que solicitan a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir”. Lo que significa considerar irrelevante de la ausencia de laboralidad el hecho de que no haya jornada y horario preestablecidos. Si ello es así, la libertad del prestador de servicios para decidir sus tiempos de trabajo -configurada en una visión estricta de dependencia como reveladora de autonomía- se traduciría en un hecho compatible con la calificación de laboralidad de la relación. Y, en definitiva, se habría pasado de definir un indicio relevante a ser meramente orientativo.

Se considera relevante de ausencia de ajenidad la utilización de *medios propios* en la realización de la actividad. Así se advierte, por ejemplo, en la STS de 7 de noviembre de 2017, cuando se indica expresamente que “aportan instrumental propio (cuyo mantenimiento soportan)”. Pero también se expresa, STS de 16 de noviembre de 2017 (Traductores e intérpretes) que “no impide la calificación de laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación- descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales”.

Aún cuando el método sea calificado de abierto en su manifestación y en su valoración⁶¹, debe orientar claramente hacia la igualdad y seguridad que requieren todos los actores, las empresas y los trabajadores, y para aquellas, cualesquiera que sea el modelo de negocio por el que han adoptado. De modo que en su aplicación se ha de procurar:

Uno, contener el proceso de “espiritualización” de la noción jurídica de dependencia para no desembocar en la desnaturalización del concepto que le haga perder en la práctica valor definidor y diferenciador. Por mucho que se siga afirmando formalmente que es el requisito esencial.

Dos, asumir el resultado del peso que en el caso concreto tengan los indicios de laboralidad o de no laboralidad presentes en la relación jurídica de prestación de servicios. La nula eficacia de la ausencia de alguno de los indicios de laboralidad se resuelve, en muchas ocasiones, por el fácil expediente de calificar los indicios inexistentes de laboralidad como secundarios o no relevantes.

La interpretación pragmática, finalista, flexible que se dice de la adaptación de los signos de exteriorización a las nuevas realidades con la finalidad de expandir el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo y encajar la prestación de servicios retribuidos en

⁶¹ GOERLICH PESET, J.M^a y GARCÍA RUBIO, M^a.A.: “Indicios de autonomía...”, cit, p.38.

los confines del contrato de trabajo, con un enfoque de “gran angular”, debe orientarse equilibradamente con un enfoque técnico-jurídico. Es cierto, como se advierte en resoluciones judiciales españolas y en otros países (en concreto, en lo que respecta a la realidad del trabajo en plataformas digitales) que pudiera convenirse en la necesidad de orientar

hacia la tutela jurídica del autónomo cuando éste también está en una posición de vulnerabilidad o desequilibrio económico, pero en modo alguno corresponde a jueces y tribunales forzar la inclusión en el molde del contrato de trabajo. Es ésta una cuestión que, en su caso, ha de resolver el legislador.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La cuestión relativa a la frontera de laboralidad y no laboralidad del trabajo prestado por una persona con finalidad económica (de subsistencia personal y familiar) en beneficio de otra a cambio de su remuneración bien puede ser considerada atemporal o intemporal y universal.

Atemporal, porque es uno de los “compañeros de viaje” en la evolución del Derecho del Trabajo en sentido estricto. Calificábamos el problema como “universal” porque está permanentemente abierto, permanentemente debatido y discutido en todos los sistemas jurídicos, tanto los de *common law* y sus influencias como en los continentales o de *civil law*; ocupa y preocupa a todos los actores y operadores jurídicos, también por supuesto a la dogmática laboralista española y foránea.

La ordenación legal en nuestro país ha necesitado de la combinación en su justa proporción de la construcción sistemática y conceptual por el fin del Derecho y su finalidad y su realización práctica; es decir, el discurso dogmático ha necesitado de la jurisprudencia, trascendiendo también ésta desde su utilidad para la solución de casos y problemas concretos, a su valor en la configuración de aquellos que definen las instituciones centrales de nuestra disciplina. Desde esta perspectiva, precisamente por la definición abierta de los presupuestos normativos, y partiendo de los rasgos o indicios que concurren en la prestación de servicios concreta, se ha aplicado -como es habitual en otros ordenamientos jurídicos nacionales- el que se conoce como método indiciario (el indicio aquí es el hecho o suma de hechos ciertos y relevantes) en torno a cada uno de los elementos estructurales que definen el concepto legal de trabajador asalariado, en particular, la dependencia. Método que debe tender equilibradamente y de forma ponderada a la delimitación porque si las fronteras son excesivamente amplias, flexibles, quedaría de tal modo evanescido ese rasgo estructural que acabaría siendo un mero elemento formal, sin virtualidad y eficacia jurídica alguna. Lo que, en definitiva, y concluyendo, el excesivo casuismo pudiera poner entredicho la fiabilidad jurídica del método indiciario y la desnaturalización de la institución central del Derecho del Trabajo en nuestro sistema, el contrato de trabajo.

Palabras clave: Contrato de trabajo; laboralidad; sistema de indicios; Jurisprudencia Social.

ABSTRACT The question of the labour and non-labour frontier of work provided by one person for economic purposes (personal and family subsistence) for the benefit of another for remuneration may well be considered timeless and universal.

Timeless, because it is one of the “travelling companions” in the evolution of Labour Law in the strict sense. We qualified the problem as “universal” because it is permanently open, permanently debated and discussed in all legal systems, both common law and its influences as well as continental or civil law; it occupies and worries all legal actors and operators, also of course the Spanish and foreign labour dogmatics.

The legal order in our country has needed the combination in its fair proportion of the systematic and conceptual construction and its purpose and its practical realization. The dogmatic discourse has needed of the jurisprudence, transcending also this one from its utility for the solution of concrete cases and problems, to its value in the configuration of those that define the central institutions of our discipline. From this perspective, precisely because of the open definition of the normative presuppositions, and starting from the features or indications that concur in the provision of specific services, what is known as the indicary method (the indication here is the fact or sum of certain and relevant facts) has been applied around each one of the structural elements that define the legal concept of employee, in particular, dependency. A method that must aim at delimitation in a balanced and weighted manner, because if the borders are excessively wide and flexible, this structural feature would be avoided in such a way that it would end up being a mere formal element, with no virtuality and no legal effectiveness whatsoever. What, in short, and concluding, the excessive casuism could call into question the legal reliability of the index-linked method and the distortion of the central institution of Labour Law in our system, the employment contract.

Keywords: Employment contract; employment test; Case Law.

Presente y futuro de la contratación laboral temporal en la Administración Pública española

Present and future of the temporary labour contract in the Spanish Public Administration

FERNANDO ELORZA GUERRERO*

1. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, la Constitución española de 1978 no quiso precisar la naturaleza y forma en que las distintas Administraciones públicas podían vincularse con su personal. Lo cual no debe hacernos olvidar que la Carta Magna sí muestra una clara preferencia por el régimen funcionarial como modelo regulador de referencia de las relaciones de la Administración y sus empleados¹. No en vano, la Exposición de Motivos

de la versión original del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) -aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril-, afirmó ya desde un principio, y de forma categórica, que se ha de partir "... del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial".

Y sin embargo, ya en aquella Exposición de Motivos se advertía, en este caso en referencia a la contratación de personal conforme a la legislación laboral, que: "si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración". Una consideración que debe valorarse teniendo en cuenta también que, como señaló en su momento la mejor doctrina, en relación con la oportunidad

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide.

¹ En este sentido, por todos, MONTAÑA MELGAR, A.: "Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011, pág. 16, ha destacado "...la prioridad que la Ley Fundamental concede a la figura del funcionario cuando en su art. 103.3 (integrado en el Título IV "Del Gobierno y de la Administración") dispone que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública...", etc., y, algo más adelante, cuando en su art. 149.1.18ª atribuye al Estado la competencia en exclusiva para dictar las "bases...del régimen estatutario de los funcionarios". Por el contrario, no hay ninguna referencia en la Ley Fundamental a la posible contratación laboral a cargo de las Administraciones".

de establecer relaciones de carácter funcional o laboral, "... en caso de duda, incumbe a la Administración demostrar el carácter funcional con arreglo a la ley o con arreglo a su propia y previa decisión de "técnica organizativa" si la ley le concede la opción; lo que quiere decir que "la presunción iuris tantum de que la relación es laboral conforme al ET, art. 8.1, cede ante las cláusulas del contrato que disponen su sujeción al régimen administrativo: si no hay sujeción expresa, se ha de mantener la presunción de laboralidad"². La cuestión es que, con frecuencia, la primera interesada en que se no se aprecie el carácter funcional de un puesto a cubrir es la propia Administración; igual que en otras ocasiones el interés de la Administración es no ser totalmente consecuente con las consecuencias que se pueden derivar de la naturaleza laboral de la relación que vincula a ésta con una persona que trabaja para ella.

En todo caso, si no atenemos a la legislación que integra el EBEP, parece claro que, a día de hoy, se puede coincidir en que el "empleo público" constituye "un género con dos especies"³ fundamentales⁴: el funcionario y

² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. 20ª edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 86.

³ En este sentido, CARDENAL CARRO, M.: "Un estatuto para los empleados públicos", en AA. VV.: *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, vol. I, Madrid, 2009, pág. 72.

⁴ En todo caso, téngase en cuenta que el art. 8 EBEP, tras definir a los empleados públicos como aquéllos que "...desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales", los clasifica en los siguientes términos: A) Funcionarios de Carrera. B) Funcionarios interinos. C) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. D) Personal eventual.

No obstante, conviene recordar que hasta la Ley 30/1984 la prestación de servicios por cuenta y dependencia de las Administraciones Públicas podía configurarse de tres formas distintas: a) relación funcional; b) contrato de trabajo; c) contrato administrativo de prestación de servicios profesionales. Esta última posibilidad legal fue eliminada por la referida ley, conforme rezaba su D.A. 4ª: "a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo". Sin embargo, la propia norma legal contempló la posibilidad de que, en adelante, se pudieran celebrar contratos administrativos para la realización de "trabajos específicos no habituales", si bien en forma muy limitada (vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de*

el trabajador. De igual manera que se puede compartir que el referido Estatuto alumbró un nuevo concepto de "síntesis" -el empleado público-, que comprende a todo el personal al servicio de la Administración, con independencia de su carácter laboral o funcional, y que "... recoge el largo proceso de osmosis entre derecho laboral y derecho funcional, avanzando en la tendencia hacia la regulación conjunta de las condiciones de trabajo de las personas que prestan servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito de organización de las Administraciones Públicas"⁵.

No se pretende en este caso analizar el fenómeno de la contratación laboral en la Administración Pública en toda su extensión y complejidad, y sí, por el contrario, realizar una consideración de lo que puede estimarse, en estos momentos el presente y el futuro de la contratación laboral temporal en este ámbito. En este sentido, el presente, el "hoy" al momento en que se redacta este análisis, posiblemente lo constituye la muy relevante sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 13 de marzo de 2019 (núm. 207/2019), que niega, a los trabajadores vinculados por un contrato de interinidad por sustitución, el derecho a una indemnización por extinción de contrato, culminando con ello una larga historia judicial que tuvo dos hitos previos tan importantes como las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14) -De Diego Porras (I)⁶-, y de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C- 619/17) -De Diego Porras (II), y que, en última instancia actualiza el debate sobre los derechos que asisten a los trabajadores vinculados a la Administración Pública con un contrato de trabajo temporal. Por su parte, el "mañana", el futuro, lo ejemplifica, a mi juicio, tanto el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, de 9 de marzo de

empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2009, pág. 177 y ss).

⁵ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo*, op. cit., pág. 143.

⁶ Doctrina por cierto rectificada tiempo después en sendas sentencias dictadas por este Tribunal, Montero Mateos (Asunto C-677/16) y Grupo Norte Facility (Asunto C-574/16), de 5 de junio de 2018, a la que me referiré también más adelante.

2018⁷, como el IV Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, firmado el 4 de marzo de 2019⁸, y que en este momento es el instrumento llamado a ordenar las relaciones laborales en la Administración General del Estado en los próximos años. Adicionalmente, me referiré a una cuestión que, a lo largo de estos años, ha marcado la gestión de la contratación laboral en el seno de la Administración Pública española, como es la de la figura del trabajador indefinido no fijo y las novedades registradas en los últimos tiempos en el ámbito jurisprudencial.

Como se comprobará a continuación, se constata cómo el debate a día de hoy en materia de contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas -que sobre todo tiene un marcado carácter jurisprudencial- gira fundamentalmente en torno al cumplimiento por España de las Cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco europeo sobre el contrato de duración determinada. Sin embargo, el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración Pública no sitúa entre sus prioridades esta cuestión, centrado principalmente en la gestión ordinaria de las condiciones de trabajo y empleo de dicho personal, y sobre todo en la recuperación de derechos que fueron recortados con las medidas extraordinarias establecidas en su día para reducir el gasto público con motivo de la crisis económica pasada.

2. LA ADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LAS CLÁUSULAS 4ª Y 5ª DEL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

El trasfondo fáctico de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 13 de marzo de 2019 (núm. 207/2019), bien puede considerarse que trasciende la mera idea de un pleito entorno al reconocimiento, en su caso, de una indemnización por extinción

de un contrato de trabajo. Y ello porque, al menos así lo entiendo, la sentencia dictada, y todo el debate jurídico generado, sucesivos pronunciamientos del Tribunal comunitario incluidos, lo que han provocado es una actualización del debate sobre los derechos que asisten, y deben asistir, a los trabajadores vinculados con la Administración Pública por con contrato de trabajo temporal, y en última instancia sobre la protección jurídica que debe otorgarse a los mismos -en este sentido, y como veremos, el debate suscitado en sede judicial en este caso entorno a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada es un claro exponente de ello-.

En todo caso, no está de más recordar que ya en marzo de 2015 la Comisión Europea remitió una “carta de emplazamiento” al Gobierno español, en relación con el procedimiento abierto al Reino de España por posible infracción de la legislación comunitaria, y en concreto por no ajustarse nuestro ordenamiento a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco antes referido. En este contexto, qué duda cabe que un proceso judicial como el que comentaré a continuación cobra un especial significado.

2.1. El origen de la polémica: la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 18 de octubre de 2012, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de diciembre de 2014, y la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14) -De Diego Porras (I)-

Como es sobradamente conocido, el inicio de todo este litigio tuvo su origen en el despido de una trabajadora que, desde hacía 7 años, 1 mes, y 13 días, venía desempeñando labores de secretaria en distintos puestos en el Ministerio de Defensa del Gobierno de España, en virtud de sucesivos contratos de trabajo, que cubrían, a su vez, la liberación de su actividad ordinaria de una empleada de dicho Ministerio por razón de su actividad representativa de carácter sindical. La trabajadora vinculada a la Administración con sucesivos contratos temporales, por tanto, cubría de forma interina el puesto de trabajo no desempeñado

⁷ BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2018.

⁸ BOE núm. 118, de 17 de mayo de 2019.

por la empleada que disfrutaba de los beneficios de un crédito horario acumulado -y que tenía derecho a la reserva del puesto de trabajo-, situación que, sin embargo, finalizó de forma, un tanto inesperada, como consecuencia del Real Decreto-ley 20/2012 de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, norma en virtud de la cual se procedió a la revocación de la dispensa de trabajo de quien hasta entonces disfrutó de los referidos beneficios, y con ello se procedió a la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora mencionada.

La extinción del contrato de trabajo de interinidad referido determinó la interposición de la correspondiente demanda de la trabajadora -Sra. De Diego Porras- contra su empleador, en este caso, el Ministerio de Defensa, en el que se solicitaba la declaración del despido practicado como nulo o, subsidiariamente, como improcedente. No obstante lo solicitado, dicha institución resultó absuelta por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, de fecha 10 de septiembre de 2013 de todos los requerimientos realizados por la parte demandante -incluida la petición de indemnización por extinción de contrato-. Sentencia que fue recurrida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien, tras la activación del correspondiente procedimiento acordó, mediante auto de 9 de diciembre de 2014, elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales⁹.

⁹ En concreto, se plantearon las siguientes cuestiones: "Primera: ¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por la finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP?

Segunda: Si se entiende dicha indemnización incluida en las condiciones de trabajo, ¿los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas?

Tercera: Si el trabajador temporal tiene derecho a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador inde-

El cuestionamiento realizado por el tribunal español fue respondido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14), conocida como De Diego Porras (I), en los siguientes términos:

«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» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

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 normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho

finido al producirse la extinción por causas objetivas ¿ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha traspuesto adecuadamente 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 o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

Cuarta: No existiendo razones objetivas para exceptuar a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato temporal ¿es discriminatoria la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?»

trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

El impacto que en España tuvo esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue muy notable, básicamente porque la misma vino a reconocer, de forma un tanto inesperada¹⁰, el derecho de los trabajadores interinos -en concreto en los casos de interinidad por sustitución- de la Administración española a percibir una indemnización a la extinción del contrato de trabajo, decisión tras de la cual se evidenciaba una comprensión del régimen de la contratación laboral temporal española, que, con carácter general, se percibió en nuestro país como equívoca¹¹. No sin razón, la situación bien puede resumirse en la afirmación realizada por algún reputado jurista español que en su momento señaló que «la Sentencia de Diego Porras ha dado un paso en falso y se ha equi-

vocado...»¹². Un equívoco que se explica por la errónea consideración de lo que implica el vigente régimen de la extinción del contrato de trabajo ex art. 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en conexión con el art. 52 ET, y su proyección en el ámbito de la Administración pública española¹³, y que tiene su origen en la peculiar forma en que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid interpelló al Alto Tribunal Europeo en esta ocasión¹⁴.

Como he referido, todo comenzó con el cuestionamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de la naturaleza de la

¹⁰ Ha de recordarse que en este caso no existieron conclusiones escritas del Abogado General.

¹¹ Cuestión distinta es el impacto efectivo que en el ámbito judicial español ha tenido la aplicación de esta doctrina, y que puede calificarse de dispar. Entre otras cosas porque ya desde un principio surgieron más interrogantes que certezas: «¿Pueda aplicarse la doctrina Diego Porras a las relaciones entre particulares (eficacia directa horizontal) o solo frente a las Administraciones Públicas (eficacia directa vertical)? ¿Puede aplicarse de oficio o solo si lo piden las partes? ¿Se aplica solo a los contratos de interinidad, o se puede aplicar a otras modalidades de contrato temporal, y, en ese caso, bajo qué condiciones, exigencias o criterios? ¿Puede aplicarse a quienes hayan visto extinguido su contrato con anterioridad a la fecha de la Sentencia?...» (LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El caso de Diego Porras, un aldobonazo frente a la temporalidad del mercado laboral español», pág. 2, en <http://www.cielolaboral.com/el-caso-de-diego-porras-un-aldobonazo-frente-a-la-temporalidad-del-mercado-laboral-espanol/>).

De hecho, y por lo que respecta, por ejemplo, a la problemática de la extinción de los contratos temporales formalizados con profesores universitarios, ámbito jurídico con una histórica deficiente regulación, al poco de dictarse esta doctrina comunitaria ya se manifestaron dudas sobre si la misma «puede convertirse en una solución intermedia entre la plena aplicación de la ley laboral común (estabilidad obligacional) o el blindaje del privilegio universitario (temporalidad *ex lege*), consistente en una tercera vía de protección jurisprudencialmente modulada (derecho indemnizatorio *ex De* Diego Porras o *ex principio de igualdad de trato*)» (MOLINA NAVARRETE, C.: «La doctrina de «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«noble sueño» o «nueva pesadilla»?», *Diario La Ley*, núm. 9053, 2017, pág. 2).

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La rectificación de la doctrina de Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6-junio, 2018, pág. 568.

¹³ Por todos, en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La rectificación de la doctrina de Diego Porras...», *op. cit.*, pág. 568.

¹⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La rectificación de la doctrina de Diego Porras...», *op. cit.*, pág. 566, ha afirmado, en opinión compartida por amplios sectores jurídicos, que «...el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha planteado al TJUE en el caso de Diego Porras unas cuestiones prejudiciales formuladas de forma algo sesgada». De hecho, como bien señala, en el caso concreto de «la diferencia legal de trato de los interinos con los demás trabajadores temporales lo que plantea es un problema del derecho a la igualdad en la ley del art. 14 CE en su inciso primero que hubiera podido dar lugar a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 49.1 c) ET», y, sin embargo, «el órgano judicial español ha considerado más oportuno utilizar la vía de la cuestión prejudicial ante el TJUE».

Tampoco la acción de la Abogacía del Estado en este caso ha merecido una buena opinión. Así CAMPOS DAROCA, J.M.: *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pág. 313, consideró un «grave error» haber articulado sus alegaciones en torno a la idea de la «diferente naturaleza y objeto que distingue a los contratos de duración determinada de los contratos por tiempo indefinido, en la medida en que la diferencia entre los dos tipos de contrato radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral», dada la posición conocida del Alto Tribunal europeo que, desde tiempo atrás, ha sostenido que es contrario a la Directiva 1999/70/CE la justificación del distinto trato basada en el dato del carácter temporal de las relaciones de trabajo. Sobre esta última, y compleja, cuestión, remito al análisis de MARIN ALONSO, I.: «El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica», *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018, pág. 217 y ss.

indemnización por finalización del contrato de trabajo temporal, y su posible consideración como “condición de trabajo”, en lugar de su apreciación como “condición de empleo” que era la doctrina que hasta el momento se afirmaba por parte del Tribunal Supremo¹⁵. Una doctrina ésta que, por cierto, parte de la idea de que la mencionada cláusula 4 del Acuerdo Marco “se refiere a las condiciones de trabajo, entendiéndose por tales las vigentes durante la relación laboral”, no pudiendo considerarse extensible este concepto “a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (condiciones de empleo), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos”, hasta el punto de afirmarse que “no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria” -sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 22 de julio de 2013 (Rcud. 1380/2012)-¹⁶.

¹⁵ En todo caso esta doctrina del Tribunal Supremo no es plenamente compartida. Así, por ejemplo, para GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016, pág. 2, pudiendo discutirse en este caso “si la indemnización por fin de contrato es una condición de “trabajo” (noción que parece remitir al ámbito de la ejecución del trabajo) o es más bien una condición de “empleo” (esto es, una condición que no afecta tanto a la realización del trabajo como a los términos del compromiso alcanzado entre trabajador y empleador para acotar el objeto de su vínculo contractual [...] no cuesta mucho trabajo, verdaderamente, admitir que estamos ante un aspecto de la relación de trabajo en el que la Directiva 1999/70/CE busca la erradicación de diferencias de trato entre temporales y fijos “comparables” que no tengan justificación objetiva”, pues, por lo demás, “el concepto de “condiciones de trabajo” ya había sido aplicado por el propio TJUE a cuestiones relativas a la finalización del contrato de trabajo”. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de marzo de 2014, Nierodzik, (Asunto C-38/13), consideró como “condición de trabajo” ex cláusula 4 del Acuerdo Marco el plazo de preaviso previsto para la resolución de un contrato de duración determinada.

No obstante lo señalado, para este jurista “cuesta compartir [...] la conclusión del TJUE de que la Directiva 1999/70/CE entraña una exigencia de indemnización por finalización de los contratos de trabajo de interinidad, y tampoco es claro que aquella referencia genérica que dicho texto comunitario hace a las “condiciones de trabajo” pueda servir de soporte para ello, aunque se tome tan sólo como un soporte indirecto”.

¹⁶ Esta doctrina, tuvo su reflejo en la modificación del apartado 6 del art. 15 ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio, por

Adicionalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su formulación de la cuestión prejudicial planteó al Tribunal europeo un escenario en el que se asumía que “objetivas” eran tanto las causas de extinción del contrato relacionadas en el art. 52 ET, como las establecidas en el art. 49.1 c) ET. Sin embargo, en el caso del art. 52 ET no cabe apreciar la existencia de unas causas verdaderamente objetivas -pese a rezar su encabezamiento “extinción del contrato por causas objetivas”-, pues ante lo que estamos es ante “el reconocimiento al empleador de la facultad («podrá extinguirse») de decidir por su voluntad «constitutiva» la extinción del contrato de trabajo por unas causas «justas» de despido, que justifican y hacen lícito y legítimo el ejercicio de la facultada o poder empresarial de despido”¹⁷.

En todo caso, posiblemente la crítica más importante que puede hacerse a la sentencia De Diego Porras (I) es que el Alto Tribunal europeo no fue capaz de captar la distinta naturaleza y objeto del contrato de interinidad, en comparación con el contrato de duración indefinida¹⁸. De tal manera que frente a lo que consideró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un momento determinado (“la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios

la que se transpone la Directiva 1999/70/CE a nuestro ordenamiento jurídico, que, al tiempo que reconoció la igualdad de derechos de los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, con los que ostentan un contrato de duración indefinida, estableció la salvedad “de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato de trabajo”, en atención al referido carácter de condición de empleo de la cuestión extintiva, lo que en la práctica, también hay que reconocerlo, supone la exclusión de la tutela antidiscriminatoria fijada por la referida cláusula 4 del Acuerdo Marco de las indemnizaciones por extinción del contrato (en este sentido AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La STJUE «Ana de Diego Porras» (C-596) y su inmediata recepción y aplicación por los tribunales españoles: análisis crítico”, *IUSLabor*, núm. 3, 2016, pág. 9).

¹⁷ RODRÍGUEZ-PÍÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La rectificación de la doctrina de Diego Porras...”, op. cit., pág. 566.

¹⁸ En el fondo, como ha señalado GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, op. cit., pág. 5, es muy cuestionable la noción de “trabajador fijo comparable” utilizada por el Alto Tribunal comunitario para fundamentar el derecho a la indemnización de los trabajadores con contrato de interinidad.

objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad (...) tal contrato de interinidad puede perpetuarse”, creando con ello “una expectativa de estabilidad de la relación laboral”), conviene recordar que la reincorporación del trabajador sustituido en estos casos es un hecho objetivo y cierto que no depende de la voluntad de las partes, y sobre la que, en principio, ninguna de ellas puede influir. Como se ha señalado en más de un caso, “el concepto de condiciones objetivas para determinar la duración del contrato de trabajo y el momento de su finalización o «agotamiento» no es el mismo ni opera igual que las causas objetivas que justifican un despido que supone una «ruptura» del contrato no prevista inicialmente en el programa contractual”¹⁹.

2.2. La corrección de la doctrina De Diego Porras (I): las sentencias Montero Mateos (Asunto C-677/16) y Grupo Norte Facility (Asunto C-574/16), de 5 de junio de 2018

Una doctrina como la manifestada en el caso De Diego Porras (I), junto a la establecida en los casos Martínez Andrés y Pérez López -objeto de comentario un poco más adelante-, constituía, sin duda, una buena oportunidad para introducir cambios legislativos en relación con el régimen de la contratación temporal en España. Y en este sentido, se dio un paso interesante con la constitución de una comisión de expertos²⁰, si bien sus trabajos no alcanzaron el éxito esperable desde el momento en que, como conocemos, brillan por

su ausencia al día de la fecha las reformas legislativas en la materia.

Si en el ámbito legislativo las circunstancias políticas no hicieron posible una esperada y deseable reforma, que abordara las deficiencias que arrastra el régimen de la contratación temporal en España, particularmente en el ámbito de la Administración pública, en el ámbito judicial lo que se generó fue una suerte de “caos interpretativo”, en el que junto a jueces y tribunales que registraban importantes reparos a aplicar la referida doctrina judicial comunitaria, emergieron quienes se apuntaron a “una suerte de carrera interpretativa “creativa” por ver quién era capaz de ir más allá” en la aplicación práctica de la doctrina De Diego Porras (I)²¹.

A esta situación respondió el Tribunal Supremo, planteando una nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, mediante Auto de 25 de octubre de 2017, esta vez con ocasión del recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 2016, que en aplicación de la doctrina del Alto Tribunal comunitario en el caso De Diego Porras (I), reconoció a dicha trabajadora el derecho a percibir una indemnización equivalente a veinte días de salario por año trabajado, en definitiva la indemnización que corresponde a la extinción de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción²².

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La rectificación de la doctrina de Diego Porras...”, op. cit., pág. 568.

Como se ha señalado por GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, op. cit., pág. 5, así como en casos como el que nos ocupa no cabe confundir despido con denuncia del contrato de trabajo, “tampoco deben confundirse las consecuencias de esa denuncia (que para algunos contratos temporales se traducen en indemnización y para otros no, como el de interinidad) con las posibles consecuencias de un despido (que son las mismas para todos los trabajadores; sean fijos o temporales, y que se traducen en una indemnización cuando el despido es improcedente o cuando, siendo procedente, se debe a «razones empresariales»”.

²⁰ Puede consultarse el resultado de sus trabajos en: [http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/100217ConclusionesProvisionalesGrupo %20Expertos.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/Documents/100217ConclusionesProvisionalesGrupo_%20Expertos.pdf)

²¹ En este sentido MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin? Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16) y Grupo Norte Facility (C-574/16)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 424, 2018, pág. 159. Y que si nos atenemos a los estudios realizados - véase, por ejemplo, el efectuado por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El contrato de interinidad en el empleo público a la luz de los recientes pronunciamientos judiciales”, *Revista de Jurisprudencia (El Derecho)*, núm. 2 - mayo, 2018, pág. 3 y ss. - han dado lugar a “una gran variedad de respuestas judiciales acompañadas de elevadas dosis de inseguridad jurídica”.

²² Una actuación que, por cierto, ha merecido el reproche de algunos sectores de la doctrina jurídica española, que han considerado que la misma fue tardía, e insegura, de forma que

En todo caso, sobre la doctrina de la sentencia De Diego Porras (II) reflexionaré un poco más adelante, pues en este momento toca referirse, como reza el presente epígrafe, a las sentencias dictadas en los asuntos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*. Sentencias que son importantes, a los efectos aquí considerados, porque adelantan un cambio en la doctrina De Diego Porras (I) que, a la vista a la inquietud generada por la misma en las instituciones administrativas y judiciales españolas, era muy esperado²³.

Comenzando por la primera de las referidas, la del Asunto C-677/16 *Montero Materos*, he de recordarse que, en este caso, a diferencia del asunto De Diego Porras (I) donde el contrato sobre el que giraba la discusión jurídica era de interinidad para la cobertura de un puesto de trabajo por sustitución, la cuestión prejudicial planteada se refería al posible derecho que podía asistir a la Sra. *Montero Materos* a percibir una indemnización tras la extinción de su contrato de interinidad por vacante -por tanto, dicho contrato se extinguió tras el correspondiente proceso que proveyó la cobertura de un puesto de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores

la mismo tuvo lugar cuando "el daño a la seguridad jurídica ya estaba hecho", tras la sucesión de sentencias dictadas por los tribunales españoles en la materia en los términos más dispares (en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: "La indemnización extintiva de los interinos...", op. cit., pág. 159).

²³ Aunque tampoco falta razón a quienes han criticado el que el cambio jurisprudencial haya tenido lugar con una evidente "falta de transparencia de las razones que le han llevado a rectificar la «doctrina Diego Porras I»" (en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: "La indemnización extintiva de los interinos...", op. cit., pág. 161).

En todo caso, lo que sí es claro es que la sucesión de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los casos De Diego Porras (I), *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*, ha generado una importante división de opiniones en nuestros tribunales. A tales efectos, ha señalado MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "A vueltas con el derecho a indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia del TJUE *Montero Mateos*", *Trabajo y Derecho*, núm. 48, 2018, p. 2, que "mientras algunos dan por sentado que el TJUE ha corregido su tesis inicial, a la que por ende, no puede estarse ya - en especial, TSJ Extremadura, Cataluña, Galicia y Sección 6ª de Madrid -, otros, como la Sala de Valladolid, entienden que las nuevas sentencias en realidad «... resultan clarificadoras de la doctrina de la sentencia De Diego», con lo que en lugar de rectificarla la precisan o modulan".

dependiente de una Agencia de la Comunidad de Madrid; inicialmente este contrato se había formulado como de interinidad para la sustitución de un trabajador fijo-. Pues bien, en este caso, el Tribunal de Justicia comunitario consideró responder a la cuestión prejudicial planteada -siguiendo con ello en gran medida los argumentos del Gobierno español-, que la Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco referido, debe interpretarse en el sentido de que: "no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva".

Se produce, por tanto, un giro de ciento ochenta grados en las conclusiones que alcanza el Tribunal comunitario, que tiene que ver básicamente con una mejor comprensión de las reglas de juego que, en nuestro ordenamiento, rigen la contratación de trabajadores y el régimen indemnizatorio establecido con motivo de la extinción de los contratos²⁴. Hasta el punto de que se señala en un momento determinado -fundamento 59- que "la finalización del contrato de interinidad de la Sra. *Montero Mateos* [...] se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores". De tal manera que, a juicio del Alto Tribunal, "el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre

²⁴ Aunque en algún momento se puede echar en falta una mayor justificación de los motivos por los que el Alto Tribunal comunitario ha cambiado el criterio jurisprudencial (entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, L.: "Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: «de Diego Porras» vs. «Montero Mateos» y «Grupo Norte Facility»", *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2018, pág. 44).

trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b) ET establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo” -fundamento 63-.

El problema, sin embargo, es que, finalizando el razonamiento de la sentencia, en un momento determinado -fundamento 64- se afirma que, en el caso de la Sra. Montero Mateos, “dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración”, de tal manera que “incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Creíamos que la cuestión se resolvía de una forma clara y, sin embargo, se abre una nueva puerta a la especulación. Como en algún caso se ha señalado, se plantea de repente “una vía de agua de una construcción técnica en apariencia firme”²⁵, de forma que “la regla general (objetivada) se ve desestabilizada por la regla particular (subjetivada), envolviendo las respuesta en enigmas”²⁶, y en última instancia crea inseguridad en un escenario que requeriría certezas vista la situación creada por la doctrina De Diego Porras (I)²⁷.

¿Qué ha ocurrido para llegar a este punto? Pues, visto desde fuera da la impresión de que el Tribunal ha querido dar respuesta, de alguna manera, a una situación fáctica constatada: la prolongación, de nuevo en este caso, del período en que la Sra. Montero Mateos estuvo como trabajadora interina, unos ocho años, dato que habla, en esta ocasión, de una gestión deficiente de la Administración pública española para cubrir la vacante ocupada interinamente por esta trabajadora. Curiosamente, la opción sugerida por el Tribunal es

una de las medidas que pueden adoptar los Estados, si no atenemos a lo establecido en la Cláusula 5 del Acuerdo Marco europeo para prevenir los “abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”. La cuestión es que, en el caso concreto, no se ha concluido en ningún momento que el contrato de esta trabajadora pudiera considerarse ejecutado en fraude de ley²⁸. Se estaría por tanto planteando por el Tribunal, de alguna manera, la necesidad de reconocer ciertos derechos a los interinos cuya situación se prolonga excesivamente en el tiempo²⁹, aunque el método elegido para sugerir la necesidad de introducir reformas legales en este terreno no resulte muy ortodoxo³⁰.

²⁸ Como ha señalado MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos...”, op. cit., pág. 163, el problema posiblemente radica en que el Tribunal comunitario “confunde imprevisibilidad con indeterminación del tiempo de cese”, por no mencionar la dificultad existente para aplicar en la práctica, de forma literal, el criterio del órgano judicial, pues tratándose de una empleada pública en España a lo más que podría en estos momentos aspirar es a que su relación se calificara de indefinida no fija, pero pare ello tendría que darse una situación de abuso legal o de encadenamiento de contratos más allá del plazo legal permitido - en definitiva una superación del marco legal del art. 15 ET - que no se aprecia en este caso.

²⁹ La duración que debiera alcanzar la relación laboral para ser acreedora a una indemnización es una cuestión que el Alto Tribunal comunitario deja en el aire. En nuestro caso, por ejemplo, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “A vueltas con el derecho a indemnización...”, op. cit., pág. 11, ha sugerido que sería “acertado estar a la regla de los tres años a que alude el art. 70 EBEP”, si bien considera que “aunque se pueda prolongar el contrato más de tres años, no será *stricto sensu* la Administración la que cree una expectativa de estabilidad en el interino cuya frustración deba compensar, pues no depende de la empleadora la decisión sobre la extinción contractual”.

³⁰ No obstante, para MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO P. G.: “Discriminación por la diferencia indemnizatoria entre trabajadores fijos y trabajadores temporales o interinos: de la doctrina Diego Porras a la nueva doctrina Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, 2018, p. 11, la conclusión de esta sentencia es que “aun cuando un trabajador desempeñe desde hace un tiempo la misma actividad para el mismo empleador sobre la base de un contrato temporal, su relación laboral sigue estando mucho menos consolidada y, por tanto, su confianza en su continuidad es mucho menos digna de protección que en el caso de un trabajador fijo con un contrato de duración indefinida”, visión de la que discrepan, pues a su juicio “no debieran existir diferencias de trato en las condiciones de trabajo - donde entran las indemnizaciones por fin de la relación laboral como bien ha indicado el TJUE - por el hecho de que el trabajador se encuentra sometido a una u otra

²⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La doctrina judicial europea de Diego Porras no irá al paraíso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, 2018, págs. 4-5.

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos...”, op. cit., pág. 163.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La rectificación de la doctrina de Diego Porras...”, op. cit., pág. 572.

Por lo que respecta a la sentencia del asunto Grupo Norte Facility (Asunto C-574/16), también de 5 de junio de 2018, y dictada la misma, al igual que la anterior, en Gran Sala, a petición del Gobierno español, la misma responde a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en relación con el cese de un trabajador con contrato de relevo en un Hospital Público -no se trata por tanto de un empleado público, aunque su conexión con la doctrina analizada justifica su consideración en este momento-, del que la empresa para la que trabajaba detentaba en ese momento la concesión del servicio de limpieza³¹. Dicho trabajador planteó una demanda de despido improcedente, al considerar que existía una costumbre empresarial que no se había respetado en este caso, consistente en que, cuando se producía la jubilación de un trabajador relevado, la empresa contrataba como trabajador indefinido al relevista, y que el Tribunal

modalidad contractual - siempre que los empleados afectados realicen las mismas funciones -".

³¹ El Tribunal español planteó las siguientes cuestiones:

- 1) "A efectos del principio de equivalencia entre trabajadores temporales e indefinidos ¿deben considerarse "situaciones comparables" la extinción del contrato de trabajo por "circunstancias objetivas" ex art. 49.1 c) ET y la derivada de "causas objetivas" ex art. 52 ET, y por tanto la diferencia indemnizatoria en uno y otro supuesto constituye una desigualdad de trato entre trabajadores temporales e indefinidos, prohibida por 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?"
- 2) "De ser así, ¿debe entenderse que los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también, conforme a la cláusula 4.1 del ante citado Acuerdo Marco, la diferencia de trato a la hora de indemnizar peyorativamente la extinción de la relación laboral, cuando el empresario opta libremente porque tal contrato de relevo sea de duración determinada?"
- 3) "A efectos de garantizar el efecto útil de la citada Directiva 1999/70/CE, de entenderse que no hay una justificación razonable conforme a la Cláusula 4.1, ¿ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización por extinción contractual entre trabajadores temporales y fijos en la normativa española antes referida, constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión?"

de instancia estimó favorablemente, sentencia con posterioridad recurrida ante el Tribunal autonómico.

La respuesta del Tribunal de Justicia de Unión Europea, en este caso, fue declarar que: "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 no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva".

¿Qué aporta esta sentencia al análisis aquí efectuado? Habría que comenzar señalando que, en esta ocasión, como ocurrió en De Diego Porras (I) el Tribunal comunitario en lugar de responder puntualmente a cada una de las cuestiones planteadas desde España decide finalmente centrarse en analizar la cuestión de las diferentes indemnizaciones previstas en los arts. 49.1 c) y 53 ET, no entrando, por ejemplo, como podía esperarse, en la consideración de la naturaleza del contrato de relevo³². Y que como en sentencias anteriores, asumida que la indemnización por extinción del contrato de trabajo forma parte del concepto "condiciones de trabajo" ex Cláusula

³² En este sentido, por ejemplo, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La rectificación de la doctrina de Diego Porras...", op. cit., pág. 574, ha manifestado su desconcierto ante el hecho de que "al integrar las dos primeras cuestiones prejudiciales del tribunal remitente no ha respondido directamente al cuestionamiento del contrato de relevo de duración determinada y además no ha respondido a la tercera cuestión prejudicial sobre la aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales, que estima planteada solo para el caso de respuesta afirmativa a esas dos primeras cuestiones, lo que no ha sucedido".

4 del Acuerdo Marco, el Alto Tribunal comunitario centra su análisis en determinar hasta qué punto la legislación española infringe la prohibición de dicha cláusula de tratar de modo menos favorable a los trabajadores con contrato de duración determinada que los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Pues bien, en este caso, donde la discusión gira en torno a la extinción de un contrato de trabajo de relevo, el Tribunal recuerda que “las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término”, hasta el punto de que ese “término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato”. En contraposición a esta circunstancia, considera que “la extinción de un contrato fijo por una de las causas recogidas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral”. De tal manera que cuando el art. 53 apartado 1 letra b) ET requiere que se abone a un trabajador despedido una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, ello se establece “a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causas de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación”. Por ello, considera que tampoco en esta ocasión el Derecho español “opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b) del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año trabajado en la empresa en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo”.

En definitiva, y pese a las carencias ar-

gumentativas que puedan apreciarse en las sentencias que resuelven los asuntos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*, se puede concluir que con las mismas se consolida el cambio de doctrina que se venía demandando desde España, por las autoridades gubernativas y ciertos sectores judiciales, y se apoyó por el Abogado General. Se aborta por tanto la pretensión de extender la indemnización del despido por causas objetivas ex art. 52 ET a los supuestos de finalización del contrato de trabajo de duración determinada.

2.3. La doctrina sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17) -De Diego Porras (II)- y su asunción por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 13 de marzo de 2019 (núm. 207/2019)

Quedaba pendiente, como hemos señalado anteriormente, una respuesta, en este caso en Sala General, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al planteamiento de las cuestiones prejudiciales planteadas, esta vez por el Tribunal Supremo español, en el marco del largo *iter* procesal del litigio *Diego Porras*³³. Y

³³ En esta ocasión el Tribunal Supremo español planteó las siguientes cuestiones:

- “1) ¿La cláusula 4 del [Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?
- 2) Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de doce días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?
- 3) De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de doce días por año trabajado a la finalización del contrato, pero exclu-

la misma tuvo lugar de la mano de la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2018 por el órgano jurisdiccional comunitario, quien, en forma más ordenada que en la ocasión anterior, afirmó lo siguiente:

“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 no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

2) La cláusula 5 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 incumbe al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de dicha disposición.

ye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?”

3) En el supuesto de que el tribunal nacional declare que una medida, como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el que se celebraron, constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional”.

Curiosamente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta ocasión, además de confirmar la doctrina de las sentencias antes referidas, asuntos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*, en el sentido de considerar que existe una razón objetiva justificativa de la distinta indemnización que nuestra legislación reconoce en los supuestos de extinción del contrato de trabajo a término -doce días de salario por año de servicio para el trabajador temporal; ninguna indemnización para el trabajador interino-, y extinción por causas objetivas -veinte días de salario por año de servicio-, termina adentrándose en terrenos, en principio no previstos, pero a los que le lleva el cuestionamiento del Tribunal Supremo español, como es el alcance de la Cláusula 5 del

Acuerdo Marco comunitario, y en definitiva la adecuación de la legislación española desde la perspectiva de la necesaria adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal que demanda el referido instrumento comunitario. De tal manera que, lo que en principio era un debate sobre el posible derecho que podía asistir a los trabajadores vinculados a la Administración por contrato de interinidad por sustitución, a percibir una indemnización, a la finalización de su contrato, finalmente termina derivando, tras establecerse que con el Acuerdo Marco en la mano dicho derecho no es legalmente exigible, en un juicio sobre la posible consideración de la referida indemnización como medida que permite prevenir, y en su caso sancionar, los abusos en el ámbito de la contratación temporal. Básicamente porque si la mencionada indemnización tiene ese carácter habría que plantearse si no es contrario a la referida Cláusula 5 que los trabajadores interinos sean excluidos de la misma.

El Tribunal comunitario se abstiene de dar una respuesta directa a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional español, como se constata en la contestación dada en segundo lugar, señalando que es el Tribunal nacional quien debe apreciar esta cuestión. Pero al mismo tiempo también señala, en su tercera respuesta, que la diferenciación que se pueda establecer entre categorías contractuales en relación con el derecho a obtener una indemnización al vencimiento de dichos contratos no es contraria a la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco, siempre que exista alguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos en la contratación respecto de los trabajadores que no se les reconoce el derecho a dicha indemnización -y de nuevo estima que es el Tribunal nacional quien debe apreciar esta circunstancia-.

Con esta doctrina, se culmina un largo *iter* procesal, ya descrito, que, en la práctica, y como se ha señalado en algún caso, supone la recuperación por el Tribunal Supremo de una apreciable capacidad de decisión sobre la cuestión litigiosa, poder que en principio le había arrebatado la doctrina De Diego Porras (I)

y demás sentencias concordantes con ésta³⁴. Ahora bien, ¿qué aplicación ha realizado el Tribunal Supremo de la doctrina establecida en la sentencia De Diego Porras (II)?³⁵.

Sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019, dictada en unificación de doctrina por el Pleno de su Sala de lo Social, lo primero que hay que señalar es que la construcción jurídica articulada parte un presupuesto básico como es la afirmación de que “la diferencia entre distintas categorías de trabajadores de duración determinada no se halla en el ámbito de la Directiva, que ciñe su mandato antidiscriminatorio a la preservación de los derechos de los trabajadores temporales respecto de los que se reconozcan a los trabajadores fijos”. De tal manera que tras esta consideración el Tribunal afirma de forma directa que la diferencia de trato en este caso “no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causas de extinción; siendo así que, cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque tal causa de extinción no concurre en ese tipo de contrato de trabajo. La posibilidad de extinción por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido”. En este sentido, considera que “no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del

³⁴ En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO P. G.: “Cumplimiento de la prohibición de discriminación (cláusula 4 del Acuerdo Marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5): la doctrina De Diego Porras II”, *Trabajo y Derecho*, núm. 66, 2019, p. 13.

³⁵ Sentencia que anuló la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 2016 (Rec. Sup. 246/2014), que había aplicado la doctrina De Diego Porras (I).

obligado respeto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales”.

Se niega, en definitiva, con apoyo de la doctrina De Diego Porras (II), el derecho del interino a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Pero al mismo tiempo, y sin solución de continuidad se podría decir, el Tribunal Supremo se adentra en terrenos de mayor complejidad, como es la adecuación de la legislación española a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco que, al decir del Tribunal, “persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Y en relación con esta cuestión la doctrina que se establece se articula a partir de la idea de que, a la vista de la respuesta dada al respecto por el Tribunal de la Unión, “no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva”. La razón: “la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento”³⁶, y ello porque “la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la indemnización de 12 días”. Por tanto, tampoco corresponde en este caso la indemnización

³⁶ En todo caso, el Alto Tribunal español, consciente de la dimensión del caso, ha considerado necesario ir más allá del objeto de la litis, de tal forma que, “aun cuando ni siquiera se planteaba en el litigio”, ha precisado “que el rechazo a la solución adoptada por la Sala de suplicación debe ser completo, en el sentido de negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso con arreglo a los 12 días que el art. 49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas”.

prevista en el art. 49.1 c) ET -los referidos 12 días de salario por año de servicio-.

Para la Sala de lo Social, “por más que «a priori» pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de puesto de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET. [...] el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse”.

Y es precisamente el ámbito de la consideración de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco donde la discrepancia en el seno del Pleno del Tribunal se abre paso, con el voto particular de dos de sus Magistrados, que consideran que la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia comunitario en De Diego Porras (II) posibilita alcanzar otras soluciones, distintas a la establecida por la mayoría de la Sala en este caso, adentrándose en terrenos propios de *lege ferenda*. En este sentido, los Magistrados plantean dos propuestas de resolución del recurso de casación planteado:

- a) “Primera propuesta: existencia de un contrato temporal de sustitución que, por su duración inusualmente larga y habida cuenta de la imprevisibilidad de su duración, debería haberse recalificado como contrato fijo”.

Reconociendo los Magistrados que esta posibilidad no se planteó por el Tribunal Supremo en su cuestión prejudicial, ni se abordó por el Tribunal de Justicia comunitario,

puesto que el contrato de interinidad alcanzó una duración de 7 años 1 mes y 13 días, consideran que “su duración inusualmente larga y habida cuenta de la imprevisibilidad de su duración, debería dar lugar a recalificarlo como contrato fijo”. En este sentido, estiman que no existe obstáculo procesal para resolver la cuestión en los términos expuestos, máxime cuando, “conforme a la legislación española los contratos temporales cabe entender que no deben tener una duración superior a tres o cuatro años (argumento ex arts. 15.1 a y 15.5 ET y 70 EBEP), por lo que estaríamos ante un caso de imprevisibilidad de la finalización del contrato (aunque “finalizó debido a la desaparición de la causas que había justificado su celebración”) y con una duración inusualmente larga”.

- b) “Segunda propuesta: fijar, como mínimo, en favor de la trabajadora demandante una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación, en igualdad a la que se establece para los restantes contratos temporales (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción) en el art. 49.1.c) ET al no existir razones objetivas para su exclusión”.

Esta propuesta, se formula como subsidiaria, y se plantea atendiendo al hecho de que en la “sentencia del TJUE se destaca el importante papel del órgano jurisdiccional remitente para comprobar la existencia de abusos y para adoptar las idóneas medidas (proporcionadas, efectivas y disuasorias) para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco”³⁷. En este sentido, y en lo que

³⁷ Y la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del propio Tribunal Supremo que, en su momento, llamó la atención sobre que según “reiterada jurisprudencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales”, hasta el punto de que “en caso de incompatibilidad o colisión entre un acto normativo de la Unión dotado

constituye todo un alegato contra el mantenimiento de la situación presente, ambos Magistrados exponen que: la realidad ha venido “evidenciando que las reglas citadas del art. 15 ET son del todo insuficientes a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. El planteamiento de múltiples cuestiones prejudiciales por los jueces españoles, a partir especialmente del año 2016, [...] han tenido la virtualidad de evidenciar ante la colectividad jurídica y social de la Unión Europea y ante la opinión pública española, los graves abusos que se están cometiendo, singularmente por la Administración pública empleadora, con las formas de contratación y/o nombramiento temporal de su personal [...] Por otra parte, la complacencia jurisprudencial que, como regla, no ha sabido poner coto a los abusos de las contrataciones irregulares de las Administraciones públicas no estableciendo medidas efectivas para evitarlos, ha sido también una circunstancia generadora de la situación actual”³⁸. De ahí que, aunque sea con el carácter de mínimo, y siendo conscientes de lo limitado de la medida propuesta, se plantea el reconocimiento de la indemnización de doce días referida, “con la esencial finalidad, -al igual que en los otros contratos temporales con indemnización por fin de contrato expresamente prevista-, de fomentar la contratación indefinida y de evitar abusos en la contratación temporal, siquiera mínimamente y aun partiendo de la insuficiencia de tal única medida como efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco”.

de eficacia directa y norma de derecho interno, cualquiera que sea su rango, debe el Juez Nacional dejar inaplicada ésta en favor de la aplicación de aquél”.

³⁸ En este sentido, se señala igualmente que “de no establecerse en nuestra normativa medidas claras y más determinantes que las actuales destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal en la forma exigida y detallada por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, difícilmente a través del art. 15 ET, en su actual interpretación jurisprudencial, se va a poder satisfacer de modo completo la prevención y la sanción ante el abuso de la contratación temporal y el derecho a la estabilidad en el empleo”.

¿Qué decir de estas dos propuestas? Como he señalado antes, a mi juicio, las propuestas realizadas han de situarse en el ámbito de la *lege ferenda*, y pretenden constituir una suerte de aldabonazo que remueva la situación actual donde lo que se cuestiona no es tanto si el Estado hace algo para combatir los abusos en materia de contratación laboral de duración determinada -en sentido de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco comunitario-, sino si el Estado hace suficiente para combatir esta lacra. Y precisamente desde esta perspectiva entiendo que: a) la recalificación del contrato de trabajo de interinidad en contrato de trabajo fijo carece de fundamento legal suficiente, toda vez que la conversión en indefinida prevista en el art. 15.1 a) ET se contempla exclusivamente para los contratos por obra o servicios determinados, tal y como se configuran los mismos en dicho precepto, y la conversión del art. 15.5 ET también está pensada para las situaciones en que se aprecia sucesión de contratos, lo que no es el caso; b) el reconocimiento de una indemnización en la parte proporcional a 12 días de salario por año de servicio, pese a los deseos, choca frontalmente con la exclusión de los interinos del derecho a la indemnización que se reconoce en el art. 49.1 c) ET, por no hablar de su poco creíble carácter de medida que cumpla con el propósito expresado por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco³⁹.

En todo caso, y como consideración final, se ha destacar que la doctrina establecida en este caso no resulta extrapolable no sólo a otros supuestos de extinción de los contratos temporales, sino tampoco a otros supuestos de extinción del contrato de interinidad por sustitución, pues, por ejemplo, el Alto Tribunal en ningún caso ha entrado a valorar cuestiones como si cabría otorgar una indemnización en el caso de que este contrato se hubiera concertado en fraude de ley.

³⁹ Cuestión distinta es, como ha señalado RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La rectificación de la doctrina de Diego Porras...", op. cit., pág. 575, que se planteara la posible inconstitucionalidad de la exclusión de los interinos que opera el art. 49.1 c) ET.

2.4. A vueltas con los abusos en la vinculación temporal de personal en la Administración pública española y las medidas legislativas en el contexto de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco: la doctrina de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, asunto María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (C-16/15), y asuntos acumulados Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud (C-184/15) y Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz (C-197/15)

Como se ha apuntado en páginas anteriores, en la misma fecha que se dictó la sentencia del asunto De Diego de Porras (I), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó dos sentencias que, no teniendo la trascendencia pública de la primera, sin duda son de interés a los efectos aquí analizados, entre otras cosas porque nos recuerdan que la percepción de este fenómeno en el ámbito de los contratos de régimen administrativo es distinta. La primera es la conocida como asunto María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (C-16/15), relativa a una enfermera del Servicio Madrileño de Salud, que tras sucesivos nombramientos como personal estatutario temporal eventual, desde 2009 a 2013, fue cesada en virtud de las normas de contención del gasto puestas en vigor por la Comunidad de Madrid durante la crisis económica.

En este caso, y a la vista de lo establecido por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, el análisis de la norma nacional -en esta ocasión la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud-, lleva al Tribunal comunitario a establecer los siguientes criterios:

- a) La Cláusula 5 se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que se permita la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordi-

naria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables.

- b) Igualmente, se opone a que no exista ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual, cuando los mismos se proveen con el nombramiento de personal estatutario interino, en tanto el Estado continúa teniendo un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector. Igualmente, el Tribunal estableció que la referida Cláusula 5 “no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, lo que incumbe comprobar al juzgado remitente” -de nuevo, por tanto, son los tribunales nacionales los encargados de velar por el respeto del Acuerdo Marco-.
- c) Una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral no se incluye en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el Acuerdo Marco europeo⁴⁰.

En cuanto a la sentencia que resuelve los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López, en este caso también se trataba de una auxiliar administrativa que tenía la condición de personal estatutario eventual, que había prestado servicios durante más de dos años en el Servicio Vasco de Salud, mediante nombramiento en el que como razón de

la contratación se expresaba “necesidades del servicio”, y que se prorrogó en trece ocasiones; y de un arquitecto del Ayuntamiento de Vitoria que, de 1993 a 2012, trabajó para el mismo, en virtud de sucesivos contratos de trabajo y nombramientos de régimen administrativo. En relación con la Cláusula 5 del referido Acuerdo Marco el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó lo siguiente:

- a) La Cláusula mencionada se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, “sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar”.
- b) Teniendo en cuenta el “principio de efectividad” recogido en el Acuerdo Marco, el mismo “se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión”.

¿Qué reflexión puede hacerse en el caso de estas dos interesantes sentencias, y en particular -por su interés- de la que resolvió el asunto María Elena Pérez López? Lo primero que habría que señalar es que la doctrina establecida en estas dos sentencias da continui-

⁴⁰ Este criterio se fijó en respuesta a la cuestión prejudicial planteada al Tribunal comunitario en relación con si se oponía a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco una norma nacional que deniega toda indemnización por cese al personal estatutario temporal eventual, mientras que, no obstante, esta indemnización se concede a la finalización del contrato de los trabajadores comparables con contrato de trabajo eventual.

dad a una aquilatada jurisprudencia del Tribunal comunitario, de la que, por otra parte, se da cuenta en ambas sentencias, al tiempo que se sitúan en un plano distinto, como es el de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual, como tendremos ocasión de considerar posteriormente, sitúa los criterios jurisprudenciales formulados en un terreno distinto a las sentencias antes comentadas -ahora nos movemos en el plano de las relaciones de carácter funcional o estatutario, en tanto anteriormente la perspectiva era netamente laboral-.

En segundo lugar, la sentencia que resuelve el asunto María Elena Pérez López nos recuerda que el objeto de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco europeo es la imposición de “límites a la utilización sucesiva de contratos o relacionales laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados”. Y en este contexto se recuerda que, atendiendo al preámbulo del Acuerdo Marco y los puntos 6 y 8 de sus consideraciones generales, se puede concluir que “el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores con ciertas circunstancias”. Atendiendo a esta última idea, se concluye que “la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción afectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes”. No obstante, se subraya que, teniendo en cuenta el “principio de autonomía de procedimiento” de los Estados miembros, que reconoce a los mismos su competencia para decidir las modalidades de aplicación de la referida cláusula, “tales modalidades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamen-

te difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)”.

En todo caso, y en el marco del conjunto de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos temporales, la sentencia del Tribunal comunitario incide en dos ideas que creo necesario tener presente: a) la normativa nacional no puede dar pábulo a que se permita la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada para garantizar la prestación de servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando las necesidades que cubren tiene un carácter permanente y estable -algo bastante habitual en la Administración española, por cierto-; b) si existe un déficit estructural de puestos fijos en un sector de la Administración, no puede ser que se obligue a la creación de puestos estructurales que posibiliten poner fin a la política de nombramiento de personal estatuario temporal eventual, y que se permita proveer dichos puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatuario personal interino -con lo que la situación de precariedad de los trabajadores temporales perdura, en tanto que el Estado continúa incurriendo en un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector-.

Adicionalmente, en la sentencia sobre los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López se señala, por un lado, que la norma nacional no puede establecer un tratamiento diferenciado, en los casos de utilización abusiva de los contratos de duración determinada, por el que las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración tiene derecho al mantenimiento de la relación laboral, en tanto ese mismo derecho no se concede a las personas que prestan servicio para la Administración en régimen de Derecho Administrativo, eso sí salvo que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de este colectivo⁴¹; por otro

⁴¹ Este criterio tiene gran interés puesto que la Directiva 1999/70/CE, que incorpora como Anexo el Acuerdo Marco comunitario al que me vengo refiriendo, en principio no parece considerar dentro de su ámbito de aplicación a los trabajadores que no tengan una vinculación laboral con su empresario,

lado, el denominado “principio de efectividad” impide que las normas procesales de un Estado obliguen a un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada a ejercer una nueva acción judicial para determinar la sanción que corresponde cuando una autoridad judicial apreció la existencia de abuso en la utilización de sucesivos contratos de trabajo.

No obstante, y como reflexión final en relación con la doctrina establecida en estos asuntos, creo importante recordar, como se ha hecho ya en algún caso, que cuando nos aproximamos a la cuestión del uso, y en su caso posible abuso, de la contratación laboral en las Administraciones Públicas, no deben olvidarse “las peculiaridades que ofrece el uso de contratos o relaciones de trabajo de carácter temporal en el empleo público, y, particularmente, en el empleo de régimen administrativo, así como las dificultades especiales que en este ámbito reviste la lucha contra una temporalidad que más que «abusiva» pudiera o debiera calificarse como «excesiva» o «desproporcionada»⁴². En este sentido, no dudo del interés que tienen esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero precisamente por la dificultad intrínseca al fenómeno, creo que no se puede pretender que sean los tribunales, y principalmente el

máximo órgano judicial comunitario, quien a golpe de sentencia modele nuestra legislación a partir de su confrontación con las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco comunitario, y que de ahí parta, en su caso, el posible reconocimiento de un derecho indemnizatorio con ocasión de la extinción de un contrato de trabajo, o la limitación o contención de ciertas prácticas contractuales. Se necesita, en definitiva, una acción más decidida en la materia por parte del legislador -¿qué ha sido del desarrollo normativo del EBEP?-, también de la negociación colectiva, que en materia de gestión del personal debería asumir un papel significativo, que tenga en cuenta la complejidad que, en ocasiones, reviste la vinculación temporal a las Administraciones Públicas, pero que no olvide tampoco los principios que inspiran el acceso al desempeño de puestos en su seno: igualdad, mérito y capacidad, y siempre mediando concurso público.

3. LA FIGURA JURÍDICA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CLÁUSULA 5 DEL ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE EL CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA

Como es conocido, el trabajador indefinido no fijo es una institución jurídica, de creación jurisprudencial que, desde el principio ha hecho correr ríos de tinta, si se me permite la expresión, como consecuencia, entre otras cosas, de la doctrina bastante caótica que el Tribunal Supremo ha ido elaborando en estos años, y que con frecuencia ha respondido a la pretensión de “solucionar los errores continuados de las Administraciones Públicas provocando, en consecuencia, una suerte de innovación legislativa que no le corresponde”⁴³. De nuevo, de manera parecida al papel desplegado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco, los tribunales españoles estarían supliendo en este caso la falta de acción legis-

como sería el caso de los vinculados en régimen de Derecho Administrativo. Sin embargo, esta sentencia evidencia que para el Tribunal comunitario la Directiva también es de aplicación a estos casos, manejando, por tanto, una consideración amplia del ámbito subjetivo de la norma comunitaria, que por otra parte respalda la Cláusula 3.1 del Acuerdo Marco, cuando refiere que “engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno”.

Asimismo y como ya se ha señalado en algún caso, la sentencia tiene el interés de que sugiere que sería posible aplicar a los trabajadores sujetos a régimen administrativo los efectos de la construcción jurídica del “trabajador indefinido no fijo”, lo que sin duda constituye una completa novedad (en este sentido, GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, op. cit., pág. 7). En todo caso, y a estos efectos, debe recordarse la existencia de precedentes en el mismo sentido, como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04, Adelenor y otros), y de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04, Marrosu y Sardino).

⁴² GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, op. cit., pág. 7.

⁴³ MARÍN ALONSO, I.: “El trabajador «indefinido no fijo» y condiciones de trabajo en régimen de interinidad. Abuso en la contratación temporal en la Administración Pública”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, pág. 50.

lativa, de forma que las sentencias dictadas actúan como una suerte de fuente generadora de derechos a falta de ley que los reconozca. Una situación que, por cierto, no ha registrado cambios apreciables incluso tras la recepción de esta figura por parte del EBEP en sus arts. 8,2 c) y 11.1. -recordemos: “En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”⁴⁴-, legalización que, como hemos tenido ocasión de constatar, ha sido amparada por el Tribunal comunitario en sentencias como la que resuelve los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López, y anteriormente los asuntos Adelener y otros (2006) y Marrosu y Sardino (2006).

En todo caso, no pretendo en este momento abordar el análisis de esta compleja figura en toda su extensión⁴⁵, considerando más oportuno centrarme en las últimas novedades

⁴⁴ Adicionalmente, también ha de consignarse la existencia de ciertas reglas que se refieren a este tipo de trabajadores en: a) la Disposición Adicional 15ª del vigente ET, que reconoce a los trabajadores de las Administraciones Públicas con contrato irregular, o que han superado los límites de encadenamiento de contratos previstos en el art. 15 de dicha norma legal, el derecho a continuar desempeñando el puesto que venían ocupando, hasta que se proceda a la cobertura del mismo por los procedimientos legalmente previstos; b) la Disposición Adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, y que establece la exigencia de responsabilidades - disciplinaria y en su caso patrimonial - a los titulares de los órganos competentes en materia de personal de cada una de las Administraciones Públicas y entidades que conforman su Sector Público que incurran en “actuaciones irregulares” en materia de contratación laboral. En todo caso, y como, entre otros, ha señalado RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador «indefinido no fijo de plantilla», *Trabajo y Derecho*, núm. 47, 2018, pág. 5, “esta regulación es harto escasa y no entra en su núcleo central, que únicamente ha encontrado relleno en las dos últimas décadas a través de variados pronunciamientos judiciales, que han ayudado a suplir las carencias legislativas”.

⁴⁵ En relación con la evolución jurisprudencial de esta institución remito al trabajo de BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, *Ius Labor*, núm. 3, 2017, pág. 161 y ss., en el que se analizan de manera clara y sistemática las distintas etapas por las que la misma ha transitado en su construcción doctrinal. También al análisis realizado por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador...”, op. cit., quien de forma muy gráfica ha destacado cómo “la figura del trabajador indefinido no fijo ha crecido exponencialmente en los últimos años, pues da cobertura a todos los supuestos en los que de alguna manera se detectan irregularidades en la contratación o se actúa en fraude de ley” (pág. 3).

en torno a la misma, que básicamente tienen que ver con la forma en que puede afectar la jurisprudencia comunitaria antes analizada a la doctrina sobre esta figura jurídica, particularmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y el cambio jurisprudencial sobre la misma operada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 (Rec. 1664/15).

3.1. La nueva doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 2017 sobre los trabajadores indefinidos no fijos: no son trabajadores temporales, y tienen derecho a ser indemnizados a la extinción de su contrato de trabajo

En relación con esta institución, hay que recordar que, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su conocido Auto de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14, Huetor Vega), los trabajadores indefinidos no fijos “se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de este Acuerdo Marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada”. De tal manera que, “... Carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no fijo», dado que [...] tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos”, por lo que se ha señalado, no sin razón, que “no deja de ser más que un contrato temporal sometido a un término mayor”⁴⁶. Esta doctrina concordaba con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vigente desde la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2014 (Rec. 2693/13), que consideraba a los trabajadores indefinidos no fijos como trabajadores temporales⁴⁷.

⁴⁶ MARÍN ALONSO, I.: “El trabajador «indefinido no fijo» y condiciones de trabajo...”, op. cit., pág. 42.

⁴⁷ En esta ocasión el Alto Tribunal español conoció de la extinción de un contrato indefinido no fijo por amortización de plaza. A igual conclusión se llegó en aquella época, por cierto, en el caso de los trabajadores interinos que cubrían una vacante (véase la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/13)).

Sin embargo, la doctrina del Alto Tribunal español ha registrado un giro de ciento ochenta grados con la referida sentencia de 28 de marzo de 2017⁴⁸, como ya he señalado, ratificada en posteriores pronunciamientos⁴⁹, partiendo de la idea base de que el trabajador indefinido no fijo no se encuentra vinculado con la Administración Pública por un contrato de trabajo temporal⁵⁰. Las críticas a este giro jurisprudencial no se han hecho esperar, y con razón⁵¹.

⁴⁸ Que en este caso conoce de la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo por cobertura de la plaza reglamentaria. Para CANO GALÁN, Y.: "Indemnización por cese de trabajador indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza: ¿el umbral del caso de Diego Porras?", *Diario La Ley*, núm. 8983, 2017, pág. 4, esta sentencia supone una "desviación" de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 24 de junio de 2014 -subraya en este sentido cómo en la sentencia "en ningún momento se habla de cambio jurisprudencial"- . Sin embargo, si se compara con la sentencia de 8 de julio de 2014, creo que se puede establecer que hay algo más que una desviación.

⁴⁹ Véase las sentencias de la Sala de lo Social de 9 de mayo de 2017 (núm. 402/2017), de 12 de mayo de 2017 (núm. 421/2017), de 19 de julio de 2017 (núm. 651/2017), y de 22 de febrero de 2018 (núm. 198/2018).

⁵⁰ No obstante, el giro jurisprudencial señalado no necesariamente es definitivo - la verdad es que en esta materia pocos aspectos pueden elevarse a dicha categoría -, pues en 2018 una sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de abril, (núm. 352/2018), en relación con un conflicto en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, parece asignar a los indefinidos no fijos el papel de trabajador temporal (vid. sobre la misma el análisis exhaustivo realizado por DESDENTADO BONETE, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?", *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2018, pág. 32 y ss).

⁵¹ Así, por ejemplo, MARÍN ALONSO, I.: "El trabajador «indefinido no fijo» y condiciones de trabajo...", op. cit., pág. 43, considera que el giro jurisprudencial se ha practicado "sin argumentación suficiente", señalando a tales efectos que "el contrato «indefinido no fijo» no incorpora, en definitiva, una condición resolutoria, sino que es un contrato a término pues, en todo caso la Administración Pública conforme al art. 70 del TREBEP está obligada a convocar los procedimientos selectivos para cubrir las plazas vacantes en un plazo improrrogable de tres años". No obstante, conviene recordar que ésta concepción de la figura del trabajador indefinido no fijo es controvertida, existiendo especialistas que consideran que en este caso estaríamos no ante contratos sujetos a término, sino ante contratos sujetos a condición resolutoria (DESDENTADO BONETE, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable...", op. cit., pág. 24; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público", *Trabajo y Derecho*, núm. 10, 2015, pág.s. 3 y 4).

En todo caso, existe una cierta sensación de vértigo con esta doctrina oscilante que se puede resumir de la siguiente manera:

De esta sentencia no pueden compartirse varios aspectos:

- a) En primer lugar, no termina de comprenderse cómo se acude precisamente al Auto del Tribunal comunitario en el asunto Huetor Vega, antes referido, para justificar el derecho a una indemnización cuando se produce la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo por cobertura de la vacante que ocupaba, cuando "precisamente está defendiendo que los indefinidos no fijos ya no son temporales, pues, desde ese mismo instante, ni la citada doctrina Huetor Vega, ni la Directiva 1999/70 no son aplicables a contratos "no temporales"⁵².
- b) Para el Alto Tribunal español, "al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente lo que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1 c) del ET [12 días de salario por año de servicio], pues dadas las causas que han motivado la creación de esta institución parece necesaria reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica sin más la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo"⁵³.

Es de alabar la sensibilidad del Tribunal con estos trabajadores⁵⁴, pero la misma con-

el indefinido no fijo que ve extinguido su contrato por cobertura de la vacante que ocupaba "en poco más de tres años ha pasado de no percibir indemnización alguna ante esta causa de extinción, a recibir, por analogía con la finalización de un contrato temporal, primero 12 días de salario por año de servicio, y ahora 20 días de salario por año trabajado" (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La jurisprudencia reciente sobre el trabajador...", op. cit., pág. 10).

⁵² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica...", op. cit., pág. 182.

⁵³ En este sentido, recuerda el propio Tribunal que "la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) [...] cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal".

⁵⁴ Para MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La extinción del indefinido no fijo: el nuevo *quantum* indemnizatorio",

trasta con la doctrina fijada en sentencias como la dictada por el Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019, y que remata el litigio De Diego Porras, en la que la negativa a reconocer el derecho a una indemnización a una interina de larga permanencia en su puesto ha sido contundente⁵⁵. En todo caso, ha de advertirse que, en la presente sentencia, al reconocimiento de la indemnización de 20 días, en los términos de art. 53.1 b) ET, se llega evitando aplicar la doctrina De Diego Porras (I), por lo que, en principio, esta doctrina del Tribunal Supremo no parece que vaya a verse alterada por la doctrina finalmente establecida en De Diego Porras (II). No obstante, en el reconocimiento por el Tribunal Supremo de la indemnización de 20 días subyace la lógica de las situaciones de fraude en la contratación⁵⁶. Sin embargo,

Trabajo y Derecho, núm. 37, 2018, pág. 9, si bien "el nuevo criterio interpretativo resulta lógico si se tiene en cuenta la diferenciación apuntada entre los indefinidos no fijos y los temporales (interinos por vacante). El juego de semejanzas que el TS había sometido a los primeros con los segundos no resultaba adecuada en este punto", el mismo de considerarse una "solución de urgencia que puede no ser suficiente para cerrar el debate de esta figura contractual", por lo que, en línea con lo solicitado en distintos ámbitos de la doctrina laboralista española, reclaman una regulación legal que fije su estatuto jurídico y con ello ahorre los constantes conflictos jurídicos de relevancia en torno a esta figura jurídica de creación jurisprudencial.

⁵⁵ Y ello, recordémoslo, pese a que el Tribunal comunitario no se cerró a que se reconociera una posible indemnización, sino que dejó en manos de los tribunales nacionales que decidan qué medida es la adecuada o correcta para prevenir abusos de la contratación temporal. Sobre este detalle se ha insistido particularmente por algún sector de la doctrina española (vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO P. G.: "Cumplimiento de la prohibición de discriminación...", op. cit., pág. 14), estimándose que, en un futuro, no sería extraño ver cómo jurisprudencialmente se termina reconociendo la indemnización de doce días de salario por año de servicio, de la misma forma que se reconoce a los trabajadores temporales por contratos para obra o servicio determinados.

⁵⁶ En este sentido, señala concretamente el Alto Tribunal español que: "el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico

del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad".

c) Para el Tribunal Supremo "acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el art. 53.1 b) del ET en relación con los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato".

El problema, a mi juicio, es que no termina de conocerse en virtud de qué razón, o razones, es posible establecer la asimilación de la extinción contractual de este caso con las circunstancias objetivas⁵⁸. De hecho, esta asimilación no explicada suficientemente a lo que ha dado lugar, curiosamente, es a que algunos Tribunales Superiores de Justicia hayan reconocido la misma indemnización a trabajadores interinos que han visto extingui-

co del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad".

⁵⁷ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica...", op. cit., pág. 182.

⁵⁸ Muy crítico con esta sentencia, DESDENTADO BONETE, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable...", op. cit., pág. 29, ha señalado, no sin razón, que "la sentencia aprecia la semejanza en cuanto presupuesto de la analogía, pero no la razona y tampoco fija su alcance", recordando a estos efectos que "la cobertura de la vacante presenta conceptualmente diferencias notables con las causas objetivas típicas". Así mismo, y como ha destacado BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica...", op. cit., pág. 183, parece olvidarse que, hasta la fecha, la cobertura de la plaza, en casos como el que nos ocupa, había sido considerada una causa de temporalidad indiscutible.

do su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza⁵⁹.

3.2. La doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo: la distinta percepción de la figura del personal indefinido no fijo

Ya he tenido la oportunidad de referirme a la doctrina generada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto María Elena Pérez López, y los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López, por contraste a la generada en el ámbito laboral por este mismo Tribunal. Pero la reflexión que ahora realizo sobre la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación con los trabajadores indefinidos no fijos, no sería completa, si no tuviéramos en cuenta la visión que de esta figura jurídica tienen nuestros tribunales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, y más concretamente nuestro Tribunal Supremo en la sala competente al efecto.

Me voy a referir, por tanto, en estos momentos, a las sentencias núm. 1425/2018, de 26 de septiembre, y 1426/2018, de idéntica fecha -y que resuelven los pleitos que tenían por protagonistas a María Elena Pérez López, y a Martínez de Andrés y Castrejana López-, cuyo mayor interés reside en que formulan una doctrina cuyos términos difieren del tratamiento que la Sala de lo Social del Alto Tribunal español está dando a los trabajadores indefinidos no fijos, y que *a priori* tampoco nos ha de sorprender dado que, como en algún caso se destacó, particularmente la sentencia del Tribunal comunitario que resolvió los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López “se aleja sustancialmente de los efectos jurídicos prototípicos derivados de la declaración de un trabajador indefinido no fijo”⁶⁰, entiéndase

en los términos formulados ordinariamente en el ámbito de la jurisdicción social -por tanto en el ámbito estrictamente laboral-.

Hay que ser consciente de que, como en más de una ocasión se ha advertido, en tanto para “la creación de la figura del empleado laboral indefinido no fijo se ha tenido en cuenta la comparación con el personal fijo”, en el “ámbito de las relaciones administrativas, que afectarían tanto al funcionario interino como al personal eventual de los servicios de salud no existe, sin embargo, tal posibilidad”, habiendo de recordarse igualmente que “las comparaciones cruzadas entre regímenes jurídicos distintos” es algo que la sentencia del Tribunal comunitario que resuelve el asunto María Elena Pérez López veta⁶¹. Esta circunstancia explica el panorama dispar que registra la aplicación de la doctrina del Tribunal comunitario en los asuntos antes referidos, pues junto a sentencias que reconocen el derecho al mantenimiento del puesto de trabajo al trabajador afectado⁶², existen pronunciamientos judiciales españoles que registran apreciables dificultades para trasladar las consecuencias prácticas de la doctrina comunitaria en este punto⁶³, aunque sólo sea, porque, como se ha indicado, en el ámbito funcional y estatutario las cosas funcionan de otra manera.

Qué duda cabe que las dos sentencias del Tribunal Supremo a las que me referiré ahora vienen arrojar luz en este confuso panorama, otra cosa es que su doctrina pueda compartirse. En concreto, dos son los pronunciamientos conclusivos que realiza el Alto Tribunal español en las mismas -tomo para no reiterarme la

⁶¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador...”, op. cit., pág. 12.

⁶² En este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo (Sevilla)) de 30 de septiembre de 2016 (Rec. Sup. 221/2016); País Vasco de 12 de diciembre de 2016 (Rec. Sup. 625-72013) - ésta por cierto revocada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1425/2018 comentada en texto principal-; o Galicia de 1 de febrero de 2017 (Rec. Sup. 71/2017).

⁶³ Tal es el caso de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sucesivas sentencias, como la de 26 junio de 2017 (Rec. Sup. 378/2017), la de 17 de octubre de 2017 (Rec. Sup. 1186/2016), o la de 27 de octubre de 2017 (Rec. Sup. 390/2017).

⁵⁹ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 31 de mayo de 2017 (Rec. Sup. 327/17); del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 12 de julio de 2017 (Rec. Sup. 623/17); y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (Rec. Sup. 879/2017).

⁶⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica...”, op. cit., pág. 185.

referencia que supone la primera de las sentencias, núm. 1425/2018:-

- a) Cuando un funcionario interino o personal estatutario eventual son víctimas de una utilización abusiva de nombramientos temporales o de una concatenación del mismo carácter de sus contratos, “la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma análoga la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud”. En este sentido, se destaca que el estudio cuya realización es obligada por dicha norma jurídica, “debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por ese personal, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas”.
- b) Reconocido el derecho del afectado por la situación abusiva a una indemnización con ocasión de la extinción de su relación jurídica, la efectividad de la misma se supedita a la consideración de los siguientes factores: “a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los

medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del *quantum* de la indemnización debida”. En todo caso, y de forma un tanto confusa, se advierte a los efectos oportunos que “el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas «equivalencias», al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público”.

Como constatará el lector, la Sala de lo Contencioso-administrativo en estas dos sentencias ha realizado una acogida de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en particular de la fijada en los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López, que aleja a esta Sala de las soluciones jurídicas articuladas en la jurisdicción social. Me parece oportuno destacar los siguientes aspectos:

- a) Tal y como se ha reflejado, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo rechaza la idea de que la respuesta jurídica a una situación de abuso de los nombramientos temporales o una concatenación del mismo carácter de sus contratos, en el caso de funcionarios interinos o personal estatutario eventual, sea la conversión de dicho personal en indefinido no fijo -que niega-, estimando que lo más razonable es la continuación de la relación jurídica, con todos los derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración, conforme a la normativa vigente, analice si procede o no crear una plaza estructural, y en caso positivo proceda a su cobertura. Esta doctrina se ajusta a la ya referida de los asuntos acumulados Martínez de Andrés y Castrejana López, desde el momento en que en esta sentencia se estableció que la Cláusula 5 del Acuerdo Marco estatutario no obliga a reconocer el derecho al mantenimiento de la relación jurídica de trabajo en todo caso -aquí es donde tiene cabida la figura jurídica del indefinido no fijo-, sino que esta medida jurídica se plantea como una opción necesaria -dado que se viene reconociendo

en el caso de contratos de trabajo temporales- cuando no existe una medida eficaz alternativa a esta, y sin embargo en este caso esta medida existe, desde el momento en que se reconoce por el Alto Tribunal español el derecho a una indemnización, que puede ser de una cierta entidad.

- b) Por lo que respecta a la indemnización a la extinción de su relación jurídica, el reconocimiento del derecho se plantea en unos términos que resultan mucho más creíbles como medida para combatir el abuso en la contratación o nombramiento temporales, que la indemnización extintiva reconocida en el caso de ciertos contratos temporales -recuérdese, en todo caso, que la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconoció en la sentencia de 13 de marzo de 2019 que las referidas indemnizaciones no podían considerarse una medida efectiva o creíble en el combate del abuso y el fraude en la contratación laboral-. Y ello porque, si bien la misma se condiciona a su solitud en sede judicial, y prueba, también es cierto que, en principio, no registra los límites de las indemnizaciones previstas por el ET para los supuestos de extinción del contrato de trabajo.
- c) El punto débil si acaso de esta doctrina: la consideración realizada sobre el daño susceptible de ser alegado, y en particular la referencia a las “hipotéticas «equivalencias»” -por las dudas que puede plantear a qué se refiere la Sala en este caso-, que particularmente considero que es una referencia críptica a que no necesariamente la indemnización debe calcularse sobre la base de los estándares 12 o 20 días.

4. EL IV CONVENIO ÚNICO PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO DE 2019 Y EL II ACUERDO GOBIERNO-SINDICATOS PARA LA MEJORA DEL EMPLEO PÚBLICO Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE 2018

Señalaba al comienzo de este artículo que el futuro en la materia sobre la que reflexiono

en estos momentos lo constituyen tanto el IV Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, como el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, de 9 de marzo de 2018. Y lógicamente, desde la perspectiva aquí planteada, lo que considero toca en este momento es preguntarse sobre la aportación que realiza este importante convenio colectivo a la cuestión aquí analizada.

En este sentido, y comenzando por el IV Convenio Único, hay que señalar en primer término que entre sus preocupaciones principales no están las cuestiones litigiosas sobre las que hemos reflexionado anteriormente. Lo cual no debe de extrañar, puesto que este Convenio Único nace con una intención fundamental, aparte de regular ordinariamente ciertas condiciones de empleo, como es la recuperación de una serie de derechos perdidos durante la precedente crisis económica, cuando no la consecución de viejas aspiraciones. Como ejemplo de lo primero cabe citar el incremento pactado de hasta un 14 % de los salarios bajos establecidos en el convenio para el período 2018-2020; como manifestación de lo segundo, el reconocimiento, por primera vez, del derecho a la jubilación parcial anticipada, eso sí, a partir de 2021.

De tal manera que a la contratación temporal de personal sólo se dedica un único artículo, el 33, titulado “Selección del personal temporal”, en el que las cuestiones que se plantean no son precisamente las aquí discutidas. Así, se establece la duración máxima del contrato de trabajo, en este caso de 6 meses en un período de máximo de 12 meses, con remisión expresa al régimen del Real Decreto 2720/1998; se identifica a los Servicios Públicos de Empleo como la entidad que ha de gestionar la contratación de carácter estacional; se prohíbe que el número de contratos pueda superar el número de plazas convocadas; o se contempla la creación de bolsas de trabajo -cuya vigencia no podrá superar los tres años- de estructura provincial, para atender las necesidades de las Administraciones Públicas, a partir de procesos de selección realizados entre personal laboral de carácter fijo o mediante convocatoria pública. Podría completarse esta aproximación al régimen laboral tempo-

ral del IV Convenio Único con la referencia contenida en el art. 97 de dicho convenio -titulado "Extinción del contrato de trabajo"- a que, en el caso de la extinción del contrato de trabajo por las causas señaladas en el art. 49 i), recuérdese, el despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, "se priorizará la permanencia del personal en el ámbito del Convenio".

Por ello, el documento de mayor interés en nuestro caso lo constituye el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo de 2018, que constituye un paso más en la acción concertada iniciada con el primer Acuerdo de este tipo firmado el 29 de marzo de 2017, y cuyo artículo Tercero se refiere a los "Procesos de estabilización de empleo público". En dicha disposición convencional se vuelve a pactar, en continuación con lo establecido en el Acuerdo de 2017, una tasa adicional de reposición para la estabilización del empleo temporal, que, "respondiendo a necesidades estructurales, hayan estado dotadas presupuestariamente y ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017, de modo que la tasa de cobertura temporal de estas plazas en cada ámbito se sitúe al final del período por debajo del 8 por ciento"⁶⁴. Un proceso que también se contempla su extensión, en su caso -pues se formula como una posibilidad-, a las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, consorcios y fundaciones del sector público, Agencias y Autoridades independientes, respecto de plazas o puestos de trabajo que, respondiendo a necesidades estructurales, fueron ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente en el mismo periodo antes referido.

Pese a los deseos expresados en este Acuerdo de 2018, también en el de 2017, se ha de ser consciente de que el camino a recorrer es largo. Si nos atenemos a los últimos

estudios realizados⁶⁵, la tasa de temporalidad a la fecha del Acuerdo de 2018 rondaba el 22,8 %, muy lejos por tanto del objetivo pretendido del 8 %. Igualmente, y por lo que respecta a la naturaleza de la temporalidad que asola las relaciones de trabajo en la Administración Pública, hay que señalar que entorno al 40,7 % de los contratos realizados son de interinidad, en tanto el 26,5 % los son por obra y servicio determinado. Denunciándose a estos efectos la existencia de una "evolución creciente del contrato de interinidad, que teniendo en cuenta las medidas adoptadas para evitar la entrada de nuevo personal, puede convertirse en el medio plazo en una «bolsa de temporalidad irregular», situación que de no proveerse reglamentariamente, comportará su conversión en indefinidos no fijos"⁶⁶. Esta problemática es precisamente la que pretende combatir los procesos de estabilización que con los acuerdos de 2017 y 2018 se quieren activar en estos tres años -2018 a 2020-. De todas formas, conviene no olvidar que, en el caso del contrato de interinidad, "la interinidad por vacante está claramente feminizada, al presentar las mujeres tres de cada cuatro empleos con este tipo de contrato"⁶⁷, y que, por ejemplo, esa perspectiva, la de género, se echa en falta en estos Acuerdos, no siendo precisamente una cuestión menor.

En todo caso, y para concluir, desde la perspectiva analizada en esta ocasión, toca preguntarse que deberíamos esperar tanto del legislador, como de los agentes sociales, a la hora de afrontar los males que aquejan a la gestión de la contratación laboral en las Administraciones Públicas. Para comenzar, creo que el caso Diego Porras y toda la jurisprudencia generada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, debería animar al legislador a plantearse un desarrollo efectivo del Estatuto Básico del Empleado Público,

⁶⁴ Estando previsto que las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización se aprueben y publiquen en los ejercicios 2018 a 2020. En todo caso, se establece expresamente que dicho proceso de estabilización no puede generar un incremento de gasto público ni de los efectivos ya existentes.

⁶⁵ OLIVELLA PEDROLA, M.: "Empleo público y flexiseguridad, un cambio de paradigma en las relaciones laborales", *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, pág. 37.

⁶⁶ OLIVELLA PEDROLA, M.: "Empleo público y flexiseguridad...", op. cit., pág. 37.

⁶⁷ Como ha señalado OLIVELLA PEDROLA, M.: "Empleo público y flexiseguridad...", op. cit., pág. 37.

que salve la actual situación en la que el régimen de derechos de los trabajadores vinculados temporalmente con la Administración Pública tiene un origen más jurisprudencial que legal. No se puede seguir como estamos, a la espera de que el Tribunal comunitario siga cincelandando nuestro ordenamiento con ocasión de su confrontamiento con las cláusulas 4 y 5 del referido Acuerdo Marco. Igual que el desarrollo normativo del concepto de empleado público sería una buena ocasión para aproximar dos realidades muy alejadas hoy día, como la de los trabajadores que trabajan para la Administración laboral en régimen laboral, y aquellos que lo hacen sujetos al régimen administrativo o estatutario correspondiente -sólo hay que observar la dispar manera en que se ha resuelto la cuestión de la extinción contractual del indefinido no fijo, bien es verdad que existiendo condicionantes jurídicos que, al menos en parte, explican el distinto tratamiento⁶⁸.

No obstante lo dicho, me permito recordar que tanto la efectividad del principio de no discriminación (Cláusula 4), como la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (Cláusula 5), identifican un papel básico en la materia de los interlocutores sociales al que no deben sustraerse -recuérdese en este caso que la propia Directiva 1999/70 es la consecuencia de un acuerdo comunitario en el ámbito de la autonomía colectiva europea-. En el primer caso, Cláusula 4, el Acuerdo Marco europeo contempla que la acción legislativa en materia de no discriminación sea el fruto de un proceso previo de consulta con dichos interlocutores. Esta consulta cuando no existe debe ser reclamada, e incluso la acción legislativa en este terreno podría ser impulsada mediante un acuerdo previo Administración - sindicatos, en línea con los acuerdos alcanzados en 2017 y 2018 para la mejora del empleo público.

⁶⁸ Como ha referido CRUZ VILLALÓN, J.: "El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea", *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018, pág. 76, la transposición de la Directiva 1999/70 por la vía de la legislación laboral tiene como efecto negativo, no precisamente pequeño me permito precisar, que "prácticamente no existe regulación de la transposición para los funcionarios públicos y personal estatutario de sistema público de asistencia sanitaria".

En cuanto a la Cláusula 5 del Acuerdo Marco europeo, tampoco debería obviarse el papel de impulso de la legislación en la materia que pueden adoptar las organizaciones sindicales. Para ello, es necesario que las mismas tomen conciencia de la necesidad de abordar con carácter incluso monográfico, si ello fuera necesario, la adopción de medidas que permitan prevenir la utilización abusiva o fraudulenta de la contratación laboral en la Administración Pública. Hasta el momento nuestro ordenamiento laboral se ha concentrado en la adopción de medidas legislativas en relación con dos de los planos previstos por la referida Cláusula 5: a) establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos o relaciones laborales; b) fijación de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada. Pero nada se ha hecho respecto a la limitación del número de renovaciones de dichos contratos o relaciones laborales. Sería el momento, por tanto, de profundizar, mediante el diálogo y la negociación, en esta última parcela, lo mismo que consensuar un esquema claro de las indemnizaciones que corresponden con motivo de la extinción del contrato y en qué supuestos. En definitiva, es el momento de que el diálogo y el acuerdo impulsen una acción legislativa que hasta el momento se ha diferido por diversas circunstancias, pero cuya ausencia empieza a afectar seriamente el funcionamiento de la Administración Pública española, y sobre todo su desarrollo futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ MARAGALL, J.: "La STJUE «Ana de Diego Porras» (C-596) y su inmediata recepción y aplicación por los tribunales españoles: análisis crítico", *IUSlabor*, núm. 3, 2016.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*. 20ª edición, Civitas, Madrid, 2002.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción", *Ius Labor*, núm. 3, 2017.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Contratos temporales e indemnización por cumplimiento

- del término: «de Diego Porras» vs. «Montero Mateos» y «Grupo Norte Facility», *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2018.
- CAMPOS DAROCA, J.M.: *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- CANO GALÁN, Y.: “Indemnización por cese de trabajador indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza: ¿el umbral del caso de Diego Porras?”, *Diario La Ley*, núm. 8983, 2017.
- CANO GALÁN, Y.: “El asunto De Diego Porras: el final de una saga y el comienzo de las siguientes sobre derechos indemnizatorios por extinción de contratos temporales”, *Diario La Ley*, núm. 5168, 2019.
- CARDENAL CARRO, M.: “Un estatuto para los empleados públicos”, en AA. VV.: *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, vol. I, Madrid, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, núm. 113, 2018.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2018.
- GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público”, *Trabajo y Derecho*, núm. 10, 2015.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El caso de Diego Porras, un aldabonazo frente a la temporalidad del mercado laboral español”, en <http://www.cielolaboral.com/el-caso-de-diego-porras-un-aldabonazo-frente-a-la-temporalidad-del-mercado-laboral-espanol/>
- MARÍN ALONSO, I.: “El trabajador “indefinido no fijo” y condiciones de trabajo en régimen de interinidad. Abuso en la contratación temporal en la Administración Pública”, *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.
- MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “A vueltas con el derecho a indemnización a la extinción de los contratos de interinidad de la Administración. Balance de la doctrina judicial nacional tras la sentencia del TJUE Montero Mateos”, *Trabajo y Derecho*, núm. 48, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La doctrina de “Diego Porras” desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿ «noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, *Diario La Ley*, núm. 9053, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o nuevo capítulo sin fin? Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16) y Grupo Norte Facility (C-574/16)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 424, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La extinción del indefinido no fijo: el nuevo *quantum* indemnizatorio”, *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO P. G.: “Discriminación por la diferencia indemnizatoria entre trabajadores fijos y trabajadores temporales o interinos: de la doctrina Diego Porras a la nueva doctrina Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO P. G.: “Cumplimiento de la prohibición de discrimi-

minación (cláusula 4 del Acuerdo Marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5): la doctrina De Diego Porras II”, *Trabajo y Derecho*, núm. 66, 2019.

MONTOYA MELGAR, A.: “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011.

OLIVELLA PEDROLA, M.: “Empleo público y flexi-seguridad, un cambio de paradigma en las relaciones laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La doctrina judicial europea de Diego Porras no irá al paraíso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, 2018.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El contrato de interinidad en el empleo público a la luz de los recientes pronunciamientos judiciales”, *Revista de Jurisprudencia (El Derecho)*, Mayo - núm. 2, 2018.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La jurisprudencia reciente sobre el trabajador «indefinido no fijo de plantilla»”, *Trabajo y Derecho*, núm. 47, 2018.

RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M.: “La rectificación de la doctrina de Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6-junio, 2018.

RESUMEN

La transposición al ordenamiento español de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco europeo sobre el contrato de duración determinada, incorporado a la Directiva 1999/70/CE -relativas al principio de no discriminación en materia de contratación temporal y la adopción de medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos temporales-, tradicionalmente ha sido una cuestión polémica en el caso de nuestro país. En este sentido, el presente artículo analiza, y reflexiona, sobre la jurisprudencia establecida en los últimos tres años por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su recepción por el Tribunal Supremo, en cuestiones tan distintas como la indemnización del contrato de trabajo de los trabajadores interinos al servicio de la Administración Pública, o el régimen de la extinción contractual de los trabajadores indefinidos no fijos, tanto laborales como sujetos a régimen administrativo o estatutario.

Resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentido negativo la cuestión del posible derecho de los trabajadores interinos por sustitución a una indemnización por extinción de su contrato, a la luz de la Cláusula 4 del referido Acuerdo Marco europeo -asunto De Diego Porras (II) que corrige totalmente la doctrina establecida en De Diego Porras (I)-, doctrina ya anticipada en los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, y acogida la misma por nuestro Tribunal Supremo en este mismo año, lo cierto es que poco más se ha avanzado en este terreno. Y precisamente, finalizado el largo proceso judicial del caso De Diego Porras la sensación que queda es que el debate sobre todo en torno a la Cláusula 5 del referido Acuerdo Marco europeo, en definitiva sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal, languidecerá hasta que de nuevo los Tribunales de instancia vuelvan a poner de manifiesto las carencias de nuestro país en la limitación de las prácticas abusivas en materia de contratación laboral temporal, y en el reconocimiento de derechos a los trabajadores con contrato laboral temporal que prolongan a lo largo del tiempo su vinculación con la Administración. Una situación que también se aprecia en el caso de las relaciones de trabajo sujetas al régimen administrativo o estatutario, donde las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas en los asuntos Pérez López y Martínez de Andrés/Castrejana López, constituyen una llamada de atención sobre las prácticas que pueden estar dándose en ciertos ámbitos de nuestra Administración.

Distinta es la problemática que rodea la siempre compleja institución del trabajador indefinido no fijo, pues en este caso la Jurisprudencia del Tribunal Supremo nos sitúa ante una diferente percepción de la misma dependiendo de la jurisdicción donde se ubique el litigio. Así, y desde 2017 -tras un cambio de la jurisprudencia vigente hasta el momento-, para la Sala de lo Social el trabajador indefinido no fijo no puede considerarse un trabajador temporal, no obstante lo cual, dada su difícil situación jurídica en el seno de la Administración pública española, considera que merece se le reconozca a la extinción de su vínculo jurídico una indemnización superior a la prevista para los contratos de trabajo temporal. Una visión alternativa es la que plantea la Sala de lo Contencioso-administrativo -apoyándose en la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos Pérez López y Martínez de Andrés/Castrejana López-, pues discute tanto que la respuesta jurídica al abuso en los nombramientos temporales de los funcionarios interinos y del personal eventual sea la atribución a los mismos de la condición de personal indefinido no fijo, como que la indemnización a otorgar a la extinción del vínculo jurídico

sea la misma en todos los casos, pues deberá solicitarse la misma en el proceso y probarse el alcance del daño. En el fondo, esta distinta percepción de un mismo fenómeno vuelve a abundar en la necesidad de una respuesta legislativa que asuma la problemática de un colectivo que no para de crecer en nuestro país, y que registra condicionantes distintos en función de si se sujeta al régimen laboral o al administrativo.

En todo caso, y por último, el autor plantea la necesidad de un papel más activo de las organizaciones sindicales en la transposición a nuestro ordenamiento de las referidas cláusulas del Acuerdo comunitario, y la necesidad de un tratamiento específico de la problemática reflejada en este estudio. Valorando positivamente acuerdos como el IV Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (2019), que aborda la recuperación de derechos por el personal laboral de la Administración Pública española, o el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (2018), en el que sí se pacta la puesta en marcha de procesos de estabilización de los empleados públicos, parece claro que las cuestiones analizadas requieren una acción más incisiva de las organizaciones sindicales que promueva, e induzca, la ineludible acción legislativa en este terreno.

Palabras clave: Contratación laboral temporal; Administración Pública; empleo público; indemnización por despido; trabajador indefinido no fijo; trabajador interino.

ABSTRACT The transposition into Spanish legislation of clauses 4 and 5 of the European Framework Agreement on the Fixed-term Work, incorporated in Directive 1999/70 / EC -relating to the principle of non-discrimination in relation to fixed-term work and the adoption of measures to prevent abuse in this matter- it has traditionally been a controversial issue in the case of our country. In this sense, the present article analyzes, and reflects, on the jurisprudence established in the last three years by the Court of Justice of the European Union, and its reception by the Spanish Supreme Court, in matters as different as the indemnification of the labour contract of the interim worker in the service of the Public Administration, or the regime of the contractual extinction of the indefinite non-fixed workers, both labour and subject to administrative or statutory regime.

Resolved by the Court of Justice of the European Union in a negative sense the question of the possible right of interim workers by replacement to a compensation for termination of their contract, in light of Clause 4 of the aforementioned European Framework Agreement -De Diego Porras case (II) that completely corrects the doctrine established in De Diego Porras (I)-, doctrine already anticipated in the Montero Mateos and Grupo Norte Facility cases, and accepted by our Supreme Court in this same year, the truth is that little else progress has been made in this area. And precisely, after the long judicial process in the case of De Diego Porras, the feeling that remains is that the debate on everything related to Clause 5 of the aforementioned European Framework Agreement, ultimately on the measures aimed at avoiding the abusive use of fixed-term work contract, will languish until again the Courts of instance return to show the shortcomings of our country in the limitation of abusive practices in the matter of fixed-term work contract, and in the recognition of rights to workers with a fixed-term work contract that extend to over time its link with the Administration. A situation that can also be seen in the case of labour relations subject to the administrative or statutory regime, where the judgments of the Court of Justice of the European Union, issued in the cases Pérez López and Martínez de Andrés / Castrejana López, constitute a so-called of attention to the practices that may be taking place in certain areas of our Administration.

Different is the problematic that surrounds the always complex institution of the indefinite not-fixed worker, because in this case the jurisprudence of the Supreme Court places us before a different perception of the same depending on the jurisdiction where the litigation is located. Thus, and since 2017 -after a change in the jurisprudence in force until now-, for the Social Chamber, the indefinite not-fixed worker can not be considered a temporary worker, however, given his difficult legal situation within the spanish public Administration, considers that it deserves to be recognized at the extinction of its legal link compensation in excess of that provided for temporary employment contracts. An alternative view is the one proposed by the Contentious-Administrative Chamber -based on the doctrine established by the Court of Justice of the European Union in the cases of Pérez López and Martínez de Andrés / Castrejana López- since it argues so much that the legal response to the abuse in the temporary appointments of the temporary civil servants and of the temporary personnel is the attribution to them of the condition of indefinite non-fixed personnel, as that the indemnification to grant to the extinction of the legal bond is the same in all the cases, because it should be requested in the process and the extent of the damage should be proven. Basically, this different perception of the same phenomenon once again abounds in the need for a legislative response that assumes the problem of a group that does not stop growing in our country, and that registers different conditions depending on whether it is subject to the regime labor or administrative.

In any case, and finally, the author raises the need for a more active role of trade union organizations in the transposition to our order of the aforementioned clauses of the Community Agreement, and the need for a specific treatment of the problems reflected in this study. Positively assessing agreements such as the IV Agreement for Labour Personnel of the General State Administration (2019), which addresses the recovery of rights by the workforce of the Spanish Public Administration, or the II Government-Trade Unions Agreement for the improvement of public employment and working conditions (2018), in which it is agreed the implementation of stabilization processes for public employees, it seems clear that the issues analyzed require a more incisive action by trade union organizations to promote, and induce, the inescapable legislative action in this area.

Keywords: Temporary labour contract; public Administration; public employment; severance pay; indefinite non-fixed worker; interim worker.

El periodo de prueba y los pactos de no competencia y permanencia en la empresa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Probationary period and non-compete and permanence agreements in a company according to the High Court Jurisprudence

ÓSCAR FERNÁNDEZ MÁRQUEZ*

1. GÉNESIS Y GENÉTICA CONTRACTUAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: LÍMITES DE LA REGULACIÓN HETERÓNOMA DEL VÍNCULO LABORAL Y MARGEN FUNCIONAL-OPERATORIO DE LOS PACTA INTER PARTES

Como es sobradamente conocido, en la teoría al uso de la relación laboral el contrato de trabajo no es considerado fuente principal del contenido obligacional con el que quedan comprometidos los empleadores y los trabajadores asalariados al cambiar respectivamente el salario y la actividad dependiente y por cuenta ajena en el mercado. Ciertamente, se considera que no puede haber relación laboral sin contrato de trabajo (aquella nunca puede imputarse a la ley o al convenio colectivo, ni puede ser fruto de una determinación judicial constitutiva, o efecto de la responsabilidad que deba asumirse por incumplimientos, delitos o daños, pongamos por caso), pero no se admite que el contrato fije por sí mismo los términos

y condiciones del intercambio de prestaciones, que vendrán dados en buena medida de modo heterónomo (*ex lege*, por determinación convencional, o incluso por resolución judicial, como establece el art. 9.2 ET cuando dispone que “si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en una parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones”). Es sabida también la razón principal de esta solución: esencialmente la posición de debilidad o desventaja que los trabajadores asalariados exhiben frente los empleadores al intercambiar en el mercado actividad dependiente y salario (consecuencia de la necesidad que tienen de suscribir el contrato para comer, de la sobreabundancia de la fuerza de trabajo, o de la competencia con nuevas tecnologías productivas), que impide que puedan darse por buenas sin más las obligaciones que aquellos haya asumido contractualmente, en la medida en al que tales obligaciones serán presuntamente reflejo del mayor poder *-posición de dominación-* de la empresa.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo.

El contrato es preciso por tanto para hacer nacer (*función constitutiva*) la relación laboral pero no determina (*función reguladora*) el contenido obligacional de la misma. Puede limitarse de hecho -y así sucede con relativa frecuencia, particularmente en trabajos poco cualificados- a establecer (explícita o implícitamente) tres determinaciones básicas que -por elementales- deberá por otra parte contener necesariamente para conformar una verdadera relación laboral (*essentialia negotii*): (1) la identificación de los contratantes; (2) la definición del compromiso que se suscribe como relación laboral (desempeño de actividad productiva dependiente y por cuenta ajena a cambio de salario); y (3) la especificación -ya concreta- de la modalidad de contrato pactado, su duración y las condiciones iniciales de funcionamiento o *arranque* (tareas a desempeñar, lugar de trabajo, tiempo de prestación de servicios, etc.). El resto de reglas y condiciones vendrá dada, (a) bien *ex lege* o por convenio colectivo (o incluso mediante sentencia, según hemos visto que permite el art. 9.2 ET), y ello tanto cuando estas determinaciones heterónomas operen imperativamente (*ius cogens*) como cuando lo hagan supletoriamente o en defecto de pacto (*ius dispositivum*), (b) bien, más dinámicamente, en virtud de mecanismos que permitan singularizar *hic et nunc* la regla óptima aplicable a la relación laboral según el momento y contexto de vigencia en que la misma se encuentre, debido al trazo sucesivo que la caracteriza y a la consiguiente necesidad de improvisar soluciones adaptadas para cada momento. Las capacidades de modificación unilateral de condiciones de trabajo (el llamado *ius variandi* en sentido amplio) con que el ordenamiento apodera al empresario en determinadas circunstancias (movilidad funcional, geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, alteración del tiempo de trabajo, etc.) serían buenas muestras de esto.

Por supuesto, que el contrato no tenga que -o a veces tenga prohibido- regular el contenido de la relación laboral, o que no sea conveniente que lo haga *ab initio* por la imposibilidad práctica de predecir el futuro y anticipar la regulación más adecuada, debido a los altísimos costes de transacción *ex ante* que ello conllevaría, no quiere decir que las partes no puedan pactar cláusulas en las que expresen

sus preferencias cuando las referidas circunstancias restrictivas de la contratación particular y *a priori* no se encuentren presentes. Buena parte de las reglas heterónomas que se proyectan sobre la relación laboral son de hecho dispositivas para las partes -son, como suele suceder en el derecho privado, *relleno normativo* para suplir la falta de previsión regulatoria en que los contratantes tenderán a incurrir por la imposibilidad de saber con antelación qué conflictos van a suscitarse en el futuro y por tanto si vale la pena regularlos *ex ante*, ante el riesgo de que la regulación anticipada *ex contractu* de un futurible de dudosa realización termine frustrando de hecho la celebración misma del contrato: el contrato perfecto es enemigo del contrato posible-, operando simplemente como mero contenido normal o estándar de la relación laboral (*naturalia negotii*), susceptible de sustitución por lo que los contratantes puedan pactar, si llegara el caso, en contrario (*accidentalía negotii*)¹. Sigue habiendo por tanto terreno disponible para la regulación pactada de la relación laboral, acaso en el fondo porque el origen -y la genética- definitivamente contractual de la misma seguramente reclaman que sean los propios contratantes quienes, por su condición de verdaderos titulares del compromiso asumido, tengan reconocida residual -y tendencialmente- la capacidad para definir los términos del contrato².

Las meta-reglas que el ordenamiento laboral español dota para determinar lo que los pactos entre el empresario y el trabajador -la llamada autonomía privada individual- pueden hacer como fuentes de la relación laboral (las reglas del *sistema de fuentes* de la relación laboral, principal pero no únicamente contenidas en el art. 3 ET) corroboran de hecho que las posibilidades funcionales de la voluntad de los contratantes ni mucho menos constituyen una cantidad despreciable. Y es que esta voluntad no sólo puede operar *secundum legem* (desarrollando lo que dicen las

¹ Vid. A. BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2006, cit., p. 357 y 405 y ss.

² Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Lo individual y lo colectivo en el sistema español de relaciones de trabajo*, KRK Ediciones, Oviedo, 2018, pp. 222 y ss.

leyes y los convenios colectivos) sino también *praeter legem* (en materias o asuntos no afectados heteronómicamente), e incluso *contra legem* (si con ello se produjera beneficio -o no perjuicio- al trabajador, beneficio que en principio debería definirse a partir de la voluntad efectivamente manifestada por el propio trabajador, a la manera de las *preferencias reveladas* en el sentido de Samuelson³). Sólo dos limitaciones condicionan las posibilidades operatorias de la autonomía individual de los contratantes que acaban de referirse. La primera, que la voluntad expresada por el trabajador en el pacto debe ser auténtica, y nunca fruto de una imposición o abuso de poder por la empresa: por ello, el art. 3.5 ET prohíbe que el trabajador renuncie por pacto, aun cuando realmente *quisiera*, a derechos indisponibles. Y la segunda, que no cabe utilizar los acuerdos individuales en serie o de manera generalizada -pactos individuales en masa- como vía de regulación de la relación de trabajo, al menos cuando con ello pretendan sustituirse los cauces legalmente preceptivos -la negociación colectiva- para la determinación agregada de las condiciones de trabajo⁴.

Hay terreno y posibilidades por tanto como decíamos para la estipulación contractual en la relación de trabajo, y tanto es así que en algunos casos, debido a la recurrencia de tales estipulaciones -que ha llevado a la doctrina a hablar por ello de *pactos típicos*- el legislador ha terminado dedicándoles una regulación singular. De estos pactos es de lo que vamos a tratar en este estudio, bien entendido que sin pretensión de exhaustividad, entre otras cosas porque el de *pactos típicos* es un concepto académico de perfiles legalmente no definidos -en ningún caso se ocupa la legislación laboral de los pactos típicos como género, sino sólo de cada tipo de pacto *específicamente*: periodo de prueba, exclusividad, polivalencia funcional, horas complementarias, etc.- que no consigue

cerrarse o determinarse en torno a un significado u objeto preciso concreto. Una contemplación a primera vista, necesariamente parcial y provisional, y que por tanto no puede considerarse definitiva, de lo que suele entenderse por tales pactos refiere de hecho a una realidad amplísima en la que se incluyen estipulaciones relacionadas con asuntos tan diversos como: (1) la limitación de la libertad profesional del trabajador (pactos de exclusividad, no competencia postcontractual y permanencia en la empresa); (2) la flexibilidad interna de la relación laboral (pactos de polivalencia funcional, de movilidad geográfica, o de tiempo de trabajo flexible: jornada irregular, horas extraordinarias, horas complementarias, etc.); (3) la extinción del contrato de trabajo (periodo de prueba, pactos de preaviso extintivo, pactos indemnizatorios y de blindaje contractual); (4) otros variados aspectos de la relación laboral (pactos sobre condiciones singulares de retribución, de confidencialidad, de tratamiento de datos, etc.). No trataremos obviamente de todos estos pactos -ni de otros que también pudieran referirse, pues el concepto es como decimos tan maleable y expansivo como se quiera- sino sólo de aquellos que han encontrado mayor reflejo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y particularmente del pacto de periodo de prueba y de los pactos de no competencia y de permanencia en la empresa.

2. EL PERIODO DE PRUEBA Y SU DOBLE CONCEPTUACIÓN FUNCIONAL-PROSPECTIVA Y LIBRE-EXTINTIVA EN LA JURISPRUDENCIA: DIAGNÓSTICO DE UNA DIVERGENCIA INTERPRETATIVA TRASCENDENTAL

El periodo de prueba es seguramente el más frecuente y típico de los pactos que las partes añaden en su contrato de trabajo. Cuenta de hecho con una regulación bastante completa en el art. 14 ET y otras previsiones laborales más especiales -suele ser también objeto de atención en la negociación colectiva-, lo que no ha impedido que se convierta en un importantísimo foco de litigiosidad laboral. Ante todo, por la misma relevancia de sus efectos, pues constituye una vía muy expeditiva y barata -prácticamente sin causa, forma,

³ Vid. J.C. SALAZAR ELENA y F.J. VÁZQUEZ HERNÁNDEZ, "El legado de Samuelson. La preferencia revelada", *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 68. Núm. 3 (2010), pp. 797 y ss.

⁴ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "Pactos individuales en masa y regulación de las condiciones de trabajo: Sentencia TC 238/2005, de 26 de septiembre", *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios. 20 casos de jurisprudencia constitucional* (dir. J. GARCÍA MURCIA), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 525 y ss.

ni necesidad de indemnización- de extinción de la relación laboral, contraria a las reglas generales de despido y al principio de estabilidad en el empleo, que al dejar por cierto al trabajador sin ocupación lo carga de razones para el planteamiento de impugnaciones (privado de lo más valioso que podía perder: el trabajo). Pero también por la relativa oscuridad de su conceptualización jurídica, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia terminan de ponerse de acuerdo acerca de si estamos ante una figura causal, permitida sólo excepcionalmente, en cuanto pueda servir para proveer al empleador de informaciones o datos del trabajador que sólo cabe obtener mediante la experimentación de su servicio en la empresa, y que por tanto sólo podría utilizarse en determinado tipo de situaciones, y sólo habilitaría la extinción por razones justificadas, o si por el contrario se trata de un pacto que, una vez concertado por los contratantes, sin restricción de supuestos, permitiría al empleador prescindir en todo caso de los servicios del trabajador con total discrecionalidad, como una suerte de franquicia frente al despido.

La definición que hace el art. 14 ET del periodo de prueba se encuentra sin duda en las coordenadas de su conceptualización como una figura excepcional -contraria a las reglas de despido y al principio de estabilidad en el empleo- que sólo debiera admitirse en tanto que sirviera para cumplir una determinada función material: proveer al empleador, mediante la experimentación del servicio del trabajador en la empresa, de una información acerca de ciertas cualidades humanas y profesionales que no aflora en los procesos ordinarios de indagación precontractual que los contratantes emprenden con vistas a la celebración del contrato. La excepcionalidad de la figura se desprendería de que el art. 14 ET nunca la da por supuesta, sino que exige para su válida constitución que los contratantes se pongan expresamente de acuerdo, debiendo hacerlo además por escrito. En cuanto a su funcionalidad de experimentación, derivaría con claridad de la regla -imperativa, fuera por tanto del alcance de la autonomía colectiva- según la cual “el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”. Sin contar con que la misma volvería a aparecer en la diferenciación de los to-

pes máximos de duración del periodo de prueba según la cualificación del trabajador, que responde sin duda a la consideración de que la experimentación -que, *de re*, es por tanto precisa- requerirá más tiempo cuando se vaya a desempeñar tareas complejas que en caso contrario (art. 14.1 ET); y seguramente también en la regla según la cual podría sostenerse, conforme a lo previsto en el art. 14.3 *in fine* ET, que las suspensiones o “paradas” de la actividad laboral, salvo en los casos de “incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento”, interrumpen el periodo de prueba, conclusión que podría extraerse no sólo de los criterios de la interpretación gramatical *a contrario* sino también del hecho, que ahora interesa subrayar, de que en general, durante los periodos de suspensión o paralización del trabajo, desaparecen o se mitigan las opciones de experimentación o verificación de las cualidades profesionales de los trabajadores. Datos todos estos que por otra parte estarían poniendo de manifiesto que las cualidades del trabajador cuya revelación se buscaría con el periodo de prueba serían siempre de uno otro modo profesionales, nunca exclusivamente personales o desconectados de traducción o expresión laboral concreta⁵.

⁵ El periodo de prueba, dicho de otro modo, serviría -sí para indagar las características personales del trabajador -pero sólo aquellas- con relevancia profesional o económica, lo que implicaría no sólo la improcedencia de su utilización como vía de acceso a datos personales, sensibles o reservados carentes de trascendencia profesional, sino también -esto es lo que queremos subrayar aquí- la improcedencia de su utilización como mecanismo de indagación de las cualidades de la persona del trabajador en abstracto, en desconexión completa con su integración en la empresa para el desempeño de una tarea específica o determinada (y ello con independencia de que las tareas a desempeñar puedan luego cambiar en el desarrollo posterior de la relación de trabajo); se trata de una cuestión de la mayor relevancia desde el punto de vista de la naturaleza del desistimiento empresarial en el periodo de prueba y la posibilidad de objetivación del control de la misma, pues sólo entendiendo el periodo de prueba como dispositivo de revelación de aptitudes profesionales concretas -y no aptitudes personales en abstracto- queda habilitada la posibilidad de parametrizar la decisión empresarial de desistimiento y por tanto de hacerla susceptible de control externo, señaladamente de control judicial (en otro caso, el juicio empresarial acerca de la idoneidad del trabajador quedará convertido en una decisión libérrima y personalísima no susceptible de control objetivo); *vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 22 y ss.

Partiendo de estas premisas, lo lógico sería en consecuencia que el periodo de prueba se admitiera excepcionalmente, sólo cuando, queriéndolo así las partes, concurrieran además dos circunstancias que consideramos imprescindibles en este contexto. La primera, que el contratante que pretendiera sacar provecho del mismo -i.e., el empresario, principalmente- hubiera asumido un compromiso contractual laboral de cierto peso o magnitud, pues sólo en tal caso tiene sentido dotar una institución liberadora de responsabilidades contractuales tan singular, y potencialmente tan lesiva para los intereses de los trabajadores, como es el periodo de prueba. Dicho de otra manera, el periodo de prueba tendría sentido en contratos indefinidos o temporales de larga duración, no en contratos cortos, en los que el empresario debería asumir -como normal en cualquier transacción contractual breve o menor- el riesgo de emplear un trabajador no adecuado, sin posibilidad de valerse de mecanismos reforzados suplementarios de los propios de la diligencia *in contrahendo* ordinaria. La segunda, que las tareas contratadas revistieran una naturaleza tal que, por su complejidad o dificultad de desempeño, no fuera posible detectar la adecuación del trabajador para su ejecución -a primera vista- por los cauces normales de indagación precontractual -pruebas, exámenes, entrevistas-, siendo necesario proceder a la experimentación del trabajo. Dicho de otra manera, el periodo de prueba perdería tendencialmente sentido conforme más sencillas o simples fueran las tareas a desempeñar. Ni que decir tiene, por último, que en el contexto de esta conceptualización del periodo de prueba el desistimiento empresarial no podría ser libre o arbitrario, sino causal, pues sólo tendría sentido (y podría tener lugar) cuando la experimentación hubiera revelado que el trabajador carece de las cualidades profesionales que se consideran necesarias para el trabajo concreto que le compete desarrollar⁶.

Pues bien, hemos de decir que el Tribunal Supremo no se ha mostrado enteramente partidario de la conceptualización causal (excepcional-funcional-prospectiva) del periodo de

prueba, sino más bien de entenderlo como una suerte de franquicia frente al despido, practicable además para cualquier tipo de contrato y actividad. Una vez pactado el periodo de prueba, sin restricción como decimos de modalidades contractuales ni tipo de tareas objeto de desempeño, el empleador dispondría por tanto de un poder de desistimiento libre, gratuito e informal de la relación laboral -un verdadero *comodín extintivo*- durante todo el periodo probatorio. Aparte de la incidencia que sin duda ha debido tener en esta posición interpretativa la consideración del contrato de trabajo como una *relación fiduciaria*, para la que el periodo de prueba verificaría sobre todo condiciones personal-abstractas y no tanto profesional-concretas del trabajador, lo que convertiría el juicio empresarial de idoneidad del trabajador en personalísimo y no fiscalizable -de ahí la presentación del desistimiento en prueba como una decisión libre del empleador-, no cabe duda de que la razón por la que seguramente ha terminado triunfando en la Jurisprudencia la opción interpretativa *libre-extintiva* del periodo de prueba, difícil de cohonstar con la conceptualización *funcional-prospectiva* que hemos visto que se desprende claramente del art. 14 ET, tiene mucho que ver con la rigidez y alto coste característicos del despido de la etapa original de la legislación laboral. En efecto, estas circunstancias habrían llevado a instrumentalizar el periodo de prueba -lo mismo sucedió también con los contratos temporales- como mecanismo de flexibilización de las rígidas y costosas exigencias extintivas originales de la legislación laboral clásica. El periodo de prueba, dicho de otra manera, habría venido a funcionar en su versión libre-extintiva como un mecanismo de flexibilidad laboral de entrada, admitido sin más restricciones que las de un control -como luego veremos- preponderante o esencialmente formal: celebración expresa y por escrito, prohibición de reiteración, respeto de los plazos de duración máxima, etc.⁷.

⁶ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976, pp. 111 y ss.

⁷ También en términos de análisis económico de las instituciones jurídicas, la doctrina ha visto en el periodo de prueba una figura que en general contribuiría a reducir los costes de transacción laborales, pues su inserción en el seno de una relación de trabajo ya en curso beneficiaría no solo al empresario, sino también al trabajador, e incluso al mercado de trabajo en general; al empresario, porque le permite comprobar las apti-

Es preciso destacar con todo que en su Jurisprudencia el Tribunal Supremo no ha conseguido desprenderse del todo de los rasgos funcional-causales del periodo de prueba, que afloran una y otra vez en las sentencias dictadas en la materia, acaso porque la definición positiva del art. 14 ET no deja alternativa posible. Esta situación, que ha terminado contribuyendo finalmente a configurar un panorama interpretativo complejo y un tanto confuso, no impide sin embargo advertir ciertos patrones que nos permiten ordenar u organizar mínimamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el periodo de prueba. Iremos comprobando de hecho a continuación que la definición del periodo de prueba como extinción libre del empresario -como instrumento de flexibilidad laboral de entrada- predomina como ya hemos dicho en aspectos como el tipo de contratos en que se admite (de larga y corta duración) y en las ocupaciones o tareas para las que se permite (complejas o sencillas), así como en general a propósito de las condiciones que suele exigirse para hacer la efectiva la extinción del contrato (informalidad, discrecionalidad). Pero comprobaremos igualmente que la conceptualización funcional-prospectiva del periodo de prueba emerge también cuando el Tribunal Supremo se ha tenido que manifestar a propósito de cuestiones como su duración máxima, la utilización cuando la empresa tenga ya conocimiento de las cualidades del trabajador, la posibilidad de reiteración cuando haya habido un periodo de prueba anterior no consumido en su inte-

tudes del trabajador en situación real de trabajo y porque así se reduce el riesgo de que ese tipo de relaciones de ensayo sean consideradas contratos de trabajo fraudulentos o encubiertos, con los gravosos efectos que ello conllevaría en términos de cálculo económico; al trabajador, porque durante el tiempo de prueba va a asimilarse en derechos al resto de los trabajadores, computando el referido periodo para la generación de los que se van adquiriendo en función del tiempo de servicio en la empresa y para la vida laboral en general; al mercado de trabajo, porque permite anticipar los efectos del contrato de trabajo, y así el rendimiento productivo de la empresa -y del trabajador-, sin necesidad de haber acabado los tratos o negociaciones previas al mismo, precisamente porque en caso de resultar el fallido el acuerdo por no resultar adecuado el trabajador el empresario podría desprenderse de modo relativamente fácil de él, alegando su falta de capacidad (la que la anticipación del nacimiento del vínculo laboral permitió conocer al empresario); *vid. A. MARTÍN VALVERDE, El periodo de prueba en el contrato de trabajo, cit., p. 160.*

gridad, o en todo caso cuando, por ejemplo, se viene a decir que en supuestos de cese del trabajador a prueba con vulneración de derechos fundamentales la justificación de la decisión empresarial podría consistir en acreditar la razón objetiva del cese (lo que implícitamente quiere decir que el cese en periodo de prueba puede tener una razón objetiva susceptible de determinación y de prueba).

3. SUPUESTOS TÍPICOS Y NATURALEZA DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA: ENTRE EL LIBRE DESISTIMIENTO Y EL CESE CAUSAL DEL TRABAJADOR

Aunque como ya hemos señalado la lógica funcional del periodo de prueba que se desprende del art. 14 ET conduce a pensar en la no pertinencia de su estipulación en contratos temporales de corta duración (por la escasa relevancia o peso del compromiso de mantenimiento de la relación laboral asumido por el empresario), o para el desempeño de ocupaciones simples, rutinarias o de baja cualificación (por la no necesidad o inconveniencia de servirse en estos casos de ventajas -instrumentos experienciales- en la investigación de las capacidades de los trabajadores, al haber alternativas de indagación para los empresarios menos lesivas con los derechos e intereses de los trabajadores), lo cierto es que el Tribunal Supremo, y finalmente la legislación vigente, han terminado admitiendo la posibilidad de estipular el periodo de prueba para todo contrato y respecto de cualquier tipo de actividad. El trasfondo funcional-causal siempre latente del periodo de prueba ha determinado sin embargo que, en buena medida por obra de la Jurisprudencia, la estipulación del periodo de prueba en supuestos como los señalados, no propicios en principio a tales efectos, como venimos diciendo, se haya admitido en condiciones de cierta restricción o limitación. La reducción de la duración máxima del periodo de prueba para tareas no calificadas constituye una buena muestra de lo que se dice, como también lo han sido las dudas que tradicionalmente ha venido suscitando la posibilidad de utilizar el periodo de prueba en contratos temporales, con independencia de que finalmente tales dudas hayan terminado

disipándose a cambio sobre todo de -nuevamente- establecer limitaciones en su duración máxima.

Nadie discute hoy en efecto que el periodo de prueba cabe en cualquier tipo de actividad, incluidas las más sencillas y elementales, en que la valía del trabajador puede advertirse a simple vista en la etapa de formación del contrato, sin necesidad de trámite ninguno de ensayo contractual, de modo que es dable afirmar que la funcionalidad prospectiva del periodo de prueba no ha llegado en este punto a restringir o limitar los casos en que las partes podrán concertar tal estipulación. Ello no quiere decir sin embargo que la naturaleza esencialmente causal del periodo de prueba deje de proyectar su efecto limitativo respecto de su utilización en trabajos de escasa cualificación, circunscribiendo como hemos apuntado su duración máxima, tal y como recoge explícitamente la legislación laboral. Recuérdese que el art. 14.1 ET establece que “en defecto de pacto en convenio la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados ni de dos meses para los demás trabajadores”, y también que, específicamente para el contrato en prácticas, el art. 11.1d ET vuelve a reducir la duración máxima del periodo de prueba (respecto a una referencia en este caso de 2 meses para trabajadores mejor cualificados: “que estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3”) a “un mes” cuando se trate de “trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2”, todo ello salvo lo que pueda establecer la negociación colectiva, que de este modo, en lo que a la duración respecta, parece quedar convertida en una instancia capaz de neutralizar el referido residuo -vestigio- de la funcionalidad esencialmente prospectiva del periodo de prueba⁸. Pero sobre todo téngase presente que la Jurisprudencia ha puesto de manifiesto -dejando así definitivamente patente la causalidad del periodo de prueba- que precisamente la negociación colectiva no es completamente libre para fijar la duración máxima del periodo de prueba, y concreta-

mente que no puede habilitar tiempos de duración desproporcionadamente largos para tareas u ocupaciones profesionales sencillas que no demandan que el empleador disponga de tanto tiempo para verificar si el trabajador cumple o no las condiciones requeridas para el puesto⁹.

También está plenamente consolidada a día de hoy la utilización del periodo de prueba en contratos de trabajo temporales de duración corta. Aunque como ya hemos visto pareciera en principio lógico -de *lege lata*- que sólo en contratos indefinidos o temporales largos pudiera concertarse el periodo de prueba, lo cierto es que este pacto ha terminado admitiéndose para cualquier contrato, y tanto es así que el vigente art. 14.1 ET da carta de naturaleza a esta posibilidad cuando establece que en contratos temporales de menos de seis meses la duración máxima del periodo de prueba será de un mes, salvo que el convenio disponga otra cosa. De hecho, esta norma es simplemente culminación de una línea de regulación preexistente partidaria del periodo de prueba en contratos temporales que se remonta a los albores de la normalización de la contratación temporal en España (TCT 5 junio de 1984, RTCT 5035;

⁹ Vid. TS 12 noviembre 2007 (RJ 2008, 701), que para el caso de una trabajadora contratada para desarrollar una tarea de captación de clientes para su anuncio en una guía telefónica, y en cuyo contrato se había estipulado un periodo de prueba de dos años, conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, resuelve que ello constituye una situación abusiva que violenta la naturaleza y fines del periodo de prueba, pues el tipo de tareas a desarrollar de ningún modo justifica tamaña duración del periodo de prueba. En claro ejercicio de una conceptualización material o casualizada del periodo de prueba, el Tribunal Supremo dice que un periodo de prueba por dos años constituye un exceso “teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución, que no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato de manera que el empresario pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”, y en particular afirma que “no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad (como la) de (...) captación de clientes para anunciarse en una guía telefónica, actividad que en principio no presenta circunstancias tan particulares como para necesitar un periodo de prueba tan prolongado”; en el mismo sentido se pronuncia -para un periodo de prueba de un año- la TS 20 julio 2011 (RJ 6680).

⁸ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., p. 16.

TS 14 abril 1986, RJ 1930; TS 3 diciembre 1987, RJ 8821), y que había venido teniendo reflejo tanto en la negociación colectiva, que ha admitido expresamente la posibilidad de fijar periodos de prueba en los contratos “sea cual fuere el tipo, la modalidad contractual o la duración del mismo”¹⁰, como incluso, aunque parcialmente, en el mismo Estatuto de los Trabajadores, que ha regulado el periodo de prueba en los contratos formativos (principalmente en el art. 11.1d ET, que establece una duración máxima especial para los periodos de prueba concretados en los contratos en prácticas). Como puede comprobarse, y ya hemos dicho, la única restricción que las normas imponen al periodo de prueba en estos casos es -otra vez- de duración máxima. Pero en este sentido es importante precisar que la jurisprudencia no se ha mostrado terminantemente contraria a la posibilidad de que la duración del periodo de prueba pudiera llegar a ser coincidente con la del contrato temporal en el que se incluye, es decir, de un contrato temporal que dura tanto como su periodo de prueba, algo que casa bien con la interpretación libre-extintiva de la figura, pero no tanto con su visión causal-funcional¹¹. En todo caso, lo que esto viene a certificar es que no ha triunfado la propuesta interpretativa que postulaba la necesidad de dotar una exigencia de proporción entre la duración del periodo de prueba y la duración del contrato (1/3, 1/4, 1/5, etc.)¹², acaso porque de esta regla podría derivarse la posibilidad de periodos de prueba de duración reducidísima en que por definición no se darían las condiciones de posibilidad de la experimentación típica del periodo de prueba, lo que estaría

ahora acaso revelando otra vez la funcionalidad prospectiva característica del periodo de prueba¹³.

Por lo que respecta a las singulares facultades de extinción empresarial del contrato que habilita el periodo de prueba, procede señalar que, como ya hemos anticipado, el Tribunal Supremo se inclina por entender que estamos ante un verdadero desistimiento libre¹⁴, para el que además ni se exige *ex lege* formalidad especial ni tampoco acompañamiento indemnizatorio ninguno¹⁵. Válidamente constituido y vigente el periodo de prueba, el empleador disfrutará según la Jurisprudencia de la prerrogativa jurídica de cesar casi *ad libitum* al trabajador sin coste económico ni trámite formal alguno que lo impidiera (salvo, evidentemente, que otra cosa se hubiera pactado en contrato o en convenio colectivo, o se estableciera en el marco de una regulación especial, pues estamos evidentemente ante reglas dispositivas)¹⁶. Ni que decir tiene que esta posición interpretativa presenta importantes problemas de compatibilidad con la definición esencialmente causal del periodo de prueba que hemos dicho que incorpora el art. 14 ET, pues parece evidente que si esta norma exige “realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba” no tiene mucho sentido permitir luego en todo caso al empresario extinguir libremente y sin ningún género de restricciones el vínculo laboral¹⁷: lo lógico sería

¹³ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit. p. 17.

¹⁴ Vid. TS 6 abril 1984 (RJ 2048).

¹⁵ La no traslación al desistimiento empresarial en prueba de las exigencias de formalización de los despidos -esencialmente la entrega al trabajador de la “carta de despido”, con indicación de las razones en las que se basa su cese, y en su caso el preaviso- se inscribe sin duda también en la consideración del cese del trabajador como una extinción libre para la empresa, en la que estarían completamente fuera de lugar las reglas de forma y motivación; vid. TS 2 abril 2007 (RJ 3193); ello que no impide, por supuesto, que el empresario, para hacer efectivo el desistimiento, tenga que articular una comunicación expresa (formalizada de cierta manera) que dé a conocer al trabajador la extinción de su contrato; vid. TS 6 julio 1990 (RJ 6068) y TS 2 abril 2007 (RJ 3193).

¹⁶ Vid. TS 12 julio 2012 (RJ 9598) y TS 20 enero 2014 (RJ 981).

¹⁷ Se refiere explícitamente a esta paradoja M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El periodo de prueba”, *REDT*, 100 (2000), p. 476.

¹⁰ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Periodo de prueba”, *Condiciones de empleo y trabajo en la negociación colectiva. Estudio de los convenios colectivos de sector (1994-1996)*, CES, Madrid, 1998, p. 58.

¹¹ Vid. TS 17 enero 1985 (RJ 67), TS 12 julio 1988 (RJ 5805) y TS 4 marzo 2008 (RJ 3482).

¹² Vid. A.L. DE VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, p. 90; esta, que es por cierto la solución que se sigue en el ordenamiento francés, ha tenido a veces acogida en la negociación colectiva española, que en algún caso ha fijado topes mínimos de duración del periodo de prueba a razón de la duración del contrato temporal al que acompañaban; vid. una breve reseña de convenios en O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit. p. 16 (cita 7).

que sólo pudiera hacerlo acreditando que, precisamente a través de la experiencia directa de la relación laboral que procura el periodo de prueba, ha descubierto que el trabajador carece realmente de las capacidades o aptitudes consideradas necesarias para el adecuado desempeño en la empresa -i.e., de condiciones de rentabilidad productiva-, por lo que se decide optar por no mantener el compromiso contractual¹⁸.

Una posible manera de salvar esta suerte de paradoja -el empleador debe verificar experimentalmente las cualidades del trabajador pero luego está habilitado para cesarlo con libertad- puede ensayarse partiendo de la consideración del vínculo laboral como una *relación fiduciaria* y no de mero *cambio económico* en la que no interesarían sólo al empresario las cualidades estrictamente profesionales o técnicas del trabajador (conocimientos, idiomas, destrezas) sino también -y principalmente- sus características personales (tenacidad, honestidad, disponibilidad, creatividad, resistencia, sociabilidad, etc.), de modo que el periodo de prueba serviría para verificar que el trabajador reúne efectivamente tales características¹⁹. Y es que la vaguedad e indeterminación de las referidas características personales, y la consiguiente imposibilidad de parametrización de las mismas -de fijar, en definitiva una referencia objetiva concreta que permita medirlas con un mínimo rigor en orden a determinar cuándo y en qué grado se encuentran presentes- provocaría como consecuencia la imposibilidad de verificar el carácter fundado o justificado de una decisión extintiva del empresa-

rio basada en ellas, al tratarse a la postre de un *juicio personalísimo de confianza* no susceptible de verificación objetiva²⁰. Dicho de otro modo, la decisión de cese del trabajador por falta de confianza se basaría efectivamente en la experiencia contractual y respondería a un juicio negativo obtenido con base en la misma, sólo que al tratarse de un juicio personalísimo de confianza el mismo equivaldría en la práctica -no en teoría- a un libre desistimiento²¹. Ahora bien, esta interpretación, que consigue salvar en cierto modo la paradoja de que el deber de experimentación pueda saldarse finalmente en la práctica con un desistimiento libre del empresario, exigiría obviamente que no se admitiera la extinción del contrato cuando no concurrieran las circunstancias -*condiciones de posibilidad*- que hacen factible la experimentación en el periodo de prueba (en esencia la realización efectiva del trabajo durante un mínimo tiempo), pues es evidente que en tales casos ya sabríamos a ciencia cierta -*a fortiori*- que la decisión de cesar al trabajador, por muy personal que pudiera ser, nunca sería consecuencia de una verificación experimental de cualidades -las del trabajador- que no ha tenido lugar²². Sin

²⁰ La tesis de la fiduciariadad o carácter personal del contrato de trabajo como fundamento del periodo de prueba ha sido defendida por M. ALONSO OLEA, *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 24 y 25; también M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Naturaleza jurídica del periodo de prueba", *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, Instituto de Estudios Políticos (III, vol. 3), Madrid, 1961, pp. 66, 67 y 94.

²¹ Vid. TCT 8 febrero 1983 (RTCT 1032), TS 6 abril 1984 (RJ 2047) y STS 2 abril 2007 (RJ 3193).

²² A. MARTÍN VALVERDE, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., p. 283, ha dicho en este sentido que "la valoración empresarial sobre la inadaptación o la aptitud deficiente del trabajador a prueba ha de estar razonablemente fundada, lo que quiere decir que el despido por resultado insatisfactorio de la prueba no se puede producir antes de una comprobación seria de aquellas, esto es, no es un despido *omni tempore*", pues "el desenvolvimiento lógico de la institución lleva a conceder al trabajador un margen temporal -contrapartida del deber empresarial de experimento- para que se acomode al puesto de trabajo y para que verifique y demuestre su valía profesional", de modo que "el dictamen desfavorable sobre la aptitud y/o la adaptación del trabajador a prueba no es jurídicamente admisible cuando el empleador no ha adquirido aún, por falta de tiempo, suficientes elementos de juicio sobre las mismas" ("dicho ejercicio de la facultad de despido en base a una valoración precipitada o inconsistente del trabajador a prueba constituiría abuso de derecho en el sentido del art. 7.2

¹⁸ Vid. G. BARREIRO GONZÁLEZ, "El periodo de prueba", *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (I. IV)*, Edersa Madrid, 1983, pp. 79 y ss; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Extinción del contrato en periodo de prueba", *Estudios sobre el despido*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1996, p. 347.

¹⁹ Dice en este sentido la STS de 2 de febrero de 1983 (RJ 521) que en la finalidad del periodo de prueba "no sólo es primordial constatar la aptitud técnica (del trabajador) para la labor concreta encomendada, sino también conocer otros datos relevantes y condiciones personales", "tales como su disciplina, sociabilidad, instrucción, diligencia y rendimiento, corrección, apariencia, raciocinio, receptividad a las directrices patronales, etc."

embargo, el Tribunal Supremo se ha mostrado partidario de admitir el desistimiento empresarial en periodos de prueba en que no se han realizado claramente las condiciones que hacen posible la verificación experimental de las cualidades del trabajador, sea por la breve duración de los servicios prestados²³, sea incluso en casos en que ni siquiera los ha habido de hecho²⁴ (bien es verdad que, al menos en esta última sentencia, considerando en cierto modo que el hecho de la baja misma, por el sobre coste económico que supone, es lo que determinaría la inconveniencia de mantener contratado al trabajador²⁵).

Si, conforme a lo que acaba de señalarse, el libre desistimiento del empresario en el periodo de prueba no puede presentarse, al menos no con facilidad, como una extinción basada realmente en una experiencia de la relación laboral que es de imposible control objetivo en la práctica por su carácter de juicio personalísimo de confianza, es evidente que no queda otra alternativa que entender que ante lo que realmente estamos es ante una libre extinción unilateral del contrato, de muy difícil conciliación con la definición -restrictiva, funcional- que hemos visto que

del CC"); en sentido contrario, se ha sostenido que "el momento inicial a partir del cual puede ejercitarse el desistimiento durante el periodo de prueba es el momento en que se pactó la prueba", y que "es por esto que la resolución no causal resulta posible incluso aunque no se haya producido la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo"; vid. M.A. BALLESTER PASTOR, *El periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 65.

²³ Acontece así en la TS 3 octubre 2008 (RJ 2009, 116): se trataba de un trabajador que había pactado con su empresa un periodo de prueba de 15 días, y en el que se había estipulado expresamente la no interrupción por incapacidad temporal (innecesariamente, pues el art. 14 ET ya dice que en defecto de pacto se entenderá que la IT no interrumpe el cómputo del periodo de prueba), dándose la circunstancia de que cuando ni siquiera habían transcurrido dos horas de prestación de servicios padeció un desprendimiento de retina con baja por incapacidad temporal, siendo cesado por la empresa nueve días después de la baja.

²⁴ Vid. TS 12 julio 2012 (RJ 9598), que admite el desistimiento respecto a un trabajador de la construcción que habiendo suscrito un periodo de prueba por 15 días incurre en baja apenas iniciada su actividad al lesionarse por sobre esfuerzo al levantar una carga pesada, siendo cesado al día siguiente.

²⁵ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit. pp. 39 y 40.

proclama el art. 14 ET²⁶. O, dicho de otra manera, ante una evidente contradicción entre lo que dice la ley y lo que ha venido interpretando la Jurisprudencia, que, cabe pensar, habría tenido que forzar al límite -al punto de llegar acaso como decimos a una interpretación *contra legem*- la definición estatutaria de la figura atendiendo seguramente a muy poderosas razones, y particularmente como ya hemos apuntado a la rigidez y alto coste característicos de la regulación clásica del despido. El entendimiento del periodo de prueba como una vía de extinción libre y gratuita de la relación laboral -contra de su definición legal como institución definida restrictivamente en torno a una funcionalidad prospectiva- buscaría compensar, como mecanismo excepcional de flexibilidad laboral (flexibilidad de entrada, hemos dicho) la rígida configuración legal de la relación de trabajo como vínculo estabilísimo (estabilidad en el empleo) de muy difícil ruptura por la empresa, queriendo en cierto modo reducir con ello -al igual que se habría hecho con la simultánea legalización de la contratación temporal de fomento del empleo- los costes de contratación de trabajadores, haciendo posible a las empresas prescindir de aquellos cuyo futuro rendimiento pudiera suscitar dudas o incertidumbres -y por tanto riesgos- según sus consideraciones de cálculo económico, de modo que no tuviera sentido mantenerlos contratados de manera prolongada en el tiempo²⁷.

²⁶ Parte de la doctrina niega sin embargo que exista la referida contradicción, sosteniendo que aun cuando es incuestionable que el ET consagra el deber de experimentación durante el periodo de prueba "no obstante ninguna consecuencia directa se anuda a su inobservancia, y menos aún se condiciona la resolución del contrato al resultado insatisfactorio del experimento", de modo que "la no experimentación del trabajo debido" -a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la repetición del pacto de prueba, donde se impone expresamente la sanción de nulidad- "tan solo incide en la alegación de la ineptitud como causa de despido objetivo"; vid. A.L. DE VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op. cit., p. 63; J. CRUZ VILLALÓN, "Problemas prácticos del periodo de prueba", *Revista de Política Social*, 148 (1985), p. 203, afirma también que el deber de experimentación durante el periodo de prueba es "más moral que jurídico" y "si en la práctica el empleador suele efectuar las pruebas es básicamente porque sus intereses de conocimiento de las condiciones del nuevo trabajador coinciden con la realización de las mismas".

²⁷ La interpretación económica del periodo de prueba

La interpretación libre-extintiva del periodo de prueba se sabría en todo caso como una interpretación excepcional, contraria a las exigencias del art. 14 ET y justificada sólo circunstancialmente por la rígida regulación del despido, que debiera en consecuencia desactivarse cuando tales circunstancias no lo exigieran, o cuando concurrieran otras de un tenor imperativo distinto. Seguramente sea precisamente esto lo que, entre otras cosas, explique la posibilidad de caracterizar la extinción del contrato durante el periodo de prueba como extinción causal, y no como libre desistimiento, en aquellas situaciones en que la decisión resolutoria del empresario se haya reputado contraria a los derechos fundamentales del trabajador. Es de sobra conocido que hasta las más libres facultades de la empresa se encuentran sometidas a la exigencia constitucional de no discriminación y respeto de los derechos fundamentales, de modo que no sería lícito el cese del trabajador durante el periodo de prueba cuando el mismo respondiera efectivamente a una razón discriminatoria o se hubiera practicado con vulneración de tales derechos²⁸; también que el siempre difícilmente salvable obstáculo de demostrar la censurable motivación del acto empresarial de cese del trabajador se remonta en estos casos a

través de las reglas de alteración de la carga de la prueba, de suerte que, acreditados los indicios de discriminación o vulneración del derecho fundamental, el cese en periodo de prueba debe considerarse nulo salvo que la empresa acredite la inexistencia de móvil discriminatorio o contrario a tales derechos (también en el cese de trabajadoras embarazadas)²⁹. Pues bien, como en estas situaciones la mera alegación empresarial de “falta de confianza” en el trabajador no será suficiente para justificar el cese, teniendo el empresario que mostrar una razón objetiva que ponga fehacientemente de manifiesto que el trabajador no cumple los requisitos exigidos, podría concluirse que en un contexto de indicios de posible discriminación o vulneración de derechos fundamentales el cese durante el periodo de prueba recuperaría su verdadero -pero normalmente oculto- carácter de resolución del contrato sometida a justificación causal³⁰. En general, tampoco admite el Tribunal Supremo que el periodo de prueba, so pretexto de su efecto práctico de libre cese de los trabajadores, represente la supresión total y absoluta de los controles de legalidad de este tipo de extinciones contractuales, pues ni acepta tales ceses cuando el periodo de prueba ha sido utilizado con “abuso de derecho o en fraude de ley”³¹, ni tampoco el cese del trabajador llevado a cabo “con motivación torpe”³².

-como mecanismo de reducción de los costes de transacción- útil para rebajar los sobrecostes de contratación que la legislación laboral impone a los empresarios, está presente, claramente, en la TS 12 julio 2012 (RJ 9598), que admite el desistimiento respecto de un trabajador de la construcción que habiendo suscrito un periodo de prueba por 15 días incurre en baja apenas iniciada su actividad al lesionarse por sobreesfuerzo al levantar una carga pesada argumentando que “la contingencia de la baja del trabajador en periodo de prueba puede obligar al empresario, y así sucederá a menudo, a la contratación para la cobertura del puesto de trabajo de otro trabajador, el cual tendría también una legítima expectativa de continuidad de su relación de trabajo”, a lo que añade que la incapacidad temporal del trabajador es “una situación de infortunio” -negativa para empresario y trabajador- que si bien “no se deriva de incumplimientos de las partes del contrato de trabajo” en última instancia “constituye una vicisitud del contrato de trabajo por causa inherente o atinente a la persona del trabajador”, lo que facilita su consideración como la situación personal del trabajador típicamente inhabilitante que justifica el desistimiento empresarial en el periodo de prueba.

²⁸ Vid. TCT 13 enero 1984 (RTCT 220) y TC 94/1984, 16 octubre.

²⁹ En este caso especial ni siquiera hace falta de hecho la prueba de indicios de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, pues el desistimiento en periodo de prueba de trabajadoras embarazadas es considerado cese nulo *ex lege* o automáticamente; en efecto pese a que la Jurisprudencia había negado la aplicación de la regla de nulidad automática del despido a la que se refieren los arts. 53.4 y 55.5 ET en estos casos -TS 18 abril 2011 (RJ 5814) y TC 173/2013, 10 octubre- el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de Medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha modificado el art. 14 ET para decir explícitamente que “la resolución a instancia empresarial -en el periodo de prueba- será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad” (art. 1.5).

³⁰ Por todas, *vid.* TC 94/1984, de 16 de octubre.

³¹ *Vid.* TS 2 febrero 1983 (RJ 521).

³² *Vid.* TS 27 diciembre 1989 (RJ 9088).

4. LÍMITES Y CONDICIONES LEGALES DEL PERIODO DE PRUEBA: LA FISCALIZACIÓN DEL DESISTIMIENTO DEL EMPRESARIO COMO CONTROL FORMAL DE CUMPLIMIENTO DE LOS PRERREQUISITOS DEL PACTO

La muy generosa definición en la Jurisprudencia del periodo de prueba como libre desistimiento empresarial o franquicia frente al despido durante los primeros compases de la relación de trabajo (que no ha podido evitar como hemos visto el afloramiento de rasgos y exigencias funcional-causales, procedentes de su latente configuración legal como institución con una idiosincrasia innegablemente prospectiva) ha recibido el correspondiente ajuste compensatorio *-quid pro quo-* en la doctrina misma del Tribunal Supremo mediante el desplazamiento de la heurística restrictiva de la figura hacia el terreno de los requisitos formales precisos para la válida estipulación de la prueba, y así por tanto para poder hacer efectivo el libre desistimiento del empresario. En efecto, ya que se ha prescindido de controlar si el periodo de prueba se ha concertado cuando podría estar materialmente justificado (en contratos de larga duración, para tareas complejas), y también si a través del mismo se llevan efectivamente a término operaciones de verificación de las cualidades o aptitudes de los trabajadores, de modo que la extinción del contrato sólo estaría permitida ante resultados de verificación negativa, el control judicial ha terminado basculando en la Jurisprudencia hacia los aspectos puramente formales de la figura, y concretamente sobre sus tres requisitos legales fundamentales, a saber: (1) la estipulación por escrito; (2) la necesidad de no superar determinados periodos máximos de duración; y (3) la exigencia de que el periodo de prueba no se pacte de manera sobrevenida, sino al inicio de la relación de trabajo, con la obvia consecuencia de que no pueda concertarse tampoco cuando el trabajador haya prestado servicios con anterioridad en la empresa.

El Tribunal Supremo concibe actualmente el periodo de prueba en efecto como un pacto

(no aconteció siempre así en el pasado³³) que los contratantes deben necesariamente formalizar por escrito³⁴, y que no puede imponerse (parece que tampoco impedirse³⁵) por convenio colectivo³⁶ -sí obviamente por ley³⁷-, salvo en ámbitos especiales, si concurren circunstancias que lo justifiquen (*vgr.*, trabajo en la Administración Pública³⁸). Así lo ha venido a confirmar la TS de 5 de octubre de 2001 (RJ 9590), con apoyo principalmente tres argumentos: (1) en la medida en la que el art. 14.1 dice que “podrá concertarse un periodo de prueba”, salta a la vista que lo que la norma regula es una “facultad” de los “contratantes”, únicos a quienes cabe atribuir razonablemente la condición de sujetos gramaticales de la forma verbal un tanto impersonal que utiliza la norma, de modo que no podría constituirse el referido pacto sin ejercicio de aquella facultad por los sujetos a los que se reconoce la misma, empresario y trabajador; (2) la necesidad de un acto de voluntad de los contratantes para el nacimiento del periodo de prueba -o la imposibilidad de que derive directamente del convenio colectivo- queda en todo caso patente por la dependencia del periodo de prueba de las circunstancias de cada caso, y en particular de que el trabajador no

³³ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pp. 47 y ss; también M.C. PIQUERAS PIQUERAS, “El periodo de prueba: pasado y presente de una institución jurídico-laboral clásica”, *REDT*, 70 (1995), pp. 252 y ss.

³⁴ Vid. A. MONTOYA MELGAR, “Artículo 14. Periodo de prueba”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 118.

³⁵ Vid. A.L. DE VAL TENA, *Pacto de prueba y contrato...* cit., p. 134.

³⁶ Vid. TS 12 enero 1981 (RJ 192) o TCT 6 marzo 1986 (RTCT 1502).

³⁷ Cabe en efecto que la ley imponga obligatoriamente el periodo de prueba, pues no hay ninguna exigencia constitucional que lo impida y es obvio que la regulación del art. 14.1 ET tiene que ceder ante una ley posterior; es lo que ha sucedido, por ejemplo, en la relación de trabajo del personal civil no funcionario en establecimientos militares, para la que el RD 2205/1980, con apoyo en la oportuna remisión legal, dispone que “cualquiera que fuera la modalidad de contratación, el personal ingresado en los establecimientos militares quedará sujeto a un periodo de prueba”, seguramente porque se considera que esta imposición obligatoria del periodo de prueba es la mejor manera de tutelar “los intereses de la defensa nacional” (art. 12).

³⁸ Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, cit., p. 20.

hubiese prestado servicios antes en la empresa, algo que impide a todas luces su disposición genérica o en abstracto desde el convenio colectivo; (3) en la medida además en que el art. 14.1 ET exige que el periodo de prueba -cada uno, individualmente- se concierte por escrito, es obvio que la norma nos está diciendo que será preciso un acuerdo de voluntad expreso de las partes, de modo que este acto no podrá de ningún modo ser suplido mediante el convenio colectivo³⁹. Hace falta por tanto que las partes estipulen explícitamente el periodo de prueba y además que lo hagan por escrito, pues en otro caso, según el Tribunal Supremo, se producirá la nulidad de tal pacto y en consecuencia el empresario quedará privado de la posibilidad del desistimiento⁴⁰.

Algo parecido acontece respecto de la exigencia legal de no superación de los límites de duración máxima para el periodo de prueba: si estos se rebasan, el empresario quedará privado de sus facultades resolutorias. Varias son en cualquier caso las precisiones que la Jurisprudencia ha ido haciendo en relación esta importante cuestión. Por lo pronto, que pese a lo que parece desprenderse del art. 14.1 ET, que viene a decir que el convenio colectivo es soberano para fijar la duración del periodo de prueba en su ámbito de aplicación (en la medida en la que los topes de duración que se establece operarán sólo, subsidiariamente, “en defecto de pacto en convenio”), los convenios colectivos no podrán establecer tiempos excesivos o desmesurados que no vengan exigidos o respaldados por la naturaleza -compleja- de las operaciones que vaya a desempeñar el trabajador, pues el periodo de prueba es una figura excepcional, contraria a la regulación del despido y a la estabilidad en el empleo del trabajador, que sólo puede admitirse cuando haya un interés empresarial que lo justifique,

siempre proporcionadamente a razón -y dentro de los límites- de su funcionalidad indagatoria (lo que, de nuevo, vuelve por cierto a poner de relieve el fondo causal característico del periodo de prueba). Estipular por tanto un periodo de prueba dentro de los márgenes de duración que establezca el convenio colectivo, algo que en principio encaja dentro de lo que permite el art. 14.1 ET, no es por tanto según el Tribunal Supremo garantía de que el empleador pueda cesar libremente al trabajador, pues habrá que ver si, atendiendo a las tareas efectivamente desempeñadas, la duración convencionalmente fijada para el periodo de prueba no resulta excesiva o desmesurada⁴¹.

Ejercitando nuevamente la conceptualización causal-funcional del periodo de prueba, el Tribunal Supremo ha dicho también a propósito de las reglas que se ocupan de su duración que si un trabajador hubiera estado contratado con anterioridad en la empresa por tiempo inferior al máximo de prueba permitido -puesto que aún no se habría agotado la fase de experimentación- sería posible la estipulación del periodo de prueba para las mismas funciones en un contrato posterior por el tiempo remanente o no consumido en el primer contrato, es decir, que cabría concertar la prueba siempre que la actividad total del trabajador para la empresa no rebasara la duración legal o convencional máxima prevista para aquella (de modo que en este caso la interpretación funcional del periodo de prueba, en lugar de restringir su utilización, estaría permitiendo ampliar los supuestos en que podría utilizarse)⁴². O, por las mismas razones, que durante las suspensiones cortas (no las largas) del contrato de trabajo -incapacidad temporal, maternidad y similares-, precisamente por continuar activado o *caliente* el vínculo laboral⁴³, deben continuar entendiéndose vivas las

³⁹ Ya se había utilizado este argumento en sentencias de algún Tribunal Superior de Justicia, por ejemplo las del TSJ de Canarias de 16 de enero de 1996 (AS 146) y de 28 de abril de 2000 (AS 3142), sentencias según las cuales la falta de pacto escrito que expresamente acuerde la contratación a prueba no puede ser compensada por el hecho de que el convenio colectivo prevea genéricamente que los contratos de trabajo han de celebrarse a prueba; *vid.* A. MONTROYA MELGAR, “Artículo 14...”, *loc. cit.*, p. 118.

⁴⁰ *Vid.* TS 12 marzo 1987 (RJ 1395) y TS 5 octubre 2001 (RJ 9590).

⁴¹ *Vid.* TS 12 noviembre 2007 (RJ 2008, 701) y TS 20 julio 2011 (RJ 6680).

⁴² *Vid.* TS 23 octubre 2008 (RJ 6970) y TS 20 enero 2014 (RJ 981).

⁴³ *Vid.* TS 3 octubre 2008 (RJ 2009/116) y TS 12 julio 2012 (RJ 9598); recuérdese en este sentido que la Jurisprudencia ha venido sosteniendo que el cese por no superación del periodo de prueba en situaciones de incapacidad temporal no puede considerarse *a priori* abusivo, discriminatorio o contrario a ningún derecho fundamental, pues enfermedad no equivale conceptualmente discapacidad; *vid.* TC 94/1984, 16 octubre,

facultades resolutorias del empleador⁴⁴ (incluso cuando se haya pactado expresamente la suspensión del periodo de prueba, toda vez que en otro caso -se trataba de un contrato temporal- se perdería la oportunidad de valerse del mismo, cuando además el art. 14.3 ET habla literalmente de “interrupción del cómputo” y no de “interrupción del periodo de prueba” como tal⁴⁵). Sin embargo, retornando al paradigma flexible o libre-extintivo del periodo de prueba, el Tribunal Supremo afirma en otras sentencias que las reglas sobre el tiempo de su vigencia no impiden como ya hemos visto que, cuando se concierte en contratos temporales, el periodo de prueba pueda tener una duración coincidente con la del contrato en el que se inserta, de modo que el trabajador esté a expensas del empresario durante todo el tiempo de vigencia de la relación de trabajo⁴⁶. Y es seguramente también la ubicación en este mismo paradigma lo que explica que el TS no haya impuesto nunca, por cierto, una duración mínima para el periodo de prueba, exigencia que casi sería obligada en un contexto funcional-prospectivo, en la medida en la que la experimentación efectiva de las condiciones del trabajador requeriría *a fortiori* de un tiempo mínimo⁴⁷. Finalmente, respecto de las consecuencias jurídicas que produce la superación de los plazos máximos de duración del periodo de prueba, la Jurisprudencia entiende que ello provoca nulidad

parcial, de modo que el empresario queda privado sólo de la facultad de desistir libremente durante el tiempo de periodo de prueba pactado que excede del máximo permitido pero no de hacerlo durante el tiempo que no rebasa estos límites⁴⁸.

La otra condición o límite legal en que se apoya la Jurisprudencia para controlar el uso del periodo de prueba y restringir las facultades de libre desistimiento del empresario se refiere como hemos dicho a la prohibición de su estipulación sobrevinida o cuando el trabajador ya hubiera prestado servicios con anterioridad en la empresa. La concreción positiva de esta regla se encuentra en el mismo art. 14.1 *in fine* ET que dice que “será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”. Aunque son muchas las cuestiones concretas que pueden derivarse de su aplicación -qué sean las mismas funciones, qué tipo de vinculación de servicio previa, y por cuánta duración, impide la estipulación de un nuevo periodo de prueba, tras cuánto tiempo pueda en su caso considerarse habilitada la posibilidad de renovar el pacto, etc.-, el Tribunal Supremo ha venido a sostener con carácter más general que lo que de esta regla se desprende es que, puesto que el periodo de prueba sirve (entendimiento de nuevo causal-funcional) para proporcionar al empleador un conocimiento práctico de unas cualidades desconocidas del trabajador, el mismo no podría concertarse cuando, por una vinculación anterior del trabajador con el empresario, este conociera o hubiera tenido la posibilidad de conocer con cierta profundidad las cualidades del mismo⁴⁹. En este sentido, ha dicho por ejemplo que la superación de un curso de formación impartido por la empresa impide concertar un periodo de prueba a la hora de celebrar el contrato de trabajo, no así en cambio la mera acreditación “teórica” de unos conocimientos o habilidades previas mediante las correspondien-

TS 29 enero 2001 (RJ 2069), TS 23 septiembre 2002 (RJ 2006, 1923), TS 12 julio 2004 (RJ 7075) y TC 62/2008, de 26 mayo.

⁴⁴ Cuestión distinta es la utilidad efectiva que pueda tener el libre desistimiento en muchos de estos casos, pues la presunción de discriminación o vulneración de derechos -por ejemplo- de maternidad y protección de intereses familiares latente en este tipo de situaciones -que hace *prima facie* nula la extinción del contrato- forzará al empresario a fundamentar el cese del trabajador en una causa justificada, perdiendo así la ventaja de libre desistimiento, con el agravante de que al estar el contrato suspendido y no haber actividad estarán reducidas las posibilidades de presentar un argumento que sustente la extinción del contrato; *vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, El periodo de prueba...cit.*, pp. 54 y 55.

⁴⁵ *Vid. TS 12 diciembre 2008 (RJ 2009, 257).*

⁴⁶ *Vid. TS 4 marzo 2008 (RJ 3482);* ya anteriormente nuestra jurisprudencia se había mostrado partidaria con carácter general de admitir el periodo de prueba en contratos temporales aunque la duración de aquel coincidiera con la de éstos; *vid. TS 17 enero 1985 (RJ 67) y TS 12 julio de 1988 (RJ 5805).*

⁴⁷ *Vid. O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, El periodo de prueba...cit.*, pp. 16 y 17 (cita 7).

⁴⁸ *Vid. TS 19 octubre 1987 (7071), TS 18 febrero 1988 (RJ 742) y TS 19 junio 1990 (RJ 5486).*

⁴⁹ *Vid. TS 15 septiembre 1986 (RJ 4973) y TS 29 septiembre 1988 (RJ 146).*

tes “homologaciones”, “títulos”, “certificados de profesionalidad” o similares⁵⁰, y tampoco el hecho de superar las pruebas selectivas para el ingreso por concurso de méritos en un hospital público⁵¹. Y ha considerado nulo también el periodo de prueba suscrito con un trabajador que había prestado con anterioridad servicios en otra empresa muy estrechamente conectada de hecho -casi conformando un grupo- con la que nuevamente ahora le ha contratado⁵². Del mismo modo que no admite el periodo de prueba cuando se ha concertado simultáneamente un pacto de permanencia en la empresa, por entender que si el empleador ha hecho esto último, dada la carga prestacional que le supone, será porque previamente se habrá cerciorado de -y por tanto ya conoce- las cualidades del trabajador contratado (aunque, de contrario, también podría sostenerse que como la permanencia no obliga al empleador nada impediría a este valerse del periodo de prueba para desvincularse de un trabajador que ha dejado de considerarse interesante -rentable- para la inversión formativa singular consustancial al pacto de permanencia)⁵³. Sí acepta, en cambio, el Tribunal Supremo el periodo de prueba acompañando a un pacto de no competencia postcontractual⁵⁴. Recuérdese en todo caso que la previa contratación del trabajador no impide concertar o reeditar el periodo de prueba en la misma empresa cuando no se hubiera consumido el periodo máximo de vigencia del mismo en el contrato inicial⁵⁵.

5. JURISPRUDENCIA SOBRE EL PERIODO DE PRUEBA EN SITUACIONES ATÍPICAS O ESPECIALES

La regulación del periodo de prueba no es evidentemente uniforme, sino que varía en función de las circunstancias particulares de ciertos trabajos (Administración Pública, trabajo en grupos de empresas, contrataciones, relaciones laborales con particularidades) y/o de las fórmulas constituidas o armadas por el derecho para su ordenación (tipos contractuales, relaciones laborales especiales), hasta el punto de que tal variación ha llegado incluso en algún caso a traducirse en diferencias *transgenéricas* que convierten a la especificación -la regulación singular- en un tipo o género nuevo de institución jurídica (literalmente en una *de-generación* o emancipación del género original) que ya no responde a las características esenciales -primitivas- del periodo de prueba⁵⁶. Tal es lo que ha acontecido con el -ya no vigente- contrato indefinido de apoyo a emprendedores, figura en la que se consagraba un periodo de prueba dotado con una funcionalidad y naturaleza *-de fomento del empleo*, realmente -muy distintas a las del periodo de prueba canónico, y cuyas reglas -particularmente la de su duración forzosamente anual- fueron por cierto convalidadas por el Tribunal Constitucional⁵⁷. Pues bien debe señalarse que la Jurisprudencia no ha incidido de la misma manera -ni cuantitativa ni cualitativamente- en todos los ámbitos en los que el periodo de prueba expresa especialidades o particularidades. Por ejemplo, apenas se ha proyectado sobre las reglas singulares del periodo de prueba en determinadas modalidades contractuales (contratos en prácticas, sí en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, como acabamos de señalar) y tampoco en las relaciones laborales especiales, con alguna excepción, como es el caso, señaladamente, del trabajo de los discapacitados en centros especiales de empleo, para el que el Tribunal Supremo ha aclarado que el periodo de prueba -llamado

⁵⁰ Vid. TS 3 mayo 1983 (RJ 2332).

⁵¹ Vid. TS 3 diciembre 2013 (RJ 2858/2012).

⁵² Vid. TS 18 enero 2005 (RJ 2425) y 25 noviembre 2005 (RJ 2006/5925).

⁵³ Vid. TS 14 febrero 1991 (RJ 837).

⁵⁴ De modo que no puede afirmarse que el desistimiento en periodo de prueba haga desaparecer el efectivo interés industrial o comercial que exige el art. 21.2b para tales pactos (suponiendo que la inhabilidad del trabajador, que causa el desistimiento en prueba, le habrá impedido acopiar los datos y la formación que justifican la limitación de la libertad profesional postcontractual característica de este pacto); vid. TS 6 febrero 2009 (RJ 621), TS 14 mayo 2009 (RJ 3001) y TS 23 noviembre 2009 (RJ 7761).

⁵⁵ Vid. TS 23 octubre 2008 (RJ 6970) y TS 20 enero 2014 (RJ 981).

⁵⁶ Vid. este concepto en G. BUENO, *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Pentalfa, Oviedo, 1996, p. 422.

⁵⁷ Vid. TC 119/2014, 16 julio, TC 8/2015, 22 enero, y TC 140/2015, 22 julio.

aquí de *adaptación al trabajo*, y que cumple también funciones formativas y de inserción profesional⁵⁸. requiere constitutivamente de la decisión favorable de la Administración a través del llamado *equipo multiprofesional*⁵⁹, so pena de nulidad⁶⁰.

No son en cambio triviales las singularidades que presenta el periodo de prueba en los contratos de trabajo al servicio de la Administración Pública. De entrada, es muy frecuente su imposición heterónoma en estos casos, y prueba de ello es que el vigente III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 12 noviembre 2009) dispone de modo categórico su artículo 35, a través de lo que parece una regla general y de carácter imperativo, que “el personal de nuevo ingreso estará sometido a un período de prueba” transcurrido el cual “quedará automáticamente formalizada la admisión, siendo computado al trabajador este período a todos los efectos”. La utilización del periodo de prueba para el ingreso en el empleo público puede suscitar además problemas particulares teniendo en cuenta que el aspirante, como será normal y debido, habrá superado previamente pruebas objetivas de medición de sus capacidades y aptitudes profesionales: así, de un lado, la superación de tales pruebas podría suponer que la Administración contratante ya conoce las cualidades del trabajador, por lo que no estaría justificado el periodo de prueba; de otro lado, el periodo de prueba permitirá a la Administración o entidad contratante prescindir de los servicios de un trabajador previamente propuesto por los órganos o tribunales selectivos de acuerdo con criterios técnicos, con los

consiguientes problemas para justificar tal decisión. Finalmente, el periodo de prueba en los contratos de trabajo al servicio de la Administración Pública suscita la no menos decisiva cuestión de que el ejercicio de la facultad de cese libre que permite siempre resultará difícil de encajar en el ámbito de la actuación administrativa, por las obvias exigencias de legalidad, objetividad y sometimiento en sus actuaciones a las reglas de igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

Es precisamente por esto -para resolver estas importantes cuestiones- por lo que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre la utilización del periodo de prueba en los contratos de trabajo en la Administración Pública. Así, ha resuelto, por ejemplo, que la imposición heterónoma o automatismo del periodo de prueba puede considerarse ajustada a derecho, al concurrir un interés digno de tutela que lo justifica, a saber, la necesidad de garantizar a toda costa la certidumbre de que los candidatos cumplen adecuadamente las exigencias de capacitación y valía para el desempeño de un puesto público pagado además con los recursos de todos, y es por esto que la TS 3 diciembre 2013 (RJ 2014/1191) considera lícito el período de prueba cuando la convocatoria selectiva ha impuesto su suscripción sin que la misma haya sido impugnada por el trabajador. La Jurisprudencia no parece advertir además ningún obstáculo en el hecho de que la entidad contratante pueda ya tener conocimiento de las cualidades del trabajador por las pruebas selectivas previas y tampoco por que la decisión de desistimiento pueda entrar en contradicción con el informe -positivo- de capacitación que los órganos de selección hayan evacuado al respecto. Prueba de ello es que la TS de 23 enero 2014 (RJ 1279), como la anterior TS 3 diciembre 2013 (RJ 2014/1191), resuelve que la facultad de desistimiento durante el periodo de prueba corresponde a la Administración o Entidad contratante, no al tribunal u órgano selectivo. Literalmente, dice la sentencia que “no es contrario a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad el que sea la (entidad contratante) y no el Tribunal calificador quien decida si el trabajador ha superado o no el periodo de prueba”, pues “únicamente en el supuesto de que quedase acreditado que la decisión

⁵⁸ Esto “ha provocado que doctrinal y jurisprudencialmente se hayan planteado cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del mismo y a su posible identificación con el llamado genuino periodo de prueba”; *vid.* M.J. ASQUERINO LAMPARERO, *El periodo de prueba en los contratos de trabajo*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, pp. 445 y 446 (<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/34788>).

⁵⁹ *Vid.* F. GALLEGO MOYA, *Aspectos Esenciales del Período de Prueba: Formalización, Duración y Extinción (Transformación y Tendencias de una Institución Clásica)*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2015, pp. 304 y 305 (<https://www.tdx.cat/handle/10803/334986>).

⁶⁰ *Vid.* TS 24 diciembre 2001 (RJ 2002/2078) y TS 24 enero 2002 (RJ 2002/5302).

sobre no superación del periodo de prueba es contraria a los preceptos constitucionales proclamados en el artículo 103 CE procedería a declararse su nulidad". La decisión de cese del seleccionado a prueba corresponde por tanto a la Administración o entidad contratante, que en todo caso -parece que- tendrá que acreditar la falta de idoneidad del trabajador para el puesto, pues sólo así queda garantizado que no se han incumplido las exigencias del citado art. 103 CE⁶¹.

El trabajo asalariado en grupos, contrata, cesiones y transmisiones de empresas es otro de los ámbitos en que el periodo de prueba muestra importantes singularidades y sobre el que consiguientemente ha incidido la Jurisprudencia. Si bien se mira, son dos los órdenes de cuestiones que suscita el periodo de prueba en estas especiales situaciones contractuales. La primera tiene que ver con la dificultad u obstáculo que puede suponer para concertar el pacto de periodo de prueba el hecho de que el trabajador haya estado ligado anteriormente a la empresa -*de facto*, sin vinculación contractual formal- en el marco de una contrata, cedido desde una empresa de trabajo temporal o incluso como previo trabajador de otra entidad que forma parte del mismo grupo empresarial, debido a que en todas estas situaciones el empleador contratante podría disponer ya de suficiente información personal y profesional del trabajador, lo que haría perder sentido -y justificación- al periodo de prueba. La segunda tiene que ver con la subrogación en los contratos de trabajo que se produce en las transmisiones de empresas (art. 44 ET) y en las cesiones ilegales de trabajadores (art. 43 ET), que plantea la duda de si debe extenderse también al periodo de prueba, en el sentido de que no podría estipularse por la empresa cesionaria o adquirente cuando no se hubiera pactado inicialmente, o de que, en caso de haberse pactado, el mismo continuaría rigiendo para la empresa entrante exactamente en los términos originalmente estipulados, y por tanto sólo por el tiempo restante del mismo. Pues bien, cumple señalar que a la primera cuestión -posibilidad o no de concertar el periodo de prueba con trabajado-

res de contratas, cedidos o del mismo grupo empresarial- el Tribunal Supremo ha contestado que una empresa no puede convenir con el trabajador un periodo de prueba cuando tenga constancia de sus cualidades por sus previos servicios como trabajador cedido o en general por la previa prestación de servicios para una empresa formalmente distinta pero materialmente próxima a aquella⁶². Respecto de la transmisión subrogante del contrato de trabajo, el Tribunal Supremo ha resuelto, en un caso de cesión ilegal de trabajadores, que el periodo de prueba pactado con la empresa cedente pervive en la cesionaria, de modo que ésta puede prescindir de los servicios del trabajador mediante libre desistimiento⁶³, y para un caso de transmisión de empresa sostiene que la subrogación impide que la empresa adquirente pacte periodos de prueba con los trabajadores cedidos cuando estos no se hubieran estipulado en el contrato originalmente suscrito con la empresa transmitente⁶⁴.

6. PACTOS LIMITATIVOS DE LA LIBERTAD PROFESIONAL DEL TRABAJADOR: LOS COMPROMISOS DE NO COMPETENCIA Y PERMANENCIA EN LA EMPRESA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

No cabe ninguna duda de que, junto con el pacto de periodo de prueba, las estipulaciones limitativas de la libertad profesional del trabajador -las cláusulas de no competencia y permanencia en la empresa- constituyen el segundo gran género de acuerdos con los que los empresarios y trabajadores suelen modificar en uso de su autonomía privada los términos normales o naturales de la relación de trabajo. Se trata no en balde de pactos que cuentan de hecho con una regulación que ha tomado cuerpo en el Estatuto de los Trabajadores (art. 21) y sobre los que, por su carácter esencialmente problemático y litigioso, la Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse

⁶¹ Vid. TSJ Madrid febrero 2007 (AS 2322) y 28 diciembre 2007 (AS 2008\1081).

⁶² Vid. TS 18 enero 2005 (RJ 2425) y TS 25 noviembre 2005 (RJ 2006\5925).

⁶³ Vid. TS 30 mayo 2006 (RJ 3350).

⁶⁴ Vid. TS 18 de julio 1986 (RJ 4238).

en múltiples ocasiones y en torno a varios de sus aspectos. Después de todo, tras estos pactos está latiendo la pugna fundamental entre el legítimo interés de los empresarios -económicamente conveniente, y que por tanto debe obtener cierto revestimiento de derecho- por rentabilizar una inversión (facilitar el retorno en forma de ganancia de un gasto previamente asumido en condiciones de incertidumbre y de riesgo, pues sólo así se incentiva y puede mantenerse la recurrencia de las operaciones de capitalización y de empresa) y el no menos legítimo derecho e interés de los trabajadores -también económicamente conveniente- en maximizar la rentabilidad del principal recurso con el que cuentan -el trabajo-, de modo que tengan facilidad para reorientar o reasignar flexiblemente el mismo -libertad profesional- hacia tareas u ocupaciones en las que puedan obtenerse mayores rentas, lo que indicará que su esfuerzo se estará aplicando a la satisfacción de las necesidades socialmente más valiosas (de lo que será prueba precisamente el hecho de que el mercado las esté pagando a precios más altos). Y es evidente que el principal objetivo del derecho, y particularmente de la acción de la Jurisprudencia, consiste en determinar el punto, o el margen, en que se optimiza la satisfacción simultánea de los intereses de las empresas y de los trabajadores -aquel en que lo que conviene a la empresa se vuelve consistente con lo que también conviene al trabajador, o viceversa-, algo que, como iremos comprobando, se aprecia claramente en la doctrina del Tribunal Supremo sobre los pactos limitativos de la libertad profesional del trabajador⁶⁵.

Por lo que a la concurrencia del trabajador con la actividad de la empresa respecta, nuestro sistema -partiendo de la base de la libertad profesional que consagra el art. 35.1 CE- determina por defecto que la relación de trabajo asalariado no comporta exclusividad, esto es, que esta no constituye ni un elemento esencial ni tampoco natural del contrato de trabajo⁶⁶, y ello con independencia de que la

jurisprudencia haya venido contemplando en múltiples ocasiones la exclusividad como indicio de dependencia, y por tanto de existencia de relación laboral⁶⁷. A falta de pacto en contrario, y salvo en ciertos supuestos especiales en que la exclusividad pueda ser considerada condición esencial o natural del contrato (vgr., la relación especial de alta dirección)⁶⁸, el trabajador asalariado será libre por tanto de dedicarse, por cuenta ajena o por cuenta propia, al mismo tipo de actividad que presta en su original relación de trabajo, siempre por supuesto que la nueva ocupación no merme su rendimiento o capacidad, y a condición también como es sabido de que la segunda actividad no constituya -por exigencia del deber de buena fe consustancial a la relación de trabajo⁶⁹- competencia desleal con la empresa⁷⁰. Por supuesto, ello no impide al trabajador asumir la no concurrencia en virtud de pacto, pues el ordenamiento no considera la libertad profesional una facultad irrenunciable sino un derecho del que el trabajador puede disponer -excepcionalmente- cuando concurren unas condiciones determinadas (y que por cierto no compromete necesariamente la libre competencia⁷¹), que en síntesis equivalen a la obtención de una compensación

⁶⁷ Entre muchísimas otras, por ejemplo, *vid.* TS 7 julio 1988 (RJ 5771).

⁶⁸ *Vid.* S. ALCÁZAR ORTIZ y A.L. DE VAL TENA, "Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa", *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 3 (1995), pp. 131 y 132.

⁶⁹ *Vid.* A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 325.

⁷⁰ La Jurisprudencia sobre concurrencia desleal del trabajador se refiere a aspectos como los actos que pueden causarla (TS 18 noviembre 1983, RJ 5611; TS 22 febrero 1990, RJ 1135), el tipo de operaciones, por cuenta ajena o por cuenta propia, en que se da (TS 4 noviembre 1982, RJ 7283; 25 enero 1984, RJ 94; 2 julio 1985, RJ 3658; TS 25 julio 1988, RJ 6231; TS 7 marzo 1990, RJ 1773), o, desde luego, los efectos -disciplinarios, indemnizatorios- de su comisión (TS 22 septiembre 1989, RJ 6469; TS 29 marzo 1990, RJ 2367; TS 17 mayo 1991, RJ 3916).

⁷¹ Nótese que la exclusividad que se permite pactar a los asalariados está en principio prohibida por la legislación de defensa de la competencia para quienes carezcan de aquella condición (autónomos, comerciantes, empresarios, etc.); *vid.* J. TALLOS DEL RÍO, *La doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre los pactos laborales de no competencia postcontractual*, *lusLabor*, 1 (2017), p. 4; en este sentido la TS Civil 1 abril 2002 (RJ 2539) precisa que la Ley de Defensa de la Competencia no resulta de aplicación a antiguos empleados de la empresa que pasan a realizar actividades concurrentes.

⁶⁵ Ampliamente, *vid.* M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 85 y ss.

⁶⁶ *Vid.* TS 16 febrero 1966 (RJ 1277) y TS 6 junio 1990 (RJ 5027).

económica adecuada -el precio que el empresario paga para comprar la libertad profesional del trabajador- tendencialmente enlazada (esto se aprecia en la regulación del pacto de no competencia postcontractual) a la satisfacción de un determinado interés material de la empresa (singularmente evitar la explotación concurrente de una técnica o un conocimiento originario de la empresa para el que esta quiere maximizar el retorno de su inversión de capital impidiendo externalidades, es decir, que alguien, el trabajador y/o un segundo empleador, obtenga provecho económico -compitiendo y reduciendo además las ganancias potenciales de la primera empresa- a partir de un gasto o inversión que no ha sido emprendida o asumida inicialmente por él sino precisamente por la empresa que ha contratado inicialmente al trabajador)⁷².

Toda la Jurisprudencia -vertida no en vano principalmente a propósito del pacto de no competencia postcontractual, más que respecto al de no concurrencia durante el contrato- gira de hecho en torno a la aplicación de esta idea general, es decir, cuál haya de ser la solución que optimiza -en simultáneo beneficio de las partes implicadas, así como del sistema productivo y la sociedad en su conjunto- la armonización o el equilibrio entre el legítimo interés de la empresa en maximizar el retorno de su inversión (atando al trabajador a la empresa) y el también legítimo interés del trabajador en incrementar la rentabilidad de su actividad productiva (ejercitando su libertad profesional y eligiendo sin trabas

donde y en qué ocuparse). Comprobaremos a continuación que esto queda de manifiesto a lo largo y ancho de los múltiples aspectos de los pactos de no competencia de los que se ocupa el Tribunal Supremo, desde la naturaleza y sentido funcional-económico de los mismos hasta los efectos de su incumplimiento, pasando desde luego por la definición de los requisitos (formalización, compensación económica, duración máxima) y el alcance vinculante efectivo de tales pactos (actividades afectadas, liberación del compromiso, etc.). Todo ello -esto es muy importante subrayarlo- siempre bajo la premisa implícita de que la sedicentemente llamada por la propia ley "exclusividad" o "plena dedicación", *i.e.*, la estipulación de un compromiso absoluto de sólo trabajar para el primer empleador, sin posibilidad de realizar ningún tipo de actividad para otra empresa o por cuenta propia, como parecería desprenderse del entendimiento literal de aquellas expresiones, no es en verdad legalmente posible, pues la limitación de la libertad profesional que podrá estipularse deberá ser siempre relativa a cierto tipo de actividades u operaciones presentes y/o conocidas o imaginables, no respecto a toda o cualquier tipo de ocupación productiva, dada la necesidad de admitir sólo restricciones proporcionadas de la libertad profesional de los trabajadores. Dicho de otra manera, el empresario y el trabajador podrán pactar la no concurrencia respecto de ciertas actividades, pero no respecto de cualquier tipo de tareas u operaciones (de modo que el trabajador sólo pueda dedicarse en todo caso y en cualquier caso a prestar su actividad profesional exclusivamente para una empresa)⁷³.

Una de las vertientes de los pactos de no competencia de las que se ha ocupado el Tribunal Supremo es la relativa a la constitución y/o formalización de los mismos, y a este respecto cabe afirmar que la Jurisprudencia

⁷² En verdad, la exigencia de justificación material u objetiva para los pactos de no competencia deriva de *lege lata* sólo de las reglas que el art. 21 ET destina al pacto de no competencia postcontractual, pues sólo para este caso se exige en efecto que el empresario tenga "un efectivo industria o comercial", y no de las que se refieren al pacto de no competencia contractual -aquel cuyo periodo de vigencia no traspasa el periodo de vigencia del contrato en el que se ubica-, supuesto para el que la norma simplemente parece exigir el simple acuerdo de las partes; si bien se mira, ello tiene bastante sentido, y conecta concretamente con el hecho de que la limitación que experimenta la libertad profesional del trabajador es mayor en la no competencia postcontractual, debido a que en este caso concurre la circunstancia agravante de que el trabajador tendrá su contrato extinguido, de modo que la restricción de su libertad profesional estará de hecho limitando sus posibilidades de encontrar nuevo empleo y nuevas rentas.

⁷³ Ya hace mucho tiempo que la doctrina ha puesto de manifiesto que "la ubicación sistemática del art. 35 CE dentro del Título I, bajo la rúbrica de los llamados *derechos y deberes fundamentales*, impide dar acogida a prohibiciones legales de la libertad profesional que puedan constituir restricciones de aquel derecho al trabajo sin una razón plenamente justificada (TS 7 mayo 1984, RJ 2972)"; *vid.* S. ALCÁZAR ORTIZ y A.L. DE VAL TENA, "Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa", *cit.*, pp. 125 y 126.

no se ha mostrado particularmente restrictiva con la libertad con que el Estatuto de los Trabajadores permite que los contratantes -empresario y trabajador- puedan acordar o estipular estos pactos. De un lado, aclara que no es necesaria su formalización por escrito -porque esta exigencia no aparece establecida en el art. 21 ET-, con independencia de que la forma escrita pueda resultar conveniente por razones de seguridad jurídica (prueba de existencia del pacto y de sus condiciones), pero sin llegar a admitir que la exigencia legal de que la compensación económica que ha de existir "sea expresa" (art. 21.1 ET) determine que el pacto deba por ello tener que figurar por escrito⁷⁴. Sí es preciso, según el Tribunal Supremo, que el pacto exista expresamente⁷⁵, es decir que no se dé por supuesto o venga impuesto por disposición heterónoma, en el sentido de que el trabajador preste su consentimiento respecto de un compromiso de no competencia definido en unas condiciones concretas -las que el mismo incorpora (cuantía de la compensación, periodo de vigencia, tareas que se prohíbe ejecutar al trabajador, etc)-, aun cuando lo haga por vía tácita⁷⁶. De otro lado, precisa la Jurisprudencia también que los

⁷⁴ Vid. S. ALCÁZAR ORTIZ y A.L. DE VAL TENA, "Los pactos de dedicación exclusiva...", *cit.*, p. 129.

⁷⁵ Vid. TS 6 marzo 1991 (RJ 1835).

⁷⁶ El carácter expreso del pacto no impide en efecto que pueda entenderse constituido en virtud no de lo que las partes han dicho formalmente sino de lo que se desprende objetivamente con meridiana claridad de los hechos contractuales; *vid.* TS 4 mayo 1990 (RJ 3966); en este mismo sentido, la TS 21 marzo 2001 (RJ 4106) precisa que un pacto de no competencia postcontractual es válido aunque no se refleje su existencia en el acto de conciliación por el que se extinguió la relación laboral que lo activa, pues lo importante no es su constancia formal sino el hecho del "mantenimiento del contenido económico del mismo en su integridad", que debe interpretarse como continuidad material -en los mismo términos- del pacto de no competencia inicialmente suscrito; ya la TS 3 junio 1986 (RJ 3454) había dicho en este mismo sentido antiformalista que puede haber compromiso tácito de dedicación exclusiva cuando la empresa concede incentivos por ese concepto que son aceptados por el trabajador; para el caso distinto de un alto directivo -en el que la exclusividad es lo natural-, la TS 30 enero 1990 (RJ 238) vuelve a reproducir esta doctrina al señalar que no cabe entender concedida la autorización para competir por no oposición con conocimiento cuando la empresa no ha dejado de abonar el complemento mensual de exclusividad, sin que pueda aplicarse a estos efectos el principio *in dubio pro operario*, que sólo vale para la interpretación de las normas, no para la determinación de los hechos.

pactos de no concurrencia pueden concertarse en cualquier momento, una vez que las partes consideren conveniente cambiar una porción de la libertad profesional del trabajador por un precio -compensatorio de esta pérdida- con objeto de satisfacer un interés económico de la empresa que se considera digno de tutela (principalmente, como ya hemos visto, evitar la fuga de una ganancia económica, o la causación de un perjuicio, potencialmente derivables de una inversión realizada en condiciones de incertidumbre y de riesgo). Es por esto por lo que el Tribunal Supremo interpreta -ante la falta de previsión legal- que las partes podrán suscribir los pactos de no competencia cuando quieran, tanto al inicio de la relación de trabajo como en cualquier momento posterior, incluido el término de la misma⁷⁷. No está claro si esto conlleva también la posibilidad de que, específicamente el pacto de no competencia postcontractual, pueda acordarse *ex post*, una vez que el contrato de trabajo ya hubiera terminado⁷⁸.

También se ha referido explícitamente el Tribunal Supremo en su doctrina a la naturaleza -el sentido o funcionalidad económica- de los pactos de no competencia. Principalmente, diciendo, a propósito en particular de los acuerdos de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que, en

⁷⁷ La TS 28 junio 1990 (RJ 5537) admite pactos de no competencia postcontractual concertados en el contexto de bajas voluntarias o de expedientes de regulación de empleo.

⁷⁸ El hecho de que la Jurisprudencia haya admitido estos pactos *in extremis*, al término de la relación laboral, como acabamos de señalar que acontece en la TS 28 junio 1990 (RJ 5537), y de que no exista prohibición -ni razón contraria, en principio- al respecto, parece inclinar la balanza a favor de la posibilidad de estos pactos sobrevenidos de no competencia postcontractual, que, de admitirse, pondrían de manifiesto, por cierto, su conexión sólo relativa con el contrato de trabajo, viniendo a certificar que la compensación económica recibida a cambio de ellos no podría ser salario (el pago del trabajo) sino indemnización (el pago por no trabajar); recuérdese que la doctrina se ha mostrado partidaria de entender que las compensaciones económicas en pactos de no competencia no son salario: *vid.* M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1993, p. 304; a favor de la naturaleza salarial de estas compensaciones, como complementos de puesto de trabajo, se manifiesta F. DURÁN LÓPEZ, "Pacto de no concurrencia", *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1985, p. 187.

cuanto que comportan una “restricción de la libertad en el trabajo consagrada en el art. 35 CE, del que es reflejo el art. 4.1 ET, recogido en el art. 21.2 ET”, es por lo que “requieren para su validez y licitud, aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica”, de modo que en ellos -y esto es lo realmente importante- “existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización (por el trabajador) de los conocimientos adquiridos en otras empresas (o para su propio beneficio); para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo”. Estamos por tanto, dice el Tribunal Supremo, “ante obligaciones bilaterales, recíprocas” -ante “pactos o acuerdos bilaterales que generan derechos y obligaciones para ambas partes”, se dice literalmente- que consecuentemente benefician (y perjudican) a la vez al empresario y al trabajador, en los términos que corresponda a un *equilibrio económico-contractual* que deberá existir en todo caso y que consecuentemente tendrá que operar como fulcro desde el que afrontar las tensiones y proponer las soluciones que demande el curso o el desarrollo de los referidos pactos⁷⁹.

También ha tratado evidentemente la Jurisprudencia de los requisitos de los pactos de no competencia -sobre todo postcontractual: compensación económica, duración máxima y justificación en un efectivo interés industrial o comercial- y los efectos de su incumplimiento, así como del alcance vinculante de tales pactos. Así, ha dicho que la inexistencia de compensación económica, o la fijación de una compensación insuficiente o inadecuada, producen como efecto la nulidad del pacto⁸⁰, consecuencia esta que queda determinada también por la superación de los plazos máximos -de 6 meses o 2 años- legalmente dispuestos⁸¹. También produce nulidad la falta de efectivo

interés industrial o comercial, aunque el Tribunal Supremo sostiene que el pacto de no competencia postcontractual no pierde validez por el hecho de que el contrato incorpore un periodo de prueba que haya determinado efectivamente la extinción del contrato, pues de ello no puede inferirse que el trabajador no pueda aprovechar su experiencia en la empresa para concurrir posteriormente con ella causándole algún perjuicio económico, lo que determinaría que sigue existiendo el efectivo interés industrial o comercial requerido⁸². El incumplimiento del requisito de duración máxima no es con todo considerado por la Jurisprudencia causa de nulidad total del pacto, sino parcial, de modo que el compromiso de no competencia continuará siendo válido por el periodo legal, y será sólo nulo por lo que exceda de este (art. 9.1 ET)⁸³. En general, la nulidad no determina, desde luego, que, de haberse cumplido efectivamente por el trabajador pese a todo el compromiso de no concurrencia, no se tenga derecho a retener -o a reclamar- las compensaciones económicas que corresponda (art. 9.2 ET)⁸⁴. En cuanto al alcance vinculante del pacto de no competencia postcontractual, aclara el Tribunal Supremo que no está en mano de la empresa romperlo unilateralmente liberando al trabajador de su deber de dedicación exclusiva⁸⁵ (privándole, consiguientemente de la compensación eco-

⁸² Vid. TS 14 mayo 2009 (RJ 3001) y TS 6 febrero 2009 (RJ 621).

⁸³ El Tribunal Supremo precisa que en estos casos la nulidad parcial no debe entenderse tanto (o no sólo) como efecto del principio de conservación del negocio jurídico -“*nulidad parcial conservadora*”- sino como herramienta de evitación del fraude y el abuso empresarial en las estipulaciones contractuales limitativas de la libertad profesional de los trabajadores -“*nulidad parcial coactiva o imperativa*”-, algo que veremos que tendrá consecuencias muy importantes desde el punto de vista de la devolución de las compensaciones económicas percibidas por los trabajadores en concepto de exclusividad cuando la referida nulidad parcial venga acompañada por el incumplimiento por el trabajador de su deber de no concurrencia; vid. TS 10 febrero 2009 (RJ 1445).

⁸⁴ Vid. TS 27 marzo 1990 (RJ 2358).

⁸⁵ En otro caso se dañaría al trabajador por la distorsión de los planes o cálculos previamente realizados contando con una compensación económica determinada que el mismo percibiría precisamente a cambio de su renuncia durante un tiempo a buscar nueva ocupación en un ramo o sector productivo concurrente con el de la empresa; vid. TS 24 septiembre 1990 (RJ 7042) y TS 29 octubre 1990 (RJ 7722).

⁷⁹ Vid. TS 24 septiembre 1990 (RJ 7042), 29 octubre 1990 (RJ 7722), 5 abril 2004 (RJ 3437) o 20 abril 2010 (RJ 4669).

⁸⁰ Vid. TS 10 julio 1991 (RJ 5880) y TS 27 marzo 1990 (RJ 2358).

⁸¹ Vid. TS 7 noviembre 2005 (RJ 1692).

nómica)⁸⁶ -algo que tampoco puede hacer el trabajador-, ni siquiera cuando tal posibilidad se hubiera previsto con antelación en el pacto mismo (salvo que hubiera desaparecido o decaído sobrevenidamente el interés industrial o comercial que lo justifica⁸⁷), pues en ese caso estaríamos ante una condición potestativa desequilibradora del contrato (*antisinalagmática*) y nula según las reglas generales del Código Civil⁸⁸.

Se ocupa por último el Tribunal Supremo de los efectos del incumplimiento del compromiso de no competencia por el trabajador, y particularmente de la devolución de las cantidades percibidas a cambio de la exclusividad quebrantada (incluida la cuestión de la prescripción del derecho a reclamarla⁸⁹). En este sentido, señala que la conculcación por el trabajador del deber pactado de no competencia, aparte por supuesto de privarle de las compensaciones estipuladas a cambio (y obligarle en su caso a devolver las que pudieran considerarse percibidas sin justificación, en la

proporción o grado que corresponda⁹⁰), asunto este del que trataremos con más detalle a continuación, produce dos importantes efectos complementarios. Primero, que tal conducta podrá ser considerada transgresión de la buena fe contractual, y consecuentemente objeto de la sanción disciplinaria que corresponde, incluido el despido⁹¹. Segundo, que en la medida en la que el quebrantamiento de la obligación de exclusividad pudiera causar un perjuicio económico -comercial, de mercado- para la empresa esta podría también entablar una reclamación de responsabilidad por daños contra el trabajador. Tanto es así que en muchos casos los propios pactos de no competencia, previendo esta contingencia, y para no dejar al albur de las circunstancias futuras la determinación económica de la responsabilidad, se encargan de determinar *ex ante* la cuantía de la misma mediante una estimación *a priori*⁹², a través señaladamente de las llamadas *cláusulas penales*, en las que se fija el coste indemnizatorio máximo que el empleador podrá cobrar -y el trabajador tendrá que pagar- para el caso en que se produzca el incumplimiento del deber de exclusividad⁹³.

⁸⁶ La regla es distinta como es sabido para el pacto de no competencia contractual, en el que es posible que el trabajador rompa en todo momento unilateralmente su compromiso de exclusividad -comunicándolo a la empresa por escrito con un preaviso de 30 días-, y también que lo pueda hacer el propio empresario, con independencia de que este tenga eventualmente que conducir su decisión a través del cauce de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 ET; *vid.* F. DURÁN LÓPEZ, "Pacto de no concurrencia", *cit.*, p. 191.

⁸⁷ *Vid.* TS 24 septiembre 1990 (RJ 7042); P. CHARRO BAENA, "El pacto de no competencia postcontractual", *Relaciones Laborales*, 1 (1995), pp. 178 y ss; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, "El pacto laboral de no competencia postcontractual", *cit.*, p. 225.

⁸⁸ *Vid.* TS 2 julio 2003 (RJ 2004/18), TS 21 enero 2004 (RJ 1727), TS 5 abril 2004 (RJ 3437), TS 15 enero 2009 (RJ 653), TS 22 febrero 2011 (RJ 2970) y TS 8 noviembre 2011 (RJ 2012/1233).

⁸⁹ Dice la TS 3 febrero 1991 (RJ 790) que el *dies a quo* para computar el plazo prescripción -un año- de la devolución de la compensación por incumplimiento del compromiso de concurrencia debe comenzar a computarse a partir del momento en que haya terminado su vigencia el periodo de no concurrencia; a lo que la TS 25 octubre 2010 (RJ 8456) añade que la prescripción en ningún caso podrá entenderse comenzada si el titular del derecho ni sabía o tuvo ocasión de saber que su derecho había nacido, pues nadie puede quedar privado por prescripción de un derecho que no ha tenido ocasión de utilizar, de modo que el empleador debe conocer -o haber tenido la oportunidad de hacerlo- el incumplimiento del deber de su compromiso de no competencia para que pueda comenzar a contarse la prescripción.

⁹⁰ En general, la Jurisprudencia no se muestra partidaria de exigir la devolución de toda la compensación percibida por el trabajador, sino sólo -proporcionalmente- de aquella parte que se correspondería con la *cantidad efectiva de incumplimiento* de la exclusividad; así, la TS 3 febrero 1991 (RJ 790), relativa a un doble pacto de no competencia contractual y postcontractual que se incumple tras el fin del contrato, resuelve que solo hay que devolver la compensación correspondiente a la no competencia postcontractual, no a la contractual, porque el pacto sólo se ha incumplido parcialmente; análogamente, la TS 2 enero 1991 (RJ 46) sostiene en el caso de un pacto de no competencia postcontractual que se ha cumplido parte del tiempo previsto pero no todo que no procede la devolución íntegra de las compensaciones sino sólo una parte proporcional al tiempo incumplido.

⁹¹ *Vid.* TS 27 noviembre 1984 (RJ 5906).

⁹² En estos casos tal cantidad -la expresamente pactada- será la que tenga que devolverse, y no otra, como, particularmente, la totalidad de los pagos previamente percibidos como compensación por exclusividad; *vid.* TS 20 abril 2010 (RJ 4669).

⁹³ La Jurisprudencia considera lícitas estas cláusulas penales, particularmente la estipulación de devolución doblada de las cantidades percibidas por exclusividad para supuestos de incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual, al entender que no hay la renuncia de derechos a la que se refiere el art. 3.5 ET, principalmente porque no estamos ante derechos sino ante expectativas -la expectativa de que se tenga o no que devolver doblada la cantidad percibida por el incumplimiento de la exclusividad- y estas dependen

Estas cláusulas no pueden en cualquier caso fijar indemnizaciones excesivas o desproporcionadas⁹⁴.

Por lo que al efecto de devolución de la compensación respecta, conviene seguramente hacer un par de consideraciones previas para comprender mejor la Jurisprudencia -un tanto compleja- dictada al respecto. La primera es que quien estará en la tesitura de devolver el dinero será el trabajador, que en muchos casos tendrá que reintegrar cantidades muy significativas, cobradas previamente a lo largo de un gran periodo de tiempo: es frecuente por ejemplo que el pacto de no competencia postcontractual se haya financiado con una especie de complemento salarial mensualmente abonado al trabajador a lo largo de años de vigencia contractual y que, extinguido el contrato e incumplida la exclusividad, este tenga que devolver rentas percibidas, confundidas con su patrimonio y eventual-

además precisamente de la voluntad y la libre conducta del trabajador: "el pacto de no competencia contractual crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido -o en su caso a no abonar lo pactado- cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia; no existe por tanto renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles, otra cosa es que podrá plantearse en determinados supuestos la proporcionalidad de la indemnización prevista ("compensación económica adecuada", a la que alude el art. 21 del ET), sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 C), lo que permitiría, en su caso, la nulidad parcial de la repetida cláusula"; *vid.* TS 9 febrero 2009 (1443).

⁹⁴ La TS 26 octubre 2016 (RJ 5606) dice en este sentido que la cantidad a devolver por el trabajador en caso de incumplimiento de su deber de no concurrencia no tiene que ser la pactada por los contratantes si resulta abusiva, debiendo fijarla -rebajarla- los tribunales en función de los daños y perjuicios que el incumplimiento del compromiso haya causado a la empresa; por su parte, la TS 30 noviembre 2009 (RJ 2010/252) ya había establecido que el carácter abusivo de una cláusula penal que obliga al trabajador a devolver dobladas las cantidades percibidas en pago del compromiso de exclusividad en caso de incumplimiento provoca sólo nulidad parcial (es decir, afecta sólo a la parte de la cláusula que obliga a doblar la cantidad que debe devolver el trabajador), determinando consecuentemente la liberación del trabajador de su obligación de devolver la suma duplicada (la parte nula, excesiva) pero no las cantidades efectivamente percibidas en pago de su exclusividad incumplida, que tendrá que reintegrar.

mente consumidas, de manera continuada en el tiempo. La segunda es que la devolución de las cantidades percibidas en concepto de exclusividad puede ser no sólo consecuencia del incumplimiento del trabajador -es lógico que en estos casos proceda el reintegro de las referidas compensaciones, incluso aumentadas a través de la cláusula penal correspondiente- sino también de la misma nulidad del pacto de no competencia: *quod nullum est, nullum effectum producit* (con lo que los contratantes tendrán que reintegrarse las prestaciones). De modo que, como en muchos casos el origen de la nulidad estará alineado con el interés de la empresa -pacto de no competencia que fija una compensación económica insuficiente, o que rebasa la duración legal máxima, o que se hace sin concurrir un efectivo interés industrial o comercial-, hasta el punto de que la empresa pueda llegar a ser considerada -*cui prodest*- causante o artífice de la cláusula nula, no parecerá apropiado sancionar sin más la nulidad con la devolución de las compensaciones, pues esto sería tanto como premiar al empresario incumplidor de las exigencias o condiciones legales de los pactos de no competencia (haciéndole recobrar las cantidades abonadas a los trabajadores, salvo, por supuesto, que estos hubiesen mantenido su compromiso de exclusividad, por no incurrir de hecho en competencia con el empleador), creando así un incentivo muy fuerte para continuar estipulando cláusulas ilegales -*proempresa* y anulables- en los pactos de no competencia⁹⁵.

Es seguramente por esto por lo que el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que el incumplimiento por el trabajador de su compromiso de no competencia con la empresa no le obliga a devolver todas las compensaciones económicas percibidas cuando el pacto que las sustenta resulte nulo. Así se ha pronunciado en casos de nulidad provocada por la fijación de una compensación económica insuficiente,

⁹⁵ La TS 7 noviembre 2005 (RJ 2006/1692) resuelve sin embargo que un pacto de no competencia postcontractual que es considerado nulo por abusivo (pactado por dos años en un contrato de 3 meses de duración) provoca como efecto que el trabajador que ha incurrido en concurrencia debe devolver sin más las compensaciones previamente obtenidas, quedando al mismo tiempo liberado de la exclusividad.

situación en la que devolución que en principio procedería es corregida -impedida, matizada- por la Jurisprudencia para evitar que, aun habiendo incumplimiento de la no concurrencia por el trabajador (es obvio que si este no hubiera incumplido tendría en todo caso derecho a retener la compensación), el empresario saque provecho de una cláusula ilegal que se presume estipulada en su beneficio⁹⁶. Lo mismo sostiene el Tribunal Supremo respecto de los pactos de no competencia (ahora postcontractual exclusivamente) concertados por periodos de tiempo superiores a los máximos legalmente permitidos -el caso típico es la no competencia poscontractual para dos años cuando el máximo son realmente 6 meses, al tratarse de trabajadores “no técnicos”-, supuestos en que, aplicando la regla de nulidad parcial, estima que el trabajador que ha incumplido su compromiso debe devolver sólo las cantidades que corresponden a la parte del pacto que está en los márgenes legales (6 meses), y debe considerarse válida -porque sólo esta es la parte verdaderamente incumplida por el trabajador- y no las que corresponde imputar a la parte ilegal, y por tanto nula, del pacto. Y respecto de esta última parte resuelve -esto es lo importante- que, aun habiendo nulidad, no procede la devolución, considerando que en otro caso se estaría premiando al empresario incumplidor, a quien se considera principal beneficiario y artífice del incumplimiento de la exigencia legal causante de nulidad. El expediente técnico que utiliza el Tribunal Supremo para conducir esta solución es doble: por un lado, la capacidad de recreación o regeneración judicial de las cláusulas o estipulaciones contractuales cuya anulación desequilibra el sinalagma contractual (art. 9.1 párrafo 2 ET); por otro lado las reglas civiles comunes en materia de nulidad y cumplimiento de obligaciones sinalagmáticas (art. 1306.2 CC), según las cuales el incumplidor de una de estas obligaciones no puede obtener beneficio de su incumplimiento ni consiguientemente exigir que la otra parte devuelva lo percibido (de acuerdo con el principio *nemo auditur*

⁹⁶ La estipulación de una compensación insuficiente es considerada una actuación abusiva por parte de la empresa, de modo que la nulidad ni habilita al acreedor a reclamar lo que ha pagado con causa torpe ni obliga a la víctima a devolver lo percibido (según art. 1306 CC); TS 30 noviembre 2009 (RJ 2010/252).

propriam turpitudinem allegans)⁹⁷. Esta solución es considerada además particularmente adecuada cuando la extinción del contrato que activa el pacto de no competencia postcontractual, parcialmente nulo e incumplido por el trabajador, es imputable no a este sino a la empresa, como acontece en los casos de despido improcedente⁹⁸.

Respecto a los pactos de permanencia en la empresa, que constituyen otro modo de restricción de la libertad profesional de los trabajadores -ahora en forma de limitación de las facultades de libre dimisión que el ordenamiento reconoce a estos como regla general⁹⁹-, la tarea principal de la Jurisprudencia ha consistido en perfilar o concretar los requisitos o condiciones legales en que son permitidos, particularmente la doble exigencia de que “el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico” y de que la permanencia se estipule sólo “durante cierto tiempo”¹⁰⁰, dentro de un máximo absoluto de “dos años”, que es la duración dentro de la que el art. 21.4 ET permite al empresario y al trabajador estipular -necesariamente por escrito¹⁰¹, aunque en cualquier momento o fase del

⁹⁷ Vid. TS 10 febrero 2009 (RJ 1445).

⁹⁸ Principalmente porque en estos casos de extinción imprevista e injustificada es cuando más sentido adquiere para el trabajador el derecho a ser compensado por la restricción de su libertad profesional en los términos previamente calculados en el pacto, que por ello no puede inhabilitarse sin más (con independencia de que el incumplimiento de la obligación de exclusividad revele que el trabajador ha optado libremente al respecto); vid. TS 10 febrero 2009 (RJ 1445) y TS 20 abril 2010 (RJ 4669).

⁹⁹ Adviértase: sólo y exclusivamente de la facultad de libre dimisión, y acaso de los derechos de rescisión en traslados y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, nunca obviamente de la capacidad de resolver causalmente el contrato por incumplimiento del empresario con base en el art. 50 ET; vid. S. ALCÁZAR ORTIZ y A.L. DE VAL TENA, “Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa”, *cit.*, p. 133.

¹⁰⁰ Recuérdese que el art. 1583 CC considera nulo el contrato de servicios concertado para toda la vida del trabajador, ante el temor de que pueda enmascarar situaciones de servidumbre o esclavitud.

¹⁰¹ Y por tanto de manera expresa, de modo que no parece que pueda presumirse concertado automáticamente en contratos de duración determinada, como ha venido sosteniendo la doctrina (S. ALCÁZAR ORTIZ y A.L. DE VAL TENA, “Los pactos de de-

contrato¹⁰²-, la permanencia en la empresa¹⁰³. Y puede decirse que el criterio que el Tribunal Supremo ha seguido en la referida tarea de interpretación de los requisitos del pacto ha sido permitirlo sólo -excepcionalmente - cuando del mismo extraigan objetivamente beneficio ambas partes (y consecuentemente la sociedad de manera agregada). De un lado el trabajador, que deberá obtener una formación especializada que, aparte de su valor intrínseco como tal, se traducirá seguramente en una mejora salarial, al pasar presumiblemente el empleado a ocuparse en tareas más productivas y con mayor valor añadido. Y de otro lado la empresa, en cuanto que el pacto le servirá como garantía de que tendrá posibilidades de reembolsarse las ganancias de la inversión en capital -humano- que ha supuesto la formación especial dada al trabajador, evitando que el mismo trabajador o un tercero que no hayan asumido los costes de la inversión formativa obtengan provecho de ello, impidiéndose así externalidades indeseables (fallos en la asignación eficiente de los recursos) y promoviéndose la recurrencia de las operaciones de inversión de las empresas en la formación especializada de los trabajadores¹⁰⁴.

Es por esto por lo que la Jurisprudencia señala que los pactos de permanencia -la *enajenación relativa* de la libertad profesional de los trabajadores- son lícitos y no necesariamente constituyen actos prohibidos de renuncia de derechos indisponibles, incluso cuando el trabajador asuma el deber de indemnizar a la empresa en caso de quebrantamiento de su compromiso¹⁰⁵. Siempre, por supuesto, que el trabajador obtenga con ello un provecho o plusvalor formativo específico -no una mera

formación genérica, normal, estandarizada- que a su vez comporte un coste particularizado para la empresa, en el sentido de que este pueda verse como una inversión novedosa o inédita (en capital humano, como decíamos) con la que la empresa espere obtener un incremento de productividad que aumente sus beneficios (por eso el art. 21.4 ET habla de "*formación profesional*" para la "*puesta en marcha*" de "*obras o proyectos específicos*" con "*cargo al empresario*")¹⁰⁶. El Tribunal Supremo, tras una jurisprudencia inicial tolerante o más dubitativa¹⁰⁷, ha terminado entendiendo por ello que la formación que comportan los contratos en prácticas -inespecífica y que no comporta un coste particular ni significativo para la empresa, salvo cuando lo haga¹⁰⁸- no justifica la suscripción de un compromiso de permanencia en la empresa, de modo que en estos casos, por ser el pacto nulo, el trabaja-

¹⁰⁶ Así se manifiesta con toda claridad la TS 21 diciembre 2000 (RJ 2001/1869), que exige para el pacto de permanencia 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 fácilmente identificable", invocando a tal efecto como precedente a las TS 18 mayo 1990 (RJ 4360), 14 febrero 1991 (RJ 837) y 27 marzo 1991 (RJ 1905); "todas estas resoluciones -dice- justifican el pacto de permanencia mínima del trabajador en la empresa en 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); para estos supuestos u otros semejantes, y no para compensar la formación profesional ordinaria debida por el empresario, está previsto el pacto de permanencia mínima en la empresa, que comporta un sacrificio de la libertad profesional y de trabajo del trabajador que puede ser costoso, al exigirle vinculación a la misma empresa por un periodo más o menos prolongado; no reuniendo estas características la cláusula controvertida, es obligado considerarla inválida o nula por falta de causa suficiente, con los efectos de nulidad parcial establecidos en el art. 10 (sic) del ET"; sostiene lo mismo la TS 26 junio 2001 (RJ 7795).

¹⁰⁷ Vid. TS 29 diciembre 2000 (RJ 2001/1889), que considera lícito un pacto de permanencia en la empresa (por dos años) en el marco de un contrato en prácticas (inicialmente concertado por 6 meses).

¹⁰⁸ Vid. TS 26 junio 2001 (RJ 7795), que, matizadamente, admite el pacto de permanencia en la empresa en un contrato en prácticas por entender que el trabajador obtenía una formación específica valiosa y la empresa había incurrido para ello en importantes costes (inversión) que merecía reembolsar (beneficio).

dicación exclusiva y permanencia en la empresa", *cit.*, p. 134), ni tampoco imponerse por convenio colectivo (F. DURÁN LÓPEZ, "Pacto de no concurrencia", *cit.*, p. 202).

¹⁰² Vid. S. ALCÁZAR ORTIZ y A.L. DE VAL TENA, "Los pactos de dedicación exclusiva...", *ibidem*, p. 134.

¹⁰³ Vid. TCT 14 julio 1988 (RTCT 4922).

¹⁰⁴ Vid. TS 21 diciembre 2000 (RJ 2001/1869) y TS 26 junio 2001 (RJ 7795).

¹⁰⁵ Vid. TS 7 abril 1995 (RJ 2920); la indemnización por incumplimiento de la permanencia podrá pactarse sobre una cuantía fija o cerrada, como cláusula penal, o bien dejarse a su determinación posterior, en función del alcance real de los daños y perjuicios causados; *vid.* TS 21 diciembre 2000 (RJ 2001/1869).

dor puede dimitir sin incurrir en responsabilidad¹⁰⁹. Siempre por supuesto que preavise debidamente al empleador, puesto que en otro caso sí tendrá que indemnizarle, no por incumplir el compromiso de permanencia, como decimos, sino por no cumplir la exigencia de preavisar en los tiempos o con los márgenes debidos, causando daño por imprevisión a la empresa¹¹⁰. Obviamente, la ruptura indirecta

¹⁰⁹ Vid. TS 21 diciembre 2000 (RJ 2001/1869); en esta sentencia el pacto de permanencia es considerado nulo a mayor abundamiento por considerarlo abusivo, al haberse estipulado una permanencia por dos años en un contrato en prácticas con una duración inicial de 6 meses: dice literalmente la sentencia que "a la misma conclusión anterior de nulidad de la cláusula en litigio se llega por el camino de la valoración de la misma como cláusula abusiva", pues "la incorporación a un contrato de trabajo en prácticas de seis meses de duración prorrogables de una cláusula de permanencia mínima a cargo del trabajador de dos años, cuando el contenido de la formación en que pretende apoyarse el referido pacto de permanencia es la que corresponde al puesto de trabajo contratado constituye un abuso de posición dominante por parte del empresario"; se pronuncia en el mismo sentido la TS 6 mayo 2002 (RJ 7891).

¹¹⁰ Vid. TS 14 noviembre 1990 (RJ 8572) y TS 27 marzo

o velada del compromiso de permanencia por el trabajador, forzando por ejemplo un despido procedente, debe entenderse una actuación en fraude de ley -si se prueba- que debe provocar la consiguiente responsabilidad¹¹¹. Por último, conviene señalar que el Tribunal Supremo no admite desde luego que el pacto de permanencia rebase el tope de duración dos años que señala la ley, aunque precisa que este plazo deberá computarse desde la finalización del proceso de formación, no desde su inicio¹¹².

1991 (RJ 1905).

¹¹¹ Vid. TCT 24 octubre 1983 (RTCT 8758) y 22 octubre 1985 (RTCT 5666).

¹¹² Vid. TS 1 marzo 1990 (RJ 1745), que dice en este sentido que "el tiempo verbal -haya recibido- utilizado por el legislador para establecer el referido pacto de permanencia en la empresa, permite, sin violencia interpretativa alguna, el entender que el período de mantenimiento al servicio de la empleadora como compensación de la cualificación profesional de ella recibida debe computarse desde que tal evento se haya producido y ello, en mérito a la propia reciprocidad de las obligaciones contraídas en virtud del pacto de referencia"; lo mismo sostiene la TS 18 mayo 1990 (RJ 4360).

RESUMEN

La legislación del trabajo asalariado no suele dejar en manos de los propios contratantes -empresarios y trabajadores- la determinación de los términos y condiciones a los que tendrá que ajustarse la relación laboral. Es verdad que el contrato -el pacto entre las partes- continúa considerándose imprescindible para hacer nacer (*función constitutiva*) la relación de trabajo, pero no es menos cierto que la dotación del contenido obligacional de la misma (*función reguladora*) se transfiere a las leyes y a los convenios colectivos, considerados mejores instancias de protección y garantía de los intereses de los trabajadores, toda vez que la configuración característicamente asimétrica de la relación laboral -condición de *contratante débil* del trabajador/*posición de dominación* de la empresa- desaconseja dar crédito sin reservas a lo que los propios contratantes puedan estipular libremente sin restricciones. Significa lo dicho que, ciertamente, el contrato de trabajo no *manda* tanto en la relación laboral como *mandan* otros contratos privados en el ámbito de las relaciones jurídicas que constituyen -compraventa, sociedad, arrendamiento-, pero no que no *mande* nada o absolutamente nada: después de todo el contrato es como hemos dicho la fuente o génesis misma de una relación jurídica -la relación laboral- que compromete exclusivamente a los contratantes, de modo que algún cometido de regulación tendrá que reservarse para estos -empresario y trabajador- como verdaderos titulares de los intereses que quedan afectados en el ámbito de la misma. Singularmente, esto debe acontecer cuando las circunstancias que desaconsejan la estipulación individualizada de las condiciones laborales (asimetría, posición de dominación empresarial, debilidad del trabajador) tiendan a perder relevancia (por ejemplo, en pequeñas empresas, o respecto de trabajadores cualificados, escasos o exclusivos), y en general siempre que la propia ley fije límites y ofrezca garantías para evitar el abuso en la estipulación laboral individualizada de las condiciones de trabajo.

Esto último es lo que acontece precisamente en el caso de los pactos típicos del contrato de trabajo -así llamados por la frecuencia de su estipulación, que es lo que ha llevado al legislador a prestarles una atención singularizada- que tienen siempre por objeto, como verdadero contenido accidental del contrato que son (*accidentalía negotii*), introducir alteraciones o modificaciones en la regulación normal o natural -dispositiva, en todo caso- que las leyes y los convenios colectivos dan a la relación laboral (*naturalía negotii*) -nunca por supuesto en su contenido imperativo o esencial (*essentialía negotii*)- con la finalidad de particularizar o acercar el contenido obligacional de la relación de trabajo a la concreta situación de intercambio que realizan las partes. Y entre estos pactos destacan sobre todo el pacto de periodo de prueba y los pactos de no competencia y de permanencia en la empresa, no ya, o no sólo, por contar con una regulación específica en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 14 y 21, respectivamente), lo que *a priori* ya dice mucho de su relevancia, sino porque de hecho tales pactos típicos constituyen una fuente inagotable de litigios e importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

La centralidad de los pactos de periodo de prueba y de no competencia y permanencia en la empresa en el concierto de las estipulaciones individuales del contrato de trabajo, que es por cierto la razón por la que este trabajo se circunscribe a ellos sin tratar de otros pactos típicos, tiene seguramente que ver con la utilidad que -en términos de *análisis económico del derecho*, podría decirse- tales pactos tienen para alcanzar puntos de equilibrio capaces de satisfacer

de modo simultáneo los intereses de los trabajadores y los de los empleadores que les contratan. Así, el pacto de periodo de prueba permite al empleador prescindir con relativa facilidad de un trabajador que no ofrece *prima facie* garantías de rentabilidad futura para la empresa, en las condiciones y con las limitaciones que la ley establece, pero favorece también al trabajador al anticipar su incardinación laboral temprana, con todos los beneficios que ello conlleva, ahorrándole la utilización de esquemas jurídicos de inserción profesional menos interesantes, como pudieran ser las prácticas no retribuidas o las becas, pongamos por caso. De la misma manera, los pactos de exclusividad, al tiempo que benefician al empresario permitiéndole restringir las operaciones que el trabajador puede realizar haciéndole competencia -durante el contrato o incluso tras su extinción-, pueden ser vistos también como buenos para los trabajadores, no ya porque los hayan suscrito, sino porque es evidente que con ellos, por la compensación económica que conllevan, el trabajador -que vende su exclusividad a cambio de un precio- reduce incertidumbres futuras y gana en seguridad. Y lo mismo cabe decir respecto al pacto de permanencia en la empresa, del que se beneficia tanto el empleador, impidiendo que el trabajador se vaya, como el trabajador, que obtiene una formación singular que aumentará el valor económico de sus cualificaciones en el mercado.

Determinar concretamente sin embargo cuál es el punto exacto en el que se alcanza el equilibrio o la convergencia entre lo que interesa al empleador y al trabajador -esto es, el punto de *suma no cero* que optimiza la satisfacción de ambas partes- no es evidentemente fácil, y menos poco problemático, pues tampoco es escasa la relevancia de lo que los contratantes se juegan: la estabilidad en el empleo y la libertad profesional, los trabajadores, y la rentabilidad y la productividad de la actividad empresarial, los empleadores. Y no hace falta subrayar la importancia que a estos efectos adquiere la función jurisdiccional, que en su inevitable y crucial tarea de determinar la norma de derecho aplicable en el caso concreto, se ubica en una posición innegablemente privilegiada para valorar e integrar *hic et nunc* todas las circunstancias que hacen factible el acercamiento a soluciones óptimas de equilibrio, en el sentido apuntado. Este vital proceso de lucha por el *iustum del caso* se percibe con nitidez en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el periodo de prueba y los pactos de no competencia y permanencia en la empresa, que no en balde es precisamente el objeto principal del estudio sobre los pactos típicos del contrato de trabajo que aquí se realiza.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad; concurrencia; contrato de trabajo; derecho dispositivo; derecho imperativo; desistimiento; despido; dimisión; exclusividad; libertad profesional; pacto de no competencia; pacto de permanencia; pactos típicos; periodo de prueba.

ABSTRACT

Labor legislation does not usually leave the determination of the terms and conditions to which the employment relationship will have to adjust in the hands of the contractors themselves -entrepreneurs and workers-. It is true that the contract -the agreement between the parties- continues to be considered essential to give birth (*constitutive function*) to the employment relationship, but it is also true that the endowment of its obligational content (*regulatory function*) is transferred to the laws and collective agreements, considered better instances of protection and guarantee of the interests of workers, since the characteristically asymmetric configuration of the employment relationship - *weak contracting status* of the worker / *position of domination* of the company - discourages giving credit without reservations to which the contracting parties themselves may stipulate freely without restrictions. It means that, certainly, the employment contract does not *command* as much in the employment relationship as other private contracts in the area of legal relationships that constitute -trading, partnership, leasing-, but not that it does not *command* nothing or absolutely nothing: the contract is as we have said the source or genesis itself of a legal relationship -the employment relationship- that engages exclusively with the contracting parties, so that some regulatory role will have to be reserved for these -business and worker- as true owners of the interests that are affected in its scope. Singularly, this must happen when the circumstances that discourage the individualized stipulation of working conditions (asymmetry, position of corporate domination, worker's weakness) tend to lose relevance (for example, in small companies, or with respect to qualified, limited or exclusive workers), and in general whenever the law itself sets limits and offers guarantees to avoid abuse in the individualized work stipulation of working conditions.

This is what happens precisely in the case of the *typical pacts* of the employment contract -so called by the frequency of its stipulation, which is what has led the legislator to pay special attention to them- that are always aimed at, as true accidental content of the contract that are (*accidentalia negotii*), introduce alterations or modifications in the normal or natural -dispositive regulation, in any case- that the laws and the collective agreements give to the labor relationship (*naturalia negotii*) -never of course in its imperative or essential content (*essentialia negotii*)- with the purpose of particularizing or bringing closer the compulsory content of the employment relationship to the specific situation of exchange that the parties carry out. And among these pacts the one of trial period and the agreements of non-competition and permanence in the company stand out, not only because they have a specific regulation in the Statute of Workers Law (articles 14 and 21, respectively), but because in fact such typical pacts constitute an inexhaustible source of litigation and important pronouncements of the Supreme Court.

The centrality of the pacts of trial period and non-competition and permanence in the company in the concert of the individual stipulations of the work contract, which is certainly the reason because this work is limited to them without trying other typical pacts, has surely to do with the utility that -in terms of *economic analysis of the law*, one might say- such pacts have to reach equilibrium points capable of simultaneously satisfying the interests of the workers and those of the employers that hire them. Thus, the trial period pact allows the employer to dispense with relative ease of a worker who does not offer *prima facie* guarantees of future profitability for the company, under the conditions and with the limitations established by law, but also favors the worker by anticipating its early labor incardination, with all the benefits that this entails, saving the use of less interesting legal schemes of professional insertion, such as unpaid internships or scholarships, for example. In the same way, the

exclusivity pacts, while benefiting the employer by allowing him to restrict the operations that the worker can carry out by making him concurrence -during the contract or even after his termination- can also be seen as good for the workers, not already because they have subscribed them, but because it is evident that with them, for the economic compensation they entail, the worker -who sells his exclusivity in exchange for a price- reduces future uncertainties and gains in security. And the same can be said about the pact of permanence in the company, which benefits both the employer, preventing the worker leaves, as the worker, who gets a unique training that will increase the economic value of his qualifications in the market.

To decide specifically, however, which is the exact point at which equilibrium or convergence is reached between what interests the employer and the worker -that is, the *non-zero sum point* that optimizes the satisfaction of both parties- is obviously not easy, and less unproblematic, because the relevance of what the contracting parties play is not scarce: stability in employment and professional freedom, workers, and the profitability and productivity of business activity, employers. And it is not necessary to emphasize the importance that for these effects acquires the jurisdictional function, that in its inevitable and crucial task of determining the rule of law applicable in the concrete case, it is located in an undeniably privileged position to value and integrate *hic et nunc* all the circumstances that make the approach to optimal equilibrium solutions feasible, in the pointed sense. This vital process of struggle for the *iustum* of the case is clearly perceived in the doctrine of the Supreme Court on the trial period and the pacts of non-competition and permanence in the company, which not in vain is precisely the main purpose of the study on the typical pacts of the work contract that is carried out here.

Keywords: Concurrence; contract of employment; dismissal; dispositive law; exclusivity; freedom of contract; imperative law; non-compete agreement; permanence pact; professional freedom; resignation; trial period; typical pacts; withdrawal; working contract.

El empresario complejo en la jurisprudencia reciente. En especial, los grupos de empresa

The complex entrepreneur in recent Jurisprudence. Particularly, company groups

ELENA DESDENTADO DAROCA*

1. EL EMPRESARIO Y SU COMPLEJIDAD

El art. 1.2 del ET define al empresario como toda persona física, jurídica o comunidad de bienes que reciba la prestación de servicios de los trabajadores. Ni la persona física, ni la persona jurídica han planteado problemas a la hora de atribuir la condición de empresario en función de la existencia de un centro de imputación personal. Los problemas dentro de ese ámbito se trasladan a la calificación del vínculo o a las posibles zonas de ambigüedad o simplemente de confusión en la actuación de los órganos a través de los cuales actúa la persona jurídica en posición empresarial.

Las dificultades surgen cuando salimos del ámbito de la personalidad para entrar en el de los entes no personificados. Estos entes ostentan una cierta subjetividad que les permite una actuación más o menos amplia en la esfera jurídica. En relación con ellos, el art. 1.2 ET nombra solo a la comunidad de bienes, atribuyéndole carácter de empleador. Se trata de una referencia polémica, pues la comunidad de bienes no es más que una situación de cotitularidad sobre un bien, con lo que esa

designación en realidad está ocultando las posiciones empresariales reales de los comuneros¹. También hay un supuesto de pluralidad empresarial en el caso de las uniones temporales de empresa (UTE) y desde luego puede haberlo en los grupos de empresas. El caso de la comunidad de propietarios en régimen horizontal es distinto, porque la ley la configura como organización personificada, dotada de un patrimonio separado y con capacidad jurídica para relacionarse con terceros (art. 22 Ley 49/1960). También es diferente la situación de la sociedad irregular, que opera en el tráfico con plena personalidad, aunque bajo el régimen de la sociedad colectiva irregular o de la sociedad civil.

Los problemas de identificación de la posición empresarial en los entes sin personalidad se han planteado también en los conjuntos patrimoniales personales, como la sociedad de gananciales y la herencia yacente, con soluciones distintas: en la primera son los cónyuges y no la sociedad quienes deben asumir la posición empresarial lo que, en ocasiones, podrá llevar a una pluralidad empresarial; la

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UNED).

¹ E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 246 a 268. Vid. también SSTSJ Galicia 23.9.2003 (r. 5906/2000) y Madrid 26.5.1999 (r. 772/1999).

herencia yacente, por el contrario, puede ser empresario porque el ordenamiento le reconoce un grado suficiente de subjetividad (es centro de imputación de derechos y obligaciones y tiene reconocida expresamente la capacidad para ser parte en el proceso)².

Pero no se trata solo de problemas de configuración jurídica de la posición empresarial a través de la personalidad o de soluciones más o menos equiparables. Sin duda, el problema más difícil desborda la construcción subjetiva del empresario desde una perspectiva jurídica para ir más allá. Hay que enfrentarse a un fenómeno más amplio, a la vez económico y sociológico, aunque con consecuencias jurídicas relevantes. Se trata de la emergencia de conexiones empresariales complejas en el marco de lo que se designa como empresa red. La red ha sustituido a la pirámide. La gran empresa crece de manera significativa, pero crece como red, poniendo en crisis el modelo organizativo tradicional de integración vertical y rompiendo el límite de la personalidad jurídica. En esta nueva organización productiva, el rastro del empresario puede extraviarse en el laberinto de la red. Este es el gran desafío al que se enfrenta el Derecho del Trabajo, que no debe limitarse a “resistir”: hay que buscar un nuevo equilibrio entre las exigencias de la libertad de empresa y las garantías laborales que se asocian a la correcta identificación de la posición del empleador.

La red empresarial escapa al marco del empresario como sujeto del contrato del trabajo. Y no se detiene en el plano organizativo, como ocurre con los grupos de empresas, sino que va más allá a través de vínculos contractuales de colaboración, como se ha puesto de relieve en determinadas formas de descentralización productiva y muy especialmente en el caso de las franquicias³. Ante

estos fenómenos, se ha defendido por algún sector de la doctrina, con repercusiones también en el ámbito judicial, la construcción de una posición empresarial plural que iría más allá de los límites subjetivos contractuales a través de la búsqueda de un empresario real complejo. Tienen interés, en este sentido, las SSTs 4.2.2014 (r. 1467/2013) y 4.2.2015 (r. 96/2014), que aprecian una posición empresarial plural en el marco de relaciones de apoyo y coordinación dentro de un supuesto de gestión pública. También es significativa en este punto una doctrina judicial que, en una línea polémica, ha ampliado las garantías del derecho de huelga en los supuestos de descentralización productiva dentro y fuera del grupo, doctrina que examinaremos en el epígrafe 6.

Aunque, como se ha visto, el fenómeno de la red empresarial es amplio, la doctrina jurisprudencial sobre la posición empresarial plural se ha centrado en el grupo de empresas, que estudiaremos en los restantes apartados de este trabajo.

2. LA FORMACIÓN DE LA MODERNA DOCTRINA DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS: LÍNEAS FUNDAMENTALES Y DISCREPANCIAS

2.1. La primera etapa de formación: la sentencia del caso Aserpal

El punto más importante en la nueva jurisprudencia sobre el empresario es, sin duda, el relativo a los grupos de empresa.

La doctrina tradicional de la Sala IV en relación con los grupos de empresa se forma en los años noventa, a partir de dos sentencias fundamentales de 30 de enero y 3 de mayo de 1990⁴. A lo largo de los años se fueron, sin

² La herencia yacente constituye el único supuesto en el que está plenamente justificada la atribución de la condición de empresario laboral a un ente sin personalidad jurídica. Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral...*, cit., pp. 418 a 430.

³ Vid. sobre este fenómeno y sus repercusiones en el ámbito laboral, AA. VV. (W. SANGUINETI RAYMOND y J.B. VIVERO SERRANO dirs.), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018.

⁴ RJ 1990/233 y 3946. Para un estudio crítico de esta doctrina, vid. A. ESTEVE SEGARRA, *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002; E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral*, cit., pp. 475 a 563 y, más recientemente, A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova, Valladolid, 2014, pp. 55 a

embargo, acumulando algunas confusiones y equívocos. Se hacía, por ello, necesario una revisión en profundidad de esa doctrina y esta necesidad se puso de manifiesto cuando el Tribunal Supremo, tras la reforma de 2012, tuvo que abordar la valoración de las posiciones empresariales complejas en los despidos colectivos.

La actual doctrina judicial surge, así, al hilo de los problemas planteados en el enjuiciamiento de esos despidos. La STS 27.5.2013 (r. 78/2012), dictada en el caso Aserpal, inicia de forma sistemática esta nueva doctrina. Se trata de una sentencia de gran trascendencia, que marca un cambio importante: la doctrina tradicional se depura y se aclaran equívocos que se habían ido acumulando en los últimos años. Conviene, por tanto, detenerse en ella, pues podría decirse que la evolución posterior se forma a través de una serie de variaciones -algunas discutibles- sobre la doctrina Aserpal.

La sentencia se pronuncia sobre un despido colectivo llevado a cabo por una empresa cabecera de un grupo; este grupo estaba, a su vez, vinculado con otro. La sentencia confirma la procedencia del despido declarada en la instancia al entender que la obligación de aportación de los documentos contables no puede extenderse al segundo grupo, pues no concurren los elementos para la extensión de la responsabilidad empresarial y tampoco se cumplen las exigencias del art. 6.4 del reglamento aprobado por Real Decreto 801/2011, entonces vigente.

Para llegar a esta conclusión, la sentencia reflexiona previamente sobre el tratamiento de los grupos de empresa en el ámbito laboral, aclarando ciertas confusiones y precisando algunos puntos.

La sentencia comienza analizando el grupo de empresas como realidad organizativa, destacando sus dos notas básicas: 1ª) la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial -cada sociedad mantiene la titularidad de su patrimonio- como or-

ganizativo -las sociedades tienen sus propios órganos- y 2ª) la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización del grupo. En el concepto de grupo, la sentencia incluye no solo los grupos verticales o por subordinación, sino también los horizontales o por coordinación. Se destaca, además, que el componente fundamental es el elemento de la dirección unitaria, que, en principio, debe ser efectiva, aunque reconoce que en el campo del Derecho del Trabajo las dificultades probatorias y la seguridad jurídica justifican que baste con la mera posibilidad de dicha dirección común, que se presume cuando existe control societario.

Pasa después la sentencia a exponer la “jurisprudencia tradicional de la Sala” en relación con los grupos de empresa. Esta jurisprudencia parte de la distinción entre “grupo mercantil de sociedades” y “grupo de empresas a efectos laborales”. El primero es una realidad organizativa en principio lícita. El segundo es un concepto más restringido, que se caracteriza por la concurrencia de una serie de elementos adicionales que justifican la comunicación de responsabilidades entre las sociedades que integran el grupo.

La sentencia de Aserpal revisa estas premisas. Se confirma que, en efecto, el grupo de empresas es una organización en principio ajustada a Derecho. Pero se rectifica la distinción entre “grupo de empresas laboral” y “grupo de empresas mercantil”. No existe, dice la sentencia, un concepto de “grupo de empresas a efectos laborales” distinto al “grupo mercantil de sociedades”. El concepto de grupo de empresas es el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, aunque en sus diversos ámbitos puedan estar sometidos a regímenes específicos.

Partiendo, pues, de la licitud del grupo, la sentencia afirma que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales”, porque “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio

81; M.I. RAMOS QUINTANA, *La responsabilidad laboral de los grupos de empresas*, Bomarzo, Albacete, 2015.

como personas jurídicas independientes”. En el fondo, la solución es idéntica a la tradicional. Lo que se ha pretendido es, simplemente, aclarar una confusión terminológica que había calado en las sentencias anteriores y que, como veremos, se mantiene a pesar de todo en algunas sentencias posteriores.

A continuación, la sentencia examina esos “elementos adicionales” que, según la jurisprudencia tradicional, justifican la comunicación en la responsabilidad. Estos elementos eran siete: 1) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; 3) creación de empresas aparentes sin sustrato real (abuso de la personalidad jurídica); 4) confusión de plantillas; 5) confusión de patrimonios; 6) apariencia externa de unidad empresarial y 7) unidad de dirección.

Sobre estos elementos adicionales, la sentencia de Aserpal hace correcciones importantes.

En primer lugar, se aclara que la unidad de dirección de varias entidades empresariales “no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan solo será determinante de la existencia del grupo, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas”. Tampoco, dice la sentencia, puede “considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque esta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél”. Ahora bien, se aclara que “la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio” cuando “se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores”. Pone como ejemplo los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante. Solo en estos supuestos de uso abusivo de la unidad de dirección se justificaría la extensión de la responsabilidad.

La confusión de plantillas, por su parte, se define como la vertiente colectiva de la prestación de trabajo indiferenciada, que no excluye su vertiente individual cuando no afecta a

toda la plantilla sino a trabajadores determinados, produciendo, en ambos casos, una situación de pluralidad empresarial.

Respecto a la confusión patrimonial, se aclara que no es identificable en la esfera del capital social sino en la del patrimonio y que no se deriva de la mera utilización de infraestructuras comunes. De la confusión patrimonial se distingue la llamada “caja única”, que, según la sentencia, hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y por la jurisprudencia como “situación de permeabilidad operativa y contable”.

Finalmente, la sentencia explica que el elemento “creación de empresa aparente” está “íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas” y alude “a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo”.

Con estas precisiones, la lista de elementos adicionales se reformula. Se pasa de siete a cinco elementos, en los siguientes términos: 1º) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) confusión patrimonial; 3º) unidad de caja; 4º) utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; 5º) uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Conforme a esta doctrina “depurada”, el fallo de la sentencia descarta la extensión de la condición de empresario a otra sociedad vinculada a la empleadora (la sociedad dominante de otro grupo, que, a su vez, pertenecía a un grupo superior en el que se integraban las dos). La sentencia afirma que “la existencia de la dirección unitaria es incuestionable, pues viene determinada por la decisiva circunstancia de que entre las sociedades media plena coincidencia de socios y consejo de administración, lo que nos sitúa ante un grupo -horizontal o de coordinación- de base personal e incluso societaria, con lo que no es ya que una empresa tenga participaciones en la

otra, sino que los accionistas de ambas son los mismos”, pero reitera que “éste es un elemento definidor de la propia existencia del grupo de sociedades y por sí solo no comporta obligación legal de formular cuentas consolidadas, ni de presentar la documentación a que alude el art. 6.4 RD 801/2011 y mucho menos determina una posible responsabilidad solidaria, sino que requeriría la concurrencia de otros datos”. Por otro lado, “la existencia de vínculos comerciales nada significa por sí misma y sólo el posible saldo -deudor o acreedor, según la perspectiva- tendría relevancia a los efectos previstos en el citado art. 6.4”, cuestión que no consta en los hechos probados. En cuanto a la prestación simultánea de servicios para empresas de uno y otro grupo, se recuerda que “este dato figura expresamente rechazado por la sentencia recurrida, por lo que no puede ser tenido en cuenta al no haberse producido revisión *ad hoc* del relato fáctico”. Finalmente, la sentencia aclara que “la ausencia de capacidad de decisión propia de cada una de las empresas es una consecuencia de la ya aceptada y legítima decisión unitaria, y por sí sola ninguna consecuencia comporta en el orden de que tratamos”.

La doctrina Aserpal fue confirmada en numerosas resoluciones posteriores⁵ y, a mi juicio, ha supuesto un importante avance, aunque algunos puntos sean cuestionables. En este sentido, creo que la lista de elementos adicionales debería reducirse aún más pues, en primer lugar, no es necesario distinguir entre la confusión patrimonial y la unidad de caja (elementos 2º y 3º) y, en segundo lugar, el elemento 4º (utilización fraudulenta de la personalidad jurídica con creación de la empresa aparente) y el elemento 5º (uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria con perjuicio de los trabajadores) pueden incluirse en el fenómeno más amplio del abuso de la personalidad jurídica⁶.

⁵ SSTs 24.9.2013 (r. 2828/2012) -caso Gamar-, 25.9.2013 (r. 3/2013) -caso Mafecco-, 19.12.2013 (r. 37/2013) -caso Gesclinic-, 28.1.2014 (r. 16/2013) -caso Koyo-, 18.2.2014 (r. 74/2013) -caso Instituto Técnico Agronómico de Albacete-, 21.5.2014 (r. 182/2013) -caso Condesa-, 2.6.2014 (r. 546/2013) -caso Automoción del Oeste-.

⁶ La lista de elementos adicionales que justifican la extensión de la responsabilidad o el reconocimiento de una pluralidad empresarial podría, así, reducirse a tres: 1) la prestación

2.2. Discrepancias internas de intensidad variable en la doctrina del Tribunal Supremo

2.2.1. Una línea discrepante con un criterio radicalmente distinto al de Aserpal: los votos particulares de Mafecco, Koyo e Instituto Agronómico Provincial; el control especialmente intenso de la sociedad dominante

La sentencia Aserpal marcó un cambio importante. Pero fue un criterio polémico, pues dentro de la Sala IV se pusieron de manifiesto divergencias significativas a través de votos particulares y de algunas sentencias.

Los votos particulares muestran una discrepancia más radical con la doctrina Aserpal. Entre ellos hay que mencionar los que acompañan a las sentencias de los casos Mafecco (STS 25.9.2013, r. 3/2013), Koyo (28.1.2013, r. 16/2013) e Instituto Técnico Agronómico Provincial (STS 18.2.2014, r. 74/2013).

En el caso que se suscita en la STS 25.9.2013 (r. 3/2013), una de las sociedades del grupo poseía el 99,97 % del capital de la sociedad para la que prestaban servicios los trabajadores despedidos (Manufacturas Femeninas Coruñesas de Confección SA -MAFECCO-). Al no haberse acreditado ningún elemento adicional de responsabilidad, la sentencia niega la existencia de “un grupo de empresas a efectos laborales”⁷ y ello pese al alto nivel de la participación de la sociedad dominante en el capital de la empresa que había procedido a los despidos. En relación con este punto la resolución comentada argu-

de trabajo indiferenciada, 2) la confusión de patrimonios y 3) el uso abusivo de la personalidad jurídica por el grupo. Vid. E. DESDENTADO DAROCA, La personificación del empresario laboral, cit., pp. 481 y ss; A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, Grupos de empresas y despidos económicos, cit., pp. 85 y ss.

⁷ Se insiste en esta expresión, a pesar de que la sentencia de Aserpal aclarara que no era correcta. La alusión al “grupo de empresas laboral” o “grupo de empresas a efectos laborales” es recurrente en la doctrina judicial, aunque, en efecto, se trata de una terminología errónea. No hay un concepto laboral de grupo de empresas distinto al mercantil. Lo que sucede es que la doctrina judicial identifica la expresión “grupo de empresas laboral” con el hecho de que el grupo reúna algún elemento adicional que justifique la comunicación de la responsabilidad dentro del mismo.

menta que “ese simple dato de participación económica, por llamativo que pueda parecer, (...) carece de relevancia a los efectos que aquí interesan”; esa participación, “que siempre se produce de forma absoluta (100 %) y con normalidad en las sociedades unipersonales, no tiene efectos ni para provocar por sí misma una extensión de la responsabilidad, ni para atribuir una posición empresarial”.

La solución adoptada es conforme a la doctrina Aserpal. Pero la sentencia va acompañada de un voto particular, suscrito por cinco magistrados, en el que, tras reprochar a la sentencia un exceso en su argumentación, se rechazan los argumentos de la mayoría y se reflexiona críticamente sobre la doctrina de la Sala IV en relación con los grupos de empresa.

En el voto se afirma que “el análisis formal de los elementos que conforme a nuestra jurisprudencia determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo no debe hacernos perder de vista que desde el estricto punto de vista laboral lo que nos importa determinar es quién sea el verdadero empresario de los trabajadores”, para lo cual hay que acudir al art. 1.1 y 2 del ET. Partiendo de esta premisa, se entiende que independientemente de que exista grupo a efectos laborales “y sin necesidad incluso de tener que acudir a las fórmulas del fraude de ley o del abuso del derecho, la realidad nos debe llevar a analizar y averiguar a favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar a favor de quien se presta el mismo, pues puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquéllas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa”. En estos supuestos, a juicio de los magistrados que firman el voto, aunque no haya confusión de plantillas, el trabajador “de hecho” presta sus servicios “a favor de todos los integrantes de la única empresa troceada o dividida en partes, por lo que realmente estaríamos también ante un supuesto especial de prestaciones laborales indiferenciadas, en cuanto que los trabajadores, con independencia de cuál sea la entidad a que estén formal-

mente adscritos, realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como definitorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 del ET”. El voto concluye advirtiendo de la existencia de “diversos fenómenos de interposición laboral”, de “empresario aparente” y de “cesión ilegal de mano de obra”, en los que “participan sociedades” y “que, de plantearse adecuadamente por las partes y con independencia de la fórmula de los grupos de empresa, nos pueden llevar a determinar el verdadero empresario”.

Esta línea discrepante se reitera en el voto particular de la sentencia del caso Koyo. Se trataba de una sociedad dominante japonesa que tenía el 100 % del capital de la filial española. Esta última era la empleadora, que había procedido al despido colectivo. La sociedad dominante proporcionaba a la filial la disponibilidad de líneas de crédito, a través de préstamos, destinándose las cantidades percibidas al pago de salarios y a la adquisición de materias primas. Las cuentas del grupo estaban consolidadas. La sentencia, a diferencia de lo que había hecho la recurrida, niega que estemos ante un supuesto de confusión patrimonial. Afirma que la participación del 100 % en el capital no es decisiva, porque no afecta al patrimonio; añade que es irrelevante la existencia de cuentas consolidadas, pues éstas son solo una información contable general que no excluye las cuentas de cada una de las sociedades, ni su independencia patrimonial y, por último, aclara que la línea de financiación proporcionada a través de créditos participativos es una modalidad lícita de financiación interna y no puede ser la vía para convertir en grupo de empresas patológico al prestamista y al prestatario.

Para el voto particular, sin embargo, existen suficientes elementos en el caso para entender que Koyo no es “una verdadera sociedad con personalidad jurídica propia” y que, por lo tanto, no puede ser el verdadero empresario. Se dice, en este sentido, que Koyo actúa, en realidad, “como una simple oficina o sucursal” de la sociedad dominante (Jtekt Corporation), “sin capacidad de adoptar decisiones, sin verdadero capital propio

y sin asunción de riesgos, sin real contenido de sus juntas generales y sin reales órganos de administración, percibiendo el capital que necesitaba para abonar sus deudas, entre ellas las salariales, de la sociedad matriz”. Enlazando con el voto particular de la sentencia del caso Mafecco, se concluye que la sociedad dominante (Jteckt) es el verdadero empresario, en el que “redundan directamente los beneficios de la prestación de (los) servicios”, el que “asume los riesgos de la actividad dirigiendo plenamente la actividad empresarial y decidiendo todas las cuestiones transcendentales”, actuando la filial “como mera formal empleadora”, por lo que debería haber procedido la condena solidaria de ambas.

En la última sentencia citada, el Instituto Técnico Agronómico Provincial había llevado a cabo un despido colectivo que es objeto de impugnación. Este Instituto, promovido por la Diputación Provincial de Albacete, se constituyó como sociedad anónima en 1985; tras la última ampliación de capital, la Diputación Provincial era la titular del 99,98 % de su capital social. La sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso, considerando el despido conforme a Derecho. En contra de este criterio se muestra el voto particular, que defiende la nulidad del despido por no haberse llevado a cabo el período de consultas con “el verdadero empresario de los trabajadores afectados”. El voto destaca que la constitución del Instituto lo promovió la Diputación, que el Instituto no tenía una finalidad propia desvinculada de los servicios o actividades de la Diputación y que, además, no tenía ingresos suficientes propios, siendo la Diputación la que cubría sus gastos a través de “subvenciones”. En estas circunstancias, el voto entiende que el Instituto y la Diputación “forman una verdadera unidad” y que ambos constituyen “el verdadero empresario de los trabajadores afectados”. Por ello, el procedimiento de despido colectivo y el período de consultas debió haberse seguido con ambas entidades.

Se trata de una doctrina que pone en cuestión la propia figura del grupo de empresas y el régimen de responsabilidad limitada de las sociedades mercantiles de capital.

2.2.2. Una segunda línea discrepante que asume la doctrina Aserpal, pero con matizaciones importantes: la intensidad de la dirección unitaria

Una línea también discrepante pero menos radical es la que se pone de manifiesto en las sentencias Metalkris (STS de 26 de marzo de 2014, r. 86/2012) y Servicontrol (SSTS 21.5.2015, r. 231 y 257/2014).

En la primera se trataba de un grupo formado por tres empresas: Metalkris -que es la que lleva a cabo el despido colectivo-, Probaños y Edingaher -que es la sociedad dominante-. Este grupo tiene una división funcional de actividades: Metalkris se dedica a la fabricación de mobiliario para viviendas; Probaños asume la comercialización y distribución de dicho mobiliario y Edinhager se ocupa de la gestión de los servicios comunes del grupo (dirección, administración, informática y mantenimiento). Edingaher posee el 100 % de las acciones de Probaños y de Metalkris. Queda acreditado que “los trabajadores dedicados a la fabricación pertenecen a Metalkris, los que se ocupan de comercialización, atención al cliente y venta están contratados por Probaños y el personal que presta servicios a las tres compañías pertenece a Edingaher”, aunque todos ellos comparten los mismos locales. Partiendo de estos datos, la sentencia afirma que se trata de un “grupo de empresas a efectos laborales”, es decir, un grupo en posición empresarial plural. Se destaca que en este supuesto “concorre el elemento adicional de la dirección unitaria”, pues “no hay únicamente una dirección comercial común a las tres sociedades, ni tampoco un mero reparto de actividades”; lo que existe, a su juicio, es “una estructura y dirección organizativa común a las tres sociedades no sólo en el ámbito directivo, sino también en aquellos medios que constituyen el núcleo duro de la gestión empresarial, como la dirección, administración, informática y mantenimiento de las tres sociedades, que son realizadas por el personal de Edingaher, cuyas personas toman las decisiones para todas las sociedades del grupo”. En estas circunstancias, dice la sentencia, “bien puede decirse que la dirección unitaria de las tres sociedades demandadas” constituye en realidad “la organización y dirección” a que alude el art. 1 del ET, cuando hace referencia al empresario laboral, o “dicho de otra manera,

en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo⁸.

Las sentencias del caso Servicontrol de 21.5.2015 (r. 231 y 257/2014) resuelven dos supuestos idénticos de despido colectivo y modificación de condiciones de trabajo en un grupo internacional de prestación de servicios de certificación y auditoría con sociedad dominante en Francia y cuya matriz en España es Bureau Veritas Inversiones, SLU (en adelante, Inversiones), controlada al 100 % por la matriz internacional, quien controla, a su vez, a un conjunto de empresas, entre ellas Servicontrol SLU, que es la que procede al despido colectivo y a la modificación.

Es conveniente hacer una breve referencia a las sentencias de la Sala de lo Social

⁸ Esta sentencia tiene un voto particular firmado por seis magistrados, en el que se advierte que la sentencia contradice la doctrina Aserpal, que se considera consolidada. Para el voto, la dirección unitaria es característica definitoria del grupo en general y no constituye un dato patológico. Pero, además, advierte que "esta dirección unitaria no debe confundirse con la unificación de determinadas esferas de gestión" y su atribución a una de las sociedades -la propia sociedad dominante, en este caso-. El voto señala que la especialización en las actividades empresariales y su coordinación bajo una dirección unitaria constituye, en principio, un tipo organizativo lícito, siempre que no dé lugar a confusión patrimonial, confusión de plantillas o abuso de la personalidad jurídica. Ninguno de estos elementos adicionales concurre en el supuesto examinado: no se cuestiona que las sociedades tengan patrimonios y contabilidades diferentes (el uso de un local en común no equivale a confusión patrimonial, ni tampoco el apoyo financiero de la sociedad dominante para superar la crisis de Metalkris); no hay confusión de plantillas (la ejecución de los servicios comunes por los trabajadores de Edingaher se realizan para esta sociedad, que los transfiere a las otras y lo mismo sucede con respecto a la comercialización por Probaños de los productos de Metalkris; en cuanto al director técnico de producción contratado por Edingaher, se trata de una manifestación de la dirección unitaria y, en todo caso, solo justificaría el reconocimiento de una pluralidad empresarial respecto a dicho directivo, que, además, no fue despedido); tampoco hay abuso alguno de la personalidad, puesto que la relación de dominio no ha perjudicado a Metalkris, que, por el contrario, ha obtenido apoyo económico de la sociedad dominante.

de la Audiencia Nacional 20.1.2013 (p. 256 y 257/2013), que, finalmente, el Tribunal Supremo confirma. La Audiencia Nacional descartó que hubiera confusión patrimonial y confusión de plantillas. No obstante, la Audiencia llega a la conclusión de que Servicontrol es una mera empresa aparente, concepto que se vincula a "la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica". Se parte de que se ha acreditado que Servicontrol estaba dirigida por "managers de ECA, lo cual nos sitúa en un escenario absolutamente atípico en el que el personal de Servicontrol se encuadraba y dirigía por trabajadores de otra empresa del grupo", teniendo éste una centralización absoluta. Se produce así "una especie de jibarización empresarial", en la que se eliminan los directivos propios para sustituirlos por los de otra empresa. De ahí se concluye que "Servicontrol no era propiamente una empresa autónoma, sino una división o área de ECA, como demuestra que, al poco tiempo de producirse los despidos y las modificaciones sustanciales, ECA absorbiera a Servicontrol" y ello, aunque "se haya acreditado que ECA facturaba genéricamente a Servicontrol los servicios gerenciales". Para la Audiencia Nacional, mantener una empresa sin dirección propia, al haberse prescindido de la misma desde 2011, mediante lo que los demandados denominaron significativamente "externalización de las tareas directivas", la hace irreconocible como tal empresa, "especialmente cuando se encuadra en un grupo de empresas, que centraliza absolutamente todos los servicios y decide sobre cualquier decisión financiera o de gestión de la empresa". En definitiva, "la supresión artificial de la dirección de Servicontrol la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo, lo que constituye (...) un ejercicio abusivo de la dirección unitaria así como de la personalidad jurídica, puesto que el mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo constituye un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores".

El abuso de la personalidad se establece así sobre dos polos: la creación de una empresa aparente -sin dirección propia, "sin cabeza"- y el perjuicio que ello produce a los trabajadores. El despido colectivo y las modificaciones sustanciales se declaran nulos y se extiende la responsabilidad a Inversiones y a

Servicontrol, “por cuanto la primera fue quien tomó la decisión de dejar sin cabeza a Servicontrol y la segunda sirvió como instrumento para mantener la apariencia empresarial, siendo ambas responsables del fraude cometido, así como del uso abusivo de la personalidad jurídica de Servicontrol”.

Esta tesis se acoge por la Sala IV del Tribunal Supremo en sus sentencias de 21.5.2015. El mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo -a través de lo que denominaron “externalización de las tareas directivas”- constituye un ejercicio anormal y abusivo del poder de dirección, que justifica la atribución de una posición empresarial plural de las sociedades que intervinieron en el fraude.

Se trata de una doctrina que no discrepa abiertamente con la de Aserpal. Hay que recordar que en la lista de elementos adicionales formulada por la sentencia de Aserpal se incluye “la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa aparente” (elemento 4º) y “el uso abusivo-anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores” (elemento 5º). Pero en la sentencia de Aserpal también se dice que “ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una unidad empresarial” y asocia el uso abusivo de la dirección unitaria con aquellos supuestos en los que se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores “como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante”.

Servicontrol era una sociedad real, con sus propios órganos de administración y gobierno -que son, por otra parte, legalmente obligatorios- aunque pudiera tener un componente directivo externo. Y es discutible que, en el caso planteado, la dirección unitaria haya provocado un perjuicio a los trabajadores. El perjuicio puede relacionarse con la situación negativa o con la limitación de la responsabilidad por las medidas extintivas o modificativas adoptadas. Pero, en primer lugar, no hay ningún dato que permita relacionar la intensificación de la unidad de dirección con la crisis, más bien parece que esa intensificación, en 2011,

se produce como consecuencia de la propia caída de los resultados de la empresa, como un ahorro de costes. En segundo lugar, la limitación de la responsabilidad a la empresa, sin proyectarla al grupo, tampoco deriva de la intensificación de la dirección unitaria: es simplemente una consecuencia de la propia existencia del grupo como tal y de la separación de responsabilidades entre sus miembros.

Lo que en realidad se está diciendo es que, cuando la unidad de dirección es tan intensa que la empresa se convierte en una mera apariencia, la posición empresarial debe extenderse no a todas las empresas, pero sí, al menos, a las implicadas (la matriz y la que asume la gestión directiva de hecho). Pero, ¿cuándo hay que entender que es “demasiado” intensa a estos efectos? La sentencia Tragsa intentará aclarar esta cuestión.

2.2.3. Segunda etapa. La sentencia de “Tragsa”. Consolidación de la doctrina Aserpal. El problema de la dirección unitaria “intensa”: ¿una brecha en esa doctrina?

Las sentencias de Servicontrol suponen una desviación práctica respecto a la doctrina Aserpal; discrepancia que se centra en una interpretación discutible de las consecuencias de la dirección unitaria.

Pero en la sentencia 20.10.2015 (r. 172/2014), dictada en el caso Tragsa, se van a hacer algunas precisiones respecto a lo establecido en las sentencias de Servicontrol.

En esta sentencia, en efecto, se vuelve a analizar el elemento del uso abusivo de la dirección unitaria entendido como dirección anormalmente “intensa”. Aunque el supuesto analizado es, en relación con la dirección unitaria, similar al de Servicontrol, la sentencia de Tragsa llega a una conclusión distinta. No se explica esta divergencia, ni se reconoce; pero lo cierto es que existe, lo que nos lleva a plantearnos si no hay, en realidad, una revisión encubierta del criterio seguido en Servicontrol. Veamos el caso.

La Audiencia Nacional⁹ había considerado existente “un grupo de empresas a efectos laborales” entre Tragsa (sociedad dominante) y Tragsatec, “dado que la estructura organizativa es común a ambas, tanto en el ámbito directivo como en el ámbito administrativo y en el de la mayoría de los medios materiales, siendo varios cientos de personas las que prestan servicios para ambas desde las mismas oficinas y con los mismos medios materiales, hasta el punto de que Tragsatec carece de estructura de dirección propia”. La sentencia acepta varias revisiones fácticas de los hechos declarados probados en instancia, que afectan a la decisión de fondo: se considera probado que Tragsatec tiene consejo de administración y organigrama propios y cuenta con su propio cuerpo de administrativos. De esta forma, se rectifica la afirmación de que Tragsatec no tiene personal directivo ni administrativo propio ni estructura administrativa propia, pues trae causa en un error valorativo de la Audiencia Nacional, aunque se admite que existe un contrato en virtud del cual Tragsa presta servicios de gestión a Tragsatec y que el personal empleado en la ejecución de ese contrato se encuentra dado de alta por la empresa Tragsa. A partir de estos datos, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por las empresas afectadas, al entender que no existe ningún elemento que justifique la comunicación de responsabilidad entre ellas.

La sentencia comienza con una corrección terminológica en relación con la doctrina de Aserpal: la distinción entre grupos de empresa ordinarios (sin comunicación de responsabilidad) y grupos de empresa patológicos (con extensión de la responsabilidad o pluralidad empresarial) está desfasada. La “variada realidad ofrecida por el mundo económico” en materia de grupo de sociedades, en muchas ocasiones “exteriorizados y aún mantenidos por iniciativa propia en sede judicial”, lleva al Tribunal Supremo a concluir que “la expresión grupo patológico ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que

llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología adecuada más bien debiera ser la de ‘empresa de grupo’ o ‘empresa-grupo’, que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros”.

Se distingue, pues, entre el grupo de empresas ordinario, en el que no concurre ningún elemento adicional que justifique la comunicación de responsabilidades o la pluralidad empresarial, y el grupo en el que sí concurre alguno de esos elementos adicionales. Estos últimos pasan a denominarse con un término general: “empresa de grupo” o “empresa-grupo”. Dentro de este último conjunto y como especie del mismo, están los “grupos patológicos”, que se caracterizan por la concurrencia de una conducta dolosa dentro del grupo -abusiva o defraudatoria-. En definitiva, existen tres supuestos: el grupo de empresas ordinario, en el que no concurren elementos adicionales que justifiquen la extensión de la responsabilidad; la empresa de grupo o empresa-grupo, en la que concurren elementos adicionales que justifican esa extensión de la responsabilidad y, dentro de ese término general, como subespecie, el grupo patológico, en el que concurre una conducta dolosa.

Se trata de una simple precisión conceptual, que pretende aclarar los distintos supuestos que se pueden dar en la práctica, aunque, de hecho, creo que genera más confusión que claridad, por lo que en este trabajo seguiré utilizando la distinción clásica y en general entre grupos de empresa ordinarios y grupos patológicos.

Posteriormente, en la sentencia se analizan los elementos adicionales que justifican la extensión de la responsabilidad. Estos elementos siguen siendo los mismos, aunque parece que ahora se matiza “la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con la creación de una empresa aparente” y “el uso abusivo de la dirección unitaria”, pues se señala que “no es algo inusual que una sociedad externalice las funciones de administración y dirección, sino que, al contrario, es habitual

⁹ SAN 28.3.2014 (p. 44/2014).

que los grupos de sociedades centralicen una serie de actividades y tareas en aras de evitar duplicidades en los puestos y conseguir ahorro de costes; es más, incluso resulta notoria la existencia de un mercado de servicios de administración y dirección, con una amplia variedad de sociedades que tienen como objeto social la prestación de este tipo de servicios, tanto para el grupo como para terceros”, por lo que la conducta de las demandadas “se ajusta a los parámetros habituales entre empresas”. Se advierte además que Tragsa y Tragsatec tienen sus propios consejos de administración (algo obvio, por otra parte), aunque los miembros de Tragsatec estén nombrados por la sociedad dominante; también cuentan con sus propios organigramas, sus propios bienes y sus empleados. Y aunque, por una parte, consta que se están prestando servicios de administración y gestión por el personal de Tragsa con la consiguiente centralización en la estructura ejecutiva, “la dirección unitaria no es suficiente para extender la responsabilidad, pues tal dato solo es determinante de la existencia del grupo”.

Estos argumentos, a mi juicio, contradicen la tesis acogida por las sentencias de Servicontrol. La sentencia nada dice al respecto. Al contrario, enlaza con esta doctrina afirmando que “otra cosa es que la dirección unitaria se hubiese utilizado de forma abusiva” o “que la empresa matriz hubiese llegado al extremo de privar por completo de dirección a la empresa filial”, supuestos en los que si la pérdida de autonomía fuera acompañada del sometimiento a los intereses generales del grupo o a los particulares de la sociedad dominante, en perjuicio del interés de la dominada, se justificaría la apreciación de una “empresa de grupo” de la que habría que derivar la consiguiente responsabilidad solidaria entre sus miembros¹⁰.

¹⁰ La sentencia tiene dos votos particulares. El primero es concurrente con el fallo. El segundo se muestra disconforme con la solución adoptada por la sentencia y, reiterando los argumentos de la sentencia de Metakris y de los votos particulares a Mafeco, Koyo e Instituto Agronómico Provincial, entiende que Tragsa y Tragsatec tienen ambas la condición de empresario. Se señala, en este sentido, que cuando “varias personas jurídicas y/o físicas actúan coordinando sus actividades sin ocultación de ningún tipo y recibiendo en común los rendimientos o frutos del trabajo por cuenta ajena que redun-

da en beneficio común, debe entenderse que constituyen en común el verdadero empresario de los trabajadores y deben asumir conjuntamente sus responsabilidades con base en el propio concepto de empresario contenido en el art. 1 ET y sin necesidad de acudir a las normas civiles del fraude de ley o del abuso de derecho, pues su conducta ni es ni debe considerarse abusiva ni fraudulenta ni patológica”.

La brecha se constata en la STS 16.7.2015, r. 312/2014 (caso Ibercake). En esta sentencia se destaca que la empresa formalmente empleadora (Ibercake) pertenece en un 94 % a otra sociedad del grupo y es administrada por una tercera sociedad integrante del mismo grupo. La sentencia entiende que hay “órganos de dirección comunes” y “objeto social análogo” entre las tres sociedades, aparte de “aparición externa de unidad” pues todas ellas lanzan sus productos al mercado bajo la misma marca. Adicionalmente, considera que “existe una comunicación económica” que “apunta claramente hacia una confusión patrimonial” en la que las deudas de Ibercake eran asumidas por una sociedad del grupo. Por todo ello, la sentencia concluye que “no solo se da una dirección común, propia de los grupos de empresa y no determinante por sí sola de la responsabilidad de sus integrantes, sino que aparecen los elementos adicionales que permiten acudir a la afirmación de que la posición empleadora es ocupada por el grupo y supera los límites de la concreta sociedad que formalmente aparece como empresaria”.

La mayoría de las sentencias posteriores han mantenido el criterio restrictivo de Tragsa¹², aunque la brecha no se ha cerrado del todo, pues siguen existiendo algunas desviaciones¹³. En general, se puede concluir que,

da en beneficio común, debe entenderse que constituyen en común el verdadero empresario de los trabajadores y deben asumir conjuntamente sus responsabilidades con base en el propio concepto de empresario contenido en el art. 1 ET y sin necesidad de acudir a las normas civiles del fraude de ley o del abuso de derecho, pues su conducta ni es ni debe considerarse abusiva ni fraudulenta ni patológica”.

¹¹ La brecha se constata en la STS 16.7.2015, r. 312/2014 (caso Ibercake). En esta sentencia se destaca que la empresa formalmente empleadora (Ibercake) pertenece en un 94 % a otra sociedad del grupo y es administrada por una tercera sociedad integrante del mismo grupo. La sentencia entiende que hay “órganos de dirección comunes” y “objeto social análogo” entre las tres sociedades, aparte de “aparición externa de unidad” pues todas ellas lanzan sus productos al mercado bajo la misma marca. Adicionalmente, considera que “existe una comunicación económica” que “apunta claramente hacia una confusión patrimonial” en la que las deudas de Ibercake eran asumidas por una sociedad del grupo. Por todo ello, la sentencia concluye que “no solo se da una dirección común, propia de los grupos de empresa y no determinante por sí sola de la responsabilidad de sus integrantes, sino que aparecen los elementos adicionales que permiten acudir a la afirmación de que la posición empleadora es ocupada por el grupo y supera los límites de la concreta sociedad que formalmente aparece como empresaria”.

¹² SSTs 30.5.2017, r. 283/2016 (caso Aqua Diagonal Wellness); 8.11.2017, r. 40/2017 (caso Cemusa); 10.11.2017, r. 3049/2015 (caso Tecno Envases); 20.6.2018 (r. 168/2017 (caso Foisa); 11.7.2018, r. 81/2017 (caso Abengoa).

¹³ SSTs 31.5.2017, r. 2501/2015 (caso Urbas) y 15.2.2017, r. 168/2016 (caso Irmscher).

desde Tragsa, la doctrina de la Sala IV en relación con los grupos de empresa se ha estabilizado, aunque el elemento de incertidumbre no ha desaparecido por completo.

3. CONTRATO DE TRABAJO Y GRUPO DE EMPRESAS: CONFUSIÓN DE PLANTILLAS Y PRESTACIÓN DE TRABAJO INDIFERENCIADA

Lo primero que debemos aclarar es que no hay contrato de trabajo con el grupo de empresas. El grupo no puede ser empresario laboral pues no es una persona jurídica, ni tampoco una comunidad de bienes a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.2 ET¹⁴.

El empresario es siempre una sociedad del grupo; aunque, eso sí, podría haber una situación de pluralidad empresarial dentro del grupo.

Es cierto que en ocasiones la jurisprudencia se refiere al grupo como empresario de esa “relación de trabajo unitaria”. Este equívoco aparece en la STS 27.6.2017 (r. 1471/2015, caso Lupo), que, citando otra sentencia de los años noventa, señala que en los supuestos de prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más empresas del grupo nos encontramos “ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo”. Y también en la STS 22.9.2014 (r. 314/2013, caso Supermercados Olé). Pero se trata de un simple error terminológico, pues las sentencias terminan imputando la condición de empresario a las sociedades del grupo que han recibido esa prestación de trabajo “común”. En el art. 2.4 de la Directiva 1998/59 y en el art. 51.8 del ET queda clara la distinción entre la posición empresarial (que siempre la debe asumir una sociedad) y el grupo de empresas.

Cuando el trabajo se presta para varias sociedades del grupo, de forma sucesiva o

simultánea, mediante un “trasiego” indiscriminado, manteniéndose el contrato con una sola sociedad hablamos de “confusión de plantillas”, “prestación de trabajo indiferenciada” o de “funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo”. En estos supuestos se produce una pluralidad empresarial, porque la prestación de servicios se realiza para varias sociedades del grupo. Las distintas expresiones, como vimos, se limitan a presentar el mismo fenómeno bajo distintas perspectivas de análisis: la confusión de plantillas y el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo contemplan el fenómeno desde una dimensión colectiva, si bien el funcionamiento apunta más hacia el elemento organizativo; la prestación de trabajo indiferenciada examina el fenómeno desde la perspectiva individual.

Las situaciones en la práctica pueden ser muy variadas. En todo caso, la doctrina de la Sala IV distingue este supuesto de las formas lícitas de circulación de trabajadores dentro del grupo y de la concurrencia de relaciones laborales transparentes y no abusivas (SSTS 19.12.2013 -r. 37/2013, caso Gesclinic- y 20.6.2018 -r. 168/2017, caso Foisa-).

4. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, CESIÓN DE TRABAJADORES, SUSPENSIONES, MODIFICACIONES DE CONDICIONES DE TRABAJO Y SUCESIÓN EN EL GRUPO

Es posible, y de hecho es frecuente, que existan contrataciones dentro del grupo, en cuyo caso habrá que aplicar lo dispuesto en el art. 42 del ET. En la práctica, los problemas específicos que han provocado los supuestos de contrataciones en el grupo afectan al alcance del derecho de huelga, por lo que en este punto nos remitimos al epígrafe 6.

La cesión de trabajadores en el grupo, por su parte, se rige por el art. 43 del ET. Ahora bien, hay que tener en cuenta que dentro del grupo se pueden producir formas lícitas de circulación, que pueden ser de diversos tipos: puesta a disposición, celebración de nuevos contratos de trabajo y cesión del contrato de trabajo. Interesa aquí

¹⁴ Vid. sobre esta cuestión, en detalle, E. DESDENTADO DAROCA, La personificación..., cit., pp. 503 a 514 y A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Grupos de empresas y despidos económicos*, cit., pp. 37 a 40.

la primera de ellas, en la que entra en juego el art. 43 ET.

En la puesta a disposición o envío en misión, el trabajador pasa a prestar servicios para otra sociedad del grupo de forma temporal, manteniendo el contrato de trabajo inicial con la sociedad que le contrató. Este supuesto se diferencia de la confusión de plantillas y de la prestación de servicios indiferenciada en que la movilidad del trabajador es aquí individualizada, con cierta estabilidad en el tiempo y no indiscriminada. No se trata de que el trabajador preste sus servicios indistintamente para varias sociedades del grupo; por el contrario, el trabajador es enviado a prestar sus servicios para una sola sociedad, que, sin embargo, no es la titular del contrato de trabajo. La prestación de servicios se realiza manteniendo el vínculo contractual primitivo que ligaba al trabajador con la sociedad que le contrató y que le destaca a otra del grupo para que desarrolle en ella su prestación laboral; se trata además de una situación temporal.

El problema es que en el ordenamiento laboral esta “puesta a disposición” no está expresamente prevista por el legislador. La solución de la jurisprudencia se ha orientado, desde la STS 26.11.1990 (r. 57/2008)¹⁵, hacia una posición intermedia que se resume en la STS 25.6.2009¹⁶: se admite la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial”, como una “práctica que ha de considerarse, en principio, lícita, salvo que responda a una finalidad fraudulenta”, pero “en definitiva, no dejamos de estar en presencia de una cesión de trabajadores y como tal cesión -aunque legal- no puede limitar los derechos del empleado”, por lo que se impone la “observancia de las garantías establecidas por el art. 43 ET”¹⁷.

¹⁵ RJ 8605/1990.

¹⁶ La sentencia reconoce el derecho de los trabajadores a que les sea computado el tiempo de servicios prestados en las empresas del grupo. En ella se citan, aparte de la STS 26.11.1990, ya mencionada, las SSTs 23.1.2002 (r. 1759/2001) y 4.4.2002 (r. 3045/2001). Puede verse también en la misma línea la STS 11.7.2012 (r. 1591/2011). El problema de la antigüedad por la circulación en el mismo grupo se plantea también en la STS 13.11.2013 (r. 63/2013).

¹⁷ En el mismo sentido, vid. STS 11.7.2012, r. 1591/2011.

En cuanto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y las suspensiones, los problemas que se plantean son muy similares a los de los despidos colectivos, por lo que me remito al epígrafe siguiente. Basta con adelantar que en los supuestos en que se deba reconocer una posición empresarial plural, para valorar la causa económica habrá que tener en cuenta al grupo y en el procedimiento será necesario negociar en la dimensión de grupo (STS 21.5.2015, r. 231/2014 -caso Servicontrol 1- y STS 11.7.2018, r. 81/2017 -caso Abengo-).

Finalmente, en la sucesión habrá que aplicar el art. 44 ET, sin ninguna especialidad. El hecho de que las empresas entre las que se produce la sucesión pertenezcan al mismo grupo empresarial debe, en principio, considerarse irrelevante, pues nada impide que se produzcan transmisiones en el seno del grupo. Ahora bien, ya la STS 27.10.1994, en el caso IBM, reconocía que “los fenómenos de la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben ser examinados con cuidado” para evitar que se utilicen con el objetivo de eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores. Lo que, según esta sentencia, no es aceptable es presumir el fraude de la simple pertenencia de ambas sociedades al mismo grupo: este dato podrá tenerse en cuenta para valorar si, en el caso concreto, se da alguno de los factores que, según los criterios jurisprudenciales, justifican la extensión de la responsabilidad en el seno de los grupos, pero, desde luego, no es causa suficiente para declarar fraudulenta la sucesión de empresa. Esta doctrina se reitera en otras resoluciones posteriores, entre las cuales destacan las SSTs 14.2.2011 (r. 130/2010, caso El País) y 30.1.2018 (r. 9/2017, caso Consenur). La sentencia de El País explica, además, que la simple adquisición de la mayoría o la totalidad de las acciones de la sociedad titular de una empresa no constituye un fenómeno de sucesión de empresas y, por lo tanto, no resulta en tales supuestos de aplicación el régimen jurídico previsto en el art. 44 ET.

5. EL GRUPO DE EMPRESAS EN LOS DESPIDOS ECONÓMICOS: LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Aunque hay algunas sentencias sobre despidos individuales de interés¹⁸, la doctrina más relevante sobre el grupo ha surgido precisamente en relación con los despidos colectivos. Hay tres cuestiones básicas que se plantean en torno a esta materia: 1º) quién despide, 2º) quién participa en el período de consultas y 3º) cómo se valora la causa del despido, en especial la causa económica.

Para responder a estas cuestiones hay que distinguir entre el grupo de empresas ordinario y el grupo patológico con posición empresarial plural. En el primer caso, se aplican las reglas generales: despide cada empresa, la causa se valora en el ámbito de la empresa y en el período de consultas la única especialidad es la obligación que tiene la empresa de aportar la documentación contable consolidada de la sociedad dominante del grupo en los términos previstos en el art. 4.5 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo (Real Decreto 1483/2012).

En el grupo patológico con posición empresarial plural la situación es más compleja. Como se ha visto en los epígrafes anteriores, la doctrina judicial entiende que en estos supuestos quien debe llevar a cabo el despido es el grupo como “empresario real”. Se trata, sin duda, de una afirmación equívoca pues el grupo, como ya señalamos, no puede ser empresario al no tener personalidad jurídica, pero en el fondo no es más que una simple expresión metafórica, quizás poco acertada, con la que se hace referencia a las empresas que asumen esa posición empresarial plural. Estas empresas deben actuar como empresario en el período de consultas; si no lo hacen y se presenta en las negociaciones la empresa formalmente empleadora, el despido será sancionado con la nulidad.

La comisión negociadora en el período de consultas tiene que ser única, como si de una sola empresa se tratara: al igual que la pluralidad de centros de trabajo lleva a una comisión única, la pluralidad de empresas en posición empresarial común debe llevar también a una comisión única del grupo. No obstante, en la STS 19.5.2015, r. 286/2014 (caso Sargadelos) se aceptó la formación de dos comisiones negociadoras independientes por cada empresa del grupo, aun cuando el grupo se había reconocido como patológico. Pero hay que tener en cuenta que los hechos en este caso justificaron esa decisión: las empresas habían comunicado la necesidad de negociar el despido de manera conjunta, en una única comisión, y fueron los representantes de los trabajadores los que se negaron a ello; ambas comisiones además mantuvieron constante comunicación, recogiendo incluso los resultados de las reuniones en “una sola acta” y las empresas aportaron toda la documentación que se les pidió. La sentencia entiende que la falta de una comisión única, en estas circunstancias, no vicia el procedimiento ni la buena fe empresarial.

En todo caso, la regla, en los grupos con posición empresarial plural, debe ser la de una única comisión negociadora. En relación con la constitución de la representación empresarial no se plantean problemas: serán las propias empresas del grupo las que determinen la formación del banco empresarial. La representación laboral, por su parte, se llevará a cabo en función de los centros afectados, conforme a las reglas del art. 41.4 del ET en virtud de la remisión hecha por el art. 51.2.2º del ET. La obligación de información inicial y las obligaciones de aportación de documentación se aplican, por supuesto, al grupo en posición empresarial plural: cada una de las empresas que comparten esa posición empresarial estará obligada a presentar sus cuentas, aparte de las cuentas consolidadas del grupo.

Respecto a la valoración de la causa económica en los grupos, hay que señalar que la empresa es el ámbito normal de valoración. La excepción, de nuevo, está en los grupos patológicos en posición empresarial plural; en estos supuestos la causa habrá que valorarla en el ámbito del grupo. En cuanto al resto

¹⁸ Vid. STS 23.1.2007 (r. 641/2005), sobre la valoración de la causa económica en el grupo cuando se trata de un grupo en posición empresarial plural. Sobre la necesidad de incluir una referencia a la situación del grupo en la carta de despido cuando el despido es económico y el grupo patológico, vid. STS 24.9.2013 (r. 2828/2012, caso Gamar).

de las causas, esta conclusión debe matizarse porque algunas de ellas pueden tener en muchas ocasiones una proyección más limitada, centrada en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo.

6. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA

Hasta la reforma de 2011 (RDL 7/2011), el Estatuto de los Trabajadores no contenía ninguna norma sobre la negociación colectiva en los grupos de empresa. En la práctica, el problema que se planteaba era si, a la hora de establecer la legitimación para negociar, había que acudir a la regla del convenio de empresa o del sector. Finalmente, la jurisprudencia optó por una solución mixta: para la representación del grupo se acudió a la norma del convenio de empresa y para la representación de los trabajadores a la legitimación del convenio del sector. Este criterio se ha incorporado al art. 87.1.3º y 3.1º.b) del ET y se aplica no solo a los grupos sino a los supuestos de “pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas”¹⁹. En este ámbito, puede citarse la reciente STS 30.1.2018, r. 9/2017 (caso Consenur), que analiza un problema interesante de sucesión dentro del grupo²⁰.

En el marco de las relaciones colectivas de trabajo, el derecho de huelga y, en concreto, su alcance dentro del grupo, ha sido, sin duda, el tema que ha planteado mayores problemas²¹.

¹⁹ Para la doctrina más reciente, vid. G.P. ROJAS RIVERO, “La negociación colectiva en las redes empresariales”, en AA. VV., *Impacto laboral de las redes empresariales*, cit., pp. 251 y ss.

²⁰ La sucesión da lugar al desplazamiento de la aplicación del convenio de la empresa absorbida por la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo en la sociedad absorbente.

²¹ Hay otras sentencias que han analizado la huelga en el grupo desde otras perspectivas, con un interés más limitado. Vid. STS 23.2.2015, r. 255/2013 (caso Rotoencuadración), sobre la nulidad de un despido por ser reacción a una huelga previa; el grupo se califica como patológico por confusión de plantillas y se condena solidariamente a las empresas afectadas. Para un estudio en profundidad del derecho de huelga en el marco del empresario complejo, vid. J.B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación”, en AA. VV., *Impacto laboral de las redes empresariales*, cit., pp. 277 a 306.

En el supuesto típico de estos litigios existe una conexión entre huelga, descentralización productiva y grupo de empresas, y puede resumirse de la siguiente forma: en la empresa A, que pertenece a un grupo, se desarrolla una huelga, como consecuencia de la cual esa empresa no puede ofrecer sus servicios a los clientes, entre los que está la empresa B, que forma parte del mismo grupo. La empresa B, para poder continuar con su actividad, contrata los servicios correspondientes con otra empresa. ¿Se ha vulnerado de esta forma el derecho de huelga de los trabajadores de la empresa A? La Sala IV del Tribunal Supremo entiende que sí, mediante una doctrina que se ha ido precisando desde el caso Pressprint hasta los últimos pronunciamientos de Vocento y grupo Zeta.

En la sentencia de Pressprint (STS 11.2.2015, r. 95/2014) el caso encaja en ese supuesto típico: se declara una huelga en la empresa del grupo que asume la actividad de impresión y las editoras del mismo grupo deciden contratar esos servicios a terceras empresas ajenas al mismo. La Sala IV, invocando la doctrina del Tribunal Constitucional en el caso Samoa²², entendió que el recurso por parte de las empresas editoras a la contratación con terceros suponía una lesión del derecho de huelga. Se ponderan dos circunstancias: 1ª) la existencia de un grupo de empresas -en este punto, se acepta que el grupo no es patológico- y 2ª) el hecho de que las empresas afectadas hubieran surgido de un proceso de escisión antes del cual formaban una única sociedad. Partiendo de estos hechos, se constata que los diarios de las editoras del grupo salieron con normalidad, lo que se considera “un vaciamiento del contenido del derecho de huelga” con “una minorización de la presión asociada a su ejercicio”, pues el hecho de la aparición de los diarios “priva de repercusión apreciable a la huelga, arrebátandole su finalidad de medio de presión y exteriorización”.

²² SSTC 75, 76, 98, 99 y 100 a 112/2010. Se ha observado que, en realidad, en el caso Samoa concurría una circunstancia relevante que no se aprecia en Pressprint: la intención por parte de la empresa principal de reprimir la huelga mediante la decisión de extinguir la contrata, decisión que provocó los despidos. A. DESDENTADO BONETE, “¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint”, *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, núm. 2, 2016.

Este criterio se matiza en la sentencia del caso Vocento (STS 3.10.2018, r. 1147/2017). Estamos aquí también ante un grupo de empresas sin patologías; la empresa contratista surge asimismo de un proceso de escisión. El problema que se plantea es también similar: de nuevo se trata de una huelga en la empresa del grupo que asume la actividad de impresión frente a la cual las editoras reaccionan contratando los servicios con terceros externos al grupo. La sentencia expone primero la doctrina del Tribunal Supremo sobre el derecho de huelga en el ámbito de la descentralización productiva. Se cita, entre otras, la sentencia Altrad (STS 16.11.2016, r. 59/2016) para explicar que, en principio, la empresa principal puede contratar con otros los servicios que no obtiene de la contratista como consecuencia de una huelga. Ahora bien, si entre la empresa principal y la contratista existe una especial vinculación, este vínculo puede justificar que la empresa principal esté obligada a respetar la huelga y, consecuentemente, a no contratar con otros las obras o servicios que ya tenía contratados. Esto, según la sentencia, es lo que precisamente sucede en el caso. Y para llegar a esta conclusión, se parte de dos datos: 1º) la empresa contratista (Andaluprint) y la empresa editora (ABC Sevilla) formaban parte del mismo grupo (Vocento) y 2º) Andaluprint se crea por segregación de la actividad de impresión que venía realizando la propia editorial ABC Sevilla (que, además, es su único socio). Para la sentencia, estas circunstancias son concluyentes: concurre un vínculo especial entre las dos empresas y, por ello, la editora lesionó el derecho de huelga de los trabajadores de Andaluprint.

La sentencia del grupo Zeta (STS 3.10.2018, r. 3365/2016) prescinde ya del último dato (la escisión): el “elemento clave”, dice la sentencia, es si “el fenómeno de la descentralización productiva se produce libremente en el mercado o en el seno de un grupo de empresas”. En este último supuesto, si la empresa contratista está en huelga y la empresa principal encarga sus tareas a un tercero, existirá lesión del derecho de huelga. Y, en este sentido, no importa si en el grupo no concurren elementos patológicos. Lo importante es que, debido a ese vínculo especial, la empresa principal debió respetar la huelga, absteniéndose de recibir los servicios en el mercado. Se trata de una doctrina que se pue-

de considerar consolidada, aunque es discutible pues, si el grupo carece de patologías y, por tanto, no está en posición empresarial plural, cada sociedad es jurídicamente independiente.

Un caso peculiar es el de Coca Cola Iberian Partners (STS 20.4.2015, r. 354/2014), pues aquí se partía del carácter patológico del grupo (aunque fuera, en realidad, dudoso). El grupo estaba formado por varias empresas embotelladoras, entre ellas Casbega, que tenía una fábrica en Fuenlabrada. El grupo, reconociendo su condición de grupo patológico, inicia los trámites para adoptar un despido colectivo, medida que iba a suponer el cierre de la fábrica de Fuenlabrada. Esta decisión provoca una huelga en ese centro, que se mantuvo durante todo el período de consultas. Como consecuencia de la huelga, la fábrica paró totalmente su producción. Para garantizar el suministro en la Comunidad de Madrid, la sociedad dominante, que gestiona los servicios de logística, comenzó a surtirse con stocks de otras empresas embotelladoras del grupo procedentes de A Coruña, Sevilla y Burgos. Para el Tribunal Supremo esos hechos constituyeron una vulneración del derecho de huelga “a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga”. Se parte, así, de una “empresa de grupo”, que lleva a cabo un esquirolaje interno, acudiendo a sus propios empleados para sustituir a los huelguistas²³.

7. GRUPO DE EMPRESAS Y PROCESO

7.1. La posición del grupo en el proceso

La posición del grupo de empresas en el proceso ha sido un punto particularmente problemático. En realidad, si el grupo no pue-

²³ Sobre este debate, vid. E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas” y A. DESDENTADO BONETE, “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la Sentencia de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sentencia de 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, ambos en Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 4, 2015, pp. 412 a 420 y 421 a 434, respectivamente.

de ser, en sentido estricto, empresario, como consecuencia de su falta de personalidad, tampoco puede tener la condición de parte en el proceso. Esta conclusión se ha cuestionado a partir de los arts. 16.5 y 80.1.b) de la LRJS. Pero de esos preceptos no se deriva el reconocimiento de la capacidad para ser parte de los grupos de sociedades. El primero se refiere a la comparecencia en juicio, no a la capacidad para ser parte, mientras que el segundo se limita a una mención en la designación del demandado. La referencia a los grupos es excesivamente imprecisa y no tiene encaje en el precepto básico en la materia, el art. 6 LEC²⁴, que solo se refiere a los grupos de consumidores y usuarios.

Por otra parte, el dirigir la demanda frente al grupo en lugar de hacerlo contra las sociedades que lo integran y de las que se exige responsabilidad no facilita el ejercicio de la acción. Crea, por el contrario, problemas importantes a la hora de identificar al demandado y a la hora también de ejecutar la sentencia²⁵.

La identificación del demandado sería difícil, porque el grupo es una organización informal, que carece de órganos de gobierno o dirección. No hay, por tanto, “administradores, organizadores, directores o gestores” y tampoco “socios o partícipes”, como indican

²⁴ El reconocimiento como parte de los grupos de consumidores y usuarios cumple la función de organizar una acción colectiva que en el ámbito laboral está cubierta por los sujetos de esta clase (sindicatos, organizaciones empresariales y órganos unitarios de representación) y que por razones obvias no es necesario en el caso de los grupos de sociedades. Por otra parte, el grupo de sociedades no es una comunidad de bienes a efectos del art. 1.2 ET y tampoco es una masa patrimonial, una entidad sin personalidad con reconocimiento legal específico para ser parte, ni una entidad sin constitución. La referencia al grupo se ha vinculado con el supuesto del art. 10.2 ET; también se ha visto como una referencia a lo que los procesalistas llaman “uniones sin personalidad de carácter transitorio” (DE LA OLIVA/DIEZ PICAZO, *Derecho Procesal Civil*, t. I, CEURA, Madrid, 2000, pp. 115 y ss; E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral*, cit., pp. 536 y ss; A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA, *Grupos de empresas y despidos económicos*, cit., pp. 47 a 50).

²⁵ G. MOLINER TAMBORERO, “La problemática procesal de los grupos de empresa”, en AA. VV. (Camps Ruiz coord.), *Aspectos laborales de los grupos de empresa*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 75 a 122.

los arts. 16.5 y 80.1. b) LRJS, salvo que se entienda que estas designaciones se refieren a la sociedad dominante en el caso de los grupos verticales, lo que también puede resultar una identificación arriesgada.

Hay también problemas en la ejecución, pues si se demanda y se condena al grupo no habrá un patrimonio contra el que dirigir la ejecución, dado que el grupo como tal carece de patrimonio y la condena contra el grupo no podrá ejecutarse frente a las sociedades que lo integran y que no han sido condenadas. Esta conclusión no puede obviarse con el recurso al art. 240.3 LRJS. Esta vía, en primer lugar, exige una complicación adicional, pues la extensión de la ejecución no es automática, sino que ha de solicitarse y resolverse en el incidente contradictorio indicado. En segundo lugar, el grupo no es una entidad sin personalidad que actúa “en el tráfico como un sujeto diferenciado”, pues normalmente las que actúan de esta forma son las sociedades que lo integran, no el grupo mismo. Por último, es necesario que los socios, partícipes, miembros o gestores, a los que se extiende la ejecución, hayan actuado frente a los trabajadores en nombre del grupo.

No hay todavía una doctrina concluyente sobre estos problemas²⁶, pero lo que parece claro es que demandar al grupo no es una solución funcional. La demanda debe dirigirse contra las sociedades que se consideren responsables. Si se pretende la extensión de la responsabilidad dentro del grupo existirá un litisconsorcio pasivo voluntario, pues la responsabilidad tendrá carácter solidario. En este caso, el trabajador podrá optar por demandar a una, a alguna o a todas las sociedades implicadas. Ahora bien, si el trabajador opta por no demandar a todas, posteriormente no podrá ampliar la ejecución contra las sociedades que no figuran en el título ejecutivo.

Es interesante, en este punto, la STS 18.3.2014 (r. 114/2013), que examina una excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

²⁶ Vid. J. MARTÍNEZ MOYA, “Partes”, en AA. VV., *Procedimiento laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 238 a 240 y 250 y G. MOLINER TAMBORERO y M. FERNÁNDEZ LOMANA, “Demanda”, en AA. VV., *Procedimiento Laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 459.

Conforme a esta excepción, era necesario demandar a todas las empresas integrantes del grupo porque, se dice, “no cabe declarar la existencia de grupo de empresas sin que se haya demandado” a “las demás personas jurídicas a las que alcanza la declaración”. La sentencia desestima la excepción por entender que no se postulaba en el proceso la condena solidaria de las restantes empresas integrantes del grupo: la pretensión se dirigía solo contra una de ellas. La sentencia afirma que de haberse pretendido tal condena solidaria “sí que hubiera sido necesaria la llamada al proceso del resto de las mercantiles”. No se pronuncia la sentencia sobre la capacidad del grupo para ser parte, ni sobre la necesidad de integrar la legitimación pasiva de una forma unitaria, y ello pese a que la demanda afirma esa posición empresarial compartida por tratarse de un grupo patológico. Pero lo importante es que la sentencia ve esa posición desde una perspectiva plural, que entra en el litisconsorcio voluntario.

7.2. Dificultades procesales del grupo en el concurso

No hay un concurso para el grupo de sociedades, aunque sí hay normas de coordinación en el caso de que el concurso afecte a varias sociedades²⁷.

En el ámbito laboral, los problemas más importantes se vinculan normalmente al denominado expediente de regulación de empleo concursal y, de forma más concreta, a los casos de despidos colectivos. Surgen estos problemas cuando, tramitándose un expediente del art. 64 de Ley Concursal, se evidencia o se alega la existencia de un grupo patológico de sociedades; una situación que puede resultar relevante, pues influye tanto en la valoración de las causas, como en el alcance de las correspondientes responsabilidades y en la propia determinación, desde luego, de la posición empresarial. La dificultad principal se genera cuando en el caso, alegado o real, del grupo patológico en posición empresarial plural hay sociedades del grupo que están fuera del concurso.

El art. 64.5 LC, en la redacción dada por la reforma de 2011, trató de solucionar esta situación, permitiendo la participación en el período de consultas a otras personas físicas o jurídicas cuando existieran indicios de una “unidad de empresa”, apartado que además prevé la posibilidad de solicitar información complementaria.

Pero este precepto no resuelve el problema fundamental: ¿cómo se articulan las pretensiones derivadas del ERE concursal que puedan afectar a las empresas del grupo no concursadas?

Sobre esta cuestión, que ha dado lugar a varias decisiones de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo²⁸, se han defendido dos criterios contrapuestos: uno subjetivo que se centra en el alcance personal del litigio y otro objetivo que valora como factor decisivo el contenido de la decisión que está en juego en el marco del art. 64 LC. De acuerdo con el criterio subjetivo, bastaría que el ámbito de la controversia rebasara a la empresa concursada (alcanzando a los miembros del grupo de sociedades en que ésta se inserta) para que la jurisdicción social fuera la competente, puesto que, al menos en el plano personal, estaríamos ya fuera del concurso y, por tanto, de la competencia del art. 8.2º LC²⁹. Por el contrario, el criterio objetivo recurre al contenido “predominante” de la decisión.

Esta última dirección es la que parece que se está imponiendo en las resoluciones más recientes de la Sala IV del Tribunal Supremo. Son interesantes, en este sentido, las SSTs 21.6.2017 (r. 18/2017) y 8.3.2018 (r. 1352/2016), en las que se declara la jurisdicción del juez mercantil cuando, aunque la demanda se dirige también contra empresas no concursadas, lo que se combate es la propia decisión extintiva. Se argumenta que en el marco del procedimiento del art. 64 LC cabe la posibilidad de introducir “la cuestión de la posible existencia de un grupo empresarial, que pudiera alterar la valoración final de las

²⁸ Una relación actualizada de estas decisiones puede consultarse en la STS 18.9.2018, r. 69/2017, a la que luego nos referiremos.

²⁹ Mantiene este criterio la STS 22.9.2014, r. 314/2013.

²⁷ Arts. 25 y 25 bis de la Ley Concursal.

circunstancias fácticas sobre las que se asienta la pretendida extinción de contratos de trabajo”. Así es, pero hay que advertir que, en ese caso y dentro de ese procedimiento, quedarían sin resolver las pretensiones frente a las empresas del grupo no concursadas.

En la STS 6.6.2018 (r. 372/2016) se acepta, por el contrario, la competencia de la jurisdicción social porque no se reclama contra la decisión extintiva, sino para exigir a todas las empresas del grupo el abono de las indemnizaciones fijadas por el juez mercantil. El Tribunal Supremo razona la competencia del orden social sosteniendo que “con arreglo a nuestra más reciente doctrina, 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”, incluso “si se desea plantear la existencia de un posible fenómeno empresarial de agrupación”, pero “si no se cuestiona la validez del despido concursal y lo que se reclama es el abono de determinadas cantidades derivadas de la extinción contractual (sean indemnizatorias o retributivas) la solución debe ser la opuesta”. Pero, aparte de otras cuestiones³⁰, de esta forma cuando se atribuye la condición empresarial compartida a otros miembros del grupo, la impugnación del despido tendría que seguir dos vías (la concursal para la empresa en concurso y la social para el resto de los miembros del grupo en posición empresarial concurrente, con posibles fallos contradictorios), salvo que se sostenga que en estos supuestos no hay acción contra los miembros no concursados, lo que sería una inmunidad contraria al art. 24 CE.

7.3. ¿Una vía previa para alegar la existencia del grupo en el periodo de consultas?

La acción para impugnar el despido colectivo va precedida del periodo de consultas, que asume las funciones que le asignan tanto la Directiva 98/59/CE como el art. 51.2 ET: evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias.

Si el período de consultas se lleva a cabo con el empleador directo o formal y se considera que existe grupo patológico, en la impugnación judicial del despido se podrá alegar este defecto, que, como vimos, provoca la nulidad del despido³¹.

Pero, ¿y si la representación laboral no dijo nada durante el período de consultas respecto a esta circunstancia? En relación con esta cuestión es interesante la STS 18.9.2018 (r. 69/2017)³². Se había desarrollado un periodo de consultas en el marco de una medida de suspensión de los contratos de trabajo. La sentencia de la Audiencia Nacional, pese a apreciar la nulidad de la decisión empresarial de suspender los contratos de trabajo, desestimó la pretensión relativa a la existencia de grupo “laboral” de empresas y a la condena solidaria de todas las codemandadas por considerar que la existencia de un grupo de esas características no había sido invocada por la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas (que finalizó sin acuerdo) aun cuando tenía conocimiento de algunos datos que podían llevar a aquella calificación. El Tribunal Supremo aclara, con cita de la STS 8.11.2017, que “en ningún caso se ha pronunciado este Tribunal de una forma tan tajante que permita llegar a la conclusión de que no pueda alegarse en la demanda la existencia de un grupo laboral de empresas, si este mismo alegato no se ha puesto sobre la mesa durante el periodo de consultas”.

A partir de ahí se advierte que no hay ninguna regla en los preceptos estatutarios sobre el periodo de consultas que prohíba plantear en el proceso cuestiones que no se hubieren suscitado en ese periodo y que tal prohibición tampoco es deducible del art. 80.1.c)³³ o del art. 124 LRJS. No hay, por tanto, “norma sustantiva o procesal que de forma expresa contenga algún tipo de previsión en tal sentido” y de ahí que “la posibilidad de condicionar el contenido de la demanda (...) a las cuestiones que se hubieren suscitado durante el periodo

³⁰ La pretensión contra la empresa concursada que no ha abonado la indemnización completa a la que condenó el juez mercantil tendría que dar lugar a una ejecución dentro o fuera del concurso, no a un nuevo proceso declarativo.

³¹ Puede verse, por ejemplo, la STS 20.11.2014 (r. 73/2014).

³² El problema ya se había planteado previamente en la STS 8.11.2017 (r. 40/2017).

³³ Sobre las variaciones sustanciales en la demanda respecto a lo alegado en la vía previa.

de consultas” deba ser objeto de una interpretación muy rigurosa y restrictiva en virtud del art. 24 CE.

Para el Tribunal Supremo, cuando la empresa no menciona ningún dato que apunte a la hipotética existencia de un grupo laboral, no es exigible a la representación de los trabajadores que tenga que alegar esa situación “como requisito ineludible para poder plantearla posteriormente en una eventual demanda judicial”. Si “las sospechas” sobre la existencia del grupo patológico “son endeble y escasamente fundadas” resulta “legítimo” que no invoquen “esos frágiles indicios, si consideran que con ello se perjudica o complica el éxito de sus pretensiones durante el periodo de consultas”, aunque luego “finalizado el periodo de consultas sin acuerdo (...) nada impide que aleguen en la demanda la existencia de un grupo laboral para llevar a juicio aquellas sospechas e intentar acreditar que efectivamente concurre tal circunstancia”. Por el contrario, si la representación laboral “actúa de forma maliciosa” podrá estimarse el incumplimiento de la buena fe, aunque no quede claro con qué consecuencias.

En el caso decidido, la actuación de los trabajadores en el periodo de consultas, solicitando información y documentación sobre los vínculos societarios, excluye la mala fe, por lo que, no habiendo abierto la empresa la posibilidad de incluir en la negociación a las demás sociedades demandadas, es posible que al finalizar dicha negociación sin acuerdo se plantee en la demanda la existencia de un grupo patológico con las correspondientes consecuencias.

Más recientemente, la STS 17.2019 (r 156/2018), en línea con la doctrina de la sentencia anterior y con la STS 25.5.2015 (r

257/2014) -que declaró la posibilidad de demandar a la empresa dominante del grupo que no había participado en el periodo de consultas-, ha aclarado algunos puntos en relación con la posición del grupo en el proceso y su relación con el periodo de consultas.

En concreto, se señala que el periodo de consultas debe seguirse entre la empleadora directa y los representantes de los trabajadores y es esa empresa, como promotora del despido colectivo, la que fija los términos de la negociación, adoptando lógicamente también la posición de empleadora en el periodo de consultas³⁴.

Por su parte, la representación laboral puede pedir o no la documentación acreditativa de la situación de otras empresas del grupo, pero su inactividad no le impedirá demandar después a las demás empresas del grupo. La sentencia señala que la demanda posterior tendrá una suerte diferente dependiendo de si se logra o no acreditar la existencia de un grupo patológico. Si se prueba esta circunstancia, el despido será declarado nulo por no haber intervenido en las negociaciones “el empresario real”. Y, en este caso, la sentencia aclara que tampoco cabe apreciar indefensión, porque en el proceso las empresas del grupo que no participaron en el periodo de consultas podrán “defenderse con todos los medios a su alcance y probar que no tienen la condición de empresario real”; si esta circunstancia no se acredita se pondrá en evidencia que la negociación previa estaba viciada.

³⁴ La afirmación vale para el caso en que se admite que el grupo no es patológico. Pero, si lo fuera, en el periodo de consultas deberían intervenir, como vimos, directa o indirectamente todas las empresas afectadas por la posición empresarial plural.

RESUMEN

Este trabajo estudia la jurisprudencia reciente sobre la posición empresarial en el contrato de trabajo y, en especial, los problemas relativos al grupo de empresa, que han tenido una gran relevancia en el ámbito judicial.

El estudio parte de un primer análisis sobre la complejidad de la figura del empresario laboral a partir de la formulación del art. 1.2 del ET, centrando la atención en la aparición de posiciones empresariales sin un sustrato personal claro. En este sentido, se hace primero una referencia a la problemática específica de las comunidades de bienes, sociedades irregulares, uniones temporales de empresa, sociedades de gananciales y herencias yacentes. Pero la complejidad del empresario va más allá de este problema como consecuencia de la aparición de un fenómeno más general en el que la red empresarial está sustituyendo a las formas típicas de la organización empresarial fordista. La localización de la posición empresarial tiene que atender a estas nuevas formas organizativas, entre las que destaca el grupo de empresas pero también algunas formas típicas de la descentralización productiva como el caso de las franquicias.

No obstante, la jurisprudencia reciente se ha centrado de forma muy destacada en el estudio de los grupos de empresas y es en este punto en el que se centra también el análisis del trabajo.

El segundo epígrafe examina, así, la doctrina general de la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con los grupos. Se distingue aquí entre la doctrina clásica y la doctrina actual. Esta última tiene su origen en la STS de 27 de mayo de 2013, dictada en el caso Aserpal. Se trata de una sentencia de gran trascendencia, que marca un cambio radical: la doctrina tradicional se depura y se aclaran equívocos que se habían ido acumulando en los últimos años. Se constatan, sin embargo, discrepancias internas en el seno de la Sala IV (en especial, las sentencias dictadas en los casos Metalkris y Servicontrol), que se intentarán superar a partir de la sentencia del caso Tragsa.

En el epígrafe tercero se estudian las repercusiones del grupo en el contrato de trabajo. Se explica que no hay contrato de trabajo con el grupo de empresas sino con las sociedades que lo integran. El empresario es siempre una sociedad del grupo, aunque, eso sí, podría haber una situación de pluralidad empresarial dentro del grupo. Es lo que sucede cuando se produce el “funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo” y la “confusión de plantillas” (vertiente colectiva) o la “prestación de trabajo indiferenciada” (vertiente individual). Estos fenómenos se analizan conforme a la nueva doctrina y se distinguen de las formas lícitas de circulación dentro del grupo, que la jurisprudencia ha considerado al margen de los supuestos sancionables de interposición en el contrato de trabajo.

En el epígrafe cuarto se abordan los problemas que plantea el grupo en el marco de la descentralización productiva, las cesiones, suspensiones, modificaciones y sucesión. En la descentralización productiva se aplica lo dispuesto en el art. 42 del ET, sin especialidades. La cesión de trabajadores en el grupo, por su parte, se rige por el art. 43 del ET, aunque se admite que en la llamada “puesta a disposición” dentro del grupo no se apliquen las medidas sancionadoras de ese precepto. En cuanto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y las suspensiones, el trabajo se remite al epígrafe dedicado a los despidos colectivos, pero se adelanta que, en los grupos patológicos, para valorar la causa

económica habrá que tener en cuenta al grupo y en el procedimiento será necesario negociar en la dimensión de grupo (STS 21.5.2015, recurso 231/2014 -caso Servicontrol 1- y STS 11.7.2018, recurso 81/2017 -caso Abengoa-). Finalmente, en la sucesión habrá que aplicar el art. 44 ET, sin ninguna especialidad (SSTS 14.2.2011, recurso 130/2010 -caso El País- y 30.1.2018, recurso 9/2017 -caso Consenur-).

El quinto epígrafe se dedica a los despidos económicos dentro del grupo. El análisis se centra en los despidos colectivos. Se plantean tres cuestiones básicas: 1º) quién despide, 2º) quién participa en el período de consultas y 3º) cómo se valora la causa del despido, en especial la causa económica. Se analiza la jurisprudencia en esta materia y se concluye que cuando se trata de un grupo patológico es el grupo quien debe despedir; la comisión negociadora será en estos casos única, como si de una sola empresa se tratara, formándose la representación laboral en función de los centros afectados. Respecto a la valoración de la causa económica en los grupos, se señala que la empresa es el ámbito normal de valoración. La excepción, de nuevo, está en los grupos patológicos en posición empresarial plural: en estos supuestos la causa tendrá que ser valorada en el ámbito del grupo.

El apartado siguiente se centra en la negociación colectiva y la huelga en el marco del grupo. En relación con la negociación colectiva, se cita la STS 30.1.2018, r. 9/2017 (caso Consenur) que analiza un problema interesante de desplazamiento de la aplicación del convenio como consecuencia de una sucesión de empresas. Pero es, sin duda, el alcance del derecho de huelga dentro del grupo el tema que mayores problemas ha planteado en la práctica judicial y, por lo tanto, el que merece una mayor atención en el estudio. Se examinan, en este sentido, las sentencias de los casos Pressprint, Vocento, grupo Zeta y Coca Cola Iberian Partners.

El trabajo se cierra con un estudio de los problemas que plantea el grupo en el proceso. Se advierte que el grupo no tiene capacidad para ser parte. Los arts. 16.5 y 80.1.b) de la LRJS no pueden entenderse en sentido contrario, a pesar de la ambigüedad de su tenor literal. En todo caso, no sería una solución funcional: el grupo carece de soporte patrimonial con el que poder responder frente al trabajador y la sentencia de condena no podría ejecutarse sobre las sociedades que integran el grupo. La demanda no debe, pues, dirigirse contra el grupo sino contra las sociedades que se consideren responsables. Si se pretende la extensión de la responsabilidad dentro del grupo existirá un litisconsorcio pasivo voluntario, pues la responsabilidad tendrá carácter solidario. En este caso, el trabajador podrá optar por demandar a una, a alguna o a todas las sociedades implicadas. Ahora bien, si el trabajador opta por no demandar a todas, posteriormente no podrá ampliar la ejecución contra las sociedades que no figuran en el título ejecutivo. Se cita, en este sentido, la STS 18.3.2014 (r. 114/2013).

Se examinan después las dificultades procesales del grupo en el concurso. Y, finalmente, como cierre del trabajo, se analiza la posición del grupo en el proceso y su relación con el periodo de consultas.

Palabras clave: Empresario plural; grupo de empresas; personalidad jurídica; responsabilidad; dirección unitaria; huelga; despido colectivo; proceso judicial; concurso.

ABSTRACT This article is a study of recent jurisprudence about enterprises' position in the contract of employment. It is specifically centered on problems related to enterprise groups, which have had special relevance in judicial matters.

The study starts off with an analysis of the complexity of the employer's figure, based on the wording of article 1.2 of the ET (the Workers' Statute). This analysis pays special attention to the appearance of business positions with no clear personal substrate. Following this analysis, we comment on the specific problems of communities of goods, temporal enterprise unions, irregular corporations and companies, communities of property, incumbent inheritances, and a few others. But, because of a new phenomenon, namely that enterprise networks are replacing traditional Ford model organizations, the complexity of the figure of the employer reaches far beyond the aforementioned problems. The location of the business position must take into account these new ways of organization, especially enterprise groups, but also some more typical forms of the modern productive decentralization, like franchises, for example.

But recent jurisprudence has been very much focused on the study of enterprise groups and this is the point on which our study focuses as well.

The second section examines enterprise group related doctrine from the IVth Chamber of the Supreme Court. It distinguishes between classic and current doctrine. This last one has its origins in the Supreme Court's judgement of the 27th May 2013, on the Aserpal case. It's a judgement of great importance, that dictates turn away from previous criteria: traditional doctrine was cleansed and certain ambiguities, piled up over the last years, were cleared away. On the other hand, internal discrepancies in the core of the IVth Chamber were confirmed (specially the judgements in the Metalkris and Servicontrol cases). Trying to fix these discrepancies was a main objective in the judgement of the Trasca case.

The third section studies the impact of enterprise groups in the contract of employment. We explain how there the contract isn't with enterprise groups, but rather with the companies that integrate them. The employer here is always one of the group's companies; although we might indeed find a situation of enterprise plurality inside the group. This is what happens when there is "unitary functioning of work organizations" and "confusion of staff" (on collective side) or "undifferentiated rendering of work" (on the individual side). These phenomena are analysed according to the new doctrine and are carefully distinguished from legal ways of circulation inside the enterprise group.

Section four tackles the problems that enterprise groups raise in the area of productive decentralization, transfers, suspensions, modifications and succession. When it comes to productive decentralization what's applied is article 42 of the ET. The transfer of workers within the group, on the other hand, is ruled by article 43 of the ET, although in the temporary posting of workers inside the group all sanctioning measures are excluded. In relation to substantial modifications of work conditions and suspensions, we must refer the reader to the section dedicated to collective dismissals; however, in this fourth section there is a quick comment about how in the assessment of economic causes one must take the group into account and how its dimension should be negotiated in the process (Supreme Court judgement 21.5.2015, appeal 231/2014 -Servicontrol case 1- and Supreme Court judgement 11.7.2018, appeal 9/2017 -Consenur case-).

The fifth section is dedicated to economically caused dismissals inside the group. It especially analyses collective dismissals. There are three basic issues to study: 1º) who make the dismissals, 2º) who participates in the consultation

phase, and 3^o) how the causes of dismissal should be assessed, especially economic causes. We analyse jurisprudence about this matter and conclude that when the enterprise group is pathological, it's the group itself that must make the dismissals; the negotiation commission must, in these cases, be only one, as if there were but one company, forming the labour representation according to the affected centres. In regard to the assessment of economic causes in enterprise groups, we must note that the company is the usual sphere of assessment. The exception, again, are pathological groups in plural enterprise positions: in these cases, the cause must be assessed in the sphere of the group.

The next section centres around collective negotiation and strikes in the context of enterprise groups. Regarding collective negotiation, we comment the Supreme Court's judgement 30.1.2018, appeal 9/2017 (Consenur case), that analyses an interesting problem of change in the application of the collective agreement, produced by enterprise succession. However, the subject that has raised the most problems in judicial practice is really the reach of striking rights within the enterprise group. This matter deserves, we think, to be examined with great attention. We therefore study the judgements of the cases of Pressprint, Vocento, Zeta group and Coca Cola Iberian Partners.

Our study comes to its end examining the problems enterprise groups raise in judicial processes. We must warn that the group has no capacity to take part in them. Articles 16.5 and 80.1.b) of the LRJS (Social Jurisdiction Regulating Law) cannot be interpreted in any other way, despite the ambiguity of their literal wording. In any case, interpreting the contrary wouldn't be a very practical solution: the group has no assets with which to take responsibility and condemning judgements could not be executed against the companies that integrate the group. Lawsuits shouldn't, therefore, be directed against the group, but against the companies that are considered responsible. If what is pursued is the extension of responsibility inside the group, there will be voluntary passive joint litigation, since responsibility will be joint and several. In this case, the employee will be able to choose between directing the lawsuit against one, some or all of the companies involved. However, if the employee decides not to direct the lawsuit against all of them, it will not be possible to later execute the ruling against companies that were not mentioned in the enforceable title. To support this, we refer, in this section, to the Supreme Court's judgement 18.3.2014 (appeal 114/2013).

Later, we examine the procedural difficulties faced by the groups when it comes to declarations of insolvency. Finally, we finish off by analysing the position of the group in judicial processes and its relation to consultation periods.

Keywords: Plural employer; enterprise group; legal corporate; liability; unitary direction; strike; collective dismissal; judicial process; insolvency procedure.

La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Illegal assignment of workers in the light of the High Court Jurisprudence

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ*

1. INTRODUCCIÓN

La cesión de trabajadores es uno de los temas clásicos del Derecho del Trabajo, que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos por parte de los tribunales. De hecho, no se alcanzaría un conocimiento cabal de esta figura si junto al análisis de la regulación normativa y de las aportaciones doctrinales no se tuviera presente el acervo jurisprudencial sobre la materia. La realización de un análisis exhaustivo sobre esta figura impone remontarse a la normativa pre-estatutaria y a las sentencias del Tribunal Central de Trabajo. Además, hay que tener en cuenta que, aunque la regulación de la cesión de trabajadores ha experimentado algunas variaciones, se mantiene inalterada la regla de prohibición de la cesión de trabajadores porque nuestro ordenamiento jurídico laboral, en general, persigue que la relación laboral real coincida con la formal, de tal manera que quien sea efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando de ese

modo que se produzcan algunos efectos perniciosos, que suelen asociarse a la interposición como, por ejemplo, la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación que aplica el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige el ámbito de organización del empresario real o la disminución de las garantías para el trabajador cuando los empleadores ficticios se declaran insolventes¹.

La cesión de trabajadores ha sido definida por la doctrina como un negocio triangular que se articula entre cedente, cesionario y tra-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo.

¹ Por supuesto, también puede utilizarse la cesión para obtener otro tipo de efectos. Así, en la STS de 6 de octubre de 2011 (núm. rec. 138/2010) se analiza un interesante supuesto en el que un grupo empresarial, Bijou Brigitte Modiche Accessoires S.L. lleva a cabo una cesión de trabajadores amparada por un contrato de franquicia para evitar que se constituya el primer comité de empresa que el grupo iba a tener en España. En concreto la dirección del grupo decidió que seis tiendas pasasen al régimen de franquicia con una entidad, creada por el propio grupo empresarial. El TS entendió que se había producido una cesión ilegal de trabajadores con unos fines muy concretos y no amparables por la norma.

bajadores, cuyo objeto es la cesión de posiciones jurídicas a un empresario que no asume esta cualidad, siendo el cedente de mano de obra el que conserva formalmente la cualidad de empresario de los trabajadores². Como se puede intuir de la lectura de esta definición, la dificultad para determinar quién es el verdadero empleador se incrementa cuando todos los negocios que están presentes en esta relación triangular están legalmente articulados para ofrecer una apariencia de legalidad. Discernir cuando nos encontramos ante una cesión lícita y cuando ante una cesión ilícita no es un cometido sencillo, sobre todo cuando la prestación se desarrolla en un entramado complejo en el que se produce un reparto de las manifestaciones del poder directivo³.

A lo largo de las siguientes páginas serán objeto de análisis los avatares normativos que ha experimentado esta materia y su interpretación por parte del Tribunal Supremo (TS, en adelante). Entre otros objetivos a lograr, trataremos de confirmar con datos algunas ideas, que seguramente ya se intuían, conoceremos los antecedentes de esta figura, así como su presente regulación y el modo en que viene siendo utilizada y por último, realizaremos una valoración de esta figura y trataremos de esbozar una suerte de método que permita determinar cuándo se le puede atribuir el calificativo de ilegal a un supuesto de cesión de trabajadores.

2. LA CESIÓN DE TRABAJADORES Y SU MARCO NORMATIVO: DE 1952 A 2019

La primera norma de nuestro ordenamiento jurídico que hizo referencia a la cesión de trabajadores fue el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, sobre responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales. Como se puede deducir de su título, la perspectiva desde la que esta norma aborda la cuestión es claramente sancionadora, anudando a los posibles casos de cesión de trabajadores las responsabilidades de carácter civil y, en su caso, penal que pu-

dieran corresponder. Esta Norma se aprobó para luchar contra una práctica que se había iniciado en aquella época, especialmente en las regiones de mayor volumen industrial, consistente en la cesión temporal de trabajadores por parte de unas empresas, ya fueran personas jurídicas o individuales, a otras, con independencia de que la empresa cedente recibiese a cambio una remuneración o no. Esta Norma imponía a la empresa cedente el deber de cumplir rigurosamente respecto de sus trabajadores todas las obligaciones legalmente establecidas en el orden laboral y en la esfera de la previsión social. Y a la empresa cesionaria le atribuía responsabilidad solidaria si en un caso de cesión de trabajadores, dichas obligaciones no fueran cumplidas por la cedente, prohibiéndose de manera expresa la posibilidad de alegar la existencia de un pacto o contrato liberatorio de dichas obligaciones.

La Norma mencionada no prohibía expresamente la cesión de trabajadores, pero la lectura de su exposición de motivos permite concluir que se trataba de una práctica que se quería atajar y reprimir, pues, tal y como en ella se afirma, si se permitía su proliferación se dejarían sin efectos los beneficios “de amparo, tutela y protección que el Estado persigue afanosamente en favor de los trabajadores”. Además, la aquiescencia ante este tipo de actuación suponía autorizar “siquiera fuera tácitamente, el funcionamiento de auténticas oficinas clandestinas de colocación en las que, con menosprecio de normas fundamentales de índole moral y legal, volvería de nuevo a considerarse el trabajo como una pura mercancía, y se contrataría el esfuerzo ajeno sin el respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana”.

Casi 20 años más tarde, en 1970 se aprobó el Decreto 3677/1970 de 17 de diciembre, por el que se establecieron reglas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y el empleo de trabajadores. La regulación que contenía este Decreto obligaba a plantearse quién era el titular de la relación de trabajo desde la perspectiva del empleador e imputaba responsabilidades a los empresarios que contratasen a trabajadores

² Vid. M^a. J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, 1995, pág. 30.

para cederlos a otros empleadores⁴, tal y como ya hiciera la norma precedente, pero además reconocía a los trabajadores cedidos la condición de fijos de plantilla en la empresa donde efectivamente prestasen sus servicios. Seis años más tarde esta regla fue modificada por la Ley de Relaciones Laborales, que atribuyó capacidad de elección a los trabajadores objeto de la cesión, de tal manera que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley los trabajadores que hubieran sido reclutados por personas naturales o jurídicas para ser prestadas o cedidas temporalmente a otras tenían derecho a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o en la cesionaria, siendo ellos los titulares del derecho a elegir.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dedicó su artículo 43 a la cesión de trabajadores en una sección titulada “Garantías por cambio de empresario”, en la que se incluían dos artículos más, uno dedicado a la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios y otro dedicado a la sucesión de empresa. Este precepto prohibía el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario cualquiera que fueran los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajaban. Como se puede comprobar, se había tratado de incorporar a la Ley un concepto de cesión ilegal de trabajadores, no obstante la doctrina consideraba que dicho objetivo no se había logrado, pues no se delimitaba con claridad qué elementos debían concurrir para entender que se estaba ante un supuesto de cesión⁵.

⁴ Para algunos autores el Decreto 3677/70, de 17 de diciembre fue una de las disposiciones laborales de mayor importancia práctica del año en el que se aprobó. Vid. A. MARTÍN VALVERDE, “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 91, 1971, pág. 18. Para otros, su función principal fue combatir el posible fraude por indebidas cesiones de personal en menoscabo de los derechos de los productores. Vid. J. GARCÍA MURCIA “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 59.

⁵ M^a. J. RODRÍGUEZ RAMOS, *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Tecnos, 1995, pág. 67.

Durante la vigencia de esta norma, las consecuencias jurídicas que acarrearba la cesión de trabajadores eran las mismas que ya estableciera la Ley de Relaciones Laborales, esto es, la atribución de responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social surgidas respecto del trabajador durante la cesión, la posibilidad para el trabajador de hacerse fijo de plantilla en la empresa cedente o en la cesionaria, a su elección, y la posible existencia de responsabilidades penales⁶.

Como había ocurrido durante la vigencia de la normativa anterior, una de las principales dificultades que planteaba la aplicación del art. 43 ET era la de distinguir cuándo se estaba ante una cesión ilegal. La razón de dicha dificultad era que los tribunales, tal y como habían hecho durante la vigencia del Decreto-Ley de 1952 y del Decreto de 1970, así como de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, venían exigiendo una intencionalidad fraudulenta, que la norma no parecía exigir⁷. En efecto, al aplicar el art. 43 ET, el TCT buscaba la existencia de fraude de ley, la lesión de los derechos de los trabajadores, la elusión de la normativa laboral o la finalidad dolosa o especulativa⁸, de modo que solo se atribuían

⁶ En concreto, el art. 8.2 de la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, calificaba la cesión como infracción laboral muy grave; el art. 488 bis CP vigente en aquel momento también mencionaba la cesión de mano de obra entre los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo cuando conllevaba cierto resultado y los arts. 68 y 97 de la Ley General de Seguridad Social recogía un régimen especial de responsabilidades. Acerca del modelo legal de cesión de trabajadores en la Ley 8/1980 Vid. M^a. L. PÉREZ GUERRERO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 194 y ss.

⁷ En este sentido, la doctrina también recalca la intención del cedente de obtener un lucro económico al ofrecer mediante cesión la mano de obra que otros empresarios necesitan. Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 211.

⁸ Una ilustrativa relación de sentencias en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 358. En concreto en la STCT de 25 de junio de 1982 se hace referencia a la intencionalidad fraudulenta y abusiva; las SSTCT de 18 de enero de 1984 y de 12 de mayo de 1984 mencionan la necesidad de una finalidad ilícita.

responsabilidades en aquellos casos en los que la cesión de trabajadores había producido una serie de efectos perniciosos, pero si se llegaba a la conclusión de que dichos efectos no se habían producido la conducta consistente en la cesión de trabajadores no era merecedora de sanción. Esta forma de operar era para cierto sector doctrinal claramente criticable, pues en la mayoría de los pronunciamientos judiciales se aplicaba una noción de cesión ilegal que incluía una serie de elementos, que, en cambio, el legislador no exigía. En este sentido, se afirmaba que “el tipo legal, puramente objetivo, quedaba así completado en el tipo jurisprudencial con otros elementos ausentes en la definición originaria de aquel”⁹.

Por otra parte, durante la vigencia de esta primera versión del Estatuto de los Trabajadores, tal y como ocurre en la actualidad, era frecuente emplear la figura de la contrata a la que se refiere el art. 42 ET para enmascarar supuestos de cesión ilegal de trabajadores. A lo que había que añadir las cesiones de trabajadores que se llevaban a cabo a través de las denominadas empresas de servicios, cuya actuación no era ilícita, pero no contaba con una regulación específica¹⁰, pues todavía faltaban unos cuantos años para que la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal (ETT, en adelante) estuviera autorizada¹¹. Como se sabe, no fue hasta 1994 cuando, debido a que los servicios públicos de empleo no podían abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo, cuya respuesta adecuada requería la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo, se posibilitó

la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos y se permitió la actividad de las empresas de trabajo temporal, cuyo funcionamiento quedaría sometido a las debidas garantías y controles.

La reforma del art. 43 ET en 1994 puso fin al enfoque negativo que hasta el momento se le había dado a la cesión de trabajadores y en virtud del cual se prohibía la contratación y el reclutamiento de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario. A partir de ese año el art. 43 ET no prohíbe, sino que establece la posibilidad de contratar a trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, siempre y cuando se lleve a cabo a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Con la reforma de 1994, además, desapareció aquella suerte de definición de lo que se entendía por cesión de trabajadores que contenía el art. 43 ET en su versión primigenia, pero no se aprovechó la oportunidad para reelaborar el concepto y establecer las diferencias existentes entre la cesión de trabajadores y las contrataciones, ni tampoco para aclarar si la Ley asumía la noción de cesión de trabajadores que venían manejando los Tribunales¹².

No será hasta 2006 cuando, debido a diversos factores, entre otros, la excesiva dependencia de la resolución de los supuestos de cesión de trabajadores de las circunstancias del caso concreto, la utilización “descontrolada” del fenómeno de la descentralización productiva y la generalización de la subcontratación como manera ordinaria de prestación de servicios, se lleve a cabo una nueva reforma del art. 43 ET¹³. En el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, de 9 de mayo de 2006¹⁴, se hacía referencia a la necesidad de

⁹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 357.

¹⁰ Con detalle acerca de la situación en este período temporal Vid. M.ª L. PÉREZ GUERRERO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 199.

¹¹ Antes de la reforma del art. 43 ET en 1994 las empresas de trabajo temporal ya habían ido entrando en nuestro país “camufladas como empresas de servicios y careciendo de un marco de regulación propio”. Así lo afirma M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 180.

¹² En este sentido Vid. M.ª L. PÉREZ GUERRERO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 203.

¹³ Vid. J. GARCÍA MURCIA, “La dispersa regulación de las contrataciones y subcontratas: propuestas de cambio”, *Documentación Laboral*, núm. 68, 2003, pág. 128 y ss.

¹⁴ El Texto del Acuerdo se puede consultar en <http://www.ccelpa.org/wp-content/uploads/2012/02/Acuerdo-para-la-mejora-del-crecimiento-y-del-empleo.pdf> (consultado el 1-3-2019).

deslindar con claridad la subcontratación de obras y servicios entre empresas, de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, sin perder de vista que en nuestro ordenamiento jurídico la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas solo podía efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal. Por estos motivos se consideró necesario incorporar al Estatuto de los Trabajadores una especie de definición de lo que pudiera considerarse cesión ilegal de trabajadores a través de la cual se trasladasen a la Ley los criterios jurisprudenciales que se habían ido aplicando en los años anteriores.

Para los sindicatos más representativos, UGT y CCOO, era necesario reforzar las medidas para impedir la cesión ilegal de trabajadores y acotar claramente los límites para las contrataciones que prestan múltiples servicios, así como elaborar una nueva definición del concepto de cesión ilegal en la que se tuviera en cuenta si los trabajadores quedaban sujetos al ámbito de organización y/o de dirección de otro empresario distinto del que los hubiera contratado¹⁵. Las propuestas empresariales también hacían hincapié en la necesidad de incorporar al art. 43 ET todos los criterios que el TS había ido aplicando hasta el momento para identificar los supuestos de cesión ilegal y las falsas contrataciones y subcontratas, y no solo incorporar el criterio del ejercicio del poder de dirección efectivo, tal y como se sugería, en cambio, en el documento de los sindicatos más representativos. Por último, el Gobierno del momento proponía delimitar con toda precisión en el art. 43 ET los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, entendiéndose como tal, aquella en la que concurrían determinadas circunstancias. Tras la reforma de 2006 la versión final de art. 43 ET se acercaba más a la propuesta del Gobierno, que a la de los agentes sociales¹⁶.

¹⁵ Un análisis detenido de las propuestas de los agentes sociales para el diálogo social sobre el mercado de trabajo en M^a. L. PÉREZ GUERRERO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006", *Temas Laborales*, núm. 85, pág. 117 y ss.

¹⁶ La propuesta del Gobierno pasaba por considerar cesión ilegal a aquella en la que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limitase a: "una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la

Como se sabe, en 2006 se aprobó el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, que posteriormente se convertiría en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. El art. 12. 10 del mencionado Real Decreto-Ley modificó el art. 43 ET e introdujo un apartado, que se mantiene vigente en la actualidad, según el cual "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". Esta nueva redacción supuso trasladar a la Ley los criterios jurisprudenciales que se habían venido aplicando de una manera tan "extrañamente" clara y directa y con tanta fidelidad y alcance¹⁷, que, como indica la doctrina, pasan "de ser indicios a ser elementos del supuesto tipo de cesión, formas de manifestarse ésta"¹⁸.

Esta es la redacción que se mantiene en la actualidad y aunque la reforma de 2006 supuso un intento claro de introducir una herramienta que permitiera saber al operador jurídico cuándo su actuación podía quedar al margen de la legalidad, lo cierto es que la nueva redacción del art. 43 ET no acabó con

empresa cesionaria; que la empresa cedente careciera de patrimonio, organización o medios propios de producción o que la empresa cedente no ejerciese directamente la organización, dirección y control de la actividad de los trabajadores por ella contratados". Se da cuenta de ello en M^a. L. PÉREZ GUERRERO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral de 2006", *Temas Laborales*, núm. 85, pág. 121.

¹⁷ En este sentido *Vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "La definición de la cesión de trabajadores por el Tribunal Supremo", en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 381.

¹⁸ Así lo afirma M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "La definición de la cesión de trabajadores por el Tribunal Supremo", en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, Madrid, 2015, pág. 381.

todos los problemas que suscita una materia en la que las circunstancias del caso concreto tienen un peso muy importante. Como se puede comprobar, numerosos siguen siendo los pronunciamientos judiciales en los que se trata de discernir si estamos ante una contrata o ante una cesión ilegal, lo cual, por otro lado parece lógico, si tenemos en cuenta que nos encontramos en un contexto en el que la externalización productiva alcanza niveles superiores a los de hace algunos años, incrementándose así el número de potenciales situaciones de cesión, tanto en el ámbito privado como en el ámbito de la Administración Pública.

3. LA NOCIÓN DE CESIÓN DE TRABAJADORES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. De 1952 a 1994: una fase de prohibición normativa y tolerancia judicial

Remontándonos a la normativa pre-estatutaria es obligado detenernos en el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, por el que se establecían responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales y de previsión social y en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación y el empleo de trabajadores, a los que ya hemos hecho referencia y en los que se aborda la cesión de trabajadores de manera diferente¹⁹. En el primero no se prohibía directamente la cesión y su finalidad era evitar que el empresario cedente dejase de asumir las obligaciones contraídas frente a los trabajadores a través de un contrato de cesión de personal²⁰. Esta Norma anulaba los efectos de ese contrato y remitía a las sanciones penales cuando

la cesión iba acompañada de maquinaciones o confabulaciones dolosas.

El Decreto de 1970 atribuía sanciones a las personas naturales o jurídicas que contratasen o reclutasen trabajadores y los proporcionasen, prestasen o cediesen temporalmente a las empresas, cualesquiera que fueran los convenios, pactos o estipulaciones que, al efecto, se hubieran concertado y con independencia de las condiciones de trabajo que se hubieran aplicado a las personas cedidas. Se trataba de una norma, que no anulaba únicamente los efectos perniciosos que la cesión pudiera producir a los trabajadores cedidos, entrando en juego solo cuando dichos efectos se produjeran, sino ante una norma que, de ser aplicada con rigor, permitiría prohibir de manera absoluta e incondicional la práctica interpositoria, lo que para algunos autores era “una operación sanitaria de envergadura en un mercado de trabajo que la estaba necesitando urgentemente”²¹.

Centrándonos en la noción de cesión de trabajadores hay que destacar que, tanto los Decretos mencionados como la Ley de Relaciones de Trabajo de 1976 hacían referencia a una noción de cesión que ha sido calificada de objetiva, al no resultar necesarios “ni una finalidad determinada ni unos efectos específicos”²². Y lo mismo se puede afirmar respecto de la noción de cesión de trabajadores que incluía el Estatuto de los Trabajadores de 1980 en su art. 43, en el que por primera vez se prohíbe la cesión de trabajadores de manera expresa y en el que, por lo que aquí interesa, se describía la conducta prohibida como “el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, con independencia de los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos

¹⁹ Un recorrido por la evolución normativa de esta materia en A. GARCÍA ROS, “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro. Su análisis jurisprudencial”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 1, 2009, pág.3 y ss.

²⁰ Así lo afirma *Vid. J. GARCÍA MURCIA* “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el estatuto de los trabajadores”, *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 58.

²¹ Así lo afirma A. MARTÍN VALVERDE, “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 91, 1971, pág. 18.

²² En este sentido *Vid. M^º. L. PÉREZ GUERRERO* y *M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO*, “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 195, donde sus autores emplean la expresión de la época: “ilícito laboral objetivo”.

trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en la que trabajasen”.

Esta conducta que la norma describía de manera objetiva y que estaba expresamente prohibida no era, en cambio, cuestionada por los tribunales si no concurrían además otras circunstancias, que pese a no aparecer en la norma, sí eran exigidas en sede judicial, lo que para algunos autores constituía una “desviación en mayor o menor medida de la figura prevista originalmente en la ley”²³. Ciertamente, durante la vigencia de la normativa pre-estatutaria y de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se exigía la concurrencia de ánimo fraudulento por parte de los tribunales para considerar que se estaba ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, cuando, en realidad, dichas normas no lo incluían como elemento integrante de la noción de cesión. Tal vez ello era así porque el Decreto-Ley de 1952 sí exigía maquinaciones o confabulaciones dolosas para imponer sanciones penales y se consideraba que entre esa norma y las posteriores existía continuidad en la regulación.

En efecto, para el TCT la cesión de mano de obra no era una actividad puramente formal, se trataba del resultado de una maniobra dirigida a la especulación de mano de obra²⁴, por lo que se trataba, en definitiva, de una figura dolosa realizada con una finalidad de carácter fraudulento, elemento que pasó a formar parte de la noción jurisprudencial de la cesión de trabajadores²⁵, que por lo que al empresario cesionario respecta se traducían en la finalidad de eludir las responsabilidades que la legislación laboral atribuía al emplea-

dor²⁶; y en cuanto al empresario cedente, se traducían en la obtención de un beneficio económico directo con dicha operación²⁷. Para el TCT la cesión de trabajadores constituía una práctica especulativa con la que obtener beneficios económicos indebidos derivados de una actuación prohibida como era el tráfico de mano de obra. En consecuencia, para el TCT únicamente existía cesión ilegal cuando en la forma de actuar de la empresa cedente y de la cesionaria concurría ánimo especulativo y una intencionalidad fraudulenta y abusiva en el mercado de trabajo, con la que se perseguía una plusvalía ilícita, así como un debilitamiento de la situación jurídica del trabajador en la defensa de sus derechos laborales²⁸.

Así pues, de acuerdo con los criterios fijados por el TCT en relación con la cesión de trabajadores, durante la vigencia de la normativa pre-estatutaria y de la primera versión del art. 43 ET se permitió la tolerancia judicial de ciertas formas de cesión de trabajadores²⁹. En concreto, se permitían las cesiones en las que no concurría ánimo fraudulento,

²⁶ Distintas sentencias ponen de manifiesto que el objetivo que perseguía el art. 43 ET era evitar aquellas conductas empresariales mediante las cuales se pretendían eludir obligaciones empresariales propias de quien utiliza los servicios de los trabajadores que ha contratado. SSTCT 4 de junio de 1987, 14 de diciembre de 1983 o 25 de noviembre de 1987.

²⁷ SSTCT de 25 de junio de 1982, de 14 de diciembre de 1983 o de 2 de septiembre de 1986. Se hace referencia en estas sentencias al hecho de que una persona interpuesta se lucra del tráfico de trabajadores por el sólo hecho de proporcionar al personal, considerándolo una actuación susceptible de ser prohibida. A este respecto, no se puede perder de vista que la jurisprudencia que fija estos criterios se emite en un período temporal en el que las Empresas de Trabajo Temporal no estaban reguladas en nuestro ordenamiento, aunque sí se habían empezado a regular en Europa y antes en Estados Unidos. Da cuenta de este fenómeno, así como de la incipiente existencia de empresas de servicios en España A. MARTÍN VALVERDE, “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 91, 1971, pág. 60.

²⁸ SSTCT de 2 de junio de 1981, de 15 de julio de 1981, de 29 de octubre de 1981, de 22 de febrero de 1982, de 18 de abril de 1983 o de 1 de abril de 1986. En estas sentencias se hace referencia a la finalidad del art. 43 ET para salvaguardar los derechos de los trabajadores en orden a la estabilidad en el empleo.

²⁹ En este sentido *Vid.* M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 180.

²³ *Vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 353.

²⁴ SSTCT de 7 de febrero de 1985 y de 10 de junio de 1986.

²⁵ Se exige una actuación dolosa de la empresa cedente y de la cesionaria, no siendo suficiente el mero hecho de la prestación de servicios en otra distinta de aquella en la que se figura en plantilla. Así se impone, entre otras, en las SSTCT de 25 de junio de 1982, 18 de enero y 12 de mayo de 1984, 31 de julio de 1985 o 5 de octubre y 3 de noviembre de 1988. Se hace eco de estas sentencias y de su contenido M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 358.

maquinaciones o beneficio económico y también las cesiones que se llevaban a cabo a través de empresas “reales”³⁰, presuponiendo así que una empresa “real” no pudiera dedicarse al tráfico de mano de obra, tal y como se pudo constatar más adelante generando un importante cambio de criterio jurisprudencial.

3.2. De 1994 a 2006: la prohibición exceptuada y la elaboración de criterios jurisprudenciales

Como es sabido, en 1994 se llevó a cabo una reforma laboral de calado, principalmente a través de dos leyes. Una de ellas, la 14/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación permitió la actividad de las empresas de trabajo temporal, cuyo funcionamiento quedaba sometido a las debidas garantías y controles. Con esta medida y con la de autorizar la existencia de las agencias de colocación sin ánimo de lucro se perseguía hacer más operativo y transparente el mercado de trabajo. Además, se entendía que estas medidas contribuirían a dar respuesta a la totalidad de las ofertas de empleo, que

³⁰ La STS de 17 de enero de 1991 (RJ 1991\58) declara la responsabilidad de la empresa para la que un trabajador prestaba servicios a través de una empresa aparente. En concreto, el trabajador prestaba servicios para Fujitsu S.A. a través de contrataciones realizadas entre los trabajadores y un particular, don Miguel Angel D H, que era quien figuraba como empleador en el contrato de trabajo del demandante. Sin embargo, el trabajador prestaba sus servicios en la factoría de Fujitsu, utilizaba sus materiales y seguía las órdenes e instrucciones que le impartían los órganos directivos de dicha empresa. El trabajador había sufrido un accidente de trabajo y había fallecido por lo que su madre solicitaba la indemnización que se preveía para esos casos en el convenio colectivo de Fujitsu. El TS reconoció el derecho de la madre del trabajador fallecido a una indemnización de 18 millones de pesetas en aplicación del art. 8.1 ET porque un trabajador que es contratado “bajo tan burda interposición en ningún caso queda vinculado con el empleador aparente, pues la inexistencia de empresa de la que éste sea titular lo hace imposible, pero ello no puede impedir que la relación laboral generada en la realidad, no produzca sus efectos, ya que, aun ilícitamente constituida, se desarrolla en el plano de los hechos, en los que asume la posición de empresario quien recibe directamente la prestación de servicios e incluye al trabajador en su ámbito organizativo y dentro de su poder de dirección adquiriendo los resultados del trabajo realizado y pagando retribución, aunque, para mantener la apariencia buscada, la haga efectiva a través de quien sólo ficticiamente actúa como empleador, sin poder serlo, por carecer de actividad empresarial propia”.

cada vez resultaban más complejas y diversificadas y cuya respuesta adecuada requería la máxima especialización y proximidad a las fuentes de empleo. Así pues, se modificó el art. 43 ET para dar entrada a este tipo de empresas, las únicas que podían dedicarse al “préstamo temporal de mano de obra”, de manera que, a partir de este momento, la Ley diferenciaba entre cesiones de trabajadores legales e ilegales, por más que, como ya hemos visto, la jurisprudencia anterior a esta reforma también lo hacía.

Pese a lo que se pudiera esperar, esta reforma normativa estaba muy lejos de acabar con los problemas derivados de la complejidad de las relaciones triangulares, que de hecho no quedaban circunscritas a los supuestos en los que intervenía una empresa de trabajo temporal, por más que desde un punto de vista normativo así debía ser³¹. La existencia de las contratas, siempre tan próximas a los supuestos de cesión y a otros fenómenos interpositivos, hacía muy difícil discernir cuándo nos encontrábamos ante una verdadera colaboración empresarial susceptible de quedar amparada por el art. 42 ET y cuando estábamos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores³². Una vez más en este punto será crucial la intervención de los tribunales y especialmente la del Tribunal Supremo (TS, en adelante) cuya doctrina sobre la diferencia entre las contratas y las pseudocontratas ha sido imprescindible para construir una noción jurisprudencial de cesión de trabajadores, que se basa en la concurrencia de ciertos indicios y que paulatinamente se fue ampliando al margen de la ley hasta que en 2006 se vio parcialmente reflejada en el art. 43 ET³³.

³¹ Vid. J. CRUZ VILLALÓN, “La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 2 y ss.

³² La proximidad jurídica de las figuras ha hecho emplearse a fondo a los Tribunales para trazar la línea de distinción entre la genuina contrata y las pseudocontrata a través de una jurisprudencia de indicios. Así lo afirma D. MARTÍNEZ FONS, “Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores”, *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 54.

³³ El TS en su sentencia de 14 de septiembre de 2001 (núm. rec. 2142/2000) afirma que lo que contempla el art. 43 ET es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la define

La idea en torno a la que ya giraban los criterios aplicados, tanto por el TCT como por el TS, en aquel momento es la condición de verdadero empresario. De modo que para diferenciar si se estaba ante una contrata o ante una cesión de trabajadores encubierta había que preguntarse quién ejercía el papel de verdadero empleador, un empleador, que, en palabras del TS, debía caracterizarse por "la sustantividad y la autonomía empresarial propia", características que no se aprecian cuando una empresa se limita a contratar a trabajadores para suministrarlos de forma indiferenciada a las distintas obras que pudiera tener en marcha la denominada, de acuerdo con el esquema del art. 42 ET, empresa principal³⁴. Sin embargo, sí se apreciaba su concurrencia cuando la contratista tenía patrimonio propio, domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios periféricos y centrales, así como un equipo de mandos intermedios y cuando en el ejercicio de su actividad mercantil prestaba servicios de forma regular a otras empresas distintas³⁵. El análisis de la presencia de estos elementos en diferentes supuestos permitió al TS afirmar que una de las características del supuesto de cesión ilegal de trabajadores es la apariencia o ficción de empresa. No obstante, ha de quedar claro que la existencia de una empresa real no es suficiente para descartar la de una cesión ilegal de trabajadores.

De hecho, desde 1988 el TS venía valorando otro elemento a tener en consideración

como "un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal".

³⁴ En la STS de 13 de diciembre de 1990 (Ar. 9782) se aborda un supuesto en el que una empresa, denominada Contractor, S. A., había constituido con su propio dinero una sociedad denominada Estructuras del Bagés S.A., que se dedicaba a contratar trabajadores para cederlos a las obras que la empresa Contractor S.A. estaba ejecutando.

³⁵ En la STS de 11 de octubre de 1993 (núm. rec. 1023/1992) en la que se recoge esta doctrina se declara la inexistencia de cesión ilegal de trabajadores, al presentar la contratista, DATSA, todas una serie de características que permitieron al Tribunal concluir que entre ésta y RENFE había existido una verdadera contrata. Hay que tener en cuenta que lo único que se había alegado para sostener la existencia de la cesión ilegal era la apariencia empresarial de DATSA y por tanto fue ese el único criterio que se tuvo en cuenta a la hora de resolver.

respecto del tema que nos ocupa. A partir de esa fecha, para diferenciar la actividad de contratista de la mera cesión de trabajadores el TS exige que se hubiera puesto en juego la organización empresarial³⁶. La empresa contratista no solo ha de existir como tal, además en el marco de la contrata debe realizar una actividad propia y ha de hacerlo de manera adecuada³⁷, esto es, empleando sus propias herramientas y dando las órdenes que resulten necesarias³⁸, considerándose este aspecto una manifestación de la verdadera autonomía técnica de la contrata³⁹ y, por supuesto, asumiendo el riesgo de las operaciones, de modo

³⁶ En la STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988\1863) se maneja el criterio de la condición de verdadero empresario junto con el del ejercicio del poder de dirección de la prestación laboral.

³⁷ El TS exige la existencia de una organización adecuada, concepto que va más allá de la existencia de una empresa real, la empresa "auxiliar" debe tener capacidad para llevar a cabo la obra o servicio contratado, en definitiva debe contar con suficientes y adecuados medios materiales y personales para desempeñar el encargo cometido. Entre otras, SSTS de 3 de febrero de 2000 (núm. rec. 1430/1999), de 16 de junio de 2003 (núm. rec. 3054/2001) o de 3 de octubre de 2005 (núm. rec. 3911/2004).

³⁸ Asimismo, en la STS de 16 de febrero de 1989 (1989\874), siguiendo el criterio de la STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988\1863) se afirma que "la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta. En la misma línea hay que mencionar la STS de 12 de diciembre de 1997 (núm. rec. 1281/1997).

³⁹ En la STS de 17 de enero de 2002 (núm. rec. 3863/2000) se pone de manifiesto la importancia de la autonomía técnica de la contrata para no considerar que nos encontramos ante una mera transmisión de mano obra. En el caso, la empresa Sabico, que se dedicaba al mantenimiento, control, servicios auxiliares y administrativos en general, en industrias, entidades financieras, centros comerciales, organismos públicos o urbanizaciones, suscribió en 1997 un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa Pferd Rüggeberd, S.A., que se dedicaba a la fabricación de herramientas abrasivas y de corte (principalmente discos abrasivos). Dicho contrato tenía como objeto el servicio de remachado de etiquetas. El lugar de trabajo era el centro de trabajo de Pferd Rüggeberd, S.A. La trabajadora que consideraba ser objeto de una cesión ilegal había trabajado con materia prima, maquinaria y utensilios proporcionados por Pferd Rüggeberd, S.A. Por otra parte, la ropa de trabajo la proporcionaba Sabico, que también fijaba el calendario laboral y abonaba las nóminas. El TS concluyó que el arrendamiento de servicios entre las dos empresas era solo un acuerdo de cesión que se agotaba en el suministro de la mano de obra, sin que existiera autonomía técnica en la contrata que se desplegara dentro del proceso productivo normal de la empresa principal.

que el cedente no puede ser un mero intermediario que percibe una retribución por enviar trabajadores que ha contratado, independientemente del resultado de la actividad. Se introduce, por tanto, la importancia del elemento de la dirección y la gestión de la actividad, que ha de ser llevada a cabo por la contratista, aportando "su propia dirección y gestión, asumiendo los riesgos que conlleva la actividad, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección y conservando respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador"⁴⁰, pues el hecho de que una empresa contratista cuente con organización e infraestructura propias no impide la concurrencia de cesión ilícita de mano de obra si en el supuesto concreto a la hora de ejecutar los servicios no se pone en juego la organización empresarial de la contratista, incluso aunque se cuente con el ejercicio formal del poder de dirección empresarial⁴¹. Y

⁴⁰ Así lo pone de manifiesto el TS en su sentencia de 17 de enero de 1991 (RJ 1991/58) en la que se indica que se estará ante una contrata "cuando la empresa contratista ejerce una actividad empresarial propia y cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, asumiendo el riesgo correspondiente y manteniendo en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, lo que le permite conservar respecto de los trabajadores los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador".

⁴¹ Así se afirma en la STS de 14 de marzo de 2006 (núm. rec. 66/2005), en la que se realiza una exhaustiva recopilación de los criterios fijados por el TS hasta el momento, así como de las sentencias en las que se recogen. En concreto, se mencionan entre los criterios a tener en cuenta: la aportación de medios de producción propios (STS de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (SSTS de 12 de septiembre de 1988, de 16 de febrero de 1989, de 17 de enero de 1991 y de 19 de enero de 1994, núm. rec. 3400/1992) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, tales como el capital, el patrimonio, la solvencia o la estructura productiva. Asimismo, se reitera en esta sentencia la idea de que la cesión no solo se da en caso de empresas aparentes o sin patrimonio, pues como ya se apuntara en la STS de 16 de febrero de 1989 la cesión puede tener lugar aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta. Es por ello, que para el TS lo relevante a efectos de determinar si estamos ante una cesión es analizar si la organización empresarial se ha puesto en juego, y si no ha

es que si no se pone en juego la organización empresarial, la operación se habrá convertido en un supuesto de "cesión de trabajadores no permitida por el ordenamiento vigente"⁴², pues su actividad se limita a suministrar a la empresa principal la mano de obra necesaria para desarrollar el servicio⁴³.

La aplicación de estos criterios se observa con claridad en las sentencias del TS en las que tuvo que resolver acerca de quién era el empleador de los trabajadores que prestaban servicios en los locutorios de Telefónica⁴⁴. En estas sentencias dos son las preguntas clave. En primer lugar, a quién le pertenecen los medios materiales que integran los locutorios y quién tiene facultades de decisión y disposición sobre ellos. Y en segundo lugar, quién

sido así se estará ante una cesión ilegal (STS de 19 de enero de 1994, núm. rec. 3400/1992, y de 12 de diciembre de 1997, núm. rec. 3153/1996).

⁴² Así se afirma en la STS de 19 de enero de 1994 (núm. rec. 3400/1992) en la que se trata de calificar la relación existente entre "Unión Fenosa" y "Mkt. SA" para la prestación del servicio "Teléfono eléctrico".

⁴³ Si se consideró, en cambio, que se estaba ante un supuesto de contrata incardinable en el art. 42 ET en el caso que dio lugar a la STS de 17 de diciembre de 2001 (núm. rec. 244/2001) en la que un grupo de trabajadores, socios de una cooperativa, denominada Servicarne, prestaban servicios para el Matadero Herca SA, fusionado con el grupo SADA. Los trabajadores de la cooperativa realizaban las mismas funciones que los trabajadores de la empresa en la sección de despiece de mañana, no, en cambio en la sección de despiece de tarde, ni en el sacrificio, donde solo prestaban servicios trabajadores de Servicarne. Por otra parte, todos los trabajadores usaban los mismos utensilios y el mismo uniforme y también usaban el mismo local para cambiarse, recibían órdenes de los jefes de equipo de la cooperativa, su horario de trabajo se adecuaba al establecido por el Grupo Sada S.A. y sus retribuciones procedían de Servicarne. El TS entendió en este caso que estaba clara la presencia de una empresa real, con más de 2000 socios, de los cuales solo una mínima parte prestaban servicios en la empresa comitente. Además, Servicarne tenía una organización propia que se ponía a disposición de la arrendataria. La coordinación de los socios cooperativistas que prestaban servicios en Sada había sido encomendada a los Jefes de Equipo de la cooperativa, que también impartían las órdenes que resultasen pertinentes para desarrollar la actividad, aunque, a su vez, tenían la obligación de asumir las directrices dadas por los mandos de Sada. El utillaje pertenecía al grupo Sada con excepción de las herramientas propias de los socios y, por último, Servicarne ocupaba un local en las instalaciones de la comitente sobre el que ostentaba la titularidad arrendataria.

⁴⁴ SSTS de 17 de julio de 1993 (núm. rec. 1712/1992) y de 15 de noviembre de 1993 (núm. rec. 1294/1992).

asume los riesgos propios de la condición de empleador. A este respecto se valora, entre otros indicios, el hecho de que la empresa contratista no tenga la capacidad de influir en los precios de los servicios que se dispensaban en los locutorios. Además, la contratación del personal estaba sometida a un fuerte control por parte de Telefónica, que incluso decidía qué modalidad contractual era preciso utilizar. Asimismo, la capacidad de mando del contratista sobre el personal del locutorio era muy reducido, pues el horario que había que cumplir lo fijaba Telefónica y también ésta decidía a qué empleado o empleados había que separar del servicio si no realizaban su labor con la debida discreción o diligencia. Por tanto, por más que se tratase de acreditar que la contratista era la empleadora de los trabajadores, resultaba evidente que con las restricciones que imponía Telefónica difícilmente se le podía reconocer facultades de dirección u organización a la contratista.

Resulta evidente la dificultad de aislar o identificar un solo criterio para dilucidar cuándo nos encontramos ante un supuesto de cesión de trabajadores⁴⁵, de ahí que el TS durante años haya ido incluyendo en sus pronunciamientos diferentes criterios susceptibles de ser aplicados al caso concreto con el fin de aclarar quién es el verdadero empleador. El análisis de dichos pronunciamientos permite concluir que, tanto antes como después de la reforma de 2006, dicha identificación resulta cada vez más compleja y en gran medida depende del tipo de actividad que se desarrolle y de cómo se desarrolle⁴⁶ lo que ha llevado al TS a recurrir “a la aplicación pon-

derada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes⁴⁷, sino complementarios y que tienen un valor indicativo u orientador”, tal y como se indica en la STS de 3 de octubre de 2005 (núm. rec. 3911/2004).

3.3. De 2006 hasta nuestros días: la asunción normativa de los criterios jurisprudenciales

Como acabamos de comprobar, durante los años 90 y el primer lustro del 2000, el TS fue aplicando diversos criterios para identificar los supuestos de cesión ilegal de trabajadores. En 2006 se llevó a cabo una importante reforma de la materia que nos ocupa, y con el objetivo de deslindar la subcontratación de obras y servicios entre empresas de otro tipo de prácticas, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, incorporó a través de su art. 12.10 una noción de cesión ilegal de trabajadores, construida sobre la base de los indicios que la jurisprudencia había ido empleando hasta el momento con el fin de proteger a los trabajadores objeto de cesión⁴⁸. Se trata de una reforma desdichada para algunos⁴⁹, un intento

⁴⁷ En la STS de 12 de diciembre de 1997 (núm. rec. 3153/1996) se analiza si el criterio aplicado en suplicación, según el cual como la contratista mantenía la facultad disciplinaria respecto de los trabajadores formalmente contratados por ella y la empresa principal las facultades directivas, no se estaba ante un supuesto de cesión. Sin embargo, el TS entendió que esta disociación entre facultad directiva y facultad disciplinaria es característica de las Empresas de Trabajo Temporal y “no puede valer para las entidades que carecen de tal condición”.

⁴⁸ Entre las medidas de protección de los derechos de los trabajadores se menciona la nueva regulación de las contrataciones y las subcontratas y las medidas relacionadas con la cesión de trabajadores A. MONTAÑA MELGAR, J. GALIANA MORENO, F. CAVAS MARTÍNEZ y A. CÁMARA BOTÍA, Comentarios a la reforma laboral de 2006. Ley 43/2006, de 29 de diciembre, Civitas, Madrid, 2007.

⁴⁹ Así lo afirma F. PÉREZ DE LOS COBOS, “La reforma laboral de 2006: un análisis jurídico del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y el empleo, en AA. VV., La reforma laboral. Comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006, La Ley. Madrid, 2006, pág. 54 y 55. Para este autor se trataba, según los redactores del acuerdo, de incorporar a la ley las pautas interpretativas en materia de cesión ilegal, de suerte que se clarificase esta noción, pero, a su juicio, tal y como se ha llevado a cabo se demuestra que sus redactores no entendieron la jurisprudencia. Además, se afirma que la “jurisprudencia manejaba indicios que van unidos al caso y los indicios no han sido nunca elementos constitutivos de la cesión ilegal sino pistas sobre su posible existencia”.

⁴⁵ La STS de 3 de marzo de 2004 (núm. rec. 4683/2002), constituye, entre otras, una muestra de cómo el TS va analizando cada una de las circunstancias en las que se desarrolla la actividad respecto de la cual se quiere aclarar si estamos o no ante un supuesto de cesión ilegal, aunque finalmente, debido a la inadecuación del procedimiento, no se determine si se está o no ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

⁴⁶ Vid. L.R. MARTÍNEZ GARRIDO, *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y Soluciones*, Madrid, 1998, pág. 30, se hace eco de una serie de supuestos en relación con empresas dedicadas a proporcionar organización a polideportivos, servicios de asesoramiento informático o servicios de mantenimiento o asesoramiento en otros ámbitos de la empresa que ponen en jaque la utilidad de la aplicación de los criterios jurisprudenciales.

loable, pero con un resultado que presenta imprecisión y cierto desorden para otros⁵⁰, pero, que, en cualquier caso, eleva a rango legal los criterios jurisprudenciales empleados hasta el momento en lo que constituye un claro ejemplo del dialogo entre el poder legislativo y el judicial.

Desde el punto de vista de la práctica judicial, la reforma de 2006 no supuso una gran transformación debido a que los criterios que se recogen en el art. 43 ET son los que el TS había venido aplicando hasta el momento. A modo de resumen de la extensa Jurisprudencia del TS en la materia, se nos recuerda cinco años después de la reforma mencionada⁵¹, y se reitera en 2019, que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente realiza un mero suministro de mano de obra (STS de 9 de enero de 2019, núm. rec. 108/2018) y no existe cesión ilegal cuando la empresa cedente tiene su propia organización, tiene los medios necesarios para el logro de sus fines, ejerce las funciones propias de su actividad, organiza el trabajo de sus empleados, les paga, controla su trabajo y ejerce funciones disciplinarias (STS de 10 de enero de 2017, núm. rec. 1670/2014)⁵². La aparente claridad de estos criterios se empaña porque en algunas ocasiones la empresa cedente encubre su actuación y proyecta una imagen en la que parece poner en juego su organización⁵³, esto es, cuenta con medios materiales y organizativos propios y ejerce respecto del trabajador contratado el poder de

dirección⁵⁴ y el poder disciplinario de una manera real y efectiva⁵⁵ y porque la mayoría de los criterios que nos da la norma no sirven por sí mismos para concluir de manera rotunda que nos encontramos ante una cesión ilegal, de ahí que resulte necesaria la ponderación de todos ellos en el conjunto de las circunstancias que concurren en cada caso⁵⁶.

Como se puede intuir, la aplicación de estos criterios presenta cierta dificultad cuando el entramado diseñado por la empresa cedente

⁵⁴ La efectividad del ejercicio del poder de dirección puede estar en algunos casos desdibujada, de modo que no es óbice para entender que se está ante una cesión ilegal el hecho de que la empresa cedente haya contratado a un determinado número de mandos intermedios para que den órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos, si, en realidad, de quien reciben las órdenes dichos mandos intermedios es de los mandos superiores de la empresa cesionaria.

⁵⁵ En la STS de 9 de enero de 2019 (núm. rec. 108/2018) en aplicación de la doctrina unificada en materia de cesión de trabajadores se entendió que no había habido cesión ilegal de trabajadores porque la empresa cedente, Telecyl S.A, era una empresa real que desarrollaba su actividad en unas instalaciones donde solo estaba su personal. Además Telecyl S.A había puesto en juego su estructura empresarial ejerciendo verdaderas facultades de dirección, pues contaba con un responsable del servicio, cuatro supervisores, trece coordinadores y dos administrativos, que llevaban a cabo funciones de supervisión y control del funcionamiento del servicio, hacían indicaciones informativas y formativas a teleoperadores y realizaban el estudio y el seguimiento de los planes y objetivos marcados. Por último, merece la pena destacar, que el hecho de que los sistemas y equipos informáticos utilizados en la prestación del servicio fueran de titularidad de la empresa principal no constituía un impedimento para seguir entendiendo que no se estaba ante un supuesto de cesión ilegal, pues, entre otras razones, para poder realizar la prestación de servicios concertada los trabajadores de Telecyl tenían que contar con acceso a las aplicaciones informáticas en las que se encuentran los datos de los clientes.

⁵⁶ En algunas ocasiones se ha entendido que no se está ante una cesión ilegal de trabajadores aun cuando la empresa cedente no cuenta con la infraestructura necesaria para llevar a cabo la actividad o no tiene unas instalaciones adecuadas y se encuentra en la obligación de alquilar una u otras a la cesionaria. Así se deduce de la STS de 15 de abril de 2010 (núm. rec. 2259/2009) que tiene su origen en un caso en el que 100 trabajadores de Azertia (posteriormente, Indra) prestaban diversos servicios en el BBV. En esta sentencia el TS, teniendo en cuenta las demás circunstancias que concurrían en el caso, entendió que el hecho de que el equipo informático fuera alquilado por Azertia al BBV no permitía concluir que se estuviera ante una cesión ilegal porque "Azertia mantenía con sus trabajadores los lazos de poder de dirección habituales en los supuestos de subcontratación".

⁵⁰ Vid. S. RODRIGUEZ ESCANCIANO, "El modesto intento de definir la cesión ilegal de trabajadores", en AA. VV., *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006*, Laborum, pág. 152.

⁵¹ En la STS de 8 de marzo de 2011 (núm. rec. 791/2010) después de analizar los hechos probados y de aplicar la doctrina unificada en materia de cesión de trabajadores se concluye que ha habido una cesión ilegal de trabajadores porque la empresa que había contratado a los trabajadores actuaba como si se tratase de una empresa de trabajo temporal, limitándose a aportar mano de obra y sin poner en juego los materiales necesarios para realizar la actividad.

⁵² Criterios que recuerdan a los que se manejan en el modelo italiano, G. Loy, "Alquiler y cesión de mano de obra", *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 23 y ss.

⁵³ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO, "Labour Law and atomization of work, the notion of employer in the Era of the fissured workplace", en AA. VV., *Should Labour Law responsibilities exceed the boundary of the legal entity?*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Wolters, 2017, pág. 161 y ss.

es complejo y son múltiples los factores que resulta preciso valorar⁵⁷, así como cuando el tipo de actividad requiere una infraestructura prácticamente inexistente y el factor que prima es el humano, con independencia de que no se requiera cualificación alguna o precisamente el elemento relevante sea el “saber hacer”⁵⁸. En cambio, dicha dificultad se reduce cuando se está ante estructuras sencillas o incluso cuando en los documentos de inscripción de la empresa se pone de manifiesto que su objeto de actividad es el suministro de mano de obra a empresas de un determinado sector⁵⁹.

Una clara muestra de las dificultades mencionadas se puede apreciar en la STS de

⁵⁷ Para el TS la interposición es un fenómeno complejo que implica varios negocios coordinados: 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; un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal (STS de 14 de septiembre de 2001 (núm. rec. 2142/2000)).

⁵⁸ En la STS de 10 de enero de 2017 (núm. rec. 1670/2014) se consideró que no había cesión ilegal porque la empresa subcontratista (Dominion Instalaciones y Montajes, SA) es una empresa real que tiene su propia organización y no se limita a poner a disposición de la empresa que la contrata (Telefónica Soluciones de Outsourcing, SAU) el trabajo de sus empleados. Además, la empresa contratista formaba a sus trabajadores, que prestaban servicios bajo sus órdenes directas, y sometidos a su disciplina, siguiendo sus instrucciones y con arreglo a los manuales de actuación y procedimientos establecidos por la dirección técnica de la empresa a nivel nacional. Por el contrario, la sentencia recurrida consideraba que sí existía cesión ilegal de trabajadores porque la contratista no ponía los medios materiales esenciales para la ejecución de la contrata, argumento que no fue acogido por el TS porque la empresa cedente sí había aportado medios materiales (muebles e inmuebles) que eran necesarios para la actividad y “lo que es más importante, había puesto su organización empresarial al servicio de la ejecución de la contrata, su “saber hacer” (know how) como empresa en la prestación de servicios en CGP”.

⁵⁹ En el caso que dio lugar a la STS de 25 de enero de 2012 (núm. rec. 683/2011) se indicaba que el objeto de actividad de la empresa cedente, tal y como se indicaba en la documentación de constitución de la empresa, era la prestación de servicios a la agricultura y a la ganadería y específicamente el suministro de mano de obra especializada a los empresarios agrícolas. Entre esas actividades estaba la recolección de los ajos, la siembra o la limpieza de los campos. Además, se comprobó que dicha empresa no contaba con la maquinaria necesaria para llevar a cabo dicha actividad.

16 de mayo de 2019 (núm. rec. 4082/2016), en la que el Tribunal ha llevado a cabo una importante labor de recopilación de su doctrina sobre la materia. Esta sentencia, que cuenta con un voto particular, constituye una prueba clara de la complejidad que presenta esta materia y de la importancia de las circunstancias del caso concreto a la hora de calificar una cesión de trabajadores, sobre todo de aquellas circunstancias que están conectadas con la facultad de dirección y organización de la empresa, así como con el lugar y los medios materiales empleados para prestar el servicio. En esta ocasión se trataba de aclarar si los trabajadores contratados como conductores por la empresa Zozaya Gas S.L para hacer entrega de los gases fabricados por otra empresa, Carbueros Metálicos S.A, habían sido objeto de una cesión ilegal.

El TS sustentó su pronunciamiento en las facultades de dirección y organización que habían sido atribuidas a Carbueros Metálicos S.A, en virtud de las cuales esta empresa contaba con una decisiva intervención respecto del personal contratado por Zozaya Gas S.L, pues se reservaba la facultad de rechazar a cualquier trabajador sin necesidad de justificar el motivo. Además, era Carbueros Metálicos S.A quien proporcionaba a los trabajadores un Manual del conductor, en el que, junto a indicaciones de seguridad relativas al producto transportado, también se incluían instrucciones en materia de seguridad en la conducción, tacógrafo, descansos, faltas y sanciones. Y por último, también era Carbueros Metálicos S.A quien planificaba los horarios y las rutas, que eran entregadas directamente a los conductores de Zozaya Gas S.L sin intervención de sus administrativos, quienes tampoco dirigían ni coordinaban la actividad.

Por lo que se refiere al lugar y los medios materiales de la prestación del servicio, el TS destaca el hecho de que las instalaciones a las que acudían los conductores para recibir las instrucciones y donde trabajaban los administrativos de Zozaya Gas S.L pertenecían a Carbueros Metálicos S.A, sin que constase que Zozaya Gas S.L hubiera abonado cantidad alguna por dicha utilización. Además, los semirremolques y cisternas eran propiedad de Carbueros Metálicos S.A, aunque las cabezas tractoras pertenecían a Zozaya Gas S.L y ha-

bían sido arrendadas por Carburos Metálicos S.A durante los cuatro años que iba a durar el contrato suscrito con Zozaya Gas S.L. El TS también hizo hincapié en el hecho de que las PDAS, que empleaban los conductores habían sido proporcionadas por Carburos Metálicos S.A, al igual que ocurría con los ordenadores que utilizaban los administrativos de Zozaya Gas S.L.

La valoración de las circunstancias descritas conforma el núcleo de la argumentación empleada por el TS para sostener que en el caso descrito se estaba ante una cesión ilegal de trabajadores. No obstante, hay que tener en cuenta que esta valoración no era compartida de manera unánime, pues precisamente en el voto particular que contiene la sentencia se llega a la conclusión contraria al considerar que ni los trabajadores de Zozaya Gas S.L se habían integrado en la plantilla de Carburos Metálicos S.A ni ésta había puesto a disposición de ellos los medios esenciales para que llevaran a cabo la actividad de transporte en general, haciéndose cargo Carburos Metálicos S.A tan solo de controlar y supervisar en esa actividad todo aquello de lo que pudiera resultar responsable por razón del producto que gestionaba.

4. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL, EMPRESAS MULTISERVICIOS Y ENCLAVES LABORALES

La regulación de las empresas de trabajo temporal en España es relativamente reciente si la comparamos con la de otros países. No obstante, el hecho de que no contásemos con ella hasta 1994 no significa que este tipo de empresas no existieran en nuestro país. En los años 80 la doctrina denunciaba la existencia de empresas prestamistas que constituían “una lacra social, que explotaban al máximo a los trabajadores, actuaban en la más vergonzosa clandestinidad y recurrían a todo tipo de engaños y maniobras fraudulentas”⁶⁰, de ahí

que precisamente a ellas se dirigiera la prohibición establecida en el Decreto 3677/1970, al que ya hemos hecho referencia y es que las “empresas prestamistas” o “prestamistas”, sin más, no tenían en España la misma fisonomía sociológica que en los países europeos, donde su función explícita consistía “en proveer mano de obra interina o eventual, normalmente de alta o media cualificación, a otras empresas en situación de penuria de mano de obra imprevista o transitoria, que no justificaba un aumento de plantilla, y que no se podía reabsorber con horas extraordinarias”⁶¹.

A pesar de esta prohibición, cercana la fecha de regulación de las ETT en España era conocida la existencia de un mercado de trabajo temporal en el que intervenían algunas empresas, que se habían establecido en España en un marco de total desregulación. Estas empresas realizaban importantes operaciones, existía, por tanto, un sector económico en la materia, que, si bien todavía en ciernes, presentaba un volumen de negocio considerable⁶². La Ley 10/1994, de 12 de mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, autorizó la cesión temporal de trabajadores entre empresas, siempre y cuando una de ellas fuera una empresa de trabajo temporal válidamente constituida de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 14/1994, de 1 de junio, en la que se recogen los aspectos nucleares de las relaciones entre este tipo de empresas y las empresas usuarias, así como entre todas ellas y los trabajadores. Paralelamente, se modificó el art. 43 ET de modo que cuando la empresa cedente era una empresa de trabajo temporal válidamente constituida se desterraba automáticamente la idea de encontrarnos ante una posible cesión ilícita de trabajadores, que solo se calificaría como tal cuando la ETT no contase con la pertinente autorización.

Aquella, era una interpretación pacífica, que en 2003 comenzó a cuestionarse, pero no

⁶⁰ Da cuenta de la existencia de las Empresas prestamistas, así como de las empresa de servicios A. MARTÍN VALVERDE, “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 91, 1971, pág. 75 y ss.

⁶¹ Da cuenta de la existencia de las Empresas prestamistas, así como de las empresa de servicios A. MARTÍN VALVERDE, “Interposición y mediación en el contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 91, 1971, pág. 76 y ss.

⁶² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 184.

será hasta 2006 cuando el TS dictó la primera sentencia en la que aplica el art. 43 ET a un supuesto en el que la empresa cedente era una ETT. En la STS de 4 de julio de 2006 (núm. rec. 1077/2005) el TS unificó su doctrina y puso de manifiesto que una ETT autorizada a ceder trabajadores también podría incurrir en cesión ilegal. Por ser esta la primera de una serie de sentencias que conformaron la línea jurisprudencial a seguir⁶³, merece la pena exponer con cierto detenimiento las circunstancias del caso. En concreto, se trataba de una trabajadora, que entre junio de 2001 y junio de 2002, había firmado tres contratos temporales por acumulación de tareas con Adecco ETT para realizar en los tres casos las mismas funciones en diferentes centros de trabajo de la empresa Noctalia. El 1 de octubre de 2002 firmó otro contrato, en esta ocasión de interinidad, con Ranstad ETT para prestar servicios en Noctalia realizando las mismas funciones que ya había realizado a través de los contratos anteriormente mencionados. La trabajadora prestó servicios contratada por Ranstad ETT durante dos meses y posteriormente fue despedida por lo que interpuso demanda de despido contra Adecco ETT, Ranstad ETT, Noctalia y el FOGASA.

En la instancia las tres mercantiles fueron condenadas solidariamente por despido improcedente y el FOGASA resultó absuelto. Ante esta sentencia tanto Adecco ETT, como Ranstad ETT y Noctalia presentaron recurso de suplicación que fue parcialmente estimado, condenándose únicamente a Ranstad ETT, que había sido la última empleadora de la demandante. La trabajadora entendía que había sido objeto de una sola relación laboral, pues los contratos temporales que había suscrito respondían a necesidades permanentes de la empresa y además consideraba que la responsabilidad debía extenderse a la empresa usuaria. Asimismo, la actora entendía vulnerados diferentes preceptos de la LETT, en concreto

los arts. 6, 8 y 16.3, así como, por lo que aquí interesa, el art. 43 ET. Sin embargo, esta última era una cuestión dudosa, que el TS se vio en la obligación de resolver, pues mientras que para el TS era claro que hasta el momento, conforme al art. 43 ET, la cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no estuvieran debidamente autorizadas resultaba ilegal, dada la genérica prohibición del fenómeno interpositorio y su exclusiva admisión cuando se realizase por parte de una ETT debidamente autorizadas, no lo era tanto cuando la ETT sí contaba con autorización, pero los contratos de puesta a disposición no se habían concertado observando las previsiones de la norma.

Finalmente, el TS entendió en este caso que, en la medida en que se había empleado la contratación temporal de manera fraudulenta, pues las funciones que la actora había estado desarrollando respondían a necesidades permanentes de la empresa, la trabajadora contaba con una relación laboral indefinida desde la primera contratación, y también desde esa primera contratación había sido objeto de una cesión ilegal de trabajadores, pues Adecco ETT aunque estaba autorizada para operar como ETT no lo había hecho cumpliendo la normativa correspondiente respecto al objeto de los contratos de puesta a disposición. Establecida esta aclaración, quedaba por concretar si en estos casos debía aplicarse únicamente la regla prevista en el art. 16.3 LETT, que atribuía responsabilidad solidaria a la ETT y a la empresa usuaria en materia salarial y de seguridad social por utilización fraudulenta de la contratación temporal, en virtud del principio de especialidad, y en detrimento de la aplicación del art. 43 ET, en el que se establece una responsabilidad cuyo alcance es superior al del art. 16 LETT. El TS consideró que resultaba “más acorde con la prohibición radical de la cesión temporal de trabajadores” la aplicación conjunta de los preceptos mencionados, de modo que el art. 43 ET también debía tomarse en consideración y, por tanto, despliega sus efectos en los casos en los que la empresa cedente es una ETT⁶⁴.

⁶³ En la misma línea la STS de 28 de septiembre de 2006 (núm. rec. 2691/2005 - Bitron Industrie España, SA Y Allbecon Spain ETT, SL), la SSTS de 3 de noviembre de 2008 (núm. rec. 1697/2007 - Debolan ETT y Construcciones electromecánicas Consonni SA y 1889/2007-Personal 7 ETT y Endesa, respectivamente) y la de 19 de febrero de 2009 (núm. rec. 2748/2007-Ranstad ETT y Endesa).

⁶⁴ Frente a esta interpretación del TS hay quienes sostienen que puede desincentivar el uso de las empresas de trabajo temporal y además puede desviar la mirada de las empresas hacia recursos más económicos como las empresas de servi-

Al margen de las Empresas de Trabajo Temporal existen otro tipo de empresas, conocidas como empresas multiservicios, cuya forma de actuar puede recordar en algunos casos al de las Empresas de Trabajo Temporal. Este tipo de empresas no cuentan con una regulación específica y por su propia naturaleza y su objeto de actividad no la requeriría, pero el modo en el que actúan hace recomendable reformular esta afirmación. Se trata de empresas con un objeto social muy amplio y de carácter plurifuncional, que pueden prestar servicios muy variados, desde aquellos que exigen una nula o escasa cualificación y no requieren para su desarrollo un soporte material y organizativo significativo, como pueda ser la mensajería o el reparto, a aquellos otros que requieren cierta especialización y profesionalidad, como es el caso del procesamiento de datos informáticos. El modo en el que operan puede ser cuestionado cuando su actividad se reduce a proporcionar mano de obra a otras empresas, acercándose más a la fisonomía de una Empresa de Trabajo Temporal, pero sin que su actuación quede sometida a la regulación correspondiente, lo que les permite competir con dichas empresas desde una posición de clara ventaja al no tener que soportar las cargas a las que éstas están sometidas y pudiendo ofrecer precios mucho más competitivos por sus servicios⁶⁵.

En efecto, con frecuencia encontramos empresas cuyo objeto social presenta una gran variedad de actividades, que se articula a través del negocio de la contrata, pero a veces resulta difícil su encaje en ese marco jurídico porque ni siquiera se cuenta con el soporte material u organizativo necesario para prestar el servicios, ya sea porque la actividad no lo requiere o porque la empresa no lo posee, motivo por el cual se acude al alquiler de equipos a empresas terceras o a la empresa

cios. Vid. J. A. ALTÉS TÁRREGA y E. GARCÍA TESTAL, "La cesión ilegal en el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal", en AA. VV., *El empresario laboral*, coord. A. BLASCO, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 301.

⁶⁵ Una panorámica general de los problemas que están surgiendo en torno al trabajo por cuenta ajena en empresas multiservicios Vid. M. LÓPEZ BALAGUER, "Trabajo precario y empresas multiservicios: una propuesta de solución legal", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, pág. 483 y ss.

principal⁶⁶. La externalización de parte de la actividad a través de contratas es una opción empresarial legítima y durante años el TS nos ha ido proporcionando criterios suficientes para diferenciar cuando nos encontramos ante un supuesto de contrata y cuando ante un supuesto de cesión. Y estos criterios son los mismos que hay que aplicar cuando la empresa contratista se dedica a una amplia multiplicidad de actividades.

El TS todavía no se ha pronunciado al respecto, pero algunos Tribunales Superiores de Justicia sí lo han hecho y, como es natural, han aplicado la doctrina unificada del TS en materia de cesión ilegal de trabajadores. Precisamente, por lo ilustrativo del caso merece la pena recoger aquí las circunstancias que concurrían en el supuesto que dio lugar a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 28 de febrero de 2006 (núm. rec. 1641/2004) en la que unas trabajadoras, contratadas por la empresa Eulen S.A., cuyo objeto social presenta una amplia variedad de actividades⁶⁷, prestaban servicios en las instalaciones de García Baquero S.A.⁶⁸. A mediados del año 2000 las dos empresas celebraron un contrato de arrenda-

⁶⁶ Acerca de si las empresas de servicios pueden constituir una forma camuflada de cesión de trabajadores Vid. J.M. GOERLICH PESET, "Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores", *Actualidad Laboral*, núm. 3, pág. 39 y ss.

⁶⁷ En concreto, la confección de proyectos, el mantenimiento de obras e instalaciones, la limpieza de edificios, la compraventa y la cesión de aparatos de consumos energéticos, servicios auxiliares en urbanizaciones, la ejecución y mantenimiento integral de obras e instalaciones, la importación y exportación de bienes, equipos, productos y técnicas excluidos los sometidos a legislación especial. También carga, descarga, estiba y desestiba, transportes y almacenamiento de mercancías, estudio de climas sonoros y perturbaciones por ruidos, publicación de informes, revistas, libros, prestación de todo tipo de servicios sociales y sanitarios.

⁶⁸ Específicamente, la fabricación, almacenaje, manipulación, tratamiento, envasado, distribución y posterior venta tanto al por mayor como al por menor de quesos de cualquier variedad o clase, partiendo de todo tipo de leche, ya tengan la consideración de industrial o artesano, incluida la denominación de origen, así como de otros productos alimenticios elaborados a partir de productos agrícolas o ganaderos; los derivados de subproductos que resulten del proceso de elaboración de los productos anteriores para el consumo humano, animal o industrial y la explotación de fincas agrícolas, forestales o ganaderas.

miento de servicios en virtud del cual Eulen S.A. actuaría como contratista y prestaría el servicio de envasado de quesos al vacío con plástico. Una persona realizaría las funciones de responsable siendo el interlocutor válido entre los operarios de García Baquero S.A. y Eulen y el personal quedaba bajo las órdenes exclusivas de dicho interlocutor o cualquier otro que Eulen designase.

Un mes más tarde se firmó un acuerdo mediante el cual Eulen S.A. alquiló a Lácteas García Baquero cierta maquinaria para la ejecución de la actividad, de modo que a partir de ese momento cuando Eulen S.A. emitía sus facturas a García Baquero S.A. descontaba las cantidades correspondientes por la maquinaria alquilada. La empresa Eulen S.A. tenía una encargada por cada turno en la Sala Blanca, que recibía las instrucciones por parte del responsable de control y calidad de García Baquero, que además distribuía el trabajo entre el personal de Eulen. Los trabajadores de Eulen S.A. utilizaban la ropa de trabajo que les proporcionaba Eulen en el que aparecía su anagrama y además disponían de vestuarios y aseos propios en las instalaciones de García Baquero S.A.

La empresa Eulen S.A. fijaba los turnos de trabajo, el horario, los turnos de vacaciones, concedía los permisos, las licencias y ejercía el poder disciplinario. Asimismo, Eulen S.A. elaboraba y abonaba las nóminas, pasaba los reconocimientos médicos a sus trabajadores e impartía los cursos de formación precisos para el desarrollo de la actividad a realizar. Por último, su relación laboral se regía por el convenio colectivo de Eulen S.A. y García Baquero S.A. realizaba un plan mínimo de necesidades que entregaba a Eulen S.A. para su cumplimiento y si había sobreproducción quedaba absorbida por Lácteas García Baquero S.A.⁶⁹.

⁶⁹ Circunstancias similares concurren en el caso que dio lugar a la STSJ de Madrid de 20 de julio de 2017 (núm. rec. 197/2017), sin embargo se entendió que no había habido cesión ilegal porque a juicio del Tribunal la empresa Randstad Project Services S.L. sí ejercía una actividad propia y no se había limitado a suministrar mano de obra abandonando sus funciones empresariales, funciones que identifica con la existencia de un coordinador que organizaba turnos, vacaciones, controlaba la asistencia de los empleados y les daba formación.

Las encargadas de la coordinación, pertenecientes a la plantilla de Eulen S.A., presentaron una demanda por cesión ilegal, pero el juzgado competente entendió que no había sido así, por lo que recurrieron en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que, en cambio, les dio la razón. El Tribunal hizo hincapié en dos de las circunstancias que se daban en el caso. En primer lugar, en el hecho de que Eulen S.A. tenía una amplia diversidad de actividades, pero entre ellas no constaba el envasado de quesos en plásticos, ni cualquier otra relacionada con el envasado, el etiquetado y el apilado de quesos y afines; y en segundo lugar, en el hecho de que Eulen S.A. no poseía maquinaria propia ni instalaciones adecuadas para desarrollar la actividad.

Ciertamente, en este caso es complicado diferenciar si nos encontramos ante una situación de cesión o ante una contrata, pero para el Tribunal es claro que se estaba ante un supuesto de cesión de trabajadores prohibida “por más que para llevarla a cabo se hubiera utilizado toda una serie de técnicas jurídicas sofisticadas”, dificultando así su calificación. Para el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha Eulen S.A. estaba actuando como una empresa privada de selección y colocación de trabajadores, que además cobraba por empleado y por el número de horas de trabajo que hacía cada uno de ellos y no por tarea realizada, entendida como producto final.

Unos años más tarde, el Grupo Eulen S.A. fue condenado de nuevo por cesión ilegal, en esta ocasión junto a la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, en la STSJ de Castilla La Mancha de 13 de enero de 2009 (núm. rec. 820/2008). En esta ocasión un trabajador, que prestaba servicios como auxiliar administrativo en la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, demandó por despido y en el marco del procedimiento de despido se declaró que había sido objeto de una cesión ilegal porque, en realidad, “no había existido una intervención de la empresa formal en el desarrollo de la actividad concertada, ni en la necesaria formación para el desempeño adecuado de la actividad”. Además, no había habido personas de Eulen S.A. en contacto con el trabajador, salvo el primer día trabajo y el día del despido. En definitiva,

“no había ni presencia, ni organización, ni control de la empresa multiservicios, que se limitaba a ceder al trabajador”.

En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña analiza en sus sentencias de 5 de marzo de 2010 (núm. rec. 2865/2009) y de 15 de mayo de 2012 (núm. rec. 6589\2011) de manera minuciosa y a la luz de los criterios fijados por el TS las circunstancias en las que se desarrollaba la actividad de sendas empresas multiservicios. En la primera sentencia, la empresa Selección y Servicios Integrales, S.A., especializada en recursos humanos y cuya objeto social es la explotación de todas aquellas actividades de outsourcing industrial, suministraba mano de obra a la empresa Europasty, S.A., cuya actividad principal es la elaboración de masas congeladas alimenticias. En la segunda sentencia, la empresa Vitiserveis Penedés, S.L., dedicada a la prestación de servicios agrícolas, ganaderos y forestales, al comercio de productos y bienes agrícolas y al arrendamiento de bienes y derechos agrícolas proporcionaba trabajadores a una finca para recoger uva a cambio de un precio.

En los dos casos el negocio existente entre las empresas era la contrata y, articulaban su colaboración al amparo del art. 42 ET, pero la Inspección de Trabajo tras realizar las oportunas visitas pudo constatar que se estaba más cerca de un supuesto del art. 43 ET. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró en los dos casos que ni Selección y Servicios Integrales, S.A., ni Vitiserveis Penedés, S.L., habían asumido riesgos empresariales y tampoco ejercían funciones inherentes a la condición de empresario. En concreto, en el primer supuesto se utilizaba la infraestructura de la empresa principal, la empresa de servicios no aportaba medios materiales de ningún tipo y las funciones, el horario y las necesidades productivas también las fijaba la empresa principal. Además, no había ningún responsable de Selección y Servicios S.A. para dar las correspondientes órdenes o instrucciones y aunque el objeto de la contrata era el preenvasado y envasado de los productos que fabrica la empresa principal, el Tribunal consideró que no era posible diferenciar una actividad de otra, porque tal y como se llevaba a cabo el proceso de producción dicha actividad “está integrado en el ámbito produc-

tivo de la empresa principal”. En el segundo supuesto, en el que la estructura empresarial era más sencilla, el Tribunal pudo corroborar que los trabajadores recogían la uva según las instrucciones fijadas por la empresa principal a cambio de un precio.

Por último, merece la pena mencionar que la cesión de trabajadores también ha sido objeto de análisis en supuestos de colaboración de empresas en el marco de enclaves laborales. Sin entrar en la regulación específica de esta figura, ha de quedar claro que las empresas que colaboran en el marco de un enclave laboral también podrían incurrir en un supuesto de cesión ilegal. Ahora bien, cuando la actividad es llevada a cabo por trabajadores de un centro especial de empleo, que cuenta con un coordinador en la empresa donde se desarrolla la actividad, ejerce el poder de dirección y se integra en el proceso de producción dando las instrucciones correspondientes a sus propios trabajadores no estaremos ante una cesión ilegal de trabajadores por más que el personal de la empresa que recibe la prestación de servicios de los trabajadores cedidos también puede hacer algunas indicaciones⁷⁰.

5. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se sabe, cuando una de las partes de una relación laboral es la Administración Pública, entendida en un sentido amplio, la

⁷⁰ El TS no ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de esta cuestión, pero el TSJ de Madrid sí lo ha hecho en su sentencia de 17 de noviembre de 2017 (núm. rec. 880/2017) en un caso en el que un trabajador contratado por Fundosa Servicios Industriales Zona Centro, posteriormente Ilunion Servicios Industriales Zona Centro, comenzó a prestar servicios en la empresa Hutchinson Industrias del Caucho con la que aquella había concertado un contrato de enclave laboral. En el marco de dicho contrato había un coordinador, contratado por Ilunion, que organizaba el trabajo, daba las instrucciones, controlaba las ausencias y fijaba las vacaciones. Además, Ilunion proporcionaba la formación a los trabajadores, así como los equipos de protección individual. El poder disciplinario era ejercido por Ilunion, aunque se admitió que en aquellos casos en los que hubiera riesgo para el trabajador o la producción, el jefe de equipo de Hutchinson también podía hacer notar a los trabajadores del enclave laboral la inconveniencia de su comportamiento.

aplicación de las reglas laborales puede experimentar alguna matización y la figura de la cesión de trabajadores no queda exenta de esa posibilidad. En efecto, como veremos en este epígrafe, algunas reglas aplicables a la cesión de trabajadores experimentan ciertas particularidades cuando la Administración Pública es la cesionaria.

La primera cuestión que resulta pertinente analizar cuando nos referimos a la cesión de trabajadores en la Administración es si la cesión se produce entre empresas privadas y la Administración o si se produce entre organismos públicos porque hay que saber si quien cede a los trabajadores y quien los recibe tienen personalidad jurídica diferente y una atribución de competencias y funciones diferente, pues si nos encontramos ante una colaboración reglada entre entidades públicas en la que no existe finalidad interpositoria no resultará de aplicación el art. 43 ET, tal y como ocurre en la STS de 11 de julio de 2012 (núm. rec. 1591/2011) en la que se concluye que no existe cesión ilegal de trabajadores si la Consejería de Vivienda y Suelo de la Xunta encomienda la gestión del programa de vivienda de alquiler a la Sociedad de gestión Urbanística de A Coruña S.A. en el marco de una colaboración reglada entre entidades públicas⁷¹. Ahora bien, si bajo la apariencia de colaboración, una Consejería y una Diputación firman un convenio por medio del cual esta última, que no cuenta con competencias en materia de enseñanza musical, cede el personal no asumido por la Consejería de educación, que sigue dependiendo jurídica, económica y administrativamente de la Diputación Provincial, para que preste servicios impartiendo enseñanza musical en un conservatorio, cuya competencia, titularidad y gestión directa corresponde a la Consejería de Educación, estaremos ante un supuesto de cesión ilegal y resultará de aplicación el art.

⁷¹ Entiende el TS en esta sentencia que "la función del art. 43 ET es la de evitar los fenómenos de interposición, tanto los que tienen un carácter específicamente fraudulento, como los que producen en general un efecto de disociación entre la posición empresarial real y las obligaciones y responsabilidades derivadas de esa posición en el marco del contrato de trabajo. Pero en el presente caso no se aprecia ninguna intención de defraudación y los elementos de disociación que pueden observarse derivan de una forma de prestación del servicio, que está prevista por disposiciones aplicables".

43 ET (STS de 18 de mayo de 2016, núm. rec. 3435/2014).

Asimismo, es preciso tener en cuenta si existe una regulación específica que establezca cuáles son las competencias y funciones de los diferentes organismos públicos, pues si, como ocurría en la STS de 17 de noviembre de 1986 existe una norma, en aquel caso, el RD 1854/1979, de 30 de julio, en virtud del cual se atribuía al INSS la competencia y las funciones en relación con los funcionarios y el personal de la Seguridad Social y un trabajador presta servicios para la Tesorería General de la Seguridad Social, que le da de alta y abona su cotización y su retribución, pese a haber sido contratado por el Instituto Nacional de Seguridad Social, no se estará ante una cesión ilegal de trabajadores porque dicha distribución de funciones no rompe la unicidad de la seguridad social y además "la contratación efectuada encuentra su apoyo en la pertinentes disposiciones normativas".

Salvada esta cuestión de carácter previo, resulta de especial interés analizar las numerosas sentencias del TS que ponen de manifiesto la elevada frecuencia con la que la Administración Pública externaliza la prestación de los servicios, que tienen encomendados y en las que ha sido preciso aclarar si se está ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores. Esta tarea se ha llevado a cabo en numerosos casos en los que la cesionaria es la Administración Pública y para ello se han aplicado los criterios que ha ido fijando el TS y a los que ya hemos hecho referencia, con independencia de que nos encontremos ante la administración estatal, la autonómica o la local.

Así pues, en aplicación de dichos criterios, si un Ayuntamiento contrata con una empresa la prestación de un servicio y la actividad se realiza al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa, que aparece formalmente como contratista podría pensarse que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores. Pero si además la empresa contratista no ha puesto en juego su organización productiva, de modo que su intervención se limita a abonar los salarios la sospecha de ilegalidad prácticamente se convierte en una certeza. Ésta es la calificación que el TS atribuyó a

un elevado número de supuestos en los que se analizaba el caso de un Ayuntamiento canario, que había contratado a empresas que le proporcionaban mano de obra para prestar servicios de mantenimiento, de informador turístico, de conserje, de monitor de natación, de auxiliar de redacción o de técnico auxiliar en protocolo, entre otros⁷².

El análisis de la situación anteriormente mencionada y el de los numerosos pronunciamientos judiciales a los que dio lugar permite concluir que tanto en el ámbito de la Administración Pública como en el de la empresa privada la pertenencia o la capacidad de disposición sobre los medios materiales con los que se lleva a cabo la actividad y el ejercicio del poder de dirección constituyen elementos clave a la hora de determinar si estamos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores.

⁷² En todos los casos se acredita además que las actividades se desempeñaban en el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y con sus propios medios, pero a través de empresas contratistas. STS de 17 de diciembre 2010 (núm. rec. 1647/2010, 1655/2010, 1656/2010, 1673/2010, 1814/2010, 1815/2010, 2082/2010, 2093/2010, 2094/2010, 2106/2010, 2114/2010, 2120/2010, 2412/2010), 18 de enero de 2011 (núm. rec. 1637/2010, 1642/2010, 1644/2010, 1648/2010, 1650/2010, 1710/2010, 1811/2010, 2087/2010, 2415/2010), 19 de enero de 2011 (núm. rec. 1660/2010, 1735/2010, 2121/2010), 20 de enero de 2011 (núm. rec. 1659/2010, 2100/2010), 21 de enero de 2011 (núm. rec. 1819/2010), 24 de enero de 2011 (núm. rec. 1672/2010, 1733/2010), 25 enero 2011 (núm. rec. 1657/2010), 26 de enero de 2011 (núm. rec. 1643/2010, 1810/2010), 27 de enero de 2011 (núm. rec. 1658/2010, 1675/2010, 1813/2010, 2101/2010), 31 de enero de 2011 (núm. rec. 1667/2010 y 2102/2010), 1 de febrero de 2011 (núm. rec. 1640/2010), 14 de febrero de 2011 (núm. rec. 1820/2010, 2083/2010), 15 de febrero de 2011 (núm. rec. 1654/2010, 1669/2010, 2108/2010, 2111/2010, 2116/2010, 2123/2010, 2097/2010,), 16 de febrero de 2011 (núm. rec. 1816/2010, 1817/2010, 2122/2010), 17 de febrero de 2011 (núm. rec. 2113/2010), 21 de febrero de 2011 (núm. rec. 1645/2010, 2110/2010, 2113/2010, 2411/2010, 2418/2010), 22 de febrero de 2011 (núm. rec. 1664/2010, 2419/2010, 2099/2010, 2098/2010), 23 de febrero de 2011 (núm. rec. 1646/2010), 24 de enero de 2011 (núm. rec. 2077/2010) 28 de febrero de 2011 (núm. rec. 2078 y 2413/2010), (núm. rec. 1661/2010), SSTS de 2 y 3 de marzo de 2011 (núm. rec. 2095, 2416 y 2417/2010, respectivamente), STS 4 y 9 de marzo de 2011 (núm. rec. 3463/2010, 1818/2010 y 3051/2010), STS de 19 de abril de 2011 (núm. rec. 2414/2010), STS de 4 de mayo de 2011 (núm. rec. 1674/2010), de 11 de mayo de 2011 (núm. rec. 2096/2010 y 2104/2010), de 2 de junio de 2011 (núm. rec. 1812/2010), de 27 de febrero de 2012 (núm. rec. 1325/2011).

Sin que resulte relevante para negar dicha posibilidad el hecho de que la contratista abone el salario, controle la asistencia al trabajo o el disfrute de los permisos y las vacaciones, pues esas son las típicas funciones del prestamista de mano de obra.

Tampoco resulta significativo a la hora de decidir sobre la calificación de la cesión, quién proporcione a los trabajadores la ropa necesaria para desarrollar la actividad⁷³. Tal y como se pone de manifiesto en la STS de 27 de enero de 2011 (núm. rec. 1784/2010) en la que se condena por cesión ilegal a la empresa TRAGSA y al Organismo Parques Nacionales. En este sentencia se consideró que los elementos que permitían calificar la cesión como ilegal eran: en primer lugar, el hecho de que los sistemas de comunicación e informáticos que utilizaban los trabajadores pertenecían al Organismo Parques Nacionales; en segundo lugar, que la planificación y organización diaria de las actividades era realizada por la Dirección del Organismo Parques Nacionales; y en tercer lugar, que el Director y el Coordinador del Parque eran quienes daban las órdenes genéricas y específicas sobre la realización diaria del trabajo, produciéndose además una confusión clara de las plantillas. En la misma línea se sitúa la STS de 5 de noviembre de 2012 (núm. rec. 4282/2011) en la que también se condena por cesión ilegal a la empresa TRAGSA y al Organismo Parques Nacionales. En este caso se trataba de un trabajador que prestaba servicios como guía en el Parque Nacional de los Picos de Europa y el factor que tuvo más peso a la hora de tomar la decisión por parte del TS fue el hecho de que sus funciones se desarrollaban en las mismas condiciones que las de los trabajadores del Organismo Autónomo Parques Nacionales⁷⁴, pues “cuando la cesionaria es la

⁷³ En el caso, la trabajadora prestaba servicios como Oficial de 1ª Guía en el Organismo Parques Nacionales del Ministerio de Medio Ambiente, a través de la empresa Transformación Agraria SA (TRAGSA), empresa que se encargaba de realizar la contratación, abonar los salarios y gestionar las ausencias.

⁷⁴ A la misma conclusión se llega en la STS de 4 de julio de 2012 (núm. rec. 967/2011) en la que varios trabajadores demandan al Organismo Autónomo Parques Nacionales, Parque Nacional de los Picos de Europa, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y a la empresa TRAGSA por cesión ilegal. En el ejercicio de la actividad, los vehículos, el GPS, los

Administración, lo relevante no es que la empresa cedente sea capaz de tomar por sí decisiones que afecten al ámbito de actuación de la cesionaria, sino que realmente la actividad del personal cedido se confunda y alcance una identidad básica con la que llevan a cabo los trabajadores, los funcionarios de la Administración, más allá de los términos de la contrata..." (STS de 10 de junio de 2012, núm. rec. 2200/2011).

En términos parecidos se expresa el TS en una sentencia en la que se afirma que el hecho de que la empresa cuente con medios y organigrama propios y distintos de los de una Consejería, que en el caso era la cesionaria, no es suficiente para entender que no se ha producido una cesión ilegal de trabajadores si, finalmente, se puede comprobar que la actividad se realiza, en realidad, bajo la gestión y el control de la Consejería demandada⁷⁵. O cuando los trabajadores desarrollan una actividad permanente y habitual de un Organismo Público, utilizan para ello material y utensilios, que les facilita el propio Organismo y reciben órdenes e instrucciones concretas del personal de Consejería de la que depende dicho Organismo⁷⁶. Así como cuando, junto a las

prismáticos y los uniformes eran proporcionados por TRAGSA, pero el material específico, esto es, las bolsas, agujas, termómetros etc., necesarios para realizar trabajos puntuales encomendados por el responsable del área de conservación del parque, tales como análisis genéticos o de recogida de excrementos de animales, los proporcionaba el OAPN. Además, el ejercicio del poder de dirección era llevado a cabo por una funcionaria del OAPN y las actividades diarias en nada se diferenciaban de las que llevaban a cabo los trabajadores del OAPN.

⁷⁵ En el caso, se trataba de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma Canaria, que recibía la prestación de servicios de un trabajador contratado para asesorar en materia de conservación de palomas de laurisilva, contratado por la empresa Gesplan, que no ponía en juego su organización, "limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia" (STS de 11 de noviembre de 2003, núm. rec. 3898/2002).

⁷⁶ En el caso que dio lugar a la STS de 28 de octubre de 2003 (núm. rec. 4878/2002), un empresario había suscrito con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dos contratos de servicios para la ejecución del servicio de auxiliar de laboratorio para desarrollar los programas de sanidad animal en el laboratorio Pecuário Provincial de Cuenca, y para la ejecución del servicio de auxiliar de grabación para los programas de identificación animal de la Delegación Provincial de Cuenca y Laboratorio Pecuário de Cuenca. El empresario que había

distintas formas de actuar descritas, se añade otro elemento, cual es que la cesionaria se reserve el control de idoneidad de los trabajadores, por ejemplo, en materia de conocimiento de idiomas⁷⁷.

Sin embargo, en algunas ocasiones la concurrencia de estos indicios no denota la existencia de cesión ilegal si la aparente confusión entre la cedente y la cesionaria a la hora de organizar la actividad tiene una explicación justificada (STS de 27 de septiembre de 2011, núm. rec. 4095/2010)⁷⁸ o

ganado los contratos nunca había sido visto por el centro de trabajo y se había limitado a contratar a los trabajadores y a abonarles la nómina. Su trabajo, además, nunca fue desarrollado de forma independiente y al margen del resto de personal de la Junta en el Laboratorio o en la Delegación Provincial, sino coordinado con el equipo del mismo. A todo esto se añade, que el empresario no tenía infraestructura para realizar la actividad en la Provincia de Cuenca, aunque sí la tuviera en Toledo.

⁷⁷ Así ocurría en el caso que dio lugar a la STS de 20 de octubre de 2014 (núm. rec. 3291/2013), en la que la entidad cesionaria, AENA, daba instrucciones a ese respecto. Además, en el caso se exigía que a los trabajadores se les proporcionase determinados medios de comunicación o transporte y ropa identificativa directamente relacionada con la Entidad, de hecho estaba prohibido utilizar cualquier elemento que les pudiera relacionar con la empresa Servicios Pasarela Mediterránea S.L., que era la que les había contratado.

⁷⁸ En el caso que dio lugar a la sentencia el demandante era un trabajador, que había sido contratado por la empresa SEAGA para prestar servicios en la Xunta de Galicia en la lucha contra incendios. El trabajador sostenía que la prestación de servicios se llevaba a cabo en unas circunstancias que hacían aplicable el art. 43 ET, pues la empresa SEAGA sólo aportaba los servicios de los trabajadores, mientras que las instalaciones, la maquinaria y la organización correspondían a la Xunta de Galicia. Además, había quedado probado que el helicóptero que empleaban pertenecía a la Xunta y que el trabajador había realizado las tareas objeto de la encomienda coincidiendo en ocasiones con personal de la Xunta. El TS entendió que no se había producido una cesión de trabajadores porque "debe distinguirse entre las tareas materiales de prevención y lucha contra incendios, que se evidencia como objeto de la contrata y otra la dirección de la obra que incumbe a la principal, máxime cuando está en juego un bien público cual es la seguridad de las personas y de los bienes, deber atribuido de la Administración Pública, en este caso la Xunta de Galicia, lo que abona también que los medios de mayor envergadura sean también de su propiedad. Por el contrario la actividad de menor rango en cuanto a la toma de decisiones, aunque no de menor trascendencia, ya que el adecuado mantenimiento de los terrenos resulta esencial en la tarea de prevención, es labor de la concesionaria para cuya realización no precisa medios con una operatividad como la de extinción en la que ya se ha hecho

si se puede concluir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, que se está ante un supuesto que encaja en el art. 42 ET (STS de 2 de noviembre de 2016, núm. rec. 2779/2014)⁷⁹.

En consecuencia, los criterios que contribuyen a determinar si estamos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores, con carácter general, no varían ni experimentan matización alguna por el hecho de que la cesionaria sea la Administración Pública⁸⁰. Sin embargo, la aplicación del art.

presente una situación actual de riesgo cuyo control efectivo deberá ser llevado a cabo por la autoridad competente, en consecuencia el motivo deberá ser desestimado".

⁷⁹ En esta sentencia se discutía si el servicio telefónico que presta la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a través de la empresa KB constituía un supuesto de cesión ilegal de trabajadores. Teniendo en cuenta que el servicio se prestaba en los locales y con los medios materiales de KB, entre los que se incluía una herramienta informática específica, que KB ejercía la actividad objeto de la contrata de modo directo y pleno y que desarrollaba las funciones inherentes a su condición empresarial, el TS entendió que no había habido cesión ilegal de trabajadores, a pesar de que la AEAT había contribuido a la formación de los trabajadores de la contratista, incluso controlaba la prestación del servicio mediante la grabación de sus conversaciones con los contribuyentes, que el número de teléfono en el que se recibían todas las llamadas que requerían esa información era de titularidad de la AEAT y que, en fin, en los casos en que la información requerida superara un cierto nivel de complejidad, la consulta era derivada hacia otro personal de la propia AEAT.

⁸⁰ Precisamente, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, estableció en su disposición adicional primera la obligación de todos los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de "dictar sus respectivos ámbitos de competencias, las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral". En diciembre del mismo año y ante el escaso número de instrucciones dictadas para cumplir dicho mandato se dictó una Instrucción general para todo el sector público estatal sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores. Resulta de especial interés el modelo de instrucción que se incluye en el que prácticamente se van exponiendo los criterios fijados por el TS y aclarando el modo de proceder para evitar una condena de cesión ilegal. Así por ejemplo, se hace referencia a que las empresas adjudicatarias de los servicios cuenten con solvencia técnica y profesional para realizar los trabajos encomendados

43 ET sí sufre cierta modulación respecto de algunos de sus efectos. Conforme al art. 43 ET, tal y como se recuerda en la STS de 19 de junio de 2002, núm. rec. 3846/2001⁸¹, "el derecho más trascendental que confiere la norma estatutaria al trabajador cedido es la condición de fijo, y además que la fijeza pueda adquirirse en la cedente o en la cesionaria", pero esta consecuencia no resulta directamente extrapolable a los casos en los que la cesionaria presenta naturaleza pública, pues en estos casos resulta necesario armonizar el derecho del trabajador contratado defectuosa o fraudulentamente, con el derecho a que la provisión de los puestos de las Administraciones Públicas se realice respetando los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad⁸². En 2002 el TS

o a que la determinación del precio y el pago de los contratos se realice atendiendo al coste global del servicio y no a unidades de tiempo. J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, "Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 6, I, La Ley, 2013.

⁸¹ En el caso, el actor había sido contratado por la empresa Protección y Seguridad Técnica, S.A (PROSETECNISA) en 1991 al amparo de un contrato de fomento del empleo. Desde 1996 siguió desarrollando su actividad en virtud de un contrato por obra para prestar servicios como Guarda de Seguridad, siendo su objeto el servicio de vigilancia y seguridad en las instalaciones del Consorcio de Aguas de Bilbao, convirtiéndose en indefinido en 1997. Tras una visita de la Inspección de Trabajo se levantó acta al entender que el trabajador había sido objeto de cesión ilegal, pues se había podido probar que el trabajador, perteneciente a la plantilla de PROSETECNISA, como vigilante de seguridad, había sido cedido al Consorcio de Aguas de Bilbao, realizando bajo su exclusiva dirección las funciones de Ordenanza.

⁸² Así se afirma en la STS de 17 de septiembre de 2002 (núm. rec. 3047/2001) en la que se discutía si los trabajadores que habían sido objeto de cesión ilegal, tal y como se había reconocido en la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 2001, debían ingresar en la cesionaria, que era la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, como trabajadores indefinidos o como trabajadores fijos. La sentencia, en la línea de la dictada por el TS el 19 de junio de 2002 (núm. rec. 3846/2001) estableció que los trabajadores, que habían sido contratados por Gesper Gestión de Empresas y Recursos Humanos para prestar servicios como auxiliares de laboratorio para el desarrollo de los programas de sanidad animal y de auxiliares de grabación para los programas de identificación animal en las dependencias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, concretamente en el Laboratorio Provincial Pecuário, podían ingresar en la cesionaria en aplicación

se enfrentó a esta cuestión por primera vez, pues aunque a finales de los años 90 se había fijado la doctrina a seguir en los casos en los que la Administración había hecho uso de la contratación temporal de manera irregular, no se había planteado hasta el momento en qué términos debía ser cumplido el art. 43.4 ET cuando se estaba ante un supuesto de cesión ilegal. El TS a la hora de resolver esta cuestión se apoyó en la doctrina ya elaborada respecto de la contratación temporal irregular en la Administración e hizo especial hincapié en el hecho de que el incumplimiento de una norma laboral no podía tener como consecuencia la adquisición de la fijeza en la Administración al margen de las normas sobre acceso al empleo público, que tienen carácter imperativo.

A juicio del TS, en estos casos “debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas a los intereses que con aquélla se tutelan...la contratación de personal laboral por la Administración Pública, es por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente a otros mandatos constitucionales... y en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”. De modo que, teniendo en cuenta estas consideraciones y la distinción entre el carácter indefinido de un contrato y la fijeza en plantilla se concluyó que en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores en los que la cesionaria era la Administración Pública el trabajador objeto de cesión no podía consolidar una condición de fijeza sin haber superado los procedimientos de selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En consecuencia, el organismo afectado por la cesión, que en el caso de esta sentencia pionera era el Consorcio de Aguas de Bilbao, no atribuyó al trabajador cedido la fijeza que solicitaba adscribiéndole definitivamente al puesto de trabajo, sino que su condición sería la de indefinido y el organismo afectado tendría que adoptar las

medidas necesarias para la provisión regular del puesto y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existiría causa lícita para extinguir el contrato⁸³.

6. CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: ASPECTOS RETRIBUTIVOS, CLASIFICACIÓN PERSONAL Y DESPIDO

Conocidos los criterios que aplica el TS para saber si nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores es el momento de detenernos en la doctrina jurisprudencial, que se viene aplicando en relación con los problemas que pueden surgir una vez declarada su existencia. Como se sabe, el art. 43 ET no solo incluye criterios que permiten concretar cuándo nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores, también hace referencia a las consecuencias de dicha declaración⁸⁴. El trabajador objeto del tráfico prohibido por la cesión ilegal podrá dirigirse contra el empresario cedente o contra el empresario cesionario o contra ambos indistintamente para hacer efectivos sus derechos. La responsabilidad solidaria es la *ex lege* del Código Civil y se traduce en que, cualquiera de los deudores solidarios responderá de la integridad de la deuda, sin perjuicio de que internamente cada uno responda por su parte de cuota pudiendo repetir contra el otro⁸⁵. El alcance de tal responsabilidad lo es respecto de todas las obligaciones sin distinción, cualquiera que sea su origen, contraídas con el trabajador cedido, cualquiera que sea su na-

⁸³ A esa conclusión también se llega en las SSTs de 19 de noviembre de 2002 (núm. rec. 909/2002), de 11 y 27 de diciembre de 2002 (núm. rec. 639/2002 y 1259/2002, respectivamente) y de 11 de noviembre de 2003 (núm. rec. 3898/2002 y 17/2003).

⁸⁴ Una recopilación de la jurisprudencia en M. ALEGRE NUENO, “Concepto y efectos de la cesión ilegal de trabajadores”, en AA. VV., *El empresario laboral*, coord. A. BLASCO, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 270 y ss.

⁸⁵ Así se recoge en sentencias de diferentes Audiencias Provinciales y es asumido por la Sala de lo Civil del TS. Entre otras, SAP de Madrid de 19 de diciembre de 2014 (rec. apel. 367/204), SAP de Pontevedra de 27 de junio de 2016 (rec. apel. 164/2016) o STS (sala de lo Civil) de 31 de julio de 2015 (núm. rec. 2436/2013).

del art. 43 ET en su condición de trabajadores indefinidos, pero no en la de hijos.

tural, derivadas del contrato de trabajo, del convenio colectivo, o de las disposiciones legales y reglamentarias, lo que permite incluir tanto las deudas indemnizatorias como las salariales, así como las mejoras voluntarias, recargos de prestaciones, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, las cotizaciones y las prestaciones de Seguridad Social, así como todas las consecuencias de un despido declarado improcedente⁸⁶.

La regulación de algunas de esas consecuencias genera ciertas dudas y otras, en cambio, no aparecen mencionadas en el precepto, de ahí que resulte imperativo conocer la doctrina del TS al respecto. Hasta el momento, el TS se ha visto en la obligación de resolver algunas cuestiones generales de carácter temporal, así como algunas otras más específicas, como la relativa a los efectos retributivos de la declaración de una situación de cesión ilegal, la clasificación profesional de quien, habiendo sido objeto de cesión ilegal, ejerce la opción de fijeza y por último las específicamente relacionadas con la declaración de cesión ilegal de trabajadores en el marco de un procedimiento de despido.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, esto es, el momento a partir del cual los trabajadores que han sido objeto de cesión ilegal y han optado por la empresa cesionaria tienen derecho a percibir sus retribuciones de acuerdo con la norma aplicable en ella, el TS ha elaborado una doctrina, que empleando sus propias palabras, ha experimentado cierta evolución⁸⁷. Al responder a esta pregunta tan concreta, en realidad el Tribunal estaba dando respuesta a una cuestión de alcance general, cual es la de saber si la declaración judicial de cesión ilegal tiene eficacia *ex nunc* o *ex tunc*. A principios de los años 90 el TS consideraba que la resolución judicial que de-

claraba la cesión ilegal de trabajadores tenía eficacia *ex nunc* respecto de las consecuencias económicas porque no se hacía referencia a ellas en el art. 43 ET. Sin embargo, respecto de la antigüedad, como era una consecuencia prevista en la norma, se entendía que los efectos de la resolución judicial respecto de ella eran *ex tunc* (STS de 15 de noviembre de 1993, núm. rec. 92/1294)⁸⁸.

Casi a finales de los 90 el TS matizó esta doctrina y en varias sentencias dio respuesta a esa cuestión haciendo hincapié en si el empleador cedente era ficticio o real⁸⁹. Si la empresa cedente era ficticia la eficacia de la resolución judicial de la declaración de cesión ilegal respecto de las condiciones de trabajo era *ex tunc* y si nos encontrábamos ante un empleador real la eficacia de dicha resolución era *ex nunc*, pues para el TS el art. 43 ET regula dos fenómenos diferentes: de un lado, cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; y de otro, cesiones con una finalidad interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y se persigue un objetivo fraudulento. Cuando nos encontramos en este último caso al romper la simulación todos los efectos de la relación laboral real deben poder recuperarse sin ninguna limitación temporal, salvo las que puedan derivar de las normas sobre prescripción, pues solo así se logra la finalidad de la prohibición legal de la cesión y es por ello que en estos casos los efectos deban ser *ex tunc*.

A partir de 2001, en cambio, se subraya el hecho de que la interposición cabe también entre empresas reales y que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia. Este nuevo enfoque del TS permite concluir que cuando la opción por parte del trabajador cedido se ejercita por la

⁸⁶ Así lo afirma I. MORENO GONZÁLEZ-ALLER, "Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores, *Revista Aranzadi Social*, núm. 20, 2008, pág. 13.

⁸⁷ En la STS de 30 de noviembre de 2005 (núm. rec. 3630/2004) se da cuenta de la evolución de la jurisprudencia en relación con esta cuestión. El punto de partida se situaría en la sentencia de 15 de noviembre de 1993, que posteriormente fue matizada por las sentencias de 18 de marzo de 1994 (núm. rec. 558/1993) y de 21 de marzo de 1997 (núm. rec. 3211/1006).

⁸⁸ Esta sentencia estima parcialmente el recurso de las trabajadoras interpuesto contra Telefónica S.A sobre reclamación de derecho y de cantidad.

⁸⁹ SSTs de 21 de marzo de 1997 (núm. rec. 2612/1997) y de 3 de febrero de 2000 (núm. rec. 1600/2000).

relación laboral real, la calificación de cesión ilegal no tiene propiamente un efecto constitutivo porque ni dicha opción ni la sentencia que la declara crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. La aplicación de estas reglas generales a los aspectos retributivos en particular llevó al TS a reconocer el derecho de los trabajadores cedidos a la retribución fijada en el convenio colectivo de la empresa cesionaria por la que habían optado desde el mismo momento en que se habían producido la cesión⁹⁰, con la única salvedad de la reglas de prescripción⁹¹, sin que el silencio del art. 43.3 ET respecto de las consecuencias salariales de la declaración de cesión ilegal de trabajadores impida que se extraigan los efectos naturales de la prestación de servicios que efectivamente se haya desarrollado⁹².

Una cuestión mucho más concreta, pero conectada igualmente con las condiciones salariales, es la que se analiza en varias sentencias que responden a la cuestión de si el trabajador, que ha sido objeto de cesión ilegal y en aplicación del art. 43.4 ET opta por incorporarse como fijo en la empresa cesionaria, tiene derecho a mantener las condiciones salariales de las que disfrutaba en la empresa cedente. El TS da respuesta a esa cuestión en su sentencia de 25 de mayo de 2010 (núm. rec. 3077/2009), que tiene su origen en un caso en el que un trabajador, objeto de cesión ilegal por parte de la empresa Payma Cotas SA., a través de la cual prestaba servicios para la Confederación Hidrográfica del Norte, quería saber si tenía

derecho a mantener la misma cuantía salarial que venía cobrando en la empresa cedente y que ascendía aproximadamente al doble de la cantidad que le correspondía de acuerdo con el convenio colectivo aplicable en la Confederación Hidrográfica del Norte, en la que se había integrado. El TS sostiene en esta sentencia, como ya hiciera en la de 5 de diciembre de 2006 (núm. rec. 4927/05), en la de 9 de diciembre de 2009 (núm. rec. 339/2009) y posteriormente en la de 6 de julio de 2012 (núm. rec. 2719/2011), que la opción correcta pasa por aplicar las condiciones salariales que corresponden al resto de los trabajadores de la empresa por la que se haya optado, pues, como también nos recuerda en su sentencia de 25 de enero de 2011 (núm. rec. 1219/2010), los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tienen derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria y sus derechos y obligaciones en ella serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo⁹³. Se trata de una regla de equiparación de condiciones que tiene el objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, pero “no el de situarle privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que se ha optado, consintiéndole una suerte de espiguelo entre las condiciones laborales más beneficiosas que establezca el convenio aplicable y los posibles contratos per-

⁹⁰ SSTs de 14 de septiembre de 2001 (núm. rec. 582/2002), de 17 de enero de 2002 (núm. rec. 3863/2000), de 16 de junio de 2003 (núm. rec. 7092/2003), de 31 de octubre de 2005 (núm. rec. 3911/2004), de 30 de noviembre de 2005 (núm. rec. 3630/2004), de 5 de diciembre de 2006 (núm. rec. 4927/2005), de 17 de abril de 2007 (núm. rec. 504/2006) y de 24 de noviembre de 2010 (núm. rec. 150/2010).

⁹¹ SSTs de 24 de noviembre de 2004 (núm. rec. 6369/2003), de 15 de marzo y 27 de abril de 2010 (núm. rec. 1854/2009 y 2164/2009) de 26 de noviembre y de 2 de diciembre de 2013 (núm. rec. 2353/2012 y 441/2013, respectivamente) y de 14 de febrero y 30 de abril de 2014 (núm. rec. 544/2013 y núm. rec. 1836/2013).

⁹² SSTs de 30 de noviembre de 2005 (núm. rec. 3630/2004), de 15 de marzo de 2010 (núm. rec. 1854/2009) y de 4 de julio de 2013 (núm. rec. 2637/2012).

⁹³ Así, en la STS de 25 de enero de 2011 (núm. rec. 1043/2010), que tiene su origen en un caso en el que un trabajador, que había sido contratado por la empresa Telemarketing S.A. y prestaba servicio de asesoramiento informativo en la Dirección General de Tributos de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid; y en la que se discutía si el trabajador tenía derecho a que le abonasen lo que correspondía de acuerdo con el convenio colectivo de la empresa cesionaria, en tanto que Titulado Superior, o las cantidades que correspondieran teniendo en cuenta las funciones concretas que se desarrollaban y que no coincidían con las correspondientes a un Titulado Superior en el convenio colectivo de la cesionaria. En esta sentencia el TS fija el criterio, aunque finalmente no lo puede aplicar porque no se había entrado a debatir las tareas concretas que se venían realizando. No obstante, resulta de interés tener claro que para el TS el art. 43 ET no obliga a la empresa cedente y a la cesionaria a atribuir una categoría sino que las funciones que se hayan desempeñado surtan sus efectos económicos y de todo género en la empresa en la que adquiera la fijeza. Así pues, habrá que estar a las funciones efectivamente realizadas y si se ha optado por la cesionaria habrá que otorgar la categoría que en ésta corresponda, coincida o no con la categoría de la empresa cedente.

feccionados en fraude de ley”. Además, mantener lo contrario y permitir que el trabajador pudiera conservar el salario que venía percibiendo en la empresa cedente “sería incoherente y opuesto a la doctrina de los propios actos, así como al principio de igualdad”⁹⁴.

Por último, en este epígrafe dedicado al análisis de los problemas que pueden surgir tras la declaración de una cesión ilegal de trabajadores a la hora de hacer efectivas las consecuencias que se establecen en el art. 43 ET, merece la pena detenerse en la respuesta que el TS ha proporcionado en aquellos casos en los que la cesión ilegal es declarada en el marco de un procedimiento de despido y, en concreto, se quiere saber a quién le corresponde tomar la decisión de extinguir o indemnizar al trabajador en el caso de que aquel haya sido declarado improcedente. Se plantea, en concreto, si dicha opción le corresponde a la empresa cedente o a la empresa cesionaria.

El TS en sus sentencias de 5 de febrero de 2008 (núm. rec. 4713/2006) y de 31 de mayo de 2017 (núm. rec. 3481/2015) da respuesta a esa cuestión. En la primera de ellas un trabajador que prestaba servicios para la empresa ARTECHE a través de la empresa Link Externalización de Servicios fue despedido por esta. En la instancia se declaró la improcedencia del despido y la existencia de cesión ilegal y el juzgado competente condenó a las dos empresas, con carácter solidario, a optar entre readmitir o resolver el contrato mediante la oportuna indemnización y además concedió al trabajador la facultad de elegir aquella de las dos empresas con la que prefiriera tener la condición de fijo. Las empresas recurrieron esta decisión y en suplicación se concedió además al trabajador la opción de elegir entre ser readmitido o indemnizado en aquella empresa en la que hubiera elegido quedarse.

La empresa cedente acudió al TS, que dictó una sentencia en la que de manera tajante sostiene que el art. 43.3 ET no supone una modificación en materia de titularidad de la opción por la readmisión o la indemnización en caso de despido improcedente, pues el art.

43 ET no regula ningún aspecto relacionado con el despido y por esa razón la opción entre la readmisión o la indemnización no le corresponde al trabajadores, le corresponde a la empresa, en concreto a aquella (la cedente o la cesionaria) en la que el trabajador, ejerciendo el derecho que le confiere el art. 43 ET, hubiera elegido integrarse.

Esta regla es la misma que se ha aplicado en la STS de 31 de mayo de 2017 (núm. rec. 3481/2015) que tiene su origen en un caso en el que la entidad cesionaria es la Administración, en concreto la Delegación Provincial de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, donde prestaba servicios como Ingeniero Técnico un trabajador que había sido contratado por Tecnología y Servicios Agrarios S.A (TRAGSATEC). En esta sentencia se pone de manifiesto que el derecho de opción del trabajador a integrarse como fijo en una de las dos plantillas se ha de ejercer con carácter previo al derecho de la empresa a optar por la extinción o la indemnización ante el despido. En el caso, el trabajador decidió integrarse como empleado en la Junta de Andalucía y por tanto será la Junta de Andalucía la que haga efectiva la opción que se recoge en el art. 56.1 ET. En cuanto a la indemnización por despido, el TS confirma la condena solidaria entre la empresa cedente y la cesionaria⁹⁵.

⁹⁵ Ahora bien, si nos encontramos ante un supuesto en el que un trabajador ha sido objeto de cesión ilegal y cuando es despedido ya estaba contratado por la empresa cesionaria, que es la que extingue el contrato, no se puede declarar la responsabilidad solidaria relativa al abono de la indemnización por despido de la empresa cedente porque cuando se produce el despido la cesión ilegal ya no existe. Así se afirma en la STS de 14 de septiembre de 2009 (núm. rec. 4232/2008) en la que nos encontramos con un caso en el que un trabajador que había sido contratado por la empresa Talleres Mecánicos del Sur (TAMESUR S.A) había prestado servicios desde enero de 2002 a diciembre de 2004 en las instalaciones de Ibersilva SAU, recibiendo las órdenes de un trabajador de dicha empresa, que además le proporcionaba el material y las herramientas de trabajo. A partir de enero de 2005 el trabajador había sido contratado por Ibersilva SAU, que despidió al trabajador en febrero de 2007. En el marco del procedimiento de despido se estableció que el trabajador había sido objeto de una cesión ilegal y en Suplicación se condenó solidariamente a la empresa TAMESUR S.A y a la empresa IBERSILVA SAU a abonar la correspondiente indemnización calculada desde el 2002. TAMESUR S.A recurrió en unificación en doctrina al considerar que en Suplicación no se había tenido en cuenta la regla de la subsistencia de la

⁹⁴ Así se afirma también en la STS de 6 de julio de 2012 (núm. rec. 2719/2011).

7. CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES: ALGUNAS CUESTIONES DE CARÁCTER PROCESAL

Un análisis del régimen jurídico de la cesión ilegal de trabajadores y de los criterios que el TS ha venido aplicando a la hora de llevar a cabo su interpretación no estaría completo si no nos detuviéramos en aquellos aspectos problemáticos, conectados con el ejercicio de las acciones que permiten hacer efectiva la protección que la norma dispensa a los trabajadores objeto de cesión ilegal. Al margen quedan aquellos otros pronunciamientos en los que se analizan cuestiones procesales con ocasión de un supuesto de cesión ilegal, pero en los que el supuesto de cesión no es elemento determinante del pronunciamiento⁹⁶.

El TS ha repetido en numerosas sentencias que la cesión ha de estar viva en el momento en el que se ejercita la acción, pero cabe preguntarse qué alcance tiene esa afirmación, pues dicha exigencia, en realidad, debería limitarse únicamente a la acción de fijeza efectiva en la medida en que así parece imponerlo el art. 43.4 ET y la lógica jurídica porque el trabajador objeto de cesión difícilmente puede optar por quedarse en la empresa cedente o en la cesionaria si ya no presta servicios en ninguna de las dos. Por esta razón el TS considera que si la cesión ha concluido no es posible ejercer la acción de fijeza, aunque la cesión haya sido ilegal, con la única excepción de que se haya producido el despido mientras subsistía la cesión, pues en estos casos, entiende el TS que el trabajador sí puede accionar frente al despido invocando la ilegalidad de la cesión

cesión y con ello se perpetuaban los efectos de la cesión cuando el contrato con TAMESUR S.A ya se había extinguido en el 2004. Además, desde 2007 ya se había formalizado la relación laboral entre el trabajador y la empresa en la que prestaba sus servicios, por lo que no se creó una relación nueva sino que adquirió vigencia la que verdaderamente existía "dejando sin efecto la apariencia creada por la interposición".

⁹⁶ Acerca de cómo interpretar el plazo de prescripción del art. 59 ET en relación con una actuación inspectora en la que se pone de manifiesto la existencia de cesión ilegal STS de 21 de octubre de 2004 (núm. rec. 4567/2003). Sobre la aplicación del efecto de cosa juzgada de la sentencia firme de un despido colectivo respecto del ejercicio de la acción individual declarativa de una cesión ilegal de trabajadores STS de 16 de octubre de 2017 (núm. rec. 2117/2017).

con el fin de conseguir una condena solidaria de ambas empresas y que las dos respondan de las consecuencias del despido⁹⁷.

En esos procesos de despido la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere el carácter de una cuestión previa sobre la que es necesario decidir para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET⁹⁸, pues no se puede obviar la interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal. Cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra de lo previsto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS, en adelante) (STS de 12 de febrero de 2008 (núm. rec. 61/2007)⁹⁹.

También ha planteado dudas la cuestión relativa al momento que debe ser tomado como referencia a la hora de decidir si subsiste la situación de cesión ilegal, pues, como veremos, el criterio manejado por el TS ha ido variando. Así, mientras que en las SSTS de 7 de mayo de 2010 (núm. rec. 3347/2009), de 3 de octubre de 2012 (núm. rec. 4286/2011) o de 29 de octubre de 2012 (núm. rec. 4005/2011) se afirmaba que la cesión ilegal debía estar viva en el momento de interponer la demanda por medio de la cual se solicita la declaración de cesión ilegal; en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 (núm.

⁹⁷ Conclusión a la que se llega en las SSTS de 19 de diciembre de 1980, y 19 de enero y 16 de noviembre de 1982, así como de 16 de febrero de 1989, 13 de diciembre de 1990, 19 de enero de 1994 (núm. rec. 3400/1992), de 21 de marzo de 1997 (núm. rec. 3211/1996) y recientemente en las SSTS de 20 de mayo de 2015 (núm. rec. 179/2014), de 21 de junio de 2016 (núm. rec. 2231/2014), de 5 de octubre de 2016 (núm. rec. 276/2015), de 20 de diciembre de 2016 (núm. rec. 1795/2015), de 31 de mayo de 2017 (núm. rec. 3599/2015) y 17 de mayo de 2018 (núm. rec. 4153/2016).

⁹⁸ Así se establece en la STS de 14 de septiembre de 2009 (núm. rec. 4232/2008) en la que se da cuenta de las SSTS de 19 de noviembre y 27 de diciembre de 2002 (núm. rec. 909/2002 y núm. rec. 1259/2002, respectivamente) en las que se emplea la denominación "prejudicial interna" para referirse a la mencionada cuestión previa.

⁹⁹ En el mismo sentido STS de 20 de mayo de 2015 (núm. rec. 179/2014).

rec. 312/2016) el TS reconoce la necesidad de rectificar la doctrina expuesta de tal manera que “la posibilidad de accionar para obtener la declaración de la existencia de cesión ilegal exige que tal situación como tal esté vigente en el momento en que el trabajador ponga en marcha la reclamación judicial de su derecho, lo que se concretará en el momento de los actos de evitación del proceso legalmente exigibles como requisito para la presentación de la demanda ante el juzgado” y ello porque, entre otras razones, la conciliación previa es un trámite obligatorio.

Asimismo, la cesión tiene que estar viva cuando lo que se pretende no es ejercitar la elección de fijeza sino reclamar que, a quien ha sido objeto de cesión ilegal se le reconozca, a efectos de antigüedad, el tiempo de servicios prestado para su verdadera empleadora como empleado cedido ilegalmente. En esos casos el trabajador sí tiene acción, tal y como se establece en la STS de 17 de mayo de 2018 (núm. rec. 4153/2016) en la que el TS estima el recurso de una trabajadora que había sido contratada inicialmente por la empresa Grupo Clave Consultores S.A y posteriormente por la Empresa de Transformación Agraria S.A para prestar servicios como auxiliar de laboratorio en la Consellería do Medio Rural de la Xunta de Galicia y reclamaba que se le reconociese un complemento de antigüedad durante todo el período de tiempo en el que había sido objeto de cesión ilegal por parte de las dos empresas mencionadas.

Más complejo resulta el supuesto en el que se discute si procede ejecutar una sentencia firme que se ha dictado en un proceso de cesión ilegal en la que se declara el derecho de opción del trabajador para integrarse en la plantilla de la empresa cesionaria, cuando con anterioridad a su firmeza la empresa formal ya había despedido al trabajador alegando que la obra para la que había sido contratado, ya había finalizado. En palabras del TS es esta una cuestión compleja que no encuentra solución en el ordenamiento jurídico y que suscita problemas de difícil arreglo (STS de 3 de octubre de 2012, núm. rec. 4286/2011)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Se resuelve un supuesto similar en las SSTs de 11 de diciembre de 2012 (núm. rec. 4005/2011) y de 20 de diciembre de 2016 (núm. rec. 1794/2015).

En definitiva, se trataba de aclarar si se podía considerar jurídicamente correcta una resolución judicial en la que se acordaba no ejecutar una sentencia firme, que condenaba a las empresas cedente y cesionaria en un supuesto de cesión ilegal y se declaraba el derecho del trabajador a integrarse, a su opción, en la plantilla de la empresa real, Alcoa Transformación de Productos S.L, o en la empresa formal, Masa Norte S.A. porque con anterioridad a que esta sentencia hubiera adquirido firmeza, el trabajador había sido despedido por la empresa formal alegándose el fin de la obra. Cuando el trabajador solicitó la ejecución de la sentencia el juzgado de lo social competente dictó auto estableciendo que no se podía ejecutar pues el contrato de trabajo se había extinguido anteriormente por una causa prevista en el ordenamiento jurídico y la impugnación de dicha decisión extintiva no había logrado restablecer el vínculo contractual. En efecto, la sentencia sobre cesión ilegal había quedado firme el 10 de marzo de 2009, el trabajador había sido despedido el 31 de diciembre de 2008 y la sentencia de despido había quedado firme el 9 de abril de 2010, y entre esas dos fechas el trabajador había solicitado la ejecución de la sentencia sobre cesión ilegal, que el juzgado acordó el 22 de febrero de 2010, requiriendo a Alcoa para que la cumpliera, pero Alcoa se opuso a la ejecución de la sentencia porque el contrato del trabajador en aquel momento estaba extinguido. El TS, en cambio, estimó el recurso del trabajador y reconoció el derecho del trabajador a optar por integrarse como fijo en MASA S.A. o en ALCOA Transformación de Productos S.L, pues “no puede admitirse el subterfugio de pretender dejar dicho derecho sin efecto por el despido efectuado por la Empresa MASA NORTE S.A, sociedad independiente de Alcoa S.L.”.

8. CONCLUSIÓN

Valorar el alcance de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de cesión ilegal de trabajadores resulta especialmente complejo por el gran número de pronunciamientos sobre la materia, así como por lo variado de su contenido. No obstante, el intento de selección y clasificación que se ha realizado permite identificar varios bloques de materias, que se

corresponden, al menos, con los epígrafes en los que se ha sistematizado este trabajo.

Sin lugar a duda, el bloque principal lo constituyen un elevado número de sentencias por medio de las cuales el Tribunal Supremo va tratando de discernir cuándo nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores o ante otra situación, ya sea manifestación de una forma de intermediación, de interposición o de colaboración admitida por el ordenamiento jurídico. Diversos son los criterios que fue aplicando el Tribunal y que, posteriormente, y de manera resumida se trasladaron a la Ley. De acuerdo con estos criterios se puede concluir que estamos ante una cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa cedente actúa como mera intermediaria o cuando aparentemente no lo es, pero, en realidad, no tiene actividad propia o estable o incluso cuando sí cuenta con una actividad propia y estable, pero no está en posesión de los medios necesarios para desarrollarla y, por último, también es posible que se cumplan estas dos premisas, pero no se ejerzan las funciones inherentes a la condición de empleador.

Podría parecer que existe cierta jerarquía entre los criterios que se han enunciado, pero, en realidad, no es así. No obstante, el análisis de los pronunciamientos del TS sí permite afirmar que estos criterios responden a una determinada lógica, de la que podemos extraer un modo de proceder a la hora de dirimir si estamos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores. En primer lugar hay que verificar si existe o no la empresa respecto de cuya actuación se duda, y si no existe estaremos ante una cesión ilegal. Ahora bien, si la empresa existe hemos de pasar a un segundo nivel de verificación para saber si se ha puesto en juego la estructura con la que se cuenta, si bien, la verificación de este criterio puede sufrir, como hemos visto, ciertas matizaciones. Por último, el hecho de que se cumplan las condiciones anteriores no impide que nos encontremos ante un supuesto de cesión ilegal, por lo que será preciso entrar en el tercer nivel de comprobación y examinar en qué medida se han ejercitado los poderes inherentes a la condición de empleador. En definitiva, lo que ha hecho el TS es analizar las situaciones a la luz de varios filtros, que persiguen dar

respuesta a una sola pregunta sobre la que se construye la noción de cesión ilegal: ¿quién es el empleador efectivo?

En todo caso, ha de quedar claro que este modo de proceder no nos proporciona una respuesta unívoca, pues resulta necesario pasar por este tamiz las circunstancias del caso concreto, que estarán relacionadas con la identidad y entidad de la empresa cedente, con el objeto de actividad, con el modo de prestar el servicio por parte de los trabajadores o con el modo de ejercer el poder de dirección y el poder disciplinario por parte del empleador. Por tanto, no estamos en disposición de ofrecer un método infalible para saber, a priori, si nos encontramos ante una cesión ilegal de trabajadores, pues la naturaleza de la actividad o el modo concreto de desarrollarla pueden alterar la respuesta al aplicar los criterios mencionados, pero sí contamos con un importante acervo jurisprudencial, que nos ayuda a conocer cuál es la lógica con la que se ha de proceder y cuál el objetivo a lograr: la identificación del verdadero empleador. Así pues, aunque parezca describirse un escenario de incertidumbre, en realidad, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia ha arrojado luz y ha trazado con claridad la tendencia a seguir, que no es otra que la protección del trabajador ante supuestos de prestamismo ilegal, que, aunque podría no perjudicarlo o incluso beneficiarlo, no será así en la mayor parte de los casos.

Precisamente por estas razones tal vez sería interesante plantear la posibilidad de salir del marco y los límites que impone el art. 43 ET y regular de manera general una atribución de responsabilidades en aquellos casos en los que por una vía u otra un trabajador entra en el ámbito ya sea de organización, ya sea de dirección de un empleador. Cierto es que esta propuesta requeriría replantear el concepto de empleador y tal vez refundir o reordenar la sección del Estatuto de los Trabajadores dedicada a las garantías por cambio de empresario, pero de este modo la normativa se ajustaría más a la realidad de las organizaciones donde la colaboración no es una posibilidad sino en muchos casos una necesidad; y, lo que es más importante, los trabajadores contarían con un régimen de garantías más transparente en el que las condiciones de

trabajo estarían equiparadas y las responsabilidades claramente delimitadas.

Por otra parte el TS también ha sentado el criterio a seguir en relación con algunos aspectos de la cesión ilegal de trabajadores que la norma no regula y respecto de los cuales su labor tiene una mayor trascendencia, si cabe. En este bloque hay que mencionar, entre otras, las sentencias acerca de la cesión ilegal por parte de empresas de trabajo temporal que pusieron fin a la patente de corso de la que parecían disponer por el hecho de estar autorizadas a actuar. Con esos pronunciamientos el TS abre la puerta a la posibilidad de que el incumplimiento en el uso de las modalidades contractuales correspondientes no solo conlleve la pertinente sanción, sino que despliegue sus efectos en el seno de la relación laboral.

Asimismo, resulta destacable la aplicación de la doctrina sobre los trabajadores indefini-

dos no fijos, que en 1998 se había construido en relación con el uso irregular de la contratación temporal en las Administraciones Públicas. En efecto, el TS aplica dicha doctrina para resolver un asunto complejo, cual es el ejercicio de la acción de fijeza del trabajador objeto de cesión ilegal cuando la cesionaria es la Administración Pública y se opta por la incorporación a su plantilla. Una vez más, observamos en este asunto la colisión entre las reglas de Derecho Laboral, en este caso, las establecidas en el art. 43 ET, y las que rigen respecto del acceso al empleo en la Administración Pública. Por último, el TS también ha fijado criterios de carácter procesal que, como hemos tenido ocasión de ver, hacen posible el ejercicio de las acciones oportunas para obtener la protección que el sistema dispensa ante un supuesto de cesión ilegal. En definitiva, todo ello nos permite concluir que el papel del TS en esta materia, fijando criterios e interpretando la norma, ha sido y seguirá siendo crucial.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

De acuerdo con el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) la cesión de trabajadores no está permitida en España, salvo que la empresa cedente sea una empresa de trabajo temporal. El objetivo de esta prohibición es evitar el préstamo de trabajadores entre empresas salvo que una de ellas, la cedente, sea una empresa de trabajo y temporal y por tanto actúe de acuerdo con las reglas establecidas en la normativa correspondiente, en la que se impone una serie de obligaciones con las que se persigue ofrecer un régimen de garantías a los trabajadores objeto de préstamo. En España la intervención de las empresas de trabajo temporal no se autorizó hasta 1994 y supuso una excepción a la regla general. No obstante, esa prohibición no impide que sean muchos los casos en los que la cesión se lleva a cabo bajo una apariencia de legalidad que es preciso destruir y la dificultad que ello entraña está directamente relacionada con la inexistencia de una noción unívoca de lo que se entienda por cesión ilegal. Precisamente, con la intención de lograr ese objetivo en 2006 el art. 43 ET fue modificado y en su apartado segundo se incluyeron una serie de criterios que, a modo de definición, ayudan a identificar el supuesto.

De acuerdo con el art. 43. 3 ET se incurre en cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, cuando 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 cuándo no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario. Estamos ante una serie de indicios, que durante años el Tribunal Supremo (TS, en adelante) buscaba en los litigios en los que se discutía la existencia de una cesión ilegal de trabajadores y después de más de 20 años siendo aplicados pasaron a formar parte de la Ley. Su análisis detenido permite concluir que todos ellos tratan de dar respuesta a la misma pregunta: ¿quién es el verdadero empleador?, que no siempre coincide con el empleador formal, pues no se trata únicamente de contar con la estructura necesaria para llevar a cabo la actividad, sino también, utilizarla, esto es, en palabras del TS, “ponerla en juego” con todo lo que ello conlleva. Como veremos a lo largo de las siguientes páginas no es fácil responder a esta cuestión, pues dependerá de diversos factores entre los que cabe mencionar el tipo de actividad o la complejidad de las estructuras empresariales y por supuesto también dependerá de las circunstancias del caso concreto, que, en todo caso, han de ser ponderadas a la hora de realizar la pertinente valoración.

El objetivo de este trabajo es conocer cómo se fueron consolidando dichos criterios a lo largo del tiempo. Se estudian principalmente los pronunciamientos del TS, pero su vinculación con las circunstancias concretas del litigio impone la necesidad de recoger también con detalle su descripción. También se ha querido dar cuenta de la evolución normativa que ha experimentado esta materia desde 1952, cuando se aprobara la primera norma que atribuía responsabilidades a las empresas que se dedicasen a prestar trabajadores a otras, con independencia de que lo hicieran a cambio de dinero o no.

Este trabajo está dividido en varios epígrafes en cada uno de los cuales se abordan con ánimo de exhaustividad los aspectos más relevantes de esta materia. No obstante, hay que dejar claro que no se han analizado todos y cada uno de los pronunciamientos emitidos por el TS en la materia, pues se ha llevado a

cabo una selección en la que se han tenido en cuenta varios factores, entre los cabe mencionar, la novedad del supuesto analizado, como ocurre en relación con las empresas de trabajo temporal, el cambio de criterio, que se produjo, por ejemplo, respecto de la posibilidad de entender que la cesión ilegal también se puede dar entre empresas reales o, en fin, la exhaustiva descripción de las circunstancias del caso concreto, que, en casos especialmente complejos, resulta imprescindible para comprender los matices que el TS introduce en su doctrina.

Al margen de la correspondiente introducción, que constituye el primer epígrafe, el segundo está dedicado a la evolución normativa de la materia que nos ocupa. El tercer epígrafe se centra en la noción de cesión ilegal de trabajadores que el TS ha ido construyendo a lo largo del tiempo y que, junto a la evolución normativa, nos ha permitido distinguir hasta tres etapas claramente diferenciadas. El cuarto epígrafe se dedica de manera específica a la cesión ilegal de trabajadores en la Administración Pública, entendida en un sentido amplio en cuyo ámbito la declaración de cesión ilegal tiene unas consecuencias particulares. En este epígrafe se analiza un elevado número de sentencias en las que, con independencia de que la cesionaria sea la Administración Pública, el TS aplica los criterios ya conocidos, por lo que este epígrafe constituye un complemento del anterior por lo que a la noción de cesión ilegal de trabajadores se refiere. En el quinto epígrafe se estudian una serie de supuestos específicos en los que la relación triangular existente puede acabar enturbiada si no se respetan los criterios fijados por la norma, en concreto se aborda el supuesto de las empresas de trabajo temporal, el de las empresas multiservicios y el de los enclaves laborales. En el sexto epígrafe se analizan las consecuencias de la declaración de cesión ilegal que han generado dudas y a las que ha dado respuesta el TS y que tienen que ver con aspectos retributivos, con la clasificación profesional y con los procedimientos de despido en el marco de los cuales se analiza la existencia de una posible cesión ilegal, previa a la extinción. En el séptimo epígrafe se abordan algunas cuestiones de carácter procesal y, por último, en el epígrafe octavo se incluyen una serie de valoraciones a modo de conclusión.

Palabras clave: Cesión ilegal de trabajadores; empresas de trabajo temporal; contratas de servicios; responsabilidades.

ABSTRACT

According to the article 43 of Workers' Statute (WS, going forward), the assignment of workers is not allowed in Spain, unless the company supplying the work force is a Temporary Work Agency. The aim of this prohibition is avoid the assignment of employees between different companies, unless that one of them, the supplier of labor, is a temporary work agency and the assignment is for limited time constraint, and according to the relevant legislation that establish a number of obligations aimed to guarantee the work conditions for the workforce on temporary assignment. In Spain the establishment of temporary work agencies was not authorized until 1994, as an exception to the general rule. Nevertheless, the prohibition of assignment of workers does not avoid the fact that in many cases, this assignment is done under a legal appearance which is necessary to eliminate. The fact that there was not a unique understanding of what is an illegal assignment of workers made very difficult to eliminate this cases. For this reason, with the objective to have a clearer understanding, the article 43 WS was modified in 2006, and in the second chapter, a number of criteria were defined in order to facilitate the illegal assignment of workers.

As per the article 43 of WS illegal assignment of workers occurs when the object of service contract is solely limited to the unique supply of labor, the supplier company does not have any activity or a stable and own organizational structure, or does not have the means and resources to complete the service contracted or does not perform the functions inherent to being a true employer. Above criteria is based on the indication that the Supreme Court (SC, going forward) was looking at the different lawsuits in which illegal assignment of workers was discussed, and after more than 20 years being in used they were added to the law. A deep analysis of these criteria allows us to conclude that all of them are trying to answer the same question: Who is the true employer?, which is not always the legal employer, since is not just a matter of having the needed structure to complete the service, but as well, to use it or, in SC words, "bring it into play" with all that it implies. As we will see in the following pages, it is not easy to answer this question, since it will depend of multiple factors such as the type of activity or the complexity of company organization, and of course, the circumstances specific to the case, that needs to be taken into account in order to provide a valid assessment.

The goal of this work is to know how these criteria was been established upon the time. SC pronouncements are mainly studied, but their relationship with the specific characteristics of each case made necessary a detailed description. The evolution of the law in this subject, since 1952, when the first law attributed responsibilities to companies, dedicated to supply workers to other companies, independently of a monetary exchange or not, is taken into account in this study as well.

This work is divided between several epigraphs. In each of them, the most relevant aspects of the legal subject are reviewed thoroughly. Anyway, it must be clear that not all the pronouncements issued by the SC have been analyzed. A prior review and selection of the cases has been done, taking into account several factors, such as the newness of the issue analyzed, which occurs in relation of the temporary work agencies, the criteria change, that took place, as an example, in regards of incurring in illegal assignment of workers than can take place between two true companies, or, finally, the exhaustive description of the circumstances existing in each of the cases, specially, in very complex cases, which is essential to understand the doctrine issued by the SC.

In addition to the introduction, which becomes de the first epigraph, the second is related to the evolution of the law along the time regarding assignment of

workers. The third epigraph focus in the meaning of illegal assignment of workers that the SC has been building over time, and together with the norm evolution, allows us to differentiate three different stages clearly differentiated. The fourth epigraph handles the illegal assignment of workers in the Public Administration specifically, understood in a broad sense in which the pronouncement of illegal assignment of workers has particular consequences. In this epigraph it is analyzed the high number of pronouncements in which, independently of the fact that the Public Administration is the assignee of the workforce, the SC applies the criteria known already, so this epigraph is the perfect complement to the prior epigraph in regards of the notion of illegal assignment of workers. In the fifth epigraph a number of specific cases are studied in which the existing triangular relationship can be muddy if the criteria defined by the norm are not followed. Specifically, the cases of temporary work agencies, multi service companies and the labour enclaves. In the sixth epigraph it is analyzed the consequences of pronouncements of illegal assignment of workers that are controversial which the SC has clarified and are related to retribution, professional categories, and dismissal procedures in which the existence of a possible illegal assignment of work is analyzed prior to the dismissal. In the seventh epigraph, there are some considerations related to legal procedure, and finally, the eighth epigraph a number of assessments are done as conclusion to the article.

Keywords: Illegal assignment of workers; temporary work agencies; contract of services; responsibilities.

El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última Jurisprudencia

The principle of the most advantageous condition in the light of the latest Case Law

CAROLINA GALA DURÁN*

1. INTRODUCCIÓN

A un cuando se han planteado interrogantes sobre su relevancia actual o se ha hablado de su carácter como “fenómeno complejo”¹ o de su “perfil deforme”², no parece haber duda, a nuestro entender, de que el principio de condición más beneficiosa sigue vigente y bastante presente tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como en la doctrina judicial de otros tribunales³.

Sin embargo, ello no impide reconocer su complejidad, así como el hecho de que algu-

nas cuestiones siguen debatiéndose y surgen nuevos planteamientos en torno a dicho principio, como son, por ejemplo, la relación que pueda existir entre el mismo y la tesis de la contractualización de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo tras la pérdida de su vigencia en los términos recogidos en el artículo 86.3 del TRET; la posibilidad de crear condiciones más beneficiosas en el sector público, donde rige, como sabemos, el principio de legalidad; o la admisibilidad de la reducción o supresión de condiciones más beneficiosas en el sector público como consecuencia de la aprobación de leyes restrictivas en términos económicos, vinculadas a la crisis económica que hemos padecido en los últimos tiempos.

Y, en fin, también cabe añadir que, como veremos más adelante, muchos elementos configuradores del principio de condición más beneficiosa están ya consolidados en la jurisprudencia desde hace años, y algunas dificultades también, como son, principalmente, el determinar si ha existido o no la voluntad empresarial de crear una condición más beneficiosa; cuestión que, como señala el Tribunal Supremo con frecuencia, debe determinarse

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

¹ DÍAZ AZNARTE, M.T., “El debate en torno al origen legítimo de condiciones más beneficiosas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 55, 2009, p. 2.

² MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant Monografías 968, 2014, p. 104.

³ Para elaborar este trabajo se ha analizado principalmente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos diez años, sin perjuicio de tener presentes, cuando resulta necesario, sentencias anteriores.

teniendo en cuenta las circunstancias concretas presentes en cada caso, aunque ello pueda dar lugar, en la práctica, a soluciones judiciales no siempre coincidentes o a que, muchas veces, esa tarea no sea nada fácil.

En definitiva, nos encontramos ante una figura clásica en sus planteamientos y fines, consolidada jurisprudencialmente y que sigue presente -y resultando necesaria- en nuestras relaciones laborales.

2. EL ORIGEN Y FINALIDAD DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA, LOS POSIBLES SUJETOS BENEFICIARIOS Y EJEMPLOS DE MATERIAS SUSCEPTIBLES DE CONFORMARLA

2.1. El origen y la finalidad perseguida

Al hablar del “origen” de este principio pretendemos referirnos a dos cuestiones: 1ª) cómo surge y en qué se fundamenta este principio de aplicación del Derecho del Trabajo; y, 2ª) a través de qué mecanismos o vías podemos crear actualmente una condición más beneficiosa.

En relación con la primera cuestión, cabe recordar que este tema ha sido objeto de un cierto debate en la doctrina, defendiéndose tanto su inclusión en el artículo 3.1.c) del TRET o su presencia implícita e indirecta en el artículo 41 del TRET, como su origen y fundamento exclusivamente jurisprudencial sin sanción legal, o la alusión al mismo en los artículos 3.1.c) y 41 del TRET⁴. A nuestro entender, y siguiendo a la doctrina mayoritaria⁵, es cierto que este principio no está regulado de una forma expresa y extensa en el TRET ni en ninguna otra norma laboral, pero también

lo es que teniendo en cuenta que su fundamento es la autonomía individual -expresa o tácita- de las partes de una relación laboral y su fin es crear condiciones de trabajo “más favorables” para el trabajador, encuentra acomodo en lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del TRET, donde se expresa que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan “por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”; precepto donde, por otra parte, también se recoge el principio de norma mínima. De hecho, no podemos olvidar que, si bien en el marco laboral la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo no tiene la misma relevancia que en otras disciplinas jurídicas -como consecuencia del papel predominante ejercido por la normativa y el convenio colectivo-, su potencial aparece precisamente con fuerza a través de la figura de la condición más beneficiosa⁶.

Cabe tener presente, no obstante, que una condición más beneficiosa si bien se va a manifestar y aplicar normalmente estando vigente la relación laboral entre las partes y éstas son los sujetos más frecuentes, también es posible reconocerla o extenderla a personas que ya no mantienen una relación de servicio activo en la empresa (prejubilados⁷), cesan en la misma (personal despedido⁸) o incluso están jubilados⁹. Tal posibilidad, aunque poco frecuente en la práctica, ha sido plenamente admitida por la jurisprudencia, dada la finalidad protectora que persigue la correspondiente condición más beneficiosa y la existencia, en todo caso, de una relación laboral entre las partes, esté o no vigente en el momento de disfrutar del beneficio o mejora.

Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta que la figura de la condición más beneficiosa, de elaboración ju-

⁴ Este debate y los antecedentes de este principio se recogen en ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “La condición más beneficiosa: una visión general”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2011, pp. 1 a 4. También, OJEDA AVILÉS, A., en DE LA VILLA y LÓPEZ, *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, 2003, p. 175 y ss.

⁵ DIAZ AZNARTE, M.T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Ed. Bosch, 2001, p. 85; BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Ed. Comares, 2001, p. 2; y OJEDA AVILÉS, A., *Los principios...*, ob.cit., p. 193.

⁶ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “La condición...”, ob.cit. p. 2.

⁷ STS de 14 de mayo de 2013 (RJ 4518).

⁸ STS de 8 de febrero de 2017 (RJ 1149).

⁹ SSTS de 22 de septiembre de 2011 (RJ 7275) y 8 de junio de 2015 (RJ 2927).

jurisprudencial, se basa fundamentalmente en el artículo 3.1.c) del TRET¹⁰; recordando también, en algunos casos, sus antecedentes -con una redacción muy semejante-, como son los artículos 9 de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944¹¹. A lo que se añade, desde la vertiente contractual civil, lo previsto en los artículos 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el artículo 1256 del CC respecto a la imposibilidad de modificarlos de forma unilateral.

En todo caso, de lo que no hay duda tampoco es que el principio de condición más beneficiosa ha sido objeto de una clara conformación y modulación jurisprudencial a lo largo de los años, si bien, como ya hemos señalado, nos encontramos actualmente ante una jurisprudencia claramente consolidada y con unos perfiles definidos.

En segundo lugar, en cuanto a las vías o mecanismos a través de los cuales puede crearse una condición más beneficiosa, ésta va a derivar, como hemos visto, de la voluntad de las partes, que puede encontrarse recogida expresamente en el propio contrato de trabajo -poco frecuente, salvo en determinadas categorías profesionales- o derivar de una actuación unilateral del empresario con la consiguiente aceptación por parte del trabajador o trabajadores beneficiarios. Sin embargo, junto a lo anterior, no podemos olvidar que esa actuación empresarial no solo puede manifestarse a través de unos hechos (la concesión en sí de una mejora), sino que también puede ser

verbal o bien recogerse en una circular¹² o en documentos semejantes, o en un acuerdo del consejo de administración de la empresa¹³. Se trata, pues, de mejoras implementadas de común acuerdo entre ambas partes o bien incorporadas en la relación laboral tras la asunción tácita por el trabajador de un mejor derecho o beneficio concedido por el empresario. En palabras de la STS de 25 de junio de 2014 (RJ 4341): "... el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso sino que, con mucha frecuencia, es tácito..."

En definitiva, la condición más beneficiosa puede derivar de un acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo, si bien la mayoría de ellas se establecen de forma verbal o tácita y, por consiguiente, la ausencia de un pacto escrito puede provocar dudas -más o menos importantes- sobre su contenido, su régimen jurídico y hasta su propia existencia.

Partiendo de lo anterior, algunas sentencias¹⁴ distinguen expresamente entre las condiciones más beneficiosas iniciales -las atribuidas en el propio contrato de trabajo- y las adquiridas, que se adquieren por los trabajadores a lo largo de la relación laboral -de manera individual, plural e incluso colectiva-, generalmente a través de pactos que no tienen la naturaleza de convenio colectivo o más usualmente mediante actos repetitivos que expresan la voluntad unilateral del empresario de otorgar un beneficio ofertado sin contraprestación. Y ambos tipos de condiciones más beneficiosas producen los mismos efectos, al haber sido incorporadas al contrato de trabajo.

Por otra parte, también es relevante recordar que las condiciones más beneficiosas no pueden surgir de las normas legales o reglamentarias, por cuanto se incumpliría el principio de modernidad previsto en el artículo 2.2 del CC (las leyes solo se derogan por otras pos-

¹⁰ Entre otras, SSTS de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2007/752), 12 de mayo de 2008 (RJ 4122), 6, 7 y 26 de julio de 2010 (RJ 6783, 6790 y 7288), 17 de septiembre de 2010 (RJ 7432), 28 de octubre de 2010 (RJ 8464), 26 de septiembre de 2011 (RJ 2012/1093 y 7628), 26 de junio de 2012 (RJ 8560), 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1102), 4 de marzo de 2013 (RJ 4123), 16 de septiembre de 2015 (RJ 5755), 21 de abril de 2016 (RJ 2407), 12 de julio de 2016 (RJ 4512), 19 de julio de 2016 (RJ 4815), 25 de enero de 2017 (RJ 507), 1 de febrero de 2017 (RJ 656), 1 de junio de 2017 (RJ 2858), 18 de enero de 2018 (RJ 317) y 21 de febrero de 2018 (RJ 1349).

¹¹ A modo de ejemplo, SSTS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999/154), 17 de septiembre de 2010 (RJ 7432), 4 de marzo de 2013 (RJ 4123), 16 de septiembre de 2015 (RJ 5755), 21 de abril de 2016 (RJ 2407), 12 de julio de 2016 (RJ 4512) y 19 de julio de 2016 (RJ 4815).

¹² SSTS de 26 de julio de 2010 (RJ 7288), 22 de septiembre de 2011 (RJ 7275), 1 de febrero de 2017 (RJ 656), 18 de enero de 2018 (RJ 317) y 21 de febrero de 2018 (RJ 1349).

¹³ Es el caso de la STS de 14 de mayo de 2013 (RJ 4518).

¹⁴ STS de 25 de enero de 2017 (RJ 507).

teriores)¹⁵. No cabe olvidar que la sucesión en el tiempo de las normas laborales se rige por el principio de orden normativo: la posterior deroga la anterior, de igual o inferior rango, cuando así lo establece bien de manera expresa, bien de manera tácita, es decir, cuando los respectivos contenidos son incompatibles entre sí, y, en consecuencia, la norma posterior elimina, total o parcialmente, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro¹⁶.

Y tampoco los convenios colectivos estatutarios pueden crear condiciones más beneficiosas como consecuencia de la aplicación de ese mismo principio de modernidad o de sucesión normativa¹⁷ (previsto también en los artículos 82.4 y 86.4 del TRET), y, de este modo, los derechos causados en convenio colectivo son disponibles -también para peor- para el convenio colectivo siguiente. También cabe señalar que el convenio colectivo estatutario tiene valor normativo y, en consecuencia, cualquier beneficio que se concede a los trabajadores afectados por el mismo no responde a una voluntad empresarial de atribuirles una ventaja que supere lo establecido en las fuentes legales o convencionales. De este modo, en la STS de 10 de febrero de 1995 (RJ 1995/1148), ya se señalaba que: "... la condición más beneficiosa no tiene su origen en una norma jurídica, concretamente en un convenio colectivo, pues incluso caben convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa...". No cabe olvidar tampoco que el convenio colectivo de por sí constituye una norma temporal y con un sustrato claramente variable y ligado a la idea de flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias concurrentes.

En fin, en palabras de la STS de 24 de enero de 2018 (RJ 1536): "... no cabe olvidar que la CMB no puede derivar de disposiciones convencionales, pues -como han señalado constantes doctrina y jurisprudencia- la materia se rige por el principio de modernidad,

de manera que las condiciones colectivamente pactadas no pueden generar derechos adquiridos en tanto que establecidas mediante instrumentos siempre susceptibles de variación. Recordemos con la STS 16/12/94... que <no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución, que quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por el artículo 37 de la misma; y caben, en consecuencia, Convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el Convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa> y que <la fuerza derogatoria que tiene un Convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley 11/1994...".

Cabe tener en cuenta, no obstante, que, si una condición más beneficiosa se incorpora con posterioridad al correspondiente convenio colectivo, pierde su naturaleza contractual y adquiere un pleno carácter convencional, asumiendo carácter imperativo, siguiendo el mismo destino que el resto del convenio colectivo, y particularmente le resultará aplicable el principio de modernidad recogido en los artículos 82.4 y 86.4 del TRET¹⁸. En otras palabras, si una condición más beneficiosa se recoge posteriormente en un convenio colectivo, ésta deja de existir y ya solo queda un contenido convencional, vinculado a todas las vicisitudes que lo acompañan conforme a lo previsto en el TRET.

Ahora bien, ¿puede crear una condición más beneficiosa un convenio colectivo extraestatutario? En este concreto ámbito ha existido un debate jurisprudencial¹⁹, pasándose de una posición favorable a tal opción²⁰, fundamentada en la eficacia limitada y contractual del propio convenio colectivo extraestatutario, lo que permitiría la incorporación de sus contenidos al vínculo con-

¹⁵ BALLESTER LAGUNA, F., *La condición...*, ob.cit. p. 42; y ASQUERINO LAMPARERO, M.J., "La condición...", ob.cit. p. 11.

¹⁶ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit. p. 109.

¹⁷ Así, entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 2011 (RJ 7628) y 15 de junio de 2015 (RJ 3183) y SSAN de 16 de mayo de 2013 (AS 1953) y 26 de septiembre de 2014 (AS 2805).

¹⁸ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit. p. 115.

¹⁹ Al respecto, MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., p. 118 y ss.; y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa", *Temas Laborales*, núm. 105, 2010, p. 187 y ss.

²⁰ Como ejemplo, STS de 12 de mayo de 2008 (RJ 4122).

tractual, a la opción contraria²¹. Esta última posición, actualmente vigente, se basa en el hecho de la propia vigencia temporal de este tipo de convenio colectivo, lo que impediría considerar, de por sí, que la condición más beneficiosa ha quedado consolidada. En fin, al tratarse de un pacto de naturaleza temporal no puede válidamente entenderse que los beneficios o mejoras que se hubieran podido hacer constar a través de este contrato, responden a una voluntad empresarial de concederlos más allá del estricto período de tiempo para el que se conciertan. Falta la concurrencia de un elemento decisivo para entender que nos hallamos ante una condición más beneficiosa, esto es, la voluntad empresarial inequívoca de mejorar las condiciones de trabajo. En palabras de la SAN de 27 de septiembre de 2010: "... por consiguiente, el requisito constitutivo para la existencia de condición más beneficiosa es que el empleador haya querido mejorar las condiciones de trabajo de su personal de modo claro e indubitado, superando, de este modo, las fuentes legales o convencionales de regulación del contrato de trabajo, no pudiendo originarse, por tanto, en la ley, en el convenio colectivo estatutario, ni tampoco en el convenio o acuerdo extraestatutario, como recuerda la jurisprudencia..."²²; mientras que en la STS de 29 de marzo de 2016 (RJ 1699) se afirma que: "... la finalización de la vigencia del pacto extraestatutario existente sobre el plus salarial denominado "convenio y actividad", -el que no constituye una condición más beneficiosa que trascienda de la vigencia del pacto por deber entenderse incluido en los contratos de trabajo individuales de los trabajadores afectados-, posibilita la modificación empresarial de su contenido una vez finalizada su vigencia y no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que exija para ello la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales establecidos en el art. 41 ET...". En el convenio colectivo extraestatutario no existe, en sí mismo, un compromiso unilateral de otorgamiento por parte de la empresa, ya que el mismo se mantiene

vivo, exclusivamente, durante el período de vigencia del propio convenio²³.

Cabe tener presente, sin embargo, que la modificación, por la reforma laboral de 2012, de lo dispuesto en el artículo 86.3 del TRET y, por extensión, de la figura de la ultraactividad del convenio colectivo y la posterior interpretación jurisprudencial, han abierto un nuevo ámbito de debate en esta materia. En efecto, cabe preguntarse si, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, una vez agotado el plazo de los doce meses previsto legalmente, no solo se contractualizan las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo cuya vigencia ha decaído, sino que, además, se convierten en condiciones más beneficiosas. A nuestro entender, esta solución queda descartada por el mero hecho de que, como ya hemos manifestado, los convenios colectivos estatutarios no pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas, como consecuencia de su carácter normativo y la aplicación del principio de modernidad. A lo que cabe añadir que la jurisprudencia ha establecido que dicha contractualización, en los casos previstos en el mencionado artículo 86.3, se produce exclusivamente cuando no resulta aplicable la previsión contenida en dicho precepto, esto es, cuando no existe un convenio colectivo de ámbito superior²⁴.

Ahora bien, ¿lo anterior implicaría que, si no existe ese convenio colectivo de ámbito superior, las condiciones de trabajo recogidas en el convenio colectivo cuya vigencia ha expirado no solo se contractualizan en los términos fijados por la jurisprudencia en los últimos años, sino que, además, actúan -esta vez sí- como condiciones más beneficiosas? La respuesta vuelve a ser negativa por un doble motivo: por un lado, porque, como hemos reiterado, en el marco del convenio colectivo estatutario se aplica el principio de modernidad. Y, por otro lado, y en relación con lo anterior, por faltar, nuevamente, una voluntad empresarial inequívoca de otorgar una mejora al colectivo de trabajadores afectados por el

²¹ Recogida a partir de las SSTs de 11 de mayo de 2009 (RJ 4548) y 16 de junio de 2009 (RJ 3262).

²² ASQUERINO LAMPARERO, M.J., "La condición...", ob.cit., p. 12.

²³ BORRAJO DACRUZ, E., "Convenio colectivo extraestatutario: alcance en el tiempo de su eficacia como condición laboral más favorable", Actualidad Laboral, núm. 7, 2010, p. 825.

²⁴ En este sentido, STS de 24 de enero de 2018 (RJ 1536).

convenio colectivo. Por tanto, es cierto que las condiciones de trabajo del convenio extinto se contractualizan, pero solo en los términos y con las consecuencias previstas por la jurisprudencia²⁵.

Por otra parte, cabe recordar que si bien los usos y costumbres no son fuente de condiciones más beneficiosas sí lo pueden ser los denominados usos de empresa, entendidos como prácticas o hábitos profesionales y como tales repetidos a lo largo del tiempo, que afectan a todo el personal o a un colectivo homogéneo de trabajadores, y que han sido instaurados normalmente por iniciativa del empresario, al poder considerarse como una multiplicación de acuerdos tácitos individuales entre el empresario y los trabajadores²⁶.

Finalmente, en cuanto a la finalidad perseguida por la figura de la condición más beneficiosa, resulta claro que la misma es conceder u otorgar -de una forma expresa o tácita, como hemos visto- a uno o más trabajadores una condición de trabajo que mejora lo previsto en ese momento en las leyes y en el convenio colectivo aplicable.

Relacionando, por último, el origen y la finalidad antes expuestos, podría definirse la condición más beneficiosa como el derecho nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes del contrato de trabajo que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión por los procedimientos oportunos. O, con otras palabras, nos encontramos ante una condición de trabajo cuyo origen reside en la autonomía individual, cuando ésta ha actuado dentro de los límites que le permite el artículo 3 del TRET, siendo este precepto la norma positiva básica que posibilita y fundamenta la existencia de la condición más beneficiosa.

²⁵ A modo de ejemplo, SSTs de 22 de diciembre de 2014 o 18 de mayo de 2016.

²⁶ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., "La condición...", *ob.cit.*, p. 14; MERCADER UGUINA, J.R., "Los principios..."; y OJEDA AVILÉS, A., *Los principios...*, *ob.cit.*, pp. 195-197.

Implica que las condiciones más favorables que goza el trabajador como consecuencia de pacto contractual o de la decisión unilateral del empresario no pueden ser modificadas ni suprimidas por decisión unilateral del propio empresario, salvo en los casos y circunstancias expresamente previstos en la ley²⁷.

2.2. Los posibles beneficiarios

Como ya hemos señalado, la condición más favorable puede tener como destinatarios no solo a los trabajadores en activo sino también a los prejubilados, el personal despedido y los jubilados de una empresa; fundamentándose dicha condición, en los últimos tres supuestos, en la previa existencia de una relación laboral entre la empresa y el trabajador.

Y, desde otra perspectiva, cabe recordar que, si bien inicialmente la condición más beneficiosa solo podía tener un destinatario individual, actualmente se admiten tanto las condiciones más beneficiosas de carácter plural como colectivo. Así lo recuerda, entre otras, la STS de 12 de julio de 2016 (RJ 2016/4512), donde se afirma: "... esa cualidad inicial -individual- se fue ampliando al admitir la posibilidad de que el beneficio ofertado sin "contraprestación" se concediese también a una pluralidad de trabajadores, siempre que naciese de ofrecimiento unilateral del empresario, que aceptado se incorpora a los respectivos contratos de trabajo; de esta forma, se amplió la fuente origen del beneficio... y se llegó a la CMB de carácter colectivo..."²⁸. Pueden definirse, pues, las condiciones más beneficiosas de alcance colectivo como aquellas que disfruta todo el personal de una empresa o centro de trabajo o de una sección o departamento, o también un conjunto homogéneo de trabajadores que pertenecen a un determinado grupo profesional, sin que sea

²⁷ STS de 21 de febrero de 2018 (RJ 1349).

²⁸ También, SSTs de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1999/454), 12 de mayo de 2008 (RJ 4122), 6 de julio de 2010 (RJ 6783) 6 y 7 de julio de 2010 (RJ 6783 y 6790), 28 de octubre de 2010 (RJ 8464), 26 de septiembre de 2011 (RJ 2012/1093), 4 de marzo de 2013 (RJ 4123), 16 de septiembre de 2015 (RJ 5755), 21 de abril de 2016 (RJ 2407), 19 de julio de 2016 (RJ 4815), 1 de febrero de 2017 (RJ 656), 18 y 24 de enero de 2018 (RJ 317 y 1536) y 21 de febrero de 2018 (RJ 1349).

determinante para ello las condiciones personales o singulares de los mismos²⁹. Por tanto, desde esta perspectiva colectiva, se requiere un ofrecimiento unilateral del empresario dirigido a todos los trabajadores de la empresa o a un grupo de trabajadores que se encuentran en una determinada situación, la aceptación individual tácita por parte de estos y la consiguiente incorporación en los contratos de trabajo.

Y, en fin, como veremos más adelante, la condición de beneficiario de una condición más beneficiosa no se ve alterada por fenómenos como la sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del TRET.

Por otra parte, y teniendo en cuenta lo anterior, cabe tener presente que es posible reconocer una condición más beneficiosa a los trabajadores de determinados centros de trabajo de la empresa y no a la totalidad de los trabajadores de la misma, siempre que no se incurra en una conducta discriminatoria. Esto último implica que, aun ejerciéndose la autonomía de la voluntad, deberán tenerse en cuenta criterios objetivos como, por ejemplo, la insularidad a la hora de abonar los gastos de desplazamiento en vacaciones solo a un determinado colectivo de los trabajadores de la empresa³⁰.

Sin embargo, más debate o polémica suscita la posibilidad de plantear una condición más beneficiosa que se mantenga exclusivamente para los trabajadores antiguos, excluyéndose a los trabajadores de nueva incorporación en la empresa. Y, lógicamente, el debate se centra en si tal posibilidad constituye una discriminación para los últimos que vulnerase los artículos 14 de la Constitución y 17 del TRET. Esta cuestión se ha suscitado en la jurisprudencia y su respuesta, que compartimos, es admitir tal exclusión siempre y cuando esté justificada por motivos objetivos, como puede ser, por ejemplo, el que el beneficio se reconociese de forma expresa exclusivamente a los trabajadores que prestaban ser-

vicios en la empresa antes de producirse una fusión entre empresas³¹, por cuanto solo estos la incorporaron en ese momento en su esfera contractual. Así, en la STS de 14 de febrero de 2017 (RJ 1773) se afirma: "... no nos encontramos ante un supuesto de doble escala salarial con aplicación de un único convenio, ni en una aplicación discriminatoria entre los trabajadores "antiguos" y los "nuevos". Los trabajadores gozan de una condición más beneficiosa respetada por la empresa, frente a los nuevos contratados bajo diferente convenio colectivo que suprimió tal condición, en cumplimiento del pacto de empresa suscrito entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, con un conjunto de condiciones en materia salarial, jornada, descansos, licencias, protección social, protección contra el despido, etc., reconocidas a título individual a los trabajadores fijos y temporales del ente empresarial Canal Isabel II, aplicable como consecuencia de la sucesión empresarial..."; añadiéndose a ello que: "... las circunstancias concurrentes entre los distintos grupos de trabajadores, excluye el trato desigual y la discriminación, al estar justificado el no abono del plus reclamado a los trabajadores de nuevo ingreso...".

En este ámbito cabe recordar también lo señalado en la STC 36/2011, de 28 de marzo, referida precisamente a una mejora salarial concedida de forma unilateral por la empresa y que resultaba menos favorable en el caso de los nuevos trabajadores. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional apunta que no se trata del ámbito de la ley ni de un convenio colectivo dotado de eficacia normativa, sino de una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por lo que "... una diferencia salarial basada en la fecha de contratación no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley...", añadiendo que "... ni se trata de una de las causas listadas en el art. 14 CE o en el ET art. 17, ni constituye un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dichos preceptos, encuadrable en la cláusula genérica del art. 14 CE referida a cualquier

²⁹ DEL JUNCO CACHERO, M., "El principio de condición más beneficiosa para los representantes de los trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, p. 256.

³⁰ STS de 25 de octubre de 1999 (RJ 8402).

³¹ Es el caso de las SSTS de 10 de febrero de 1995 (RJ 1148) y 14 de mayo de 2002 (RJ 7554).

otra condición o circunstancia personal o social...". Sin embargo, no podemos obviar que dicha sentencia sí establece un cierto límite, al precisar que "... una decisión empresarial de diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria...". Por tanto, no resultaría admisible una diferencia de trato que pudiera calificarse como irracional, arbitraria, maliciosa o vejatoria.

En fin, la misma lógica anterior se defiende en otras sentencias, afirmándose que la condición más beneficiosa se incorpora al nexo contractual de aquellos trabajadores a quienes se concedió, y, por ello, la empresa no está obligada a aplicarlo a otros³².

2.3. Ejemplos de materias susceptibles de constituir una condición más beneficiosa

La materia sobre la que puede recaer una condición más beneficiosa es muy variada; pudiendo afectar a condiciones de trabajo muy diversas, algunas con un claro contenido económico (directo o indirecto, salarial o extrasalarial) mientras que en otras ese componente no existe, sino que la ventaja afecta a cuestiones vinculadas con el tiempo de trabajo (una reducción de la jornada, la consideración del tiempo de descanso para el bocadillo como de trabajo efectivo...). En cuanto a la importancia -económica o temporal- de la condición más beneficiosa, ésta no es un requisito necesario para su existencia y, en consecuencia, puede ser de diferente intensidad. En otras palabras, si se dan los requisitos necesarios, va a existir una condición más beneficiosa con independencia de que la ventaja económica otorgada por la empresa al trabajador sea de 20 o 2000 euros o el descanso reconocido como tiempo de trabajo efectivo sea de 7 o 45 minutos.

En los últimos años, podemos mencionar ejemplos de condiciones más beneficiosas re-

feridas a un seguro médico³³, una cesta de Navidad³⁴, el derecho a acceder a una carta de productos subvencionados en la cafetería de la empresa³⁵, el pago de pólizas de seguro³⁶, un complemento salarial (plus de factor ambiental³⁷, plus de disponibilidad³⁸, mejora voluntaria³⁹, paga de productividad⁴⁰, plus de antigüedad⁴¹, plus de penosidad⁴², plus de jornada festiva⁴³), la retribución variable⁴⁴, el pago de una cantidad fija por día de pernoctación fuera del domicilio⁴⁵, el abono por la empresa de la totalidad del extorno de la prima de seguro⁴⁶, un plus de distancia y transporte⁴⁷ o el mantenimiento del derecho a manutención en el centro de trabajo⁴⁸.

En relación con las cuestiones vinculadas con el tiempo de trabajo, cabe citar: la consideración del tiempo de descanso por bocadillo como tiempo de trabajo efectivo⁴⁹, el derecho a fichar al entrar y salir de la empresa y no en el puesto de trabajo⁵⁰, la reducción de la jornada estival⁵¹, el reconocimiento de cinco días adicionales de vacaciones⁵², o la forma de disfrute del día de descanso compensatorio por trabajar un día festivo⁵³ o de la pausa para la comida⁵⁴. Y, en fin, aunque mucho menos frecuentes, también pueden constituir una condición más beneficiosa las condiciones de apertura y mantenimiento de cuentas corrientes⁵⁵, o la subvención de los gastos de la festividad de la patrona de la empresa⁵⁶.

Y, en fin, en la mayoría de los supuestos el importe económico individual de las ventajas reconocidas por esta vía no es demasiado elevado; cuestión distinta es el impacto total de las mismas, teniendo en cuenta el volumen de plantilla existente en la empresa afectada.

En este ámbito, como ya hemos señalado, cabe remarcar que cualquier condición de trabajo -interpretado el concepto en un sentido amplio- puede ser susceptible de dar lugar a una condición más beneficiosa para uno, varios o todos los trabajadores de una empresa; con independencia de lo importante o inten-

³³ STS de 14 de mayo de 2013 (RJ 4518).

³⁴ SSTs de 14 de mayo de 2013 (RJ 4518), 8 de junio de 2015 (RJ 2927) y 21 de abril de 2016 (RJ 2407).

³⁵ STS de 22 de septiembre de 2011 (RJ 7275).

³⁶ STS de 5 de junio de 2012 (RJ 9579).

³² Entre otras, SSTs de 1 de febrero de 2017 (RJ 656), 18 de enero de 2018 (RJ 317) y 21 de febrero de 2018 (RJ 1349).

sa que sea la concreta mejora aplicada. A lo que cabe añadir que son irrelevantes factores como la dimensión de la empresa o el sector de actividad en que se sitúe aquélla. El único matiz, como veremos en un apartado posterior, son las dudas que surgen a la hora de admitir las condiciones más beneficiosas en el marco de las Administraciones Públicas y entidades del sector público, ya sea estatal, autonómico o local.

Sin embargo, como excepción, cabe señalar que la jurisprudencia no considera posible establecer una condición más beneficiosa en relación con los derechos sindicales, al tener una naturaleza diversa a la laboral. Pueden existir acuerdos expresos o tácitos de mejora en materia de derechos de los representantes de los trabajadores, pero estos no pueden causar derecho a condiciones más beneficiosas, por cuanto éstas tienen naturaleza *ad personam* y se integran en la relación individual de trabajo⁵⁷. En efecto, no podemos olvidar que la titularidad de los derechos colectivos no corresponde al trabajador individual sino a la representación del personal, ya sea unitaria o sindical, trascendiendo, por tanto, la propia relación laboral individual. Sin embargo, sí cabe considerar como una condición más beneficiosa -al individualizarse el beneficio- el pago del tiempo que invierte un representante de los trabajadores en supervisar y controlar los hoteles donde se hospedan sus compañeros, así como el abono de los posibles gastos en que haya incurrido⁵⁸.

Y tampoco la materia prevención de riesgos laborales puede dar lugar a condiciones más beneficiosas, dado que, al incidir directamente sobre el orden público laboral, cualquier incremento de mínimos sería considerado tan solo como una manifestación del deber de protección que corresponde al empresario y que le impone la LPRL⁵⁹.

Y, finalmente, en materia de Seguridad Social, cabe cualquier tipo de mejora voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social,

en la lógica de los artículos 43 y 238 y siguientes del TRLGSS (por ejemplo, el pago de un complemento de la prestación por incapacidad temporal o la celebración de un contrato de seguro), pero no sería admisible ningún tipo de beneficio que afectase al régimen jurídico del propio sistema de Seguridad Social y a su estructuración o regulación de las prestaciones (por ejemplo, la asunción del pago de las cotizaciones del trabajador por parte de la empresa o la alteración de cualquier otra norma de derecho necesario absoluto).

3. LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA CONSTITUIR UNA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

En este ámbito, es fundamental la elaboración jurisprudencial, al establecer y perfilar los elementos necesarios para poder hablar de una condición más beneficiosa. De este modo, se señala, en numerosas sentencias, con una jurisprudencia claramente consolidada, que: "... es preciso que la condición se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo..."⁶⁰. Y esta definición jurisprudencial tampoco ha variado en los últimos años. Ello implica que⁶¹:

⁶⁰ Entre otras, STS de 12 de mayo de 2008 (RJ 4122), 6 y 26 de julio de 2010 (RJ 6783 y 7288), 17 de septiembre de 2010 (RJ 7432), 28 de octubre de 2010 (RJ 8464), 26 de septiembre de 2011 (RJ 2012/1093 y 7628), 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1102), 4 de marzo de 2013 (RJ 4123), 14 de mayo de 2013 (RJ 4518), 26 de junio de 2012 (RJ 8560), 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1102), 24 de noviembre de 2014 (RJ 2015/25), 21 de abril de 2016 (RJ 2407), 8 de febrero de 2017 (RJ 1149) y 18 de enero de 2018 (RJ 317).

⁶¹ Entre otras, SSTS de 12 de mayo de 2008 (RJ 4122), 6 y 26 de julio de 2010 (RJ 6783 y 7288), 17 de septiembre de 2010 (RJ 7432), 26 de septiembre de 2011 (RJ 2012/1093 y 7628), 4 de marzo de 2013 (RJ 4123), 14 de mayo de 2013 (RJ 4518),

⁵⁷ SAN de 16 de mayo de 2013 (AS 1953), que cita la STS de 31 de mayo de 1996 (RJ 4712).

⁵⁸ STS de 28 de septiembre de 2016 (RJ 4926).

⁵⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., La condición..., ob.cit., p. 7.

1) No siempre resulta una tarea sencilla determinar si existe una condición más beneficiosa, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en las que se quiere basar tal derecho y, en segundo lugar, si realmente es la voluntad de la empresa el origen de la misma⁶². Por tanto, lo decisivo en cada caso serán las conclusiones que se alcancen de la apreciación de los hechos, de manera que pueda establecerse si la empresa ha venido actuando en atención de una decisión inicial que, tras pasada la mera tolerancia, ha pasado a crear una verdadera obligación.

2) La condición más beneficiosa tiene un origen empresarial y constituye una mejora o beneficio sobre lo previsto, en relación con la materia de que se trate, en las normas laborales y en el convenio colectivo aplicables, con las excepciones antes vistas. Se trata, además, de un beneficio ofertado sin contraprestación por parte del trabajador y debe ser aceptado por éste. Esa aceptación puede ser anterior o previa a la concesión y puede ser expresa o tácita, e, incluso, puede ser deducida.

Lo anterior implica, además, que: a) que el origen del beneficio o mejora se encuentra en la voluntad del empresario; b) que no toda mejora o beneficio constituye de por sí una condición más beneficiosa, por cuanto deben darse otros requisitos⁶³, como veremos; y, c) que, en todo caso, el objeto de la mejora debe ser lícito, por lo que no resulta admisible ninguna condición que contravenga las normas laborales o de otro tipo o el convenio colectivo aplicable (como, por ejemplo, como señalábamos antes, una mejora que contravenga lo previsto en el artículo 26.4 del TRET, donde se prevé que todas las cargas fiscales y de Seguridad Social deberán ser asumidas

por el trabajador, siendo nulo todo pacto en contrario). Cabe tener presente, no obstante, que, teniendo en cuenta el contenido y las características de nuestra normativa laboral, son numerosas las posibilidades de acudir a la figura de la condición más beneficiosa, con una mayor o menor intensidad.

3) Se requiere que exista una voluntad empresarial inequívoca de concesión de una mejora, de manera que la ventaja se haya incorporado al nexo contractual precisamente por un acto de voluntad constitutivo de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales aplicables. Esto implica que el empresario debe ser consciente de la atribución de la mejora y de que ésta supone un beneficio para el trabajador, teniendo en cuenta su situación previa al reconocimiento de la misma.

A lo que cabe añadir que, como ya hemos adelantado, los tribunales consideran que esta voluntad empresarial real debe valorarse teniendo en cuenta las circunstancias presentes en cada caso. Es más, la jurisprudencia es exigente a la hora de constatar la existencia de esa voluntad empresarial; esto es, la existencia de un verdadero compromiso. Resulta precisa la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación; actos idóneos para revelar una vinculación jurídica. Esos actos deben ser expresión del consentimiento, de modo que los mismos constituyan una convención o, de una manera más o menos directa, compongan una declaración de voluntad⁶⁴.

Ahora bien, como es fácil prever, tal determinación no resulta fácil, ya que siendo un indicio de la existencia de una condición más beneficiosa su permanencia (consolidación) en el tiempo, no es requisito suficiente si dicha permanencia no va acompañada de una voluntad real por parte de la empresa de conceder tal mejora. No basta, pues, la repe-

16 de octubre de 2013 (RJ 7661), 30 de septiembre de 2014 (RJ 6434), 24 de noviembre de 2014 (RJ 2015/25), 16 de septiembre de 2015 (RJ 5755), 3 de febrero de 2016 (RJ 933), 21 de abril de 2016 (RJ 2407), 12 y 19 de julio de 2016 (RJ 4512 y 4815), 1 y 8 de febrero de 2017 (RJ 656 y 1149), 18 de enero de 2018 (RJ 317) y 24 de enero de 2018 (RJ 1536).

⁶² Entre otras, STS de 12 de julio de 2016 (RJ 4512) y SAN de 16 de mayo de 2013 (AS 1953).

⁶³ BALLESTER LAGUNA, F., *La condición...*, ob.cit. p. 144.

⁶⁴ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., p. 149. También, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., "La reducción del espacio de la condición más beneficiosa: su función propia como acuerdo contractual tácito", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, pp. 2-3.

tición o la mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incrementa lo dispuesto en la ley o en el convenio colectivo⁶⁵. En fin, en palabras de la STS de 18 de enero de 2018 (RJ 2018/317): "... lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que para su acreditación no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute ya que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador...".

E incluso cabe tener presente que, aunque resulte muy poco frecuente, no es necesaria la nota de permanencia o persistencia en el reconocimiento de la mejora, ya que lo fundamental es que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho⁶⁶.

Y, en todo caso, la valoración de esa voluntad empresarial real dependerá de factores diversos, -junto, normalmente, con la permanencia temporal-, como la inexistencia de acuerdos o pactos contrarios al contenido de la mejora o beneficio⁶⁷, la falta de controles de la conducta de los trabajadores que perpetúa la mejora (por ejemplo, la consideración del tiempo de descanso para el bocadillo o café como tiempo de trabajo efectivo, situación conocida por la empresa pero consentida⁶⁸), el que la empresa no pusiera objeciones al correspondiente pago ni protestase por ello (en un caso de retorno del coste de las pólizas de seguro contratadas por los trabajadores), el que la empresa mantuviera la infraestructura necesaria para facilitar la mejora y se pautase su uso en circulares internas⁶⁹, o, en fin, cuando la empresa, conociendo una determinada actuación de los trabajadores, adopta una conducta pasiva y no sanciona a aquéllos

que no acataban sus órdenes (forma de fichar en la empresa⁷⁰) o inaplica lo previsto en el convenio colectivo respetando la mejora⁷¹. A modo de ejemplo, en la STS de 22 de septiembre de 2011 (RJ 7275) se manifiesta que: "... no hay duda de que en este caso la reiteración temporal, además de ser significadamente relevante por su extensión, está acompañada de la exteriorización clara de una voluntad inequívoca de reconocer a los trabajadores el derecho ahora puesto en entredicho. Así se desprende de la necesidad de que la empresa mantuviera la infraestructura precisa para la constante operatividad de las cuentas corrientes, y, también del hecho cierto de que la mecánica de las mismas viniera siendo pautada por las propias Circulares del Banco...".

Por el contrario, no existe esa voluntad real, por ejemplo, si la empresa concede un beneficio previéndose expresamente que se reserva el derecho a modificarlo o suprimirlo⁷²; cuando lo modifica anualmente en función de determinados factores⁷³ o cuando se dan ciertas circunstancias⁷⁴, o cuando anuncia expresamente su intención de suprimir la mejora en el futuro⁷⁵; se trata de una mera tolerancia, aunque hayan transcurrido cinco años⁷⁶; cuando la empresa, una vez detectada la situación, establece un riguroso sistema de control y amonesta a los empleados que lo incumplen⁷⁷; o, en fin, cuando tratándose de una empresa contratista, ésta reconoce el beneficio únicamente porque está previsto en el pliego de condiciones⁷⁸. Asimismo, se han identificado como factores que desvirtúan la existencia de tal voluntad empresarial los siguientes: a) la falta de reiteración de la mejora; b) el hecho de que la mejora nazca de un pacto que se reanuda cada año, pues ello evidencia que no hay voluntad de constituir el beneficio de modo indefinido; c) el hecho de

⁶⁵ Entre otras, STS de 1 de febrero de 2017 (RJ 656).

⁶⁶ STS de 19 de julio de 2016 (RJ 4815).

⁶⁷ STS de 14 de mayo de 2013 (RJ 4518).

⁶⁸ STS de 16 de septiembre de 2015 (RJ 5755).

⁶⁹ STS de 22 de septiembre de 2011 (RJ 7275).

⁷⁰ STS de 19 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1102).

⁷¹ STS de 6 de julio de 2010 (RJ 6783).

⁷² STS de 12 de julio de 2016 (RJ 4512).

⁷³ SSTs de 7 de julio de 2010 (RJ 6790), 4 de marzo de 2013 (RJ 4123), 25 de marzo de 2014 (RJ 2228) y 19 de julio de 2016 (RJ 4815).

⁷⁴ STS de 8 de febrero de 2017 (RJ 1149).

⁷⁵ STS de 31 de mayo de 1995 (RJ 4012).

⁷⁶ STS de 13 de julio de 2017 (RJ 3986).

⁷⁷ STS de 24 de noviembre de 2014 (RJ 2015/25).

⁷⁸ STS de 21 de febrero de 2018 (RJ 1349).

que la condición esté ligada a las características del trabajo desarrollado; d) la mera condescendencia o tolerancia si bien en relación con este supuesto el problema es la prueba de que efectivamente es tal el origen de la condición laboral, y al respecto hay que tener en cuenta que no hay que olvidar que, desde la perspectiva de la teoría general de los contratos, no existen actitudes y conductas contractualmente neutras, puesto que quien crea una apariencia viene obligado a responder frente a la contraparte de las expectativas así creadas, salvo que oportunamente las destruya o matices expresamente su alcance y contenidos, de tal modo que, para el empresario su silencio o inactividad siempre jugará en contra suya, pues pudiendo haber evitado la reiteración del comportamiento no lo ha hecho. En definitiva, a título de ejemplo, en la STS de 7 de julio de 2010 (RJ 6790) se afirma: "... de la conducta observada a lo largo del tiempo por parte de la empresa no puede deducirse la voluntad de incluir en la remuneración de sus trabajadores un sistema permanente de retribución variable. Queda acreditado que, efectivamente, como razona la Sala de instancia, la concreción del *bonus* se hacía año a año, sin que las condiciones de su fijación fueran perdurables en el tiempo y sin que en la configuración de aquéllas interviniera la negociación con los trabajadores. Asimismo, se ha acreditado que desde 2004 se partía de la premisa de la consecución del 50 % de los objetivos a nivel del Grupo, lo que impediría, por tanto, aceptar que es ésta una condición novedosa..."

Cabe tener presente, no obstante, que no existen criterios unívocos y uniformes para determinar cuándo se da esa voluntad empresarial real, dándose respuestas judiciales diferentes a casos similares, lo que provoca una cierta inseguridad jurídica⁷⁹.

Y, en fin, no surge esa voluntad empresarial únicamente por el hecho de no ejercer una determinada facultad empresarial reconocida legal o convencionalmente. En otras palabras, el hecho de que el empresario no haya recurrido a lo largo de toda la relación laboral -in-

cluso muy larga- a la figura de la movilidad geográfica no implica que el trabajador haya consolidado un derecho a no ser afectado por esta medida⁸⁰ o por otras semejantes.

En relación con el factor de la permanencia en el tiempo de la mejora y su valoración, encontramos en la jurisprudencia reciente ejemplos de mejoras que se han mantenido durante nueve⁸¹, once⁸² o más de veinte⁸³ o cuarenta⁸⁴ años, o bien solo cuatro⁸⁵ o seis⁸⁶ años. En la gran mayoría de los supuestos se trata de mejoras que llevaban bastante tiempo vigentes. Respecto a este elemento, en la STS de 19 de julio de 2016 (RJ 2016/4815) se manifiesta con total claridad que: "... no basta la repetición o la persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio... Ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de la duración o persistencia. Lo fundamental es que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho..."⁸⁷.

Por otra parte, cabe señalar también que la existencia de un error por parte de la empresa -que cree, por ejemplo, que debe reconocer la mejora porque lo exige una norma cuando no es así⁸⁸- excluye esa voluntad empresarial inequívoca y no se dará una condición más beneficiosa. Pero, lógicamente, no basta con alegar que se trata de un error, por cuanto, como señala la STS de 16 de octubre de 2013 (RJ 2013/7661): "... dadas las circunstancias en que la "mejora" en cuestión se pro-

⁸⁰ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., "La condición...", ob.cit., p. 6.

⁸¹ STS de 14 de mayo de 2013 (RJ 4518).

⁸² STS de 30 de septiembre de 2014 (RJ 6434).

⁸³ SSTS de 6 de julio de 2010 (RJ 6783) y 3 de febrero de 2016 (RJ 933).

⁸⁴ SSTS de 22 de septiembre de 2011 (RJ 7275), 5 de junio de 2012 (RJ 9579) y 21 de abril de 2016 (RJ 2407).

⁸⁵ STS de 28 de octubre de 2010 (RJ 8464).

⁸⁶ STS de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2007/752).

⁸⁷ También, entre otras, SSTS de 16 de septiembre de 2015 (RJ 5755) y 21 de abril de 2016 (RJ 2407).

⁸⁸ Es el caso de las SSTS de 1 de febrero de 2017 (RJ 656) y 18 de enero de 2018 (RJ 317).

⁷⁹ Así, lo recuerdan, DÍAZ AZNARTE, M.T., El principio..., ob.cit., p. 143 y MERCADER UGUINA, J.R., Los principios..., ob.cit., p. 150.

dujo, el error empresarial en que la empresa recurrida basa su argumentación carece de consistencia por cuanto un error en aspecto cualitativa y cuantitativamente tan importante no puede sostenerse...”; mientras que en la STS de 30 de septiembre de 2014 (RJ 2014/6434) se manifiesta que: “... tampoco puede admitirse que se tratara de un error, lo que privaría al susodicho abono del carácter de mejora voluntaria pues un error, tan importante cualitativa y cuantitativamente, no es admisible...”. De este modo, el error debe ser probado por quien lo ha sufrido -el empresario- restándose fuerza probatoria a la mera alegación de su existencia, si no se acredita con datos fehacientes⁸⁹. A lo que cabe añadir que el empresario difícilmente podrá alegar válidamente el error en la medida en que, al atribuirle la normativa laboral poderes suficientes para controlar lo que ocurre en su empresa, difícilmente podrá ser considerado su error excusable⁹⁰.

Es más, el error solo será relevante en relación con ciertas materias y cumpliéndose determinados requisitos. Así, deberá afectar al objeto del contrato o a sus condiciones esenciales o sobre la persona, siendo irrelevantes los errores de derecho según lo previsto en el artículo 6.1 del CC.

Asimismo, impedirá la existencia de una condición más beneficiosa la presencia de dolo o intimidación.

En definitiva, resulta decisiva la existencia de voluntad empresarial para incorporar la mejora al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario o de una condición vinculada a las propias características del trabajo desarrollado, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, y es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador⁹¹. De no existir tal voluntad, no existe una condición más beneficiosa y, por tanto, la ventaja otorgada puede ser modificada o

suprimida en cualquier momento y de forma unilateral por parte del empresario⁹², aunque dicha situación se haya prolongado en el tiempo.

4) La mejora o beneficio se incorpora al nexo contractual y, en consecuencia, constituye un verdadero derecho del trabajador beneficiario. Por el contrario, como hemos visto, las actitudes basadas en la mera tolerancia empresarial no son válidas para constituir una condición más beneficiosa. Y ello porque se trata de actitudes o conductas que, pese a no revelar una oposición a la realización de unos determinados actos que podrían ser impedidos, de tal omisión no cabe derivar ningún efecto jurídico⁹³.

5) Debe tratarse de una mejora real para el trabajador y no puede tener más extensión que la que le dé el acuerdo o acto que la concedió. En efecto, la condición más beneficiosa encuentra su alcance y límites en el acto que la crea o en los posteriores que la modifican, esto es, aparece ligada directamente a los términos de la concesión y sobre ella pesan los límites que impone el propio acto de concesión. Este acto determina tanto la constitución de la mejora como su regulación posterior⁹⁴, por lo que resulta esencial que sea lo más claro posible -cosa que muchas veces no ocurre-.

Por otra parte, es necesario verificar que la situación que disfruta el trabajador constituye una auténtica ventaja o beneficio (definida como la concesión de un derecho o la exención de una obligación, de cualquier tipo), para lo que se requiere examinar su situación de partida. Sin embargo, esta verificación en algunos casos resultará fácil (por ejemplo, cuando se incrementa el importe de un complemento salarial o se considera el descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo efectivo), pero, en otros supuestos no será tan fácil, particularmente cuando se trata de una mejora *ex novo*, que se traduce en el disfrute de una posición que antes no se ejercía por no haber sido contemplada ni por una norma legal ni por el convenio colectivo aplicable. Y tampoco

⁸⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “La condición...”, ob.cit. p. 10.

⁹⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “La reducción...”, ob.cit., p. 5.

⁹¹ STS de 12 de julio de 2016 (RJ 4512).

⁹² STS de 13 de julio de 2017 (RJ 3986).

⁹³ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., p. 153.

⁹⁴ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., p. 136.

será fácil cuando, por la forma de estructurar la mejora, es más complejo determinar si se ha introducido o no (por ejemplo, no se incrementa la duración de un permiso, pero sí se flexibiliza la forma de disfrute). En los casos especialmente dudosos, cabe tener en cuenta la percepción que tiene el trabajador al respecto, si bien este dato no puede ser determinante, ya que, de ser así, estaríamos dejando al arbitrio de una de las partes contratantes el cumplimiento de las obligaciones⁹⁵.

6) Como consecuencia de todo lo anterior, la mejora no puede modificarse o suprimirse por decisión del empresario, pues constituye normalmente un acuerdo contractual tácito-artículo 3.1.c) del TRET- y por lo tanto mantiene su vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o convencional que sea más favorable o se siga el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 del TRET. En este ámbito resultan también de aplicación las previsiones del artículo 1.091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y el artículo 1256 del CC acerca de la imposibilidad de modificarlo de forma unilateral. Nos encontramos, pues, ante el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. La condición se ha incorporado al patrimonio del trabajador y, en consecuencia, surgen una serie de garantías con el objetivo de procurar la inmunidad de la citada condición más beneficiosa.

Obviamente, la previsión de estos mecanismos de modificación o supresión de una condición más beneficiosa implican que la misma no tiene porqué ser eterna o permanecer indefinidamente.

Y, 7) por último, cabe tener presente que, tal y como señala la jurisprudencia, quien alegue la existencia de una condición más beneficiosa, será quién deba probarla, y para ello deberá probar la voluntad empresarial inequívoca de atribuir una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en

las fuentes legales o convencionales⁹⁶. La dificultad de esta prueba se incrementará en el caso de que la mejora no implique una actitud positiva del empresario, sino negativa (estos, la ausencia de oposición ante ciertas situaciones ventajosas para el trabajador).

4. LOS EFECTOS EN EL MARCO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Dado que son fenómenos que se dan cada vez más con más frecuencia en la práctica, en la jurisprudencia de los últimos años también se ha planteado la cuestión de los efectos que puede tener, para la figura de la condición más beneficiosa, una sucesión de empresa.

A estos efectos y aplicando directamente la lógica presente en el artículo 44 del TRET, resulta evidente que el que se produzca una sucesión de empresa -sea cual sea la circunstancia o mecanismo que la determine- no afecta a la existencia y reclamación de la mejora o beneficio que constituye la condición más beneficiosa. En otras palabras, que se produzca una sucesión de empresa no cambia la naturaleza de la condición más beneficiosa y el trabajador o trabajadores beneficiarios podrán seguir reclamando su aplicación y efectividad a la empresa sucesora. Por ejemplo, una fusión de empresas no altera la naturaleza de la mejora, es decir, su carácter de condición más beneficiosa, ni permite que pueda ser suprimida de forma unilateral por la empresa sucesora, por cuanto se ha producido, a todos los efectos, una sucesión en las relaciones laborales de la empresa sucedida, conforme a lo previsto en el artículo 44 del TRET⁹⁷. Y, obviamente, tal efecto no puede ser neutralizado a través de pactos entre las empresas sucedida y sucesora, ni tampoco puede alegar la empresa sucesora desconocimiento de la existencia de condiciones más beneficiosas para eludir su cumplimiento frente a los trabajadores.

⁹⁶ STS de 19 de julio de 2016 (RJ 4815).

⁹⁷ A modo de ejemplo, SSTs de 10 de febrero de 1995 (RJ 1148), 14 de mayo de 2002 (RJ 7554), 25 de junio de 2014 (RJ 4341), 3 de febrero de 2016 (RJ 933) y 21 de abril de 2016 (RJ 2407).

⁹⁵ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., "La condición...", ob.cit., p. 5.

Lógicamente, como ocurre con carácter general, dicha mejora o ventaja no tiene un carácter perpetuo, pero para su modificación o supresión, la empresa sucesora también deberá acudir a los mismos mecanismos mencionados anteriormente, esto es, al acuerdo entre las partes, la compensación/absorción o el procedimiento del artículo 41 del TRET.

5. LAS FORMAS DE MODIFICAR O SUPRIMIR LAS CONDICIONES MÁS BENEFICIOSAS

Como hemos visto, una vez constituida una condición más beneficiosa, no cabe la modificación o supresión unilateral por parte del empresario (sería nula) y las únicas vías válidas para proceder a tal modificación o supresión son las admitidas por la jurisprudencia: el acuerdo entre las partes, el mecanismo de la absorción/compensación y el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 del TRET. Son las únicas alternativas viables y en los tres supuestos es necesario cumplir con determinadas exigencias.

5.1. El acuerdo entre las partes del contrato

Resulta lógico, por su propio origen vinculado a la autonomía de la voluntad, que una condición más beneficiosa pueda modificarse o suprimirse por la vía del acuerdo entre las partes del contrato de trabajo; circunstancia que deriva, por otra parte, de lo dispuesto en el artículo 1.255 del CC, según el cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Obviamente, para evitar posibles abusos o fraudes, habrá que tener presentes y aplicar todas las cautelas posibles y descartar la presencia de vicios en el consentimiento prestado por el trabajador⁹⁸. Por tanto, el pacto novatorio o derogatorio está sometido a los mismos requisitos de capacidad, consentimiento, ob-

jeto lícito y forma exigidos en la normativa laboral y en los artículos 1271 y siguientes del CC. Solo en los casos en los que ese pacto vulnere la legalidad, por incumplimiento de los requisitos de capacidad, consentimiento y objeto, o por el incumplimiento del contenido imperativo de las normas o convenio colectivo aplicables, será nulo, pudiendo ser sustituido por la norma adecuada, conforme a lo previsto en el artículo 9.1 del TRET⁹⁹.

Finalmente, cabe señalar aquí que, en el marco de las condiciones más beneficiosas, no resulta aplicable la protección para el trabajador derivada del artículo 3.5 del TRET, por cuanto al tener un origen contractual esas condiciones resultan disponibles. Cabe recordar que lo que prevé dicho precepto es que los trabajadores no pueden disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, así como de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

5.2. El mecanismo de la absorción y compensación

Cabe tener presente que un cambio normativo no puede suponer la modificación o supresión de una condición más beneficiosa, con la única excepción de la vía de la absorción y compensación en materia salarial recogida expresamente en el artículo 26.5 del TRET, que establece que operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia (se recoge, por tanto, una regla anti-cúmulo de las mejoras salariales de origen normativo respecto a las mejoras que venía disfrutando el trabajador). El fundamento de tal premisa se encuentra en la teoría de los derechos adquiridos y en la ausencia de una previsión legal general -con la excepción del referido artículo 26.5- favorable a que se produzca la mencionada compensación y absorción.

Sin embargo, esa realidad no implica que la sucesión normativa no pueda afectar, en

⁹⁸ DÍAZ AZNARTE, M.T., *El principio...*, ob.cit., p. 261.

⁹⁹ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., p. 159.

ningún caso, a una condición más beneficiosa, ya que, si la nueva norma o convenio colectivo incorpora un trato más favorable para el trabajador, dicha condición se extingue, aplicándose la norma que regula la ventaja superior¹⁰⁰. Tan solo procederá la aplicación de la nueva norma o del nuevo convenio colectivo cuando estos superen las condiciones disfrutadas. En tal caso, efectivamente, se extingue la condición más beneficiosa, sin que esto suponga una quiebra del principio de respeto a aquélla: la mejora contractual desaparece por haber dejado de serlo teniendo en cuenta la regulación más beneficiosa incorporada en el nuevo marco regulador¹⁰¹.

En este ámbito cabe tener en cuenta que para aplicar el mecanismo de la absorción y compensación se requiere que los conceptos sean homogéneos y que el trabajador ya viera percibiendo retribuciones superiores en conjunto y cómputo anual, limitándose esta figura a los derechos de carácter económico. Asimismo, en esta materia la jurisprudencia ha fijado diversos criterios¹⁰², que siguen plenamente vigentes, aunque hayan evolucionado hacia una idea de mayor flexibilidad; así:

1) Para que pueda operar el mecanismo de la absorción y compensación es necesario que entre los conceptos retributivos a examinar medie una imprescindible homogeneidad, siendo norma general que únicamente se excepcionan los supuestos en que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional.

2) De este modo, cuando la cláusula convencional que introduce una mejora salarial específica que la misma podrá ser “compensable o absorbible”, ello significa que lo podrá ser con futuras mejoras salariales siempre que las mismas cumplan el requisito de homo-

geneidad para que sea jurídicamente válida esa compensación o absorción.

3) La solución ha de ajustarse a cada situación de hecho, por lo que no es fácil extraer una doctrina universal en esta materia con la que puedan resolverse todos los supuestos, por lo que casi siempre es preciso examinar las peculiaridades del caso concreto, con lo que la compensación y absorción del artículo 26.5 del TRET y, sobre todo, la exigencia de homogeneidad “no solo ha de tener un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos en cuestión... sino que, en principio, la exigencia de homogeneidad... debe atenerse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas, máxime si... ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo...”.

4) También se ha indicado con carácter general que, si bien es innegable que el salario se compone de la suma de todos sus elementos (artículo 26.1 del TRET), de todas formas, esa definición nos lleva únicamente a una cuantificación matemática de la retribución, pero para obtener un análisis jurídico del mismo en los términos que la exigible homogeneidad impone, es preciso atender a las diversas causas atributivas que sinalagmáticamente integran la estructura salarial. Porque el mecanismo compensatorio únicamente es viable entre conceptos salariales que tengan idéntica o similar causa atributiva; lo contrario -admitir la sustitución global de la remuneración- comportaría una reestructuración salarial extramuros de las previsiones del artículo 26.5 del TRET y dejaría sin efecto las circunstancias específicas de atribución que corresponden a las diversas partidas salariales, con quiebra del principio de sinalagmaticidad de las relaciones laborales. Y en la materia -neutralización- se impone la aplicación de los principios de irrelevancia del *nomen iuris* y de causalidad o concausalidad.

5) Cabe tener presente, no obstante, que esos requisitos se han relativizado en algún supuesto, admitiéndose la homogeneidad entre los conceptos de antigüedad y salario base, manifestándose que “si bien el complemento de antigüedad reviste carácter personal... sin embargo, se singulariza en su configura-

¹⁰⁰ ASQUERINO LAMPORERO, M.J., “La condición...”, ob.cit. p. 19.

¹⁰¹ BALLESTER LAGUNA, F., “Sobre la disponibilidad vía convenio colectivo de la condición más beneficiosa”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 205/2006, p. 2.

¹⁰² Entre otras, STS de 25 de enero de 2017 (RJ 507). También se refiere a este mecanismo: STS de 12 de mayo de 2008 (RJ 4122).

ción jurídico-retributiva, por cuanto aparece ligado más rigurosamente, a ciertos efectos, al salario base y no se halla condicionado a las características del trabajo realizado o al volumen y calidad de este último”, por lo que “desde esta perspectiva no es desmesurado homogeneizarlo con el salario base, por lo que cabe su absorción y compensación con el mismo...”¹⁰³. Con ello parece apuntarse el paso desde una exigencia de estricta homogeneidad a la de posible neutralización entre conceptos que por genéricos -no determinados por condiciones de trabajo singulares u obligaciones adicionales del trabajador- resultan homogeneizables.

6) Desde una perspectiva más concreta, se ha defendido que es posible la compensación cuando se trata de una “... mejora voluntaria denominada absorbible, vemos que su propio título constitutivo la contempla, sin que represente obstáculo la búsqueda de la homogeneidad dado que la fórmula empleada en su reconocimiento deja abierta la aptitud compensatoria en términos de compatibilidad siempre que el origen de la variación sea legal o convencional...”¹⁰⁴.

Y, 7) es más, la jurisprudencia defiende actualmente una doctrina flexible sobre la homogeneidad de los conceptos genéricos que no obedezcan a condiciones de trabajo singulares, así como que el concepto -jurídicamente indeterminado- de homogeneidad no puede llegar a confundirse con una esencial igualdad, sino que se limita a lo perteneciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres. Ello permite, por tanto, considerar compensables aquellos conceptos que estén incluidos en el mismo grupo de complementos salariales recogidos en el artículo 26.3 del TRET (condiciones personales, trabajo realizado, situación y resultados de la empresa), por cuanto -entre otras razones- no puede razonablemente exigirse una mayor identidad -ya en la especie- porque su exigencia anularía en la práctica el mecanismo de la absorción y compensación. Esta doctrina permite, por ejemplo, calificar como compensables un complemento de antigüedad con un complemento de naturaleza

personal¹⁰⁵ o un complemento personal y los conceptos salariales derivados de promoción profesional y antigüedad¹⁰⁶; e incrementa, obviamente, las posibilidades de recurrir al propio mecanismo de la compensación y absorción.

Y junto a lo anterior, cabe tener presente que la voluntad de las partes puede precisar el alcance del mecanismo de la compensación y absorción cuando el origen de la mejora no es la libre y unilateral concesión empresarial sino la voluntad concurrente de ambas partes, plasmada de forma expresa y clara en el contrato de trabajo y sometida, precisamente, a la posibilidad de la compensación y absorción. De este modo, en la compensación y absorción del artículo 26.5 del TRET y, sobre todo, en la limitación respecto a la homogeneidad de los conceptos compensables y absorbibles deben tenerse presentes los términos, modo y extensión en los que han sido pactados, máxime si ello no implica disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo (con el objetivo de no contravenir lo establecido en el artículo 3.5 del TRET). Y, por otra parte, un convenio colectivo puede limitar el juego de la compensación o absorción, estableciendo ámbitos en los que pudiera no operar este mecanismo -lo que no deja de resultar cuestionable dado el carácter imperativo del artículo 26.5 del TRET- o, simplemente, garantizar *ad personam* las condiciones más beneficiosas¹⁰⁷.

5.3. La vía del artículo 41 del TRET

Finalmente, junto a las vías anteriores, un mecanismo que, sin duda, resulta particularmente útil para proceder a la modificación o supresión de las condiciones más beneficiosas es el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 del TRET. Utilidad que se ha incrementado tras los cambios -flexibilizadores- incorporados en dicho precepto por la reforma laboral de 2012.

¹⁰⁵ STS de 25 de enero de 2017 (RJ 507).

¹⁰⁶ STS de 12 de mayo de 2017 (RJ 3141). También, STS de 8 de mayo de 2015 (RJ 2422).

¹⁰⁷ MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., pp. 140-141 y 167.

¹⁰³ Entre otras, STS de 25 de enero de 2017 (RJ 507).

¹⁰⁴ STS de 21 de enero de 2014.

En relación con los pasos a seguir para utilizar esta vía en relación con las condiciones más beneficiosas, cabe realizar varias consideraciones:

1) Obviamente, la iniciativa modificativa corresponde al empresario y deberá fundamentarse en probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideran tales las que están relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa. No nos detendremos en ello, pero resulta clara la amplitud -y flexibilidad- con la que se contemplan las causas justificativas de esta medida, que deberán valorarse teniendo presentes las circunstancias de cada caso.

2) A pesar de la lista de materias enunciadas en el artículo 41.1 (entre ellas, la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y el sistema de remuneración y cuantía salarial), al tratarse de una lista abierta, cualquier tipo de condición más beneficiosa va a poder modificarse por esta vía.

Cabe preguntarse, sin embargo, si toda modificación de una condición más beneficiosa va a cumplir el requisito de modificación "sustancial" y, en consecuencia, requerir siempre la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 41 del TRET. A nuestro entender, la respuesta es positiva, por cuanto dado el origen de la propia condición más beneficiosa, cualquier cambio en la misma es sustancial por cuanto afecta al sinalagma contractual¹⁰⁸.

3) Tal y como señala el artículo 41.2, este procedimiento puede afectar a las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Visto el origen contractual de las condiciones más beneficiosas, resulta

evidente que encajan perfectamente en este apartado.

4) Si se trata de una modificación sustancial de carácter individual -al no alcanzar los umbrales recogidos en el artículo 41.2 párrafo 2º del TRET¹⁰⁹-, el procedimiento a seguir es muy sencillo y consiste en la notificación de la modificación por escrito del empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.

Asimismo, aun cuando se trate de la modificación de una condición más beneficiosa, cuando la materia a la que se refiere dicha condición es la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y la cuantía salarial o las funciones -cuando excedan de los límites previstos en el artículo 39 del TRET-, si el trabajador resulta perjudicado por la modificación sustancial tiene derecho a rescindir su contrato de trabajo y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. A nuestro entender, aun siendo factible esta vía, dado el tipo de condiciones más beneficiosas que se dan actualmente, salvo casos muy puntuales, se utilizará poco en la práctica, ya que, como sabemos, la jurisprudencia exige que la modificación sustancial suponga un probado perjuicio para el trabajador afectado.

Sin embargo, como establece el artículo 41.3 párrafo 3º del TRET, el trabajador que se muestre disconforme con la decisión modificativa puede impugnarla ante la jurisdicción social por la vía del artículo 138 de la LRJS, declarándose la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconociéndose el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones, recuperando así la condición más beneficiosa en los términos previstos.

¹⁰⁸ Para BALLESTER LAGUNA la importancia intrínseca de la condición más beneficiosa determina la sustancialidad por se de su modificación, en *La condición...*, ob.cit., p. 315. También ASQUERINO LAMPARERO, M.J., "La condición...", ob.cit., p. 22. Con una posición diferente, DIAZ AZNARTE, M.T., *El principio...*, ob.cit. p. 267; y MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios...*, ob.cit., pp. 162-166.

¹⁰⁹ Diez trabajadores, en las empresas de menos de cien trabajadores; el diez por ciento de los trabajadores en aquellas que ocupan entre cien y trescientos trabajadores y treinta trabajadores en las empresas que ocupan más de trescientos trabajadores. Tomando como referencia un período de noventa días.

5) Por el contrario, el procedimiento es más complejo si se trata de una modificación sustancial de carácter colectivo, por cuanto el empresario si pretende modificar o suprimir una condición más beneficiosa de alcance colectivo -en los términos cuantitativos recogidos en el citado artículo 41.2 párrafo 2º-, deberá abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de una duración no superior a quince días, que debe versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Esa comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes y su conformación interna es un tanto (o excesivamente) compleja, conforme a los parámetros recogidos en el artículo 41.4 del TRET.

Si el período de consultas finaliza con un acuerdo, se presume que concurren las causas justificativas, si bien los trabajadores afectados podrán ejercer la opción por la extinción del contrato en los términos y condiciones antes vistas. Asimismo, la decisión modificativa será notificada por el empresario a cada uno de los trabajadores.

Y si no existe acuerdo en el período de consultas, el empresario deberá notificar igualmente la decisión modificativa a cada uno de los trabajadores y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.

Obviamente, cabe el planteamiento de acciones judiciales frente a la jurisdicción social, tanto a nivel individual como colectivo, por la vía del artículo 138 de la LRJS.

Y, 6) finalmente, cabe recordar que, si el empresario modifica la condición más beneficiosa sin acudir al acuerdo entre las partes ni al procedimiento del artículo 41 del TRET, el efecto será la nulidad de la modificación llevada a cabo, y, en consecuencia, la reposición del trabajador en las anteriores condiciones de trabajo. Así se dispone expresamente en el artículo 138.7 de la LRJS.

5.4. La aplicación de una norma de derecho necesario absoluto

Por último, cabe mencionar una vía que, siendo mucho menos frecuente, también puede plantearse: nos referimos a la modificación o supresión de una condición más beneficiosa como consecuencia de la aplicación de una norma de obligado cumplimiento, esto es, de derecho necesario absoluto, y de carácter restrictivo.

En este marco la doctrina, postura que compartimos, considera perfectamente factible la aplicación de la norma, siempre que la misma sea de derecho necesario absoluto y su aplicación responda a un interés general subyacente¹¹⁰. Ejemplos de esta técnica se han dado, como veremos en el siguiente apartado, en los últimos años en el sector público, donde se han aprobado diversas leyes, tanto a nivel estatal -un ejemplo de ello es el Real Decreto-ley 20/2012- como autonómico que, respondiendo a la situación de crisis económica, han afectado directamente a beneficios que disfrutaban -también con el carácter de condición más beneficiosa- los empleados públicos de distintas Administraciones Públicas. Esas leyes han reducido o suprimido válidamente condiciones más beneficiosas, amparándose en el interés general.

6. ¿PUEDEN LAS ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CREAR CONDICIONES MÁS BENEFICIOSAS EN EL CASO DEL PERSONAL LABORAL?

Una cuestión particular que se ha debatido en la jurisprudencia de los últimos años es si la figura de la condición más beneficiosa puede aplicarse en el marco de las Administraciones Públicas y entidades del sector público, ya sea a nivel estatal, autonómico o local. Y precisamente, en esta cuestión se ha pasado de defender una posición favorable a tal posibilidad a restringirla enormemente.

¹¹⁰ BALLESTER LAGUNA, F., *La condición...*, ob.cit., p. 21.

En efecto, a favor cabe mencionar la STS de 25 de junio de 2014 (RJ 4341)¹¹¹ donde se señala que los requisitos exigidos con carácter general para hablar de una condición más beneficiosa no pueden alterarse por el hecho de que el empleador sea una Administración Pública sometida, como tal, al principio de legalidad en todas sus actuaciones. Porque la sumisión a tal principio incluye, obviamente, el más riguroso respeto a la normativa laboral cuando la Administración actúa como empleadora, y entre esa normativa figura, en primer lugar, el TRET, cuyo artículo 3.1.c establece que las relaciones laborales se regulan -aparte de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y por los convenios colectivos- por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo. A lo que cabe añadir que el carácter tácito en que normalmente se fundamenta una condición más beneficiosa, basado además en la doctrina de los actos propios, en modo alguno significa que dicha condición se efectúe *donandi causa* -por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la pueda suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee. Como consecuencia de ello, se admite, como condición más beneficiosa, el hecho de que los empleados de una residencia pública coman o cen en sus instalaciones -complemento en especie-, por cuanto se trata de un complemento que tenían al ser transferidos de otra Administración Pública y que se les quiso conservar a pesar de pactarse un acuerdo de homologación de condiciones.

Esta doctrina fue seguida por sentencias posteriores, como la STS de 3 de febrero de 2016 (RJ 933)¹¹², donde se añade que no se trata de ningún ejercicio ni de una práctica ilegal que nunca podría haber sido consentida ni tolerada y, por tanto, no hay afectación alguna al principio de legalidad; ni se trata tampoco de una tolerancia indebida por parte de algún órgano inferior, ni consta sanción alguna a ningún miembro del equipo de dirección que permitió la mejora, ni es creíble que los órganos administrativos de tutela y

control de los presupuestos fueran desconocedores de tal realidad. Y también se argumenta que: a) la entidad empleadora realizó actos expresos de reconocimiento y mantenimiento del complemento salarial -una dieta fija que en realidad actuaba como una especie de complemento de penosidad- a lo largo de veinte años; b) la eventual colisión de remuneraciones superiores a las convencionales con normas dirigidas al empleo público no basta para eliminar por completo el juego de las instituciones laborales; c) se trata de una condición más beneficiosa *praeter legem* (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido *contra legem* (de manera contraria a lo querido por las normas); y, d) en fin, no se invocó una norma concreta que colisionase con tal mejora ni se estaba consagrando la validez de derechos surgidos de manera anómala e ilegal.

Sin embargo, cabe tener presente que esta doctrina se ha modificado posteriormente¹¹³ para adaptarla a la realidad particular del sector público, estableciéndose que, junto con los requisitos exigibles en el sector privado, también resulta de aplicación el principio de legalidad -en sentido amplio-, y el sometimiento a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario, que excluyen la posible obtención de una condición más beneficiosa cuando la misma se oponga a una norma legal de derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo, o cuando -por parte empresarial- se carece de la debida competencia para atribuirla. En consecuencia, es exigible que la condición más beneficiosa cumpla con los siguientes requisitos: 1) que traiga origen en voluntad inequívoca del empleador; 2) que la misma sea directamente atribuible al órgano que ostente adecuada competencia para vincular a la correspondiente Administración; y, 3) que se trate de un beneficio *praeter legem*, en tanto que no contemplado ni prohibido -de forma expresa o implícita- por disposición legal o convencional alguna de las que predicar su imperatividad como derecho

¹¹¹ También STS de 25 de junio de 2014 (RJ 4582), y, con anterioridad, entre otras, STS de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2007/752).

¹¹² También STS de 8 de febrero de 2017 (RJ 1149).

¹¹³ Entre otras, SSTS de 5 de julio de 2016 (RJ 4073), 11 de enero de 2018 (RJ 301), 8 de marzo de 2017 (RJ 1782) y 13 de julio de 2017 (RJ 2017/4100). También admiten la posible existencia de condición más beneficiosa: STS de 21 de diciembre de 2016 (RJ 6201).

necesario absoluto. A nuestro entender, esta adaptación resulta defendible, por cuanto la Administración Pública, aun tratándose de empleadora a efectos laborales, sigue estando sujeta a principios tan trascendentales como el de legalidad. Cabe tener presente, además, que esta nueva doctrina no prohíbe la existencia de condiciones más beneficiosas, aunque sí las somete a unos requisitos muy rigurosos.

Y, en fin, en este ámbito también cabe recordar que, precisamente, por la aplicación del principio de legalidad, se admite la modificación o suspensión de una condición más beneficiosa a través de lo dispuesto en una norma legal de carácter restrictivo¹¹⁴. Y, en consecuencia, no es necesario acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo regulado en el artículo 41 del TRET. En este sentido, en la STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 1782) se manifiesta que: "... la decisión empresarial no constituye una MSCT en los términos contemplados por el artículo 41 ET porque el empleador no adopta su decisión por propia iniciativa y necesidad (supuesto del art. 41 ET) sino en cumplimiento de una norma (la Ley 1/2012). En consecuencia, tampoco hay que seguir las pautas (sustantivas o procedimentales) de tal novación contractual, sino que se está ante la pura aplicación de las normas vigentes...". En la misma línea, en la STS de 8 de junio de 2015 (RJ 2927) se afirma que: "... el hecho de que el beneficio cuestionado, "lote de navidad", se reparta no sólo al personal en activo, sino, también, al personal jubilado y a los pensionistas de viudedad que traen causa de antiguos empleados, es revelador de que estamos ante una mejora social, no establecida en el Convenio Colectivo, que constituye una condición más beneficiosa que puede ser suprimida y suspendida por la Ley...".

7. CONCLUSIONES

Cabe preguntarse, a modo de conclusión, cuál es el papel que, como institución, puede atribuirse actualmente al principio de condi-

ción más beneficiosa; máxime cuando se ha manifestado incluso que "la condición más beneficiosa continúa cabalgando en el tiempo, pero sus espacios reales se van reduciendo progresivamente"¹¹⁵, o se la califica como un fenómeno complejo, de difícil integración técnico-jurídica en cuanto a sus relaciones con las múltiples fuentes del Derecho del Trabajo¹¹⁶. A nuestro entender, y su relevante presencia jurisprudencial es solo una prueba de ello, nos encontramos ante una figura que, no solo resulta tradicional y clásica (en un sentido positivo), sino que sigue plenamente vigente en nuestro marco de relaciones laborales. De hecho, constituye uno de los principios de aplicación del Derecho del Trabajo que tiene una mayor trascendencia práctica, no solo desde un punto de vista cualitativo, por cuanto incide, como hemos visto, en la determinación de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores beneficiarios, sino también desde una perspectiva cuantitativa, ya que se trata de una figura que sigue aplicándose, con una cierta frecuencia, en la práctica empresarial, tanto a nivel individual como colectivo. Es cierto que, en ocasiones, afecta a materias que podríamos calificar como marginales o poco importantes -por ejemplo, una cesta de Navidad-, pero también, con mucha mayor frecuencia, se está aplicando sobre cuestiones tan relevantes como el tiempo de trabajo o los complementos salariales y demás contenidos económicos vinculados a una relación laboral.

Y esta trascendencia no se ve limitada por el hecho de que, en nuestro caso, la autonomía de la voluntad tenga un papel restringido en la determinación de las condiciones de trabajo, ante la clara preeminencia de la figura del convenio colectivo. Eso solo concreta y enmarca el ámbito en el que puede recurrirse a la condición más beneficiosa, pero no le resta importancia a la figura en sí.

No podemos hablar, pues, de decadencia de la condición más beneficiosa, lo que no impide reconocer que puede tratarse de una figura incómoda o compleja en determinados supuestos, por cuanto no siempre querrá ad-

¹¹⁴ A modo de ejemplo, STS de 11 de enero de 2018 (RJ 301).

¹¹⁵ GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R., "La reducción...", ob.cit., p. 5.

¹¹⁶ DÍAZ AZNARTE, M.T., "El debate...", ob.cit., p. 2.

mitirse la existencia de una voluntad real empresarial como fundamento de esta o, desde la perspectiva contraria, siempre se querrá entender que cualquier mejora puntual o fruto de una mera tolerancia es ya inamovible. Pero ello, nuevamente, no lleva a desmerecer un principio, fundamentado en el artículo 3.1.c) del TRET, y con una larga tradición jurisprudencial en nuestro país, y que se fundamenta en la idea de una posible mejora de las condiciones de trabajo a través de la autonomía de la voluntad.

Una última cuestión: ¿se debería regular con más detalle el principio de condición más beneficiosa? Es difícil pensar en la normativización de este principio y probablemente no resulta necesario, dado que, como hemos visto páginas atrás, está plenamente consolidado en la jurisprudencia. Pero sí cabe preguntarse, yendo más allá, si no resultaría necesaria una reforma-actualización de lo establecido en el artículo 3 del TRET, un precepto que, aunque en esencia sigue plenamente vigente, su redactado responde cada vez menos a la realidad actual del Derecho del Trabajo. Su parquedad no responde a la complejidad de la realidad presente.

BIBLIOGRAFÍA

- ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “La condición más beneficiosa: una visión general”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2011.
- BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Ed. Comares, 2001.
- BALLESTER LAGUNA, F., “Sobre la disponibilidad vía convenio colectivo de la condición más beneficiosa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 205/2006.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Convenio colectivo extraestatutario: alcance en el tiempo de su eficacia como condición laboral más favorable”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2010.
- DEL JUNCO CACHERO, M., “El principio de condición más beneficiosa para los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009.
- DEL REY GUANTER, S., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, 2010.
- DÍAZ AZNARTE, M.T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Ed. Bosch, 2001.
- DÍAZ AZNARTE, M.T., “El debate en torno al origen legítimo de condiciones más beneficiosas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 55, 2009.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Vigencia de los convenios colectivos extraestatutarios y condición más beneficiosa”, *Temas Laborales*, núm. 105, 2010.
- GARCÍA ORTEGA, J., *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, 2009.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., “La reducción del espacio de la condición más beneficiosa: su función propia como acuerdo contractual tácito”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015.
- MERCADER UGUINA, J.R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant Monografías 968, 2014.
- OJEDA AVILÉS, A., “El principio de condición más beneficiosa”, en DE LA VILLA y LÓPEZ (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, 2003.
- OJEDA AVILÉS, A., “La aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa”, en DE LA VILLA y LÓPEZ (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, 2003.
- POQUET CATALÁ, R., “Los últimos perfiles del principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 396, 2016.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar la figura del principio de condición más beneficiosa, tanto desde una perspectiva teórica como práctica; teniendo presente, a estos últimos efectos, la numerosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo existente desde el año 2004.

Cabe recordar aquí que la figura de la condición más beneficiosa, si bien tiene una larga tradición en el marco laboral, no tiene una plasmación legal expresa más allá de lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del TRET y la referencia que en el mismo se realiza a la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo como fuente instauradora de condiciones de trabajo que mejoren o no contravengan lo establecido en las normas legales y reglamentarias y en los convenios colectivos. Se trata, además, de una institución que está claramente consolidada en la jurisprudencia y plenamente vigente en la práctica de las relaciones laborales.

Desde la perspectiva de su origen, cabe señalar que la condición más beneficiosa puede recogerse en el propio contrato de trabajo -situación muy poco frecuente-, o derivar de la voluntad empresarial, que puede ser verbal, tácita o incluso deducirse de las circunstancias concurrentes en cada caso (situación habitual en la práctica). Obviamente, el que no se recoja de una forma expresa, dificultará la prueba no solo de su existencia sino también de su alcance. A lo que cabe añadir que, si la condición más beneficiosa deriva de la voluntad unilateral del empresario, se requiere la aceptación, expresa o tácita por parte del trabajador destinatario.

No podemos olvidar, por otra parte, que el objetivo de esta figura es mejorar las condiciones laborales previstas en las normas y el convenio colectivo aplicable y, tal y como se constata en la jurisprudencia, puede afectar a materias muy diversas -principalmente de contenido económico o vinculadas con el tiempo de trabajo-, con la excepción de la materia sindical y la prevención de riesgos laborales. Es indiferente, por otra parte, como señalamos en este trabajo, la relevancia de la mejora a los efectos de poder hablar de una condición más beneficiosa.

Especial debate suscita el hecho de que la condición más beneficiosa no solo puede tener como destinatario a un único trabajador, sino también a un colectivo de trabajadores o a todos los trabajadores de la empresa, así como el hecho de que la misma pueda reservarse solo a los trabajadores más antiguos. También cabe tener presente que cabe reconocerla a trabajadores que ya no están en servicio activo en la empresa, tales como los prejubilados o jubilados, y que también se reconoce en el marco de la sucesión de empresa.

Por otra parte, también se destaca en este trabajo que sigue suscitando dudas -y creando una cierta inseguridad jurídica- la prueba de la existencia de una voluntad empresarial inequívoca a favor de crear la condición más beneficiosa, sin que el elemento de la “permanencia” en el tiempo sea un dato suficiente a estos efectos. Como recuerda la jurisprudencia, habrá que valorar las concretas circunstancias presentes en cada caso para determinar si esa voluntad realmente ha existido, y ante realidades semejantes, la respuesta judicial no siempre es la misma.

Asimismo, no puede olvidarse que la condición más beneficiosa no surge ni de lo dispuesto en un convenio colectivo estatutario -por la aplicación del principio de

modernidad o sucesión normativa- ni extraestatutario -por su carácter temporal, lo que excluye de por sí una voluntad empresarial inequívoca-. Sin embargo, como tratamos en este trabajo, la tesis elaborada por los tribunales en torno a la contractualización de las condiciones de trabajo en los supuestos previstos en el artículo 86.3 del TRET cuando no existe un convenio colectivo superior, introduce un nuevo debate en el marco de la condición más beneficiosa.

También suscita dudas interesantes la posibilidad de que una administración o una entidad del sector público pueda reconocer condiciones más beneficiosas al personal laboral, máxime teniendo presente la aplicación estricta en este ámbito del principio de legalidad y del principio de competencia. No podemos olvidar que la normativa laboral también se aplica en el sector público, pero tampoco que la lógica subyacente en una condición más beneficiosa responde más al sector privado.

Tal y como se analiza en este trabajo, aunque una condición más beneficiosa, una vez establecida, se incorpora al contrato de trabajo y se consolida, no es permanente o perpetua; pero para su modificación o supresión hay que seguir unas vías determinadas. No cabe, por tanto, su supresión unilateral por parte del empresario, como ocurre muchas veces en la práctica. Debe acudir, pues, al acuerdo entre las partes -sin ningún tipo de interferencia-, al mecanismo de la compensación y absorción -cuyos requisitos han sido claramente flexibilizados por la jurisprudencia en los últimos años-, o al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (la vía más habitual para el caso de las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo y no especialmente complicada de aplicar en la práctica tras las últimas reformas laborales).

En definitiva, cabe tener presente, que, como se defiende en este trabajo, la figura de la condición más beneficiosa, aun siendo "clásica", está claramente consolidada en la jurisprudencia, sus perfiles también están delimitados -con la dificultad, ya apuntada, de constatar una voluntad empresarial inequívoca-, y sigue estando vigente. Es decir, su papel puede estar limitado por la propia restricción a que el artículo 3 del TRET somete a la autonomía de la voluntad, pero no se trata de una institución en decadencia o que deba descartarse o diluirse en nuestro modelo de relaciones laborales.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad; principios de aplicación; contrato de trabajo; modificación de condiciones; mejoras laborales.

ABSTRACT The objective of this work is to analyse the figure of the principle of the most beneficial condition, both from a theoretical and practical perspective; bearing in mind, to these last effects, the numerous Jurisprudence of the Supreme Court existing since 2004.

It should be remembered here that the figure of the most beneficial condition, although it has a long tradition in the labour framework, does not have an express legal expression beyond the provisions of Article 3.1.c) of the TRET and the reference made therein to the autonomy of the will of the parties to the labour contract as a source of work conditions that improve or do not contravene the provisions of legal and regulatory rules and collective agreements. It is also an institution that is clearly consolidated in the jurisprudence and fully in force in the practice of labour relations.

From the perspective of its origin, the most beneficial condition may be included in the employment contract itself - a very infrequent situation - or derive from the entrepreneurial will, which may be verbal, tacit or even deduced from the concurrent circumstances in each case (a habitual situation in practice). Obviously, the fact that it is not expressly collected will make it difficult to prove not only its existence but also its scope. In addition, if the most beneficial condition derives from the unilateral will of the employer, the acceptance, express or tacit, on the part of the recipient worker is required.

We must not forget, on the other hand, that the objective of this figure is to improve the working conditions laid down in the applicable rules and collective agreement and, as stated in the case law, it may affect very diverse matters - mainly of economic content or linked to working time - except for trade union matters and the prevention of occupational risks. It is indifferent, on the other hand, as we pointed out in this work, the relevance of the improvement to the effects of being able to speak of a more beneficial condition.

A special debate arises from the fact that the most beneficial condition can be addressed not only to a single worker, but also to a group of workers or to all the workers in the company, as well as from the fact that it can be reserved only for older workers. It should also be borne in mind that it may be recognised for workers who are no longer active in the company, such as early retirees or pensioners, and that it is also recognised in the context of company succession.

On the other hand, the proof of the existence of an unequivocal entrepreneurial will in favour of creating the most beneficial condition, without the element of "permanence" in time being a sufficient datum for these purposes, is also highlighted in this work, which continues to raise doubts -and creating a certain legal insecurity- the proof of the existence of an unequivocal entrepreneurial will in favour of creating the most beneficial condition, without the element of "permanence" in time being a sufficient datum for these purposes. As the jurisprudence reminds us, it will be necessary to assess the specific circumstances present in each case in order to determine whether that will has really existed, and in the face of similar realities, the judicial response is not always the same.

Likewise, it should not be forgotten that the most beneficial condition does not arise either from the provisions of a statutory collective agreement -by the application of the principle of modernity or normative succession- or from an extra-statutory agreement -because of its temporary nature, which excludes an unequivocal entrepreneurial will. However, as discussed in this paper, the thesis prepared by the courts on the contractualisation of working conditions in the cases provided for in Article 86.3 of the TRET when there is no higher co-

llective agreement, introduces a new debate within the framework of the most beneficial condition.

There are also interesting doubts as to whether an administration or a public sector body could recognise more beneficial conditions for employees, especially in view of the strict application of the principle of legality and the principle of competition in this area. We must not forget that labour law also applies in the public sector, but neither does the logic underlying a more beneficial condition respond more to the private sector.

As analyzed in this paper, although a more beneficial condition, once established, is incorporated into the employment contract and consolidated, is not permanent or perpetual; but for its modification or suppression it is necessary to follow certain paths. It cannot, therefore, be unilaterally suppressed by the employer, as is often the case in practice. It is therefore necessary to resort to the agreement between the parties -without any type of interference-, to the compensation and absorption mechanism -whose requirements have been clearly made more flexible by the case law in recent years-, or to the procedure of substantial modification of working conditions (the most common way in the case of the most beneficial conditions of a collective nature and not particularly complicated to apply in practice after the last labour reforms).

In short, it should be borne in mind that, as defended in this work, the figure of the most beneficial condition, although "classic", is clearly consolidated in the jurisprudence, its profiles are also delimited -with the difficulty, already pointed out, of verifying an unequivocal entrepreneurial will-, and it continues to be in force. In other words, its role may be limited by the very restriction to which article 3 of the TRET subjects the autonomy of the will, but it is not an institution in decline or that should be discarded or diluted in our model of labour relations.

Keywords: Autonomy of will; principles of application; work contract; modification of conditions; labour improvements.

Vigilancia empresarial y protección de datos: Doctrina Jurisprudencial

Employer's surveillance and data protection: Jurisprudential doctrine

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN*

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la lógica conformadora de este número monográfico dedicado a analizar la jurisprudencia laboral más reciente del Tribunal Supremo, las líneas que siguen a continuación no tienen otra intención que poner de manifiesto los criterios interpretativos y aplicativos emanados del Alto Tribunal a propósito de los temas de vigilancia del empresario y de protección de datos. Confluyen en la regulación de estas materias elementos de orden constitucional e incluso europeo, junto a elementos de legalidad ordinaria, por lo que es normal que, aparte del Tribunal Supremo, otras instancias jurisprudenciales entren también a ocuparse de estas cuestiones. Es el caso del Tribunal Constitucional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han tomado partido en estas cuestiones, entrando, a veces, en contradicción con lo resuelto por el Alto Tribunal. El examen, por tanto, si bien debe partir de la doctrina jurisprudencial, no puede perseguir simplemente un objetivo de mera ex-

posición del punto de vista del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), sino que debe moverse también en la dirección de observar las posiciones alcanzadas a otros niveles superiores, que, en ocasiones, contienen novedades de ruptura, superando los planteamientos de la Sala IV del Tribunal Supremo. Por otra parte, ante la incorporación al ordenamiento jurídico español de nuevos criterios reguladores derivados de la concreción de la normativa europea de protección de datos mediante Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, se impone también un análisis de las variaciones que la nueva regulación comporta sobre los criterios asentados por nuestros Tribunales.

2. EL NUEVO MARCO REGULADOR DE LAS FACULTADES DE VIGILANCIA DEL EMPRESARIO: LA LEY ORGÁNICA 3/2018

El Estatuto de los Trabajadores es, como se sabe, extremadamente parco en relación con el poder de control del empresario; apenas contempla un criterio genérico en el art. 20.3

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Pública de Navarra.

del Estatuto de los trabajadores, que faculta al empresario a “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 humana”. El precepto reconoce, así, al empresario un amplísimo poder de vigilancia y control, solo limitado por el respeto a la dignidad humana del trabajador, que no deja de ser una genérica declaración, que comporta evidentes dudas aplicativas sobre los límites del poder de control empresarial.

Ello ha obligado a los jueces y tribunales a hacer de intérpretes de los límites al poder de control empresarial que derivan del referido principio de respeto de la dignidad, y a buscar criterios de solución de los conflictos planteados. En este sentido, resulta un lugar común afirmar que la jurisprudencia, especialmente la constitucional pero también la casacional, ha desempeñado, un papel muy relevante en la apreciación de los límites del poder de control empresarial, haciendo un loable esfuerzo de cobertura de vacío normativo¹. Efectivamente el papel de los dos señalados Tribunales ha sido trascendente especialmente en el restablecimiento del juego de los derechos fundamentales en el uso de las nuevas tecnologías en clave de control, y así hay que reconocerlo, aunque los resultados de tal intervención jurisdiccional a veces “no dejan de resultar... inquietantes en la medida en que no siempre son coherentes ni previsibles”², pues en algún caso se ha llegado a una solución tan peculiar como arbitraria. Es el precio a pagar por la desidia legislador y el abandono por éste de su función legislativa.

¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Del Statuto dei lavoratori al Estatuto de los trabajadores. Dos experiencias en contraste”, AA. VV.: *El Estatuto de los trabajadores italiano veinte años después*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 153.

² GOERLICH PESET, J.M.: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: inquietudes y paradojas”, AA. VV.: *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016, pág. 126.

No obstante, este panorama de anomia e indiferencia del legislador hacia el papel de los derechos fundamentales en el ámbito de las facultades de control empresarial ha experimentado un cambio a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDyGDD) -que ha venido a complementar y especificar el 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-, porque introduce algunas reglas específicas en materia de vigilancia empresarial.

Como novedad importante, esta Ley regula, en el Título X (“Garantía de los derechos digitales”), los derechos digitales en el ámbito laboral, e introduce, en la disposición final 13ª, un nuevo artículo 20 bis en el Estatuto de los Trabajadores (“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”) que se remite a los contenidos de la propia LOPDyGDD.

Los artículos 87 a 91, integrantes del Título X, reconocen el derecho a la intimidad del empleado en el uso y control de los dispositivos digitales, el derecho a la intimidad frente al uso empresarial de la videovigilancia, de la grabación de sonidos y de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, así como el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

Y, por su parte, el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores (“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”), establece que: “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.”[ET, art. 20 bis].

Los preceptos señalados vienen a reglar, bien que sea desde una disciplina ajena al

Derecho del Trabajo, los límites del poder de control empresarial respecto a aspectos directamente vinculados a la prestación laboral³, o en relación con el ejercicio de control de la actividad de la persona del trabajador, cubriendo así en parte, el vacío legal existente en cuanto a la problemática derivada de la generalización de las nuevas tecnologías, señaladamente, digitales, en el ámbito laboral⁴.

No obstante, conviene no llamarse a engaño, porque dicha Ley Orgánica es bastante limitada y ha dejado abiertos, como han puesto de relieve distintos comentaristas⁵, una serie de importantes problemas interpretativos, que habrán de ser resueltos por los órganos judiciales.

3. EL ACCESO DEL EMPLEADOR A LAS HERRAMIENTAS INFORMÁTICAS DEL TRABAJADOR

El debate jurisprudencial sobre el contenido y alcance del control empresarial y su conflicto con los derechos fundamentales del trabajador, se ha generado principalmente en el ámbito de dos aspectos de las nuevas tecnologías: en concreto, sobre el acceso al ordenador (servicio del correo electrónico, navegación por Internet, redes sociales o foros) y el control mediante cámaras de video.

Los conflictos derivados del acceso a otros medios tecnológicos como los sistemas biométricos, los dispositivos móviles y aplicaciones, servicios de geolocalización o a las redes so-

ciales *on line*, si bien se trata de fenómenos de un gran dinamismo y alguno en constante crecimiento, no han tenido tanta repercusión jurisprudencial.

Ha habido, no obstante, algunos pronunciamientos aislados -así sobre la control biométrico (STS Sala 3ª, 2-7-2007), la vigilancia telefónica respecto del uso del teléfono proporcionado por la empresa a los trabajadores para desarrollar una actividad de telemarketing (STS 5-12-2003), el control microfónico (STC 98/2000)-, que han generado una menor atención.

3.1. Evolución doctrinal del TS, TC y TEDH

Centrándonos en el acceso del empleador al ordenador del trabajador, la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde un criterio que claramente defiende el derecho a la intimidad del empleado a otro que antepone los intereses de empresa.

En ausencia de unos principios normativos específicos, el Tribunal Supremo fijó una primera posición clave en la Sentencia de 26 de septiembre de 2007 (R. núm. 966/2006). En ella se examina el despido de un director de una empresa, al que, en una revisión informática sobre su ordenador para detectar la presencia de un virus informático, se le encontraron ciertos archivos temporales de accesos a páginas pornográficas que motivaron el contagio de un virus informático.

El Tribunal constata que el régimen de registros y las posibles medidas de control sobre los documentos o archivos generados por el trabajador a través de las herramientas informáticas, se encuentran, en principio, dentro del ámbito normal del poder contractual del empresario. Afirma que 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. *“La legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las fina-*

³ GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *REDT*, núm. 216, 2019, pág. 58.

⁴ Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J.: “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Trabajo y Derecho*, núm. 54, 2019.

⁵ FALGUERA BARÓ, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva Ley Orgánica de Protección de datos: una mala regulación”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad Iuslaboralista*, 2019, núm. 14, págs. 4 y ss; SERRANO OLIVARES, R.: “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IUSLABOR* 3/2018, págs. 216 y ss.

lidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales. Tiene que controlar también los contenidos y resultados de prestación”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo condiciona, con carácter general, la licitud del control patronal de la navegación sobre Internet por parte del trabajador, al cumplimiento de un presupuesto básico, a saber: la transparencia informativa; esto es, obligación de la empresa de informar sobre las reglas de uso de esos medios con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales para usos privados, y sobre la existencia del control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos.

Al respecto señala la STS 26-09-2007 que *“es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio”*. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá

entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad”.

En aplicación de la orientación expuesta, el Alto Tribunal considera que se vulneró el derecho a la intimidad por cuanto el registro se realizó sin la previa advertencia sobre el uso y control del ordenador y rechaza la validez del registro practicado en el ordenador del alto cargo directivo por la empresa. Por otra parte, valora decisivamente que la recogida de datos no se limitase a las tareas de detección del virus informático objeto del control, sino que fuera más allá, apoderándose de un archivo temporal de antiguo acceso a páginas pornográficas, cuyo control no era necesario para realizar la reparación interesada.

Con posterioridad, el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en varias ocasiones más. En la STS de 8 de septiembre de 2011, se juzga el monitoreo realizado a los trabajadores de una empresa a través de un servidor, lo que puso de relieve la existencia de numerosas páginas multimedia (vídeos, piratería informática, televisión, contactos, etc.) visitadas desde un ordenador por el trabajador despedido. El control se consideró ilegítimo por no haber establecido la empresa previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- y por no haber informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y sobre los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas para garantizar el efectivo uso laboral del medio informático. En definitiva, se desestima el recurso por haberse producido una vulneración del derecho de intimidad del trabajador.

Sin embargo, en la STS de 6 de octubre de 2011 adopta una decisión contraria favorable a la empresa, sobre la base de que, no habiendo expectativa razonable de intimidad cuando existe una prohibición de utilización del ordenador para usos personales, el empresario tiene derecho de comprobar el uso realizado por el trabajador del ordenador. A diferencia de los supuestos anteriores, el empleador, (grupo de empresas de la confección) había advertido de que quedaba terminantemente prohibido el uso de los medios de la empresa entre

ellos el ordenador, para usos profesionales. No obstante, el control se realizó utilizando un “programa espía”, que permitía captar lo que se reflejaba en la pantalla. De forma que, los trabajadores no tuvieron conocimiento previo de la aplicación de dicho control, que dejó constancia de la existencia de numerosos accesos a página Web no consentidas y de utilización personal de Internet. Pese a ello la sentencia admite la validez de la prueba obtenida a través de dicho control clandestino. Dicha sentencia cuenta con un voto particular numeroso.

La resolución, en lo que hace a la comprobación de la existencia de expectativa de intimidad, se separa notablemente de los principios fijados en la STS 26 de septiembre de 2007. Es preciso recordar que en esta sentencia se había establecido que la legitimidad del control se hace depender no solo de la advertencia de las reglas de uso de los medios informáticos, sino de la previa comunicación sobre la existencia de los controles de uso del ordenador. El Tribunal, en la STS de 6 de octubre de 2011, realiza, sin embargo, un juicio de fondo, consistente únicamente en valorar la primera de las dos condiciones; esto es, si hubo advertencia expresa de una prohibición absoluta de uso de los medios de empresa para fines personales. Constatado tal dato, entiende irrelevante la verificación del segundo elemento. Considera que, con la prohibición, desaparece la expectativa de intimidad y que, en consecuencia, la falta de advertencia sobre el control deja de operar sobre el marco específico de protección del derecho fundamental.

De las consideraciones apuntadas se deduce que bastaría con establecer una prohibición de uso personal de los medios informáticos para inferir la legitimidad de cualquier control, incluso el efectuado por procedimientos ocultos o clandestinos, habida cuenta de que tal prohibición provoca una pérdida de confidencialidad para el trabajador en el uso del ordenador.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre esta materia, generando un corpus doctrinal que flexibiliza aun más los requisitos exigidos por el TS al establecer una total irrelevancia de la expectativa de confidencialidad

cuando se establece una prohibición de uso personal de los medios informáticos.

Es indicativa de tal dirección la STC 241/2012 que analiza un caso de interceptación de las comunicaciones entre trabajadoras que habían instalado, en clara contravención de una orden expresa de la empresa, un programa informático denominado “Trilliam” de mensajería instantánea, en el ordenador de uso común, y desde el que se vertieron comentarios despectivos, críticos e insultantes hacia sus compañeros y superiores. El Tribunal Constitucional afirma que “*no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y, por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial*”. Reconoce que en este caso “*la pretensión de secreto carece de cobertura constitucional, al faltar las condiciones necesarias para su preservación*” y excluye que existiera vulneración del secreto de las comunicaciones.

En un segundo pronunciamiento, el TC deniega también la existencia de invasión de expectativa de intimidad y del secreto de las comunicaciones en el uso de las herramientas informáticas, si bien amparándose, esta vez, en la existencia de una cláusula del convenio del sector que tipificaba como infracción leve el uso privado de los medios electrónicos de la empresa. Así, en la STC 170/2013, en que se enjuicia el caso de una empresa, que sin haber establecido previamente prohibición alguna de uso privado, procede a interceptar el contenido de los correos electrónicos de un trabajador, registrados en el ordenador, ante las sospechas de revelación de datos empresariales confidenciales. Aquí el TC se vio obligado a reflexionar sobre la repercusión de la falta de una política explícita de la empresa sobre el uso de los medios informáticos. Y el TC en lugar de negar la legitimidad de la empresa para acceder, se acoge, sin embargo, a la prohibición convencional señalada, y afirma en dicho pronunciamiento que “*la prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización,*

al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Por lo que concluye que la conducta empresarial “no ha supuesto una interceptación o conocimiento antijurídico de comunicaciones ajenas realizadas en canal cerrado”, descartando la invocada lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

Debe indicarse que los criterios del TS y del TC distan de ser coincidentes con los de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y con los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo desaprueba completamente esta doctrina. En su sentencia de 16 de junio de 2014 (R. núm. 2229/2013) insiste, por el contrario, en la necesidad de la autorización judicial previa para acceder al contenido de una cuenta de correo o mensajes del trabajador. Recuerda que el artículo 18.3 de la Constitución “*no contempla (...) ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante) ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral), ni tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia*”. Esta sentencia abrió una clara brecha entre los “ámbitos penal y laboral”⁶, aunque la propia Sala 2ª ha matizado un poco la exigencia de la autorización judicial al dejar fuera los “datos de tráfico” (circunstancias de tiempo, líneas utilizadas, duración de la comunicación, etc.) y los mensajes una vez recibidos y abiertos por el trabajador, así como la información sobre accesos a otros servicios de la red como las páginas web visitadas, que no forman parte de la comunicación propiamente dicha, y dejan de estar protegidos por el secreto de las comunicaciones. Naturalmente, sin perjuicio de la aplicación del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE).

Por otra parte, el posicionamiento adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el acceso a las comunicaciones electrónicas del empleado es también muy diferente al del TS y TC. Esta cuestión ha sido abordada en la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (asunto *Barbulescu II*)⁷. En ella se discute la legalidad de la monitorización realizada por el empresario sobre las comunicaciones del Sr. Barbulescu, un ingeniero encargado de compras al que la empresa le creó una cuenta en Yahoo Messenger para responder únicamente preguntas de sus clientes, y al que le comunicaron el despido por hacer uso de dicha cuenta para asuntos personales. El TEDH sienta que la vigilancia de los correos del Sr. Barbulescu constituyó una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, al no haber sido previamente informado de tal posibilidad, pese a que existían normas en la empresa que prohibían su utilización con fines privado. Es una sentencia muy importante porque aporta y concreta, con diáfana claridad, unos criterios de inexcusable respeto para la determinación de la validez de los registros en las comunicaciones electrónicas de los empleados. En tal sentido, se enuncian los siguientes criterios de ponderación: a) la notificación previa al trabajador de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada; b) el grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado); c) la existencia de una razón legítima empresarial que justifique la monitorización; d) la inexistencia de otras vías menos invasivas que el acceso directo a la correspondencia; e) la adecuación del uso (resultado) al objetivo que justifica la monitorización; f) la previsión de garantías para el trabajador, como la previa comunicación al trabajador.

Este criterio ha sido asumido por la Sala Segunda del TS, que, en su sentencia núm. 489/ 2018, de 23 de octubre, considera que esos factores de ponderación, “*se configuran*

⁶ M. F. FERRANDO GARCÍA: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *RTSS, CEF*, núm. 399 (junio 2016), pág. 57.

⁷ Sobre la sentencia, vid. GOÑI SEIN, J. L.: “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Trabajo y Derecho*, núm. 40, 2018, págs.11 a 26.

como premisas de inexcusable concurrencia”, indicando que “en particular, no cabe un acceso inconsentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa”.

Y, así, analizando la monitorización practicada por una empresa en un ordenador para esclarecer la conducta desleal de un trabajador y evaluar los perjuicios causados, llega a rechazar la validez de la prueba obtenida por considerar que se omitió el “*prius inexcusable*” del deber de información previa. Y ello pese a considerar que el examen del ordenador fue proporcionado y se buscó la fórmula menos invasiva posible.

En su argumentación señala que: “Si existiese esa expresa advertencia o instrucción en orden a la necesidad de limitar el uso del ordenador a tareas profesionales, (de la que podría llegar a derivarse una anuencia tácita al control o, al menos, el conocimiento de esa potestad de supervisión) y/o además alguna cláusula conocida por ambas partes autorizando a la empresa a medidas como la aquí llevada a cabo; (...) pocas dudas podrían albergarse sobre la legitimidad de la actuación indagatoria llevada a cabo por la empresa”.

Así mismo, la importancia de la sentencia Barbuлесcu II aparece subrayada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) cuando alude a ella extensamente en la Sentencia núm. 119/2018, de 8 de febrero, aunque, al final, apenas le confiere efectividad alguna. Porque sorprendentemente acaba concluyendo que “tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala (las ya citadas SSTs 26/09/07 -rcud 966/06- ; 08/03/11 -rcud 1826/10-; y SG 06/10/11 -rco 4053/10-) y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste [STC 170/2013], ya que “creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC”.

En verdad, resulta difícil compartir esta afirmación última del TS, porque el triple

juicio clásico de proporcionalidad no abarca la totalidad de los criterios ponderativos de la sentencia Barbuлесcu II y, en particular, ignora el presupuesto sustantivo más importante que abre la vía a la ponderación de los restantes factores de legitimidad, cual es la notificación previa al trabajador de la posibilidad de monitorización del ordenador⁸.

3.2. El impacto de la nueva regulación (art. 87 LOPDyGDD)

La ausencia de regulación legal en este punto se ha cubierto mediante el artículo 87 de la LOPDyGDD que contempla el marco aplicable al uso y control de los dispositivos digitales facilitados por el empleador.

El apartado 2 del referido artículo señala que: “El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”.

A lo cual se añade en el apartado 3 que el empleador deberá “establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”, precisando que, de admitir el uso con fines privados, el acceso al contenido de los dispositivos digitales “requerirá que se especifiquen de modo preciso los

⁸ Sin perjuicio de compartir el fallo, puesto que en el caso en cuestión, la empresa venía informando a sus trabajadores, cada vez que accedían con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, de las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a su disposición, y toda vez que se examinó el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del actor, pero no de modo genérico e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación, [y atendiendo a la] proximidad con la fecha de las transferencias bancarias”.

usos autorizados y se establezcan las garantías para preservar la intimidad de los trabajadores”.

Y concluye el apartado tercero, indicando que: *“Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refieres este apartado”.*

A la vista de lo expuesto, es evidente que la nueva normativa faculta al empleador para el acceso a los contenidos de los dispositivos digitales facilitados por el empleador a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, si bien exigiendo, en la línea de lo sentado por la sentencia del TS de 26 de septiembre de 2007, el cumplimiento previo de dos requisitos: por un lado, la adopción de reglas de uso de los dispositivos digitales; y por otro, la notificación a los trabajadores de tales criterios de utilización.

En cuanto a los criterios de uso, no existe duda alguna de que el legislador consiente el establecimiento de la prohibición total de uso de los dispositivos digitales con un fin no profesional, sin perjuicio, por supuesto, de admitir también, el uso con fines privados. En caso de prohibición total, se da por descontado que no existe el derecho a hacer un uso privado de los medios informáticos. No obstante, continuaría abierto el problema de la operatividad del derecho a la intimidad proclamado en el párrafo primero del propio artículo 87 de la LOPDyGDD (*“Los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”*). La prohibición total no es suficiente para hacer desaparecer la necesidad de la valoración del respeto a la intimidad o privacidad del empleado, en contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo (STS 6/10/2011) y el Tribunal Constitucional (SSTC 241/2012 y 170/2013), que consideran que desaparece cualquier expectativa de confidencialidad. El TEDH tiene señalado, en el asunto *Barbulescu II*, que ni siquiera en los supuestos de prohibición de uso personal de los medios tecnológicos cabe reducir a la nada la expectativa de privacidad. Parece que el juicio depende en estos casos de un análisis global de la causa específica que legitima el acceso y de la modalidad de acceso, que debe estar presidido por un criterio de finalidad y proporcionalidad.

Por lo que respecta al deber de información, el legislador ha reconocido a los empleados el derecho subjetivo de recibir información de los criterios de utilización de los dispositivos digitales. Ello excluye la tesis mantenida por el TC en la STC 170/2013 de que la tipificación prevista en el convenio colectivo como falta leve de la utilización de los medios informáticos de propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral, es suficiente para el cumplimiento del deber de transparencia, toda vez que la cláusula convencional, aun sin advertencia previa alguna, impide albergar expectativa razonable de privacidad. Ahora, el deber de notificación a los trabajadores constituye una exigencia inexcusable y no vale solo con adoptar unas reglas de uso.

De todos modos, el último párrafo del número 3 del art. 87 relativo al deber de información ha despertado algunas dudas en cuanto al alcance de tal deber porque no queda claro de qué debe informar el empleador a los trabajadores, en concreto, si solo de los criterios de uso o también de la naturaleza y alcance de control. Ya hemos visto cómo la Jurisprudencia del TS entiende que, una vez establecida la prohibición de uso con fines personales y notificada dicha prohibición a los trabajadores, no hace falta informar también de las posibilidades de supervisión, validándose el control imprevisto y no comunicado a los trabajadores (STS 6/10/2011 y STC 170/2013). Pero ahora este planteamiento resulta incompatible con la nueva regulación porque a la empresa corresponde no solo determinar las reglas de uso sino hacerlo *“respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”* (art. 87.3). A los fines del cumplimiento de este requisito, es necesario que la cualidad de control se comunique a los trabajadores para que tal cualidad de control no incida en la intimidad de los trabajadores, sin que sea suficiente la notificación solo de las reglas de uso aceptables. Se ha de recordar que el TEDH en el asunto *Barbulescu II* consideró necesaria la concurrencia previa de advertencia clara en cuanto a la supervisión de los correos electrónicos, aun en un caso de prohibición expresa empresarial de los medios informáticos de la empresa para fines particulares.

Cumplidos los dos señalados requisitos, la ley posibilita que el empleador pueda acceder a los contenidos de los dispositivos digitales del empleado, aunque a los solos efectos de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones laborales y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. Con todo, se trata de una norma (art. 87.2) amplia, que, en cuanto carente de condicionante alguno, deja en manos del empresario el acceso a los archivos del empleado.

No obstante, y por más que el legislador haya querido omitir cualquier referencia al derecho a la privacidad o protección de datos, es evidente que la regulación del uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral se inserta en el ámbito de la normativa de protección de datos, por lo que los principios establecidos por el RGPD (UE) actúan como límite al poder de control del empresario⁹. No se valida una visión totalitaria del contenido de los dispositivos digitales.

En este sentido, el empresario debe tener en cuenta el “principio de limitación de la finalidad” y al mismo tiempo asegurarse de que la información y datos personales obtenidos sean “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados” y aplicar el principio de proporcionalidad (art. 5.1 RGPD).

El principio de limitación a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados del art. 5.1,c) del RGPDyGDD, obliga a valorar, ante todo, si es necesaria la medida restrictiva del derecho de protección de datos para alcanzar el fin legítimo empresarial. Como se indica en el RGPD (Considerando 39), “los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios”. En consecuencia, el empleador, antes de proceder a este tipo de actividad, debe “plantearse la posibilidad de utilizar métodos tradicionales de supervisión, que implican una intromisión menor en la vida privada de los trabajadores, y, cuando proceda, aplicarlos antes de recurrir

a una forma de vigilancia de las comunicaciones electrónicas” (GTA29 Documento 2002).

De modo que, si existe una solución que implique una intromisión menor en la vida privada de los trabajadores y que permita lograr el objetivo perseguido, el empleador deberá considerar su aplicación y adoptar otras medidas de carácter preventivo-alternativo, tales como, por ejemplo, tratándose de control de comunicaciones electrónicas, anuncios recordando la naturaleza no personal del dispositivo digital, o la creación de una dirección de correo electrónico personal, o, en los supuestos de ausencia del puesto de trabajo, el establecimiento de mecanismo de respuesta automática, que redirigen el mensaje enviado a la dirección de otro compañero¹⁰.

Por otra parte, el principio de limitación a lo necesario obliga al empresario a reducir al máximo los accesos a datos o registros de las conversaciones del trabajador. En la normativa de protección de datos, no se permite recoger datos que no sean necesarios para la concreta finalidad del tratamiento que debe estar claramente definida antes del inicio. Así, por lo que respecta a las comunicaciones electrónicas, el poder empresarial de control de las conversaciones de los trabajadores debe limitarse a lo que resulte funcionalmente necesario para garantizar la realización del fin legítimo de la empresa.

Salvo que concurran especiales razones técnicas o de seguridad que justifiquen la medida, no es legítimo un control empresarial prolongado, constante, o indiscriminado de las conversaciones del trabajador. Así, resulta incompatible con este principio la instalación de ciertos paquetes de programas informáticos en los ordenadores o dispositivos móviles del trabajador con capacidad de registrar todo cuanto realiza el trabajador (pulsaciones en el teclado, capturas de pantalla, las aplicaciones utilizadas, el tiempo que se utilizaron, etc.), incluidos accesos a Internet y conversaciones. “El tratamiento que implican estas tecnologías es desproporcionado” (GTA 29 Documento 2/2017)

⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, cit., pág. 10.

¹⁰ ALVINO, I, “I nuovi limiti di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy” *Labour&Law Issues*, vol.2 núm. 1, 2016, pág. 32.

a menos que exista una justificación o interés prevalente de empresa en virtud de una necesidad de carácter técnico o de seguridad.

La tecnología ofrece al empleador importantes posibilidades de evaluar la utilización del correo electrónico por sus trabajadores sin tener que llegar a invadir la privacidad de los empleados. A veces basta con la comprobación del número de mensajes enviados y recibidos, el formato de los documentos adjuntos, para satisfacer la finalidad legítima de obtener la información necesaria del uso de los dispositivos digitales; por ello la apertura efectiva de los mensajes electrónicos es desproporcionada.

La tecnología puede también utilizarse para garantizar que sean proporcionadas las medidas adoptadas por el empleador para proteger de todo abuso el acceso a Internet autorizado a su personal, utilizando mecanismos de bloqueo más que de vigilancia. Así, “si es posible bloquear ciertos sitios web, en lugar de controlar todas las comunicaciones de forma continua, ... se debe elegir el bloqueo” (GTA29 Documento 2/2017).

El principio de minimización de datos comporta, en el supuesto de que sea necesario acceder a las conversaciones, el deber de extender el control tan solo a una parte de las comunicaciones y no a la totalidad de ellas. Deberían crearse sistemas de tratamiento de las comunicaciones electrónicas para limitar al mínimo estricto la cantidad de datos personales tratados.

El requisito de la minimización significa también, la obligación de limitar el tiempo, el espacio y el número de personas que puedan acceder a sus resultados, a lo estrictamente imprescindible para el cumplimiento del objetivo propuesto. E incluye, asimismo, el deber de disponer la supresión o cancelación periódica del resultado de la auditoría informática y de los datos de relativos a los accesos y registros de conversaciones del trabajador cuando hayan dejado de ser funcionalmente útiles a la finalidad para la que fueron registrados. La finalidad invocada determina el periodo máximo durante el cual pueden ser conservados los datos obtenidos¹¹.

¹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El derecho a la protección de

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta el deber de un tratamiento compatible con la finalidad. El art. 5.1.b) RGPD establece que los datos habrán de ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, sin que puedan ser tratados posteriormente “de manera incompatible con dichos fines”. Debe existir, por tanto, una relación entre la finalidad declarada y el posterior uso de la información recabada; el tratamiento debe encontrarse dentro de las expectativas razonables del trabajador¹². No obstante, la utilización de datos circunstancialmente captados para un fin distinto de aquel para el que fueron recogidos, podría no vulnerar, según el art. 13.3 RGPD, el derecho a la protección de datos si se informa previa y expresamente de ello¹³.

Estos principios del derecho fundamental de protección de datos marcan el límite del poder de control del empresario, y tienen una directa incidencia sobre la posible utilización de las pruebas conseguidas en el proceso laboral. El desconocimiento de tales límites podría comportar que las pruebas obtenidas quedaran privadas de cualquier eficacia (art. 11 LOPJ y concordantes)¹⁴.

4. LA VIGILANCIA POR MEDIO DE CÁMARAS DE VIDEO

4.1. El panorama jurisprudencial del TC, TS y TEDH

En materia de videovigilancia empresarial, el Tribunal Supremo no ha tenido tanto protagonismo como en el recién comentado

datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *RTSS, CEF*, 2018, núm. 423, pág.34.

¹² *Idem*, pág. 34.

¹³ Vid. al respecto, más ampliamente, GONZI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018, págs. 102 y ss.

¹⁴ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., MATEOS Y DE CABO, O. “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (Marco legal, pautas judiciales y convencionales)”, en AA. VV. (Dir. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C): *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014, pág. 175.

tema de los accesos a las herramientas informáticas. El TC ha marcado la pauta y el TS ha ido a rebufo, situándose en un área subalterna. Así, el panorama de la jurisprudencia más reciente del TS muestra los mismos vaivenes, que los del TC en relación con la instalación de los sistemas de videovigilancia en el lugar de trabajo¹⁵.

Es oportuno recordar que en el pasado, la instalación por el empresario de cámaras de videovigilancia en las dependencias donde se desarrollaba la actividad laboral, fue una práctica tolerada por los tribunales ordinarios del orden social, que adoptaron una posición negativa frente a la invocación de la intimidad por parte de los empleados, sobre la base argumental de que el centro de trabajo es un lugar público en el que no opera la intimidad. La eficacia del derecho a la intimidad quedaba reducida a los lugares de aseo, descanso o comedores reservados a los trabajadores¹⁶.

Con las SSTC 98/2000 y 186/2000 se aborda por primera vez el conflicto tecnológico audiovisual desde la óptica de la posible afectación del derecho a la intimidad y la aplicación del principio de proporcionalidad. En la primera de las sentencias (STC 98/2000), se analiza la instalación con conocimiento de los trabajadores y del comité de empresa de micrófonos (vigilancia auditiva) en las dependencias del Casino de la Toja (vigilancia en el puesto de trabajo), que permitía la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones tanto de los propios trabajadores, como de los clientes. En ella el TC rechaza la concepción espacial de la intimidad y hace un reconocimiento general del derecho a la intimidad “en el ámbito del desempeño de las tareas profesionales”. Considera el Tribunal que la adopción de las medidas de vigilancia audio-visual debe quedar sujeta al estrecho margen que impone el criterio de lo estrictamente necesario para garantizar el interés empresarial merecedor de tutela, y des-

carta la instalación microfónica adoptada por la empresa, por considerarla una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, al no quedar acreditado que el uso de los micrófonos resultase indispensable para la seguridad y el buen funcionamiento del casino, que ya contaba con un sistema de cámaras.

En la segunda sentencia (STC 186/2000) se enjuicia el caso de la instalación de cámaras ocultas para controlar una zona concreta (las cajas registradoras y el mostrador de paso de mercancías) de un economato, donde las trabajadoras prestaban su actividad laboral, ante las sospechas de hurto que se venían produciendo, con el objeto de obtener la confirmación y prueba del ilícito. El TC declara que la legitimidad se debe determinar en función de la superación del triple test de proporcionalidad -juicio de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto- ya comentado anteriormente. En este sentido el TC consideró que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión era una medida ajustada al principio de proporcionalidad y, por tanto, legítima, ya que no resultaba arbitraria, ni caprichosa, sino que se trataba de “verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes”; era además, necesaria, “ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades, pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada”.

A partir de 2013, se inaugura un nuevo rumbo en la doctrina constitucional. La valoración de la videovigilancia empresarial se acomete desde la perspectiva de los principios de protección de datos (art. 18.4 CE). En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 29/2013, de 11 de febrero (asunto Universidad de Sevilla)¹⁷, luego de afirmar solemnemente

¹⁵ Vid, un completo estudio del tratamiento jurisprudencial en ARRÚE MENDIZABAL, M.: “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”, Tesis doctoral, Leioa 2019, págs. 265 y ss.

¹⁶ Vid. más extensamente GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson-Civitas, APDCM, Pamplona, 2007, págs.27 y ss.

¹⁷ Sobre la sentencia vid. DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A.: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, (2014); GALLARDO MORA, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos y la

que “la captación de las imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa” de protección de datos, pasa a enjuiciar el conflicto de intereses desde los principios de protección de datos, confiriendo valor central al principio de transparencia o deber de información previa como una garantía instrumental básica para la protección del derecho al control y disposición de los datos por el trabajador. El TC considera que el deber de información es el “elemento caracterizador”, el “núcleo esencial del derecho” fundamental del artículo 18.4 CE. Y en consonancia con esa relevancia, acoge una interpretación rigurosa del deber de información previsto en el artículo 5 de la LOPD, exigiendo del empresario no solo la colocación de un cartel distintivo con las indicaciones de la Instrucción 1/2006 de la AEPD (referencias a la LOPD, la finalidad para la que se tratan los datos y la identificación del responsable), sino “la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida”. En el caso enjuiciado, el Tribunal Constitucional consideró contrario al artículo 18.4 CE la utilización con fines sancionadores de las imágenes grabadas mediante cámaras instaladas para control de accesos, por no haber advertido a los trabajadores (y, en particular, al ordenanza sancionado por reiterados incumplimientos de horario) de que esas imágenes podían ser utilizadas a efectos de control laboral, y ello aun cuando la empleadora (Universidad de Sevilla) había señalado y advertido con carteles la existencia de dichas cámaras.

No obstante, con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una importante corrección de esta doctrina, modificando el contrapeso tuitivo atribuido al deber de información en la anterior sentencia. El Pleno del Tribunal Constitucional admite, en la sentencia 39/2016, de 3 de marzo (asunto Bershka), la legitimidad de la medida de control audiovisual sobre la base únicamente de la existencia de un cartel anunciando la existencia de las cámaras en el lugar de trabajo.

videovigilancia empresarial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013.

Así, en el caso analizado, el TC da validez a las imágenes tomadas a través de las cámaras de video instaladas en una tienda de Bershka del Grupo INDITEX, ante las sospechas de apropiación de dinero y realización de operaciones falsas de devolución de venta de prendas de una de sus empleadas, sin haber informado previamente a los empleados, aunque se había colocado en el escaparate un cartel distintivo informativo.

Esta última doctrina ha propiciado un cumplimiento devaluado de los presupuestos formales del deber de transparencia. Desde tal perspectiva, la falta de una información específica sobre la finalidad de control de la actividad laboral y su posible uso con fines disciplinarios, ya no comporta la invalidez de la prueba, ni excluye la validez del procedimiento sancionador, siempre que el empleado haya tenido conocimiento de la existencia de las cámaras. El deber de información ha terminado por poseer en nuestro país una relevancia meramente formal¹⁸.

En lo que respecta al Tribunal Supremo, la doctrina jurisprudencial ha ido adaptándose, como se ha señalado anteriormente, a la orientación fijada en cada momento por el Tribunal Constitucional. En la sentencia de 13 de mayo de 2014 (R. núm. 1685/2013), desarrolla un *iter* argumentativo parecido al de la STC 29/2013, y acoge, así, en un primer momento, el criterio de la necesidad de proporcionar una “información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad del control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida”. Con base en dicho criterio, declaró nulo el despido de una trabajadora de supermercado que fue sorprendida mediante una cámara fija instalada para finalidad disuasoria de terceros, anulando de forma fraudulenta los tickets de compra. El TS entendió que no se había dado información a la trabajadora de la posibilidad de que con dichas cámaras se podían

¹⁸ GOÑI SEIN, J.L.: “Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo. Instalación de cámaras de videovigilancia para la obtención de pruebas y deber de información previa”, *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol.4, núm.2, 2016, pág. 290.

adoptar medidas de índole laboral, bien que las cámaras fueran apreciables a primera vista, y acabó rechazando la validez de la prueba videográfica.

En el panorama más reciente del TS, se advierte con claridad un cambio en la línea de la nueva orientación adoptada por el TC en la sentencia 39/2016. El TS ha incorporado la línea más flexible abierta por el TC y vincula la validez de la prueba videográfica a la mera exposición en un lugar visible de un cartel distintivo de la cámara, rompiendo con lo determinado por la STC 29/2013, que establecía la necesidad de proporcionar una información previa, expresa clara e inequívoca de la finalidad laboral de las grabaciones. Indicativas de esta nueva dirección del TS son las sentencias de 31 de enero de 2017 (R. núm. 3331/2015), 1 de febrero de 2017 (R. núm. 3252/2015) y de 2 de febrero de 2017 (R. núm. 554/2016), que consideran, como factor presuntivo suficiente del cumplimiento del deber de información, la mera exposición en un lugar visible de un cartel distintivo de la cámara, admitiendo la validez de la prueba siempre que la persona fuera conocedora de la existencia de cámaras de vigilancia, aunque la instalación de las cámaras fuese por motivos ajenos a la finalidad de control laboral.

Por si hubiera alguna duda de tal cambio, en el Auto del TS de 18 de septiembre de 2018 (R. núm. 1092/2018) se indica que *“las sentencias del Pleno indicadas señalan que la prueba consistente en reproducción de imágenes y sonidos (videovigilancia) es lícita, siempre que el trabajador conozca la instalación de las cámaras y su ubicación por motivos de seguridad, (...) de suerte que la circunstancia de que el trabajador hubiese sido o no advertido expresamente de la finalidad de control de la actividad laboral y del destino que se le pueda dar a las grabaciones que utiliza la sentencia de contraste, resulta ahora intrascendente”*.

No obstante, esta doctrina del TC y del TS se halla en vías de cambio o de reconsideración a la vista de la dirección interpretativa adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda y otros vs. España), donde se analiza el supuesto de una empresa (Mercadona), que instaló varias cá-

maras de vigilancia, algunas visibles y otras ocultas, ante la sospecha de sustracciones por los empleados de las cajas. En ella, el TEDH ha alcanzado la conclusión de que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por haber incumplido la empresa el deber de información previa.

El Tribunal pone especial énfasis en que la videovigilancia llevada a cabo por Mercadona, que tuvo lugar durante un período prolongado, no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (entonces vigente) y, en particular, con la obligación de informar previamente, de manera precisa e inequívoca a los interesados sobre la existencia y las características particulares de un sistema que recopila datos personales.

La sentencia del TEDH subordina la validez del cumplimiento del deber de información a la observancia escrupulosa de las exigencias normativas. Somete al empresario a una prueba de cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 5 de la LOPD, entre los cuales se hallaban, como se ha señalado, el deber de informar al interesado sobre la existencia del tratamiento de datos, la finalidad y los destinatarios de la información, etc.

El *dictum* del Tribunal de Estrasburgo corrige la STC 39/2016 y viene a confirmar el alcance inicial que el propio Tribunal Constitucional otorgó, en la sentencia 29/2013, al deber de información en materia de videovigilancia empresarial. Y lo hace, además, apoyado en la sentencia de Barbulescu II vs. Rumanía y en la regulación innovadora de los requisitos formales del deber de transparencia contenidos en el Reglamento de la UE.

La resolución dictada por el TEDH ha dejado, no obstante imprecisa la cuestión relativa al posible uso excepcional de las cámaras ocultas en el lugar de trabajo. Tiene admitida tal posibilidad, pero sin llegar a establecer una doctrina clara; así, en el caso *Köpke vs. Alemania*¹⁹. Sin embargo, en el caso

¹⁹ STEDH de 5 de octubre de 2010, Asunto Köpke vs. Alemania.

Mercadona lo rechaza porque, a diferencia del caso Köpke, ha entendido que no había una sospecha fundamentada previa contra las reclamantes y, en consecuencia, no estaba dirigida específicamente a ellas, sino a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, y por cuanto, además, se prolongó durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. Sobre el alcance del control oculto, volveremos a tratarlo más adelante.

A la vista de esta doctrina, nuestro Tribunal Constitucional debería hacerse revisar su última jurisprudencia y reconocer, de acuerdo con el nuevo Reglamento UE y el planteamiento doctrinal del TEDH, que el necesario deber de información, únicamente se cumple cuando la comunicación permita al empleado observado por las videocámaras, conocer, de forma previa, clara y precisa, el uso y destino de sus imágenes.

La doctrina del TEDH está teniendo su impacto en las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia que, invocando la sentencia López Ribalda, están declarando ilícitas las grabaciones obtenidas por falta de una información previa a los trabajadores de la existencia del sistema de video en los términos que determina la normativa de protección de datos, y calificando nulos los despidos disciplinario basados únicamente en la prueba videográfica. Así, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2018, (R. núm. 226/2018) o la STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2018 (R. núm. 1268/2017).

De la Sentencia del TEDH se ha hecho eco también el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de enero de 2019 (R. núm. 341/2017), aunque sin entrar en más valoraciones, anunciando un posible pronunciamiento a propósito de algún otro recurso de casación para la unificación de doctrina.

En todo caso, conviene dejar señalado que la Sentencia dictada en el asunto López Ribalda y otros, ha sido recurrida ante la Gran Sala del TEDH y está pendiente de resolución. Es de esperar que el nuevo pronunciamiento, al tiempo que confirme o no el fallo, aclare con mayor precisión la legitimidad del poder de control oculto empresarial en el nuevo orde-

namiento europeo en materia de protección de datos.

4.2. La incidencia de la nueva regulación (art. 89 LOPDyGDD)

El vacío legal apreciable en relación con las peculiaridades de la videovigilancia en el lugar de trabajo se ha colmado también en parte mediante la nueva regulación de la LOPDyGDD. En su artículo 89.1 se dispone que: *“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”*. A ello se añade que: *“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”*.

Se permite desde la ley la instalación de sistemas de videovigilancia con un objetivo finalista específico de control de los trabajadores, sin perjuicio de la posibilidad del tratamiento de imágenes mediante dichos sistemas con la finalidad de preservar la seguridad de las personas bienes e instalaciones, que viene contemplada previamente en el art. 22 de la LOPDyGDD.

Ahora bien, la regulación del tratamiento de imágenes con finalidad laboral resulta más incisiva que la prevista con una finalidad genérica de seguridad de las personas bienes e instalaciones del art. 22 de la LOPDyGDD, pues, mientras en el supuesto genérico de seguridad, el deber de información se cumple *“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”*, en el segundo supuesto (control laboral) se exige, además, que el empleador informe con carácter previo, y de forma expresa clara y concisa a los asalariados de la instalación del sistema de videovigilancia.

Así las cosas, cabe observar algún elemento importante de divergencia entre la nueva regulación y las indicaciones que resultan de la doctrina constitucional y jurisprudencial expuesta. Como se ha señalado antes, el deber de información previa sobre la finalidad de control ha quedado totalmente desdibujada después de la STC 39/2016, al requerir únicamente la obligación de poner en lugar visible un cartel o distintivo informativo sin necesidad de especificar nada más, y ahora la ley orgánica propicia un entendimiento del deber de información que comporta el cumplimiento, al menos, de la existencia de una notificación previa, expresa clara y concisa de la medida. Resulta evidente una lógica contrapuesta. En este sentido, cabe entender que la nueva regulación viene a corregir la doctrina del Tribunal Constitucional en el asunto *Bershka* (STC 39/2016). El nuevo precepto abandona el entendimiento puramente formal del deber de información y asume el planteamiento del TEDH seguido tanto en la Sentencia de 5 de septiembre de 2017, “Caso *Barbulescu II*”, sobre el acceso a las comunicaciones electrónicas del trabajador, como en la Sentencia de 9 de enero de 2018, “Caso *López Ribalda*”, sobre videovigilancia empresarial, que exige la necesidad de una previa y suficiente información a los trabajadores afectados.

No obstante, persiste la duda del verdadero alcance de esa rectificación, en tanto que del párrafo segundo del artículo 89.1 de la LOPDyGDD no se deriva que el deber de información sea exigible siempre y en todo caso. En el mismo se establece como excepción a regla general que: “*En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o 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*”.

Algún autor se ha mostrado muy crítico con esta norma, puesto que considera que “nada empece en la práctica a que las cámaras de supervisión del negocio puedan ser utilizadas también en el práctica para el control del colectivo asalariado, sin información

previa sobre su finalidad”²⁰. No obstante, cabe preguntarse si, en verdad, se está admitiendo una compatibilidad de la utilización de las imágenes con otros fines.

En principio, parece bastante obvio que legislador ha querido establecer una clara división entre el tratamiento con fines de seguridad y el tratamiento con fines de control laboral, al regular dichas cuestiones en artículos separados y al establecer, además, en el apartado 8 del artículo 22 de la LOPDyGDD una remisión al art. 89 de la ley para “*el tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras*”. Por tanto, la aplicación del principio de finalidad y la separación determinan la imposibilidad de que las imágenes captadas con fines de seguridad puedan ser reutilizadas para el control laboral.

Pero, ciertamente, esta conclusión se pone en entredicho desde el momento en que el artículo 89.1 de la LOPDyGDD permite al empresario valerse de las imágenes captadas por las cámaras de seguridad cuando descubre “*la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados*”.

Desde luego, la voluntad del legislador es hacer extensiva la compatibilidad de uso de imágenes de actos ilícitos, incluyendo no solo los delitos, sino los incumplimientos laborales, porque el proyecto presentado por el Gobierno se refería solo a la “*comisión flagrante de un acto delictivo*” y la expresión finalmente recogida en el artículo 89.2 hace alusión a “*la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados*”. Ahora bien, mantener que la excepción ampara la extensión de la compatibilidad de las imágenes de los trabajadores a cualquier supuesto de incumplimiento laboral es muy cuestionable por un doble motivo: primero, porque no tendría sentido la doble regulación establecida, y segundo, porque no está amparado por el RGPD y se llegaría a una especie de quiebra del principio de finalidad.

²⁰ FALGUERA BARÓ, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva Ley Orgánica de protección de datos: una mala regulación”, cit., pág.7.

Si el art. 89.1 LOPDyGDD legitima el tratamiento de los datos (imágenes) de los trabajadores mediante la simple observancia de la colocación de carteles informativos y disposición de formularios (que es la única suerte de requisito esencial exigido) cuando se realice el tratamiento de imágenes con fines de seguridad, se desvanece la eficacia sustancial de la doble previsión (separación). Qué necesidad tiene el empleador de cubrir los requisitos específicos del artículo 89.1 de la LOPDyGDD si colocando un cartel informativo -la condición verdaderamente importante del artículo 22 de la ley para realizar el tratamiento de imágenes con fines de seguridad-, puede tratar imágenes de los trabajadores.

Por otra parte, no parece que los artículos 6 y 23 del RGPD autoricen la utilización de las imágenes de los trabajadores captadas en los supuestos de control ordinario por motivos de seguridad para perseguir cualquier incumplimiento laboral. El tratamiento ulterior de los datos con un fin distinto al inicial pero compatible con el mismo se permite cuando constituye en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar alguno de los intereses u objetivos de relevancia, señalados en el art. 23 del RGPD, como puede ser “la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención”. En principio, los actos ilícitos laborales o meros incumplimientos laborales descubiertos a través de la captación de imágenes por motivos de seguridad, carecen de la relevancia exigida desde el punto de vista de los intereses protegidos en este artículo del RGPD, sin perjuicio de que en algún caso excepcional pudieran llegar a tenerlo. Aparte, cuando la medida de videovigilancia se adopta con fines de seguridad, se genera en los trabajadores una razonable expectativa de que las imágenes no serán utilizadas con fines laborales, que debe ser respetada. La extensión de la excepción prevista en el art. 89.1 de la Ley a cualquier supuesto de comisión flagrante de incumplimiento laboral supondría una quiebra del principio de confianza legítima y una vulneración del principio de finalidad.

La nueva regulación del artículo 89.1 de la LOPDyGDD suscita, además, otro interro-

gante acerca del alcance del tratamiento de las imágenes con la finalidad de control laboral. El problema no es ciertamente nuevo. Así, en lo que hace referencia a la finalidad de control laboral, la norma no ofrece reglas claras acerca de los límites dentro de los cuales debe entenderse admitido el control del trabajador por medios audiovisuales. Se remite al art. 20.3 del ET dejándonos tan ayunos como antes sobre los límites de admisión.

La ley ha creado un bucle o una especie de circuito cerrado de remisiones legislativas: del art. 89.1 de la Ley Orgánica de Protección de datos al art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y, al revés, del art. 20.3 ET en relación con el nuevo art. 20 bis introducido en el ET, al 89.1 LOPDyGDD. Un bucle que verdaderamente no ayuda a la comprensión del objeto de los controles.

Se asiste, así, a una singular situación en la que los límites al tratamiento de datos en la videovigilancia vienen marcados por el ET. De esta forma se valida una visión meramente contractualista de la vigencia aplicativa de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. El art. 89.1 LOPDyGDD, al remitirse al art. 20.3 ET, no hace otra cosa que atribuir una plena facultad de disposición de la medida de videovigilancia a la sola voluntad del empresario. Los límites quedan a merced de lo que, en cada caso, considere pertinente el empresario, con el riesgo de anular o dejar prácticamente vacío de contenido el juego de los derechos fundamentales (intimidad y protección de datos) en el uso de las cámaras de video en el lugar de trabajo.

La consideración del respeto a la dignidad humana del trabajador como límite impuesto al empleo de medidas de vigilancia y control por el empresario en el art. 20.3 ET ha tenido una incidencia escasa en el ámbito de la vigilancia audiovisual. No ha producido el efecto de limitación de los poderes del empresario. Tan solo en algún caso, ha servido para valorar si la restricción de derechos impuesta era necesaria en atención a la causa alegada (Casino La Toja, STC 98/2000).

Debe señalarse, no obstante, que el ejercicio continuo de la videovigilancia en el lugar de trabajo con el único fin de control, no ya del

trabajador (como establece la nueva Ley orgánica), sino de la actividad del trabajador, es observado con mucha reticencia en los documentos internacionales, que, si bien carecen de eficacia vinculante, ejercen una función de dirección respecto a la adopción de una política común europea²¹. En el Dictamen 4/2004, de 11 de febrero, relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, el GTA29 establece que “*los sistemas de vigilancia por videocámara cuyo objetivo directo es controlar, desde una situación remota, la calidad y la cantidad de las actividades laborales y, por lo tanto, implican el tratamiento de datos personales en este contexto, por regla general no deberán estar permitidos*” (Apartado 8º). Y por su parte, el Consejo de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, en la Recomendación CM/Rec (2015) 5 de 1 de abril de 2015, sobre el tratamiento de datos personales en el entorno laboral, establece que no debería permitirse el uso de sistemas que tengan como principal finalidad la monitorización de la actividad y el comportamiento de los empleados; la monitorización se entiende admisible cuando responda a fines de protección de la seguridad, la propiedad, la salud, o la gestión eficaz de la organización. Y ello porque la instalación de las videocámaras como control constante, e indiscriminado del trabajador supone una restricción desproporcionada en los derechos fundamentales de los trabajadores, y porque una razonable consideración de los intereses de éstos requiere una clara justificación, un interés legítimo del empresario²².

Hay que reconocer que en las sentencias del TS, anteriormente citadas, señaladamente en la STS de 15 de enero de 2019, R. núm. 341/2017, se encuentran aspectos tuitivos que van en la línea de limitar la práctica del control del trabajador mediante cámaras de video. Las indicaciones de la doctrina jurisprudencial concuerdan en la necesidad de

justificar la instalación de las cámaras, lo que conlleva la concurrencia de un interés legítimo específico, admitiéndose solo en el caso de la existencia de “un clima previo de infracción notoria” o ante “las sospechas fundadas de la empresa”, como en el caso de los residentes que estaban siendo maltratados por los cuidadores (ATS de 5 de julio de 2018, R. núm. 3202/2017). En consecuencia, cabe entender que, aunque la nueva regulación nada concreto establece sobre los límites inherentes al uso de los dispositivos de videovigilancia, se interdice la instalación de las cámaras de video con una finalidad de control genérico, indiscriminado y permanente del trabajador.

Por lo demás, debe quedar muy claro que la videovigilancia empresarial está sometida a la normativa de protección de datos. El empresario que quiera establecer una medida de videovigilancia laboral por alguna de las causas legítimas, debe respetar y acreditar el cumplimiento de los principios de protección de datos. Asumen, así pues, aquí, como en cualquier otro sistema o procedimiento tecnológico de captación de datos personales del trabajador, un valor vinculante los referidos principios de protección de datos.

5. LA NUEVA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y LOS DERECHOS DIGITALES

La protección de datos personales es un derecho fundamental protegido en el art. 18.4 de la Constitución, que se concreta en “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (STC 292/2000)²³.

Su tratamiento legal se encuentra actualmente en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la LOPDyGDD de 2018 que complementa y

²¹ ALVINO, I.: “I nuovi limiti di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy”, cit., pág. 16, nota 24.

²² Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J.: “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, cit., pág. 16.

²³ MERCADER UGUINA, J.: *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

adapta nuestra normativa interna a la citada disposición europea. Una parte importante del flujo y tratamiento de los datos personales se desarrolla en el ámbito empresarial donde Internet y los sistemas de información y comunicación se han convertido en herramientas clave para la actividad económica y profesional. Sin embargo, en el inmediato pasado, ni la Directiva 95/46/CE ni la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos personales, hacían referencia al tratamiento de los datos en el ámbito laboral.

Hoy, el Reglamento (UE) identifica con bastante claridad la necesidad de regular el derecho a la protección de datos en el ámbito laboral y habilita en el artículo 88 a los Estados miembros, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, a establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales en el ámbito laboral.

Esa labor de concreción, la aborda, en parte, la LOPDyGDD, mediante el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales en el Título X, que contempla también el tratamiento de los derechos digitales del empleado en la relación de trabajo. En particular, se reconoce a los empleados el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador (art. 87), a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos (art. 89), y a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90).

La regulación de estos derechos digitales ha dado lugar al establecimiento de una serie de criterios de resolución de conflictos suscitados por las nuevas tecnologías digitales en relación con las facultades de control empresarial, que debe ser acogida de forma plausible porque supone una salida del vacío legal, aun cuando no se oculta que la regulación contiene bastantes elementos de incertidumbre, tal y como se ha ido poniendo de manifiesto en páginas precedentes.

Cabe preguntarse si la relación de derechos digitales se agota en la relación de derechos recogida en el Título X. En principio,

el catálogo de derechos digitales laborales garantizado es el comprendido entre los artículos 87 y 90 y, por tanto, desde la perspectiva legal, el sistema de garantías parece haber quedado circunscrito solo a los dispositivos digitales facilitados por el empleador, la videovigilancia y los sistemas de geolocalización.

Sin embargo, es evidente que la LOPDyGDD no ha acometido por completo la tarea de reconocer y garantizar todos los derechos digitales en el ámbito laboral. Y ello porque no cabe ignorar que existen otras muchas tecnologías digitales empleadas en el ámbito laboral con implicaciones para los derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en los controles biométricos, las pulseras ultrasónicas, las tarjetas Rfid, la inteligencia artificial o la robótica. En todas estas tecnologías digitales se realiza algún tipo de tratamiento de los datos de los empleados y existe la necesidad de adoptar medidas adecuadas y precisas para preservar la dignidad de los interesados y sus derechos fundamentales.

Entiendo, por tanto, que, si bien se trata de una relación cerrada de derechos digitales en el ámbito laboral, los efectos del nuevo Reglamento obligan a completar o a adoptar un específico marco normativo para cualquier tipo de dispositivo digital que comporte tratamiento de datos personales.

No por el hecho de no haber sido objeto de regulación específica los derechos predicables en esos otros entornos digitales, dejan de ser de aplicación las exigencias que derivan de la normativa de protección de datos, muy señaladamente la necesidad de transparencia o el deber de respetar el derecho de información de los interesados, en los restantes supuestos. El tratamiento de datos obtenidos de las redes sociales o a través de cualquier otra técnica tiene que cumplir con los requisitos específicos de la normativa de protección de datos para que sea lícito.

En buena técnica normativa, lo deseable sería que el legislador garantizase una mínima tutela de la protección de datos personales del trabajador, sin excepción, a cualquier caso de control tecnológico empresarial que implique tratamiento de datos en el lugar de trabajo, adoptando unos principios básicos y comunes a cualquier medida. Para ello se podría inspirar en los previstos en la Recomendación CM/

Rec (2015)5 del Comité Ministros del Consejo de Europa, que es actuación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, norma que tutela el derecho a la vida privada²⁴.

En este sentido, debería establecerse, con carácter general, que la obtención de datos de la utilización de Internet, el acceso a las comunicaciones electrónicas sobre el lugar de trabajo, el análisis de las informaciones de geolocalización y de otras tecnologías utilizadas por el trabajador en el contexto laboral, constituyen tratamiento de datos personales del trabajador. Y que tales actividades se deben realizar conforme a los principios de protección de datos del RGPD (principio de transparencia respecto de las condiciones de uso y de las medidas de control, respeto a los principios de interés legítimo, necesidad, pertinencia, proporcionalidad, finalidad), y todo ello sin perjuicio de observar cuantas obligaciones de información y consulta con los órganos de representación de los trabajadores, establezca la normativa laboral.

6. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

El debate jurisprudencial específico sobre el derecho a la protección de datos personales se ha centrado esencialmente sobre los pro-

blemas derivados del uso de la videovigilancia en el ámbito laboral. Como hemos podido comprobar, la STC 29/2013 vino a inaugurar una nueva perspectiva en la consideración sobre la validez de las pruebas obtenidas a través de la instalación de las cámaras en el trabajo. Por primera vez se juzgó desde la perspectiva de los principios de protección de datos (art. 18.4 CE), en particular, la exigencia de la comunicación previa, en lugar del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), apartándose del criterio empleado en las dos sentencias anteriores (STC 98/2000 y 168/2000). El criterio no tardó en ser asumido por el Tribunal Supremo que lo aplicó en la Sentencia citada de 13 de mayo de 2014, y lo ha venido manteniendo con posterioridad (entre otras, STS 15 de enero de 2019, R. núm. 341/2017; ATS 19 de abril de 2018, R. núm. 2402/2016).

No deja de ser llamativo que la solución alcanzada no haya llegado a los otros problemas derivados del uso de otras tecnologías digitales en el ámbito laboral, como el acceso por parte de las empresas al ordenador del trabajador, la implantación de sistemas de localización, de grabación de conversaciones o sonidos, o de reconocimiento biológico, etc., que se analizan desde una perspectiva diversa de la protección de datos, en concreto, desde la óptica de la intimidad (art. 18.1 CE). Habiendo en cualquiera de los supuestos señalados un tratamiento de datos personales, no parece muy lógica esta diferente perspectiva de análisis adoptada por nuestros TC y TS en la resolución de los problemas tecnológicos.

Al margen de la videovigilancia, encontramos también, en esta última década, algunos otros pronunciamientos del TS en materia de protección de datos. De particular relevancia es, en lo que concierne al valor del consentimiento de los trabajadores afectados, la sentencia del TS de 21 de septiembre de 2015 (R. núm. 259/2014) que resuelve un conflicto colectivo promovido por la representación sindical respecto de una cláusula/tipo incluida en los contratos de trabajo, mediante la cual las «partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto, y, a la

²⁴ En la primera parte de la Recomendación (arts. 1-13) se establecen los principios generales en materia de protección de datos personales de los trabajadores confirmados en el RGUE, que vienen a garantizar una mayor transparencia en la utilización de los mismos. En tal sentido se señala, por ejemplo, en el art. 10.2, que los empresarios deberán proporcionar a sus empleados las informaciones siguientes: a) la categorías de datos que serán tratados y una descripción de las finalidades de tratamiento; b) los destinatarios o categorías de destinatarios de esos datos; c) los medios de ejercer los derechos enunciados; d) toda otra información necesaria para garantizar un tratamiento leal y lícito de los datos. En la segunda parte de la Recomendación (arts. 14-21) se especifican con mayor precisión las posibles formas de control derivados de la utilización de las nuevas tecnologías (Internet, comunicaciones electrónicas, sistemas de control, videovigilancia, aparatos que permiten la localización del trabajador, sistemas biométricos), estableciendo diversas garantías a favor de los trabajadores, sobre todo en materia de transparencia y justificación del tratamiento de datos personales relacionados con el uso de Internet y el correo electrónico.

vez, el trabajador se compromete a comunicar a la empresa de forma fehaciente e inmediata, cualquier cambio o incidencia con respecto a su número teléfono móvil o la cuenta particular de correo electrónico. La representación sindical considera que la cláusula vulnera el principio de protección de datos. En contra, la empresa argumenta que los datos a los que se refiere la cláusula son absolutamente indispensables para que el contrato de trabajo pueda desplegar sus efectos», no siendo necesario el consentimiento al hallarse dentro de la excepción general prevista en el art. 6.2 LOPD, y porque, en todo momento, su formalización responde a la libre voluntad de las partes. El TS rechaza los argumentos de la empresa y declara nula la cláusula por considerarla contraria al art. 18.4 CE. Niega que tal cláusula sea necesaria para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo y mucho menos imprescindible; y niega asimismo que la inclusión de esta cláusula comporte voluntariedad alguna, precisando que dado que el trabajador es la parte más débil del contrato, *“bien puede entenderse que el consentimiento sobre tal extremo no es por completo libre y voluntario(...)”*. Es una decisión polémica, en tanto que, como observa Falguera Baró, “se antoja lógico que el empleador debe tener conocimiento del domicilio de la persona asalariada, sino también de su teléfono o dirección electrónica a fin de poder comunicar cualquier incidente laboral” y puede entenderse que sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de la relación laboral²⁵. De todas formas, conviene indicar que el *“Tribunal en absoluto niega que voluntariamente puedan ponerse aquellos datos a disposición de la empresa”*. *“A lo que exclusivamente ...(se opondrá) es a que en el contrato de trabajo se haga constar -como específica cláusula /tipo- que el trabajador presta su voluntario consentimiento a aportar los referidos datos personales a que la empresa los utilice en los términos que el contrato relata”*.

También resultan significativas algunas otras sentencias del TS sobre los problemas de prevalencia entre los derechos de información de la representación sindical y el derecho

a la protección de datos de los interesados²⁶. El art. 9.3 de la LOLS reconoce a los delegados sindicales el derecho a acceder a la misma información que la empresa ha de poner a disposición de los delegados de personal, lo cual obliga a las empresas a revelar información que puede repercutir en el derecho a la protección de datos de terceros.

En la Sentencia del TS de 3 de mayo de 2011 (R. núm. 168/2010) se valora la negativa de la empresa a facilitar a los sindicatos información solicitada del listado nominal de todos los trabajadores de ICM, donde figure categoría profesional, nivel económico, antigüedad de la empresa, área de asignación, puesto de estructura y pluses, para la asignación de un fondo previsto en el convenio colectivo. El Tribunal falla a favor de la representación sindical por considerar que la empresa debe facilitar tal información a la representación sindical sin necesidad de recabar el consentimiento previo de los trabajadores, pues la retribución o salario no es un dato personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad, sino un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional.

En idéntico sentido se pronuncia también la sentencia del TS de 21 de diciembre de 2015 (R. núm. 56/2015) al analizar el derecho de la UGT a recibir de la Consejería de Educación, Deporte y Juventud de la Comunidad de Madrid información nominal sobre los integrantes de la bolsa de trabajo de cada una de las categorías profesionales así como su número de orden. El TS excluye la necesidad de consentimiento de los interesados puesto que “si está justificado acceder a la cuantía de las retribuciones y a los datos de quien las percibe, más aún lo está acceder a la lista de miembros de la bolsa de empleo, que contiene menos datos, cuando se hace para comprobar que se guarda el turno de llamamientos por orden de puntuación”.

La STS de 7 de febrero de 2018 (R. núm. 78/2017) se enfrenta a otro supuesto parecido

²⁵ FALGUERA BARÓ, M.A.: “Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional”, *Trabajo y Derecho*, núm. 21, 2016, pág. 47.

²⁶ Sobre el tema, vid. MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Protección de datos y relaciones colectivas”, *RTSS, CEF*, núm. 423, 2018, págs. 63-102.

en el que la Administración General del Estado (AGE) deniega a los representantes sindicales firmantes del Convenio colectivo del personal laboral de la AGE, la entrega, sin el consentimiento individualizado de cada trabajador, de los listados de ocupación con expresión del código de puesto de trabajo de la RPT, apellidos y nombre del titular del puesto, en su caso, y el domicilio del centro de trabajo. También en este caso se da prioridad a la libertad sindical frente al derecho fundamental a la protección de datos, por entender que son datos básicos que, sin duda, constituyen información precisa para su identificación y ubicación dentro de la estructura organizativa empresarial y que, por ello, resultan necesarios para el desenvolvimiento de la relación laboral correspondiente. Se trata de datos que no exigen del consentimiento del afectado para ser recabados por parte de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVINO, I. “I nuovi limiti di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori nell’intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy” *Labour&Law Issues*, vol.2 núm. 1, 2016.
- ARRÚE MENDIZABAL, M.: “El derecho a la propia imagen de los trabajadores”, Tesis doctoral, Leioa 2019.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: “La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático”, *Trabajo y Derecho*, núm. 54, 2019.
- DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A.: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos. Un recorrido por la jurisprudencia”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.
- FALGUERA BARÓ, M.A.: “El derecho a la privacidad en el trabajo en la nueva Ley Orgánica de Protección de datos: una mala regulación”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad Iuslaboralista*, núm. 14, 2019.
- FALGUERA BARÓ, M.A.: “Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional”, *Trabajo y Derecho*, núm. 21, 2016.
- FERRANDO GARCÍA, M. F.: “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *RTSS, CEF*, núm. 399, 2016.
- GALLARDO MORA, R.: “El derecho fundamental a la protección de datos y la videovigilancia empresarial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013.
- GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019.
- GOERLICH PESET, J.M.: “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: inquietudes y paradojas”, AA. VV.: *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico, XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016.
- GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Thomson-Civitas, APDCM, Pamplona, 2007.
- GOÑI SEIN, J. L.: “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Trabajo y Derecho*, núm. 40, 2018.
- GOÑI SEIN, J.L.: *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.: *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Protección de datos y relaciones colectivas”, *RTSS, CEF*, núm. 423, 2018.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *RTSS, CEF*, núm. 423, 2018.
- RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M.: “Del Statuto dei lavoratori al Estatuto de los trabajadores. Dos experiencias en contraste”, AA. VV.: *El Estatuto de los trabajado-*

res italiano veinte años después, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

SEMPERE Navarro, A.V., MATEOS Y DE CABO, O. “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (Marco legal, pautas judiciales y convencionales)”, en AA. VV. (Dir. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C): *Tecnologías de la información y la comunicación en las*

relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico, Eolas, 2014.

SERRANO OLIVARES, R.: “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IUSLabor* 3/2018.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La insuficiente concreción en el artículo 20.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, del alcance de la potestad de vigilancia y control empresarial, ha alimentado un rico e intenso debate jurídico sobre la protección de los derechos de intimidad, secreto de las comunicaciones, protección de datos, etc., del trabajador. En este artículo, que tiene por objeto analizar los criterios interpretativos y aplicativos emanados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a propósito de los temas de vigilancia del empresario y de protección de datos, se explica la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre tal conflicto jurídico, a la vez que se confronta con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se valora la incidencia que el cambio normativo producido por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos digitales, tiene sobre la misma. A falta de una regulación específica, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han realizado una loable labor de integración, configurando unos cánones de enjuiciamiento de los conflictos en esta materia. Ahora, la reciente Ley Orgánica 3/2018 ha venido a cubrir en parte el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico, al regular, en su Título X, una serie de derechos digitales a los trabajadores, que constituyen auténticos límites al poder de control del empresario. Los principales conflictos de interés que se han suscitado en esta materia se refieren a la supervisión de las herramientas tecnológicas facilitadas por el empresario al trabajador y a la videovigilancia. En concreto, se estudia la posibilidad de acceso por parte del empleador a los correos electrónicos -u otros archivos informáticos- de naturaleza privada, generados por el trabajador en el ordenador proporcionado por la empresa, y la legitimidad de la implantación de sistemas de vigilancia mediante videocámaras para el control del trabajador.

En el tratamiento de la primera cuestión, el Tribunal Supremo ha seguido una línea progresivamente devaluadora del principio de respeto a la expectativa de intimidad acogido en la STS 26/9/2007: En esta sentencia, el Alto Tribunal abogaba por la necesidad de implantar protocolos de uso en las empresas con prohibición total o parcial de los usos personales, informando a los trabajadores de la existencia de tales normas de uso, así como de las medidas de control, fijándose que la tolerancia de ciertos usos personales moderados crea una “expectativa de confidencialidad” que no puede ser desconocida, de tal forma que el derecho a la privacidad se veía afectado si se accedía al ordenador sin haber existido advertencias anteriores sobre la posibilidad de control. En posteriores sentencias, el Tribunal Supremo ha ido modulando su posición inicial, de forma tal que la información previa sobre la política de uso de los medios informáticos y sobre las medidas de control, ha dejado de ser una condición de licitud para el acceso empresarial, considerándose suficiente el establecimiento de una prohibición empresarial de uso con fines personales. El Tribunal Constitucional ha proseguido en la misma línea, generando en la STC 170/2013 un corpus doctrinal incluso más flexible, al admitir la legitimidad del acceso empresarial al ordenador del trabajador ante la mera tipificación en convenio colectivo de sector de ámbito nacional de ilicitud del uso de nuevas tecnologías con fines personales. Sin embargo, este criterio no se adecua a los estándares mínimos exigidos por el TEDH en la sentencia *Barbulescu II*, que descarta la legitimidad de la supervisión de las comunicaciones electrónicas del trabajador si previamente no ha sido advertido de ello y de su alcance, aun cuando se haya establecido la prohibición de uso con fines personales de los medios informáticos. La sentencia

aporta y concreta, con diáfana claridad, unos criterios de inexcusable respeto para la determinación de la validez de los registros en las comunicaciones electrónicas de los empleados. En tal sentido, enuncia los criterios de ponderación a tener en cuenta (el denominado “test Barbulescu”): a) la notificación previa al trabajador de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada; b) el grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado); c) la existencia de una razón legítima empresarial que justifique la monitorización; d) la inexistencia de otras vías menos invasivas que el acceso directo a la correspondencia; e) la adecuación del uso (resultado) al objetivo que justifica la monitorización; f) la previsión de garantías para el trabajador, como la previa comunicación al trabajador. Por otra parte, la doctrina del TS y del TC no concuerda tampoco con la nueva regulación del art. 87 de la LO 3/2018, que reclama la necesidad de establecer las reglas de uso de los dispositivos digitales respetando los estándares mínimos de protección, y la obligación de notificar a los trabajadores tales reglas.

En materia de videovigilancia, el TS se ha limitado, no sin ciertas contradicciones, a secundar la doctrina vacilante del Tribunal Constitucional, que, a diferencia de otras problemáticas similares de control tecnológico, ha valorado la videovigilancia desde la perspectiva de los principios de protección de datos. La evolución de la doctrina casacional ha ido en la línea de relativizar la exigencia del deber de información previa, fijada en la STC 29/2013, obligando al empresario no solo a la colocación de un cartel distintivo con las indicaciones de la Instrucción 1/2006 de la AEPD (referencias a la LOPD, la finalidad para la que se tratan los datos y la identificación del responsable), sino a “la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida”. Sin embargo, en la sentencia 39/2016, aboga por legitimar la medida de control audiovisual sobre la base únicamente de la existencia de un cartel anunciando la existencia de las cámaras en el lugar de trabajo, dando validez a las imágenes tomadas a través de las cámaras de video instaladas en una tienda, ante las sospechas de apropiación de dinero de una de las empleadas, sin haber informado previamente a los empleados. No obstante, dicha doctrina se compadece mal con la fijada por el TEDH, en la sentencia López Ribalta, que exige una comunicación a los trabajadores de la medida de control en los términos de la normativa de protección de datos. Y tampoco encaja con el nuevo art. 89 de la LO 3/2018, que desarrolla una lógica hermenéutica similar a la de la sentencia López Ribalta, al imponer a los empleadores el deber de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, acerca de tal medida.

En la última parte, se hace un análisis de la jurisprudencia sobre el derecho fundamental de protección de datos, donde se pone de relieve la escasa aplicación de los principios de protección de datos a otros conflictos tecnológicos distintos a la videovigilancia, y se deja constancia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prevalencia del derecho a recibir información de los representantes sindicales frente al derecho fundamental de protección de datos.

Palabras clave: Vigilancia empresarial; privacidad de los trabajadores; protección de datos personales; derechos digitales; videovigilancia; libertad sindical.

ABSTRACT

The insufficient specification in the article 20.3 of the Royal Legislative Decree 2/2015 dated 23rd October which approved the rewritten text of the Statute of Workers rights about the power of surveillance and corporate control has fueled an enriching and intense legal debate about the protection of the right to privacy, secrecy of communications. Data protection etc. of the employees. In this article, which has the aim to analyze the interpretation and application criteria emanated from the Labour Chamber of the High Court in the field of employer surveillance and data protection, we explain the evolution of the doctrine of case law regarding conflictive legal opinions, as well as we compare it with the European Court of Human Rights doctrine and we evaluate the effect of the legislative change produced by the 3/2018 Statutory Law of Personal Data Protection and Digital Rights. In the absence of a specific regulation the Supreme Court and the Constitutional Court have done a laudable work setting some legal guidelines in order to resolve the conflicts of this area of law. Now the recent 3/2018 Statutory Law has partially covered the existing gap in our legal system, regulating, by Tittle X a range of workers' digital rights that constitute an effective limit on corporate power. The main conflicts of interest that have arisen in this area of the Law concern the supervision of the technological tools provided by the employer to the employee and the video surveillance. The main conflicts of interests that has been raised in this topic refer to the surveillance of the technological tools facilitated to the employee by the employer and the video surveillance. In particular, employers possibility to access to private emails -or other informatics fields- is studied, emails that are generated by the employee on a computer given by the employer, and the legitimacy to implement video surveillance systems to control the workers.

In relation to the first issue, The Supreme Court has adopted a progressively devaluating tendency of the principle of respect to the expectation of privacy established by the 2007/9/26 Supreme Court judgement: in this judgement, the High Court advocate for the necessity to implement protocols of use in the enterprise about the total or partial prohibition of personal use, informing the employees about the existence of usage rule, as well as about the control measures, setting that the tolerance about some measured personal use can create an "expectation of confidentiality" that it cannot be unknown, in such a way that the right to privacy was affected if there was an access to the computer without previous warnings about the possibility to control it. In next judgements, the High Court has been modulating the initial position, in this way the previous information about the policy of using the computer resources and the control measures, is no longer a condition for the legality of the employer access, considering sufficient with the establishment of an enterprise prohibition of use for personal purposes. The Constitutional Court has followed the same trend, creating in the 170/2013 CCJ a doctrinal corpus even more flexible, admitting the legitimacy of the employer access into the employee's computer merely with a categorization in the sector collective bargaining of the unlawfulness of the use of new technologies with personal purposes. However, this criteria does not comply with with the minimum standards set by the ECHR in the *Barbulescu II* judgment, which dismisses the legitimacy of the supervision of the electronic communications of the employee when it was not previous advice about it and its scope, even when a prohibition of the use of informative devices for personal purposes is been established. The judgement provides and precise, with diaphanous clarity, some criteria of inexcusable respect for the determination of the validity of the employee's electronic communications search. In that sense, it spelled out the weighting criteria to take into account (the so-called "Barbulescu test"): a) whether the employee has been notified of the possibility that the employer might take measures to monitor correspondence and other

communications, and of the implementation of such measures; b) the extent of the monitoring by the employer and the degree of intrusion into the employee's privacy (for how long, which documents are searched and how many people had access to the results); c) the existence of a legitimate reason in the employer that justifies the monitoring; d) whether it would have been possible to establish a monitoring system based on less intrusive methods and measures than directly accessing the content of the employee's communications; e) the appropriate use (result) for the objective that justifies the monitoring; f) whether the employee had been provided with adequate safeguards, especially when the employer's monitoring operations were of an intrusive nature. On the other hand, the High Court and the Constitutional Court doctrines does not match with the new regulation contained in article 87 of the 3/2018 Statutory Law, which demands the need to establish the rules of usage of digital devices observing the minimum standards, and the duty to inform to the employees about those rules.

Regarding video surveillance, the Supreme Court has not without contradiction done no more than support the hesitant finding of the Constitutional Court, which, unlike in other technological control problem, has evaluated video surveillance of data protection perspective. The doctrinal evolution of the High Court has been relativizing the duty of previous information settled in the 29/2013 CCJ, forcing the employer not only to put a distinctive poster with the indications of the 1/2006 Instruction of the Spanish Data Protection Agency -AEPD- (references to the data protection law -LOPD-, the purpose of data processing and the identification of the responsible person), but also to the "prior and express, precise, clear and unequivocal information to the employee about the purpose of controlling the work activity to which the capture could be directed". Nevertheless, in the 39/2016 judgement, they require a legitimation of the audiovisual control measure on the unique basis of the existence of a poster announcing the existence of cameras in the workplace, giving validity to the images taken with the cameras installed in a shop, without the employees previous information.

On the face of it, it seems contradictory with the doctrine settled by the ECHR, in the Lopez Ribalba judgement, which requires the communication to the employees of the corporate control in terms of the data protection legislation, nor with the new article 89 of the 3/2018 Statutory Law which imposes a similar logic of the Lopez Ribalba judgement, requiring on the employers the duty to inform in advance, in a express, clear and concise way, the measure adopted.

In the last section, the practical scope of the fundamental right to the protection of data is established, where the law level of application of the data protection principle to other technological conflicts different of the video surveillance is underlined, and it takes stock of the High Court doctrine about the prevalence of the right of the trade unions representatives to receive information of data against the data protection fundamental right.

Keywords: Employer surveillance; employees privacy; personal data protection; digital rights; video surveillance; freedom of association.

Una semblanza en relación con la reciente Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia retributiva

A semblance in relation to the recent Jurisprudence of the Fourth Chamber of the High Court on remuneration

EMILIO DE CASTRO MARÍN*

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo de la necesaria diferenciación entre los conceptos de “remuneración” y de “salario”, más amplio el primero que el segundo¹, el legislador traza en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores el esquema general de las percepciones económicas del trabajador, efectuando para ello una separación entre lo que conceptúa como salarial y extrasalarial².

De este modo, se considera salario a la totalidad de las prestaciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de sus servicios laborales por cuenta ajena, ostentando la naturaleza de extrasalariales las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, así como las prestaciones e indemnizaciones

de la Seguridad Social, y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. En consecuencia, cuando el empresario retribuye a su trabajador precisamente por la actividad contratada, se está propiamente ante lo que se denomina salario, cualquiera que fuera su denominación o método de cálculo, a condición de que esa contraprestación traiga su causa del negocio jurídico que vincula a las partes³.

No obstante, y probablemente por la propia generalidad en la definición legal, en materia retributiva la cuestión ha derivado en una destacable intervención de la Jurisprudencia del Supremo, papel protagonista que no se ha imitado, ni mucho menos, a la calificación de una determinada partida como salarial o extrasalarial⁴. Más allá, las dificultadas inter-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia 2017, pág. 430.

² Art. 26.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Están obligadas las empresas a disponer de comedores para sus empleados?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2011 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. Año 2011.

⁴ Entre los criterios de diferenciación más importantes, siguiendo a MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, Valencia 2016, Pág. 477, podemos enumerar los siguientes: a) presunción general de la naturaleza salarial como regla general, excepción, la extrasalarial; b) irrelevancia de la denominación; c) no afecta a la calificación salarial la forma de retribución y percepción de la

pretativas en la aplicación de la norma han demandado la construcción de una abundante doctrina jurisprudencial en algunas cuestiones fundamentales relacionadas con el salario, incluyendo relevantes giros jurisprudenciales y cambios de criterios en los últimos años.

Y es precisamente en este contexto de relativa inseguridad jurídica en el que, comenzando por la fundamental diferenciación entre lo salarial y lo extrasalarial, nos proponemos efectuar un breve recorrido por la reciente Jurisprudencia del Supremo en materia retributiva, acotando por evidentes razones de espacio las referencias a las cuestiones relacionadas con la retribución de las vacaciones o con la figura de la compensación y absorción salarial, por ser éstas materias sobre las que se han producido importantes cambios interpretativos en los últimos tiempos, así como a la materia de la doble escala al haberse producido hace escasas fechas una intervención de la Sala Cuarta en la que se rectifica su anterior criterio como consecuencia de estimación de recurso de amparo y consecuente devolución de actuaciones, terminado nuestra breve aproximación a la jurisprudencia más destacada en la materia con algunas referencias a resoluciones recaídas en la siempre controvertida materia de las retribuciones variables.

2. LA CALIFICACIÓN COMO SALARIAL O EXTRASALARIAL DE DETERMINADOS CONCEPTOS RETRIBUTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA

La cuestión de la calificación de una determinada partida retributiva como salarial o extrasalarial no se presenta ni mucho menos como una cuestión menor. Más bien al contrario, sobre todo cuando tenemos en cuenta su posible incidencia, por ejemplo, en la determinación del *quantum* indemnizatorio en las extinciones de contratos de trabajo, o en la propia materia de Seguridad Social a la hora de computar algunos conceptos en las bases

misma; d) no hay por qué identificar salario con lo que figura en el recibo de salarios.

de cotización. Más allá, a los efectos de una posible derivación de responsabilidades en materia de contratación y subcontratación de la actividad laboral en el escenario de descentralización productiva de la propia actividad.

Siendo así, partiendo de las características fundamentales del salario en lo que se refiere al carácter global o totalizador del mismo, contraprestación a cargo del empresario e inherente contenido patrimonial, ya en dinero, ya en especie⁵, la Jurisprudencia del Supremo se ha referido recientemente a esta problemática en relación con las materias de las dietas, la de los tickets de comida, comedores de empresa, las aportaciones a planes de pensiones y a seguros de vida, las opciones sobre acciones o en relación con determinados suplidos como el del plus transporte. Analizamos a continuación algunos de los pronunciamientos sobre la cuestión.

Comenzando por las dietas, no parece aventurado apuntar que nos encontramos ante uno de esos conceptos retributivos sobre los que se plantean en la práctica mayores controversias interpretativas en relación con su posible naturaleza salarial o extrasalarial. Y no tanto por la dificultad en su catalogación desde una perspectiva teórica, sino más bien como consecuencia de un uso no del todo correcto de las mismas, al pretender camuflar como extrasalarial lo que en realidad supone una compensación económica como consecuencia del trabajo realizado⁶.

Como punto de partida, no resulta discutible que la dieta constituye un mecanismo de compensación al trabajador como consecuencia de los gastos en que éste hubiera podido incurrir a resultas de su actividad laboral. Nos encontramos por tanto ante un concepto indemnizatorio y, por ende, de naturaleza

⁵ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, vigesimoséptima edición, Ed. Tecnos, año 2018. págs. 653 y ss.

⁶ Las razones para ello son variadas, desde las de mero coste empresarial por la vía de menores cotizaciones, hasta la disminución de los importes indemnizatorios en supuestos de despidos, todo hay que decirlo, no sin cierta complicidad de los interlocutores sociales en la negociación de los convenios colectivos.

extrasalarial⁷. De este modo, cuando lo que se abona en la nómina no es un pago como consecuencia de los gastos ocasionados por el desplazamiento, manutención, transporte o alojamiento, sino una indemnización por el hecho de pernoctar fuera del propio domicilio, contraprestación económica percibida con carácter mensual y al margen de la compensación por los gastos contemplada en el propio convenio colectivo, la correspondiente percepción económica tendrá carácter salarial con independencia de su denominación, al encontrarnos ante una norma de derecho necesario. En el supuesto analizado, se percibían dos tipos de retribuciones, unas destinadas a compensar los gastos de manutención y alojamiento, previa presentación de la factura y sin límites, lo que constituye propiamente dieta, y otras cantidades fijas diarias, que si bien se les llamaba dieta, no compensaban ningún gasto, por lo que no podían tener naturaleza salarial⁸. En esta concepción, la Sala concluye en el sentido de que la causa de la atribución de la dieta es la generación de un gasto que sólo se produce por el hecho de encontrarse el trabajador fuera de su entorno vital⁹.

Partiendo de esta afirmación de carácter general, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en los últimos años en relación con las dietas en otras dos concretas cuestiones. Una primera, con respecto a la problemática en torno a la calificación de determinadas partidas salariales como dietas en los supuestos de contratos para obra o servicio suscritos en el lugar donde se realizaba la obra. Una segunda cuestión, en relación con la controversia relacionada con la exigencia de la presentación de la correspondiente factura o no para su abono. En lo que se refiere a la primera cuestión, la Sala del Alto Tribunal ha concluido a favor del carácter indebido de las dietas en los supuestos

de coincidencia de localidad de suscripción del contrato de trabajo con la de la ejecución de la obra objeto del acuerdo una vez que el contrato no obligaba a cambiar al trabajador de residencia, resultando que lo abonado por ese concepto tendría carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato¹⁰. Y ello sin que se desvirtuara esta conclusión por el hecho de que tal concepto se abonara sólo por día trabajado¹¹. En lo concerniente a la exigencia de justificación de la dieta previa presentación de la correspondiente factura, en dos recientes resoluciones la Sala ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el particular: en una primera, negando la obligatoriedad de justificación de las dietas por comidas y cenas mediante la presentación de la correspondiente factura¹²; en otra segunda, concluyendo a favor de la improcedencia de determinada decisión unilateral empresarial exigiendo a partir de determinada fecha la presentación de factura para el abono de las dietas, desde la perspectiva de que no se desprendía esa obligatoriedad ni desde la literalidad del precepto convencional, ni desde la de los actos coetáneos y posteriores de las partes¹³.

Íntimamente relacionada con la cuestión relativa a la calificación de una determinada partida retributiva como compensación o no de gastos realizados por el trabajador a consecuencia de su trabajo, igualmente se presenta como problemático el debate en torno a la consideración de los llamados cheques-restaurante, tickets de comida o similar, esto es, a la cuestión de si presentan naturaleza salarial o extrasalarial. En este debate, el Alto Tribunal ha afirmado que el cheque comida

⁷ AA.VV., Dir. LÓPEZ CUMBRE, L. Coord. REVUELTA GARCÍA, M.: "Dinámica de la relación laboral", REDT, número. 189/2016 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 3 de Febrero de 2016, en recurso de casación núm. 143/2015, Ponente Sempere Navarro, F.J. 3º.

⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de octubre de 2007, en recurso de casación núm. 3627/2006, Ponente Martín Valverde, F.J. 6º.

¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 16 de Febrero de 2015, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3056/2013, Ponente López García de la Serrana, F.J. 2º.

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 7 de abril de 2015, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1187/2014, Ponente Fernando Salinas Molina, F. J. 4º.5 *in fine*.

¹² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 15 de septiembre de 2016, en recurso de casación núm. 211/2015, Ponente Sempere Navarro, F.J. 3.

¹³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 16 de junio de 2017, en recurso de casación núm. 187/2016, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.J. 2º.

tendrá carácter indemnizatorio cuando compense por los gastos que tenga el trabajador al verse obligado a realizar la comida fuera de su domicilio los días de trabajo, mientras que su naturaleza será salarial cuando se abone con independencia del trabajo realizado y de sus circunstancias¹⁴.

En conexión con lo anterior, la Sala de lo Social del Supremo se ha pronunciado recientemente en relación con la obligatoriedad o no de los denominados servicios de comedores de empresa, cambiando diametralmente su propia interpretación efectuada escasos años atrás. En esta cuestión, partiendo en todo caso de la premisa de la confusa naturaleza de la prestación empresarial consistente en facilitar comidas a precio reducido o gratuito, debiendo estarse a cada supuesto para determinar si prevalece la naturaleza salarial o extrasalarial en cuanto beneficio social¹⁵, la Sala Cuarta cambia su anterior criterio a favor de la obligación empresarial de habilitar el citado local-comedor siempre y cuando los trabajadores no dispusieran de una interrupción horaria de dos horas para el almuerzo o comida,^{16 17}. De este modo, reconsiderando su anterior conclusión, el Alto Tribunal va a concluir en dos muy recientes resoluciones que no existe en el momento actual norma alguna de carácter legal o convencional de la que pudiera desprenderse que el empresario se encuentre obligado a la instalación de un servicio comedor de empresa para los empleados^{18 19}.

Avanzando en el debate en relación con lo que se califica como salarial o extrasalarial, tradicionalmente se ha presentado como controvertida la calificación en lo que se refiere a las contribuciones a los sistemas de previsión social complementaria, bien instrumentalizados mediante aportaciones a planes de pensiones, bien mediante la concertación de seguros de vida, colectivos o individuales.

En un primer momento, doctrina científica y judicial optaron por considerar a estas aportaciones como retribuciones de naturaleza no salarial habida cuenta de su vocación protectora y asistencial²⁰. En esta lectura, la finalidad y la naturaleza jurídica de las aportaciones, primas o cuotas era completamente distinta a las del salario en la medida que garantizaban prestaciones complementarias del sistema público²¹, no constituyendo beneficios en contraprestación causal recíproca del trabajo prestado por cuenta ajena²². La razón de esta exclusión se residiría por tanto en la inexistencia de una finalidad remuneratoria en las prestaciones públicas de Seguridad Social, toda vez que su objetivo sería el de suplir las rentas dejadas de percibir por el trabajador por la cesación total o parcial del trabajo²³. Su propia conceptualización, similar o próxima a la cuota empresarial de la Seguridad Social o a las mejoras que mediante el establecimiento de tipos adicionales de cotización se preveían legalmente, o al abono de primas a compañías de seguros como consecuencia de mejoras de

¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2013, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1678/2012, Ponente López García de la Serrana, F.J. 3.

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A.: "¿Están obligadas las empresas a disponer de comedores para sus empleados?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

¹⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 26 de diciembre de 2011, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1490/2011, Ponente Fernando Salinas Molina, F.J. 3º.

¹⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 19 de abril de 2012, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2165/2011, Ponente Jordi Agustí Julia.

¹⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 13 de diciembre de 2018, Recurso de casación para la unificación de doctrina 1857/2017, Ponente Sebastián Moralo Gallego.

¹⁹ Sentencia 1058/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo, de fecha 13 de diciembre de 2018, Recurso de casación para la unificación de doctrina 2262/2017, Ponente Ángel Blasco Pellicer.

²⁰ FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, año 2005, p. 225.

²¹ Sentencia 28/2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 23 de enero de 2003, en recurso de Suplicación 5572/2002, Ponente José Luis Gilolmo López, F.J. 3º. En el mismo sentido, respecto del seguro de vida y seguro médico, la Sentencia 4680/2012 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 20 de junio de 2012, en recurso de Suplicación 1728/2012, Ponente Ignacio Mº Palos Peñarroya, F.J. 7º.

²² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: "Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones: comentario a la STSJ Madrid, 22 de febrero", *Aranzadi Social*, núm. 5 año 2001.

²³ LLOMPART BENNÁSAR, M.: "Las prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social como categoría extrasalarial", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2004; Ed. Aranzadi.

cobertura establecidas en virtud de Convenio, inclinaban la balanza hacia su consideración como percepciones extrasalariales²⁴. No obstante, la interpretación sobre la cuestión experimenta un giro trascendental a partir de determinada resolución dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo hace escasos años²⁵.

En esencia, y partiendo de la afirmación en el sentido de que no cabe duda alguna de que el abono del seguro por parte de la empresa en beneficio del trabajador deriva de la existencia de una relación laboral y, por tanto, contrapartida a sus obligaciones laborales, la Sala concluye que resulta difícil afirmar que nos encontremos ante uno de los supuestos del art. 26.2 ET. Más allá, aún cuando se llegara a aceptar su naturaleza como mejora de la Seguridad Social²⁶ pues, en tal hipotético escenario, lo que con arreglo a la norma legal podría llegar a quedar excluido del concepto de salario sería la obtención de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas de aquel beneficio de origen contractual, al ser a éstas a las que expresamente se refiere el mencionado precepto. A mayor abundamiento, el Alto Tribunal fundamenta su conclusión en el hecho de que, en la normativa reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas, se califica como retribución en especie exenta a las primas de seguros, estableciendo una exención a efectos fiscales para las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador así como las satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad con determinado límite máximo anual. Argumentación esta última que no es compartida desde algún sec-

tor doctrinal, en cuanto que vincular la consideración salarial o no de un determinado concepto remuneratorio a una exención cuya existencia y características está sometida a cuestiones de la política económica de cada momento, proporciona una seguridad jurídica más bien escasa²⁷.

Se comparta o no el criterio del Alto Tribunal, la realidad es que a fecha de hoy no existe duda en el sentido de que las cuotas o primas satisfechas por la empresa a seguros van a tener la consideración de salario, máxime cuando es ésta una conclusión que ha sido reiterada con posterioridad de manera uniforme²⁸. Incluso, con argumentos añadidos tales como el de la presunción *iuris tantum* a favor del salario de todo lo que recibe el trabajador del empresario, o el del carácter totalizador del mismo, en tanto que reviste cualidad salarial todo lo que recibe el trabajador por la prestación de servicios con independencia de su denominación formal, de su composición, de su procedimiento o período de cálculo o por la cualidad del tiempo a que se refiera. De este modo, la posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social, que ciertamente puede atribuirse a los seguros de vida a los seguros médicos o a los planes de jubilación, únicamente va a poder predicarse de las prestaciones obtenibles en virtud de los correspondientes aseguramientos pero no asignarse a la correspondientes primas, que son salario en especie de los que el trabajador puede hipotéticamente beneficiarse²⁹. Aplicando analógicamente la normativa tributaria pero a los exclusivos efectos de corroborar esta conclusión³⁰.

²⁴ Sentencia 2521/2003 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 13 de junio de 2003, en recurso de Suplicación 3644/2002, Ponente Carmen Agut García, F.J. 2º.

²⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de octubre de 2013, en recurso de casación núm. 1297/2012, Ponente María Lourdes Arastey Sahún, F.J. 2º.

²⁶ "-para lo cual habría que analizarse si, efectivamente, mediante el indicado seguro se estaría mejorando directamente prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social con arreglo a los arts. 191 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)-", según resolución anteriormente citada.

²⁷ SAN EMETERIO TAPIA, L.: "Aportaciones a Planes de Pensiones y su consideración jurídica", *REDT*, núm. 195/2017, parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017. En este artículo, el autor critica la escasa o nula recepción de este criterio en la doctrina judicial posterior a la Sentencia del Supremo.

²⁸ Sentencia 69/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 26 de enero de 2017, en recurso núm. 115/2016, Ponente Sempere Navarro, F.J. 3º.4, con mención expresa de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 17 de junio de 2015, en recurso núm. 1561/2014, Ponente José Luis Gilolmo López, F.J. 2º.4.

²⁹ Sentencia 386/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2017, en recurso núm. 385/2015, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández, F.J. 3º.

³⁰ En una prueba más de que las conexiones que jurisprudencia

Avanzando en nuestro recorrido por algunas de las partidas retributivas sobre las que se presentan dudas en cuanto a su naturaleza salarial o extrasalarial, no pocos problemas interpretativos se han planteado en relación con las denominadas como opciones sobre acciones. Esto es, sobre el ofrecimiento a los trabajadores de la posibilidad de cotitularizar en parte el capital social mediante, entre otras técnicas, la suscripción de planes de opción de compra sobre acciones de la propia compañía, o de otras sociedades del mismo grupo económico, con la doble finalidad de, por un lado, incentivar la productividad de quienes gestionan los intereses de las sociedades emisoras implicándoles en el devenir económico de éstas, por otro, fidelizar o retener a los administradores sociales y a los cargos directivos³¹. Controversias no sólo en lo relacionado con su catalogación como una partida salarial o extrasalarial sino, más allá, en cuanto a los problemas derivados de su cómputo o en relación con la posible incidencia en la actualización del derecho de una posible resolución contractual ajena a la voluntad del trabajador y reconocida como improcedente por la propia empresa antes del correspondiente período de maduración de los derechos³².

Como punto de partida, debemos comenzar por definir a las opciones sobre acciones como un derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere al empresario al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda ad-

quirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho, posibilitando con ello que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos, otorgamiento y ejercicio, bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho³³.

A partir de esta conceptualización de las denominadas como “*stock options*”, un consolidado cuerpo de jurisprudencia ha venido concluyendo de manera reiterada que nos encontramos ante una cuestión ante la que resulta imposible desde el punto de vista jurídico laboral ofrecer un tratamiento único para estos derechos dadas las características tan diferentes entre los distintos planes, por lo que no es posible dar una respuesta universal para todos ellos³⁴.

Partiendo de esta premisa, y tras ciertas vacilaciones tanto en la doctrina científica como judicial, el Alto Tribunal se decanta por una interpretación a favor de la naturaleza salarial de estos derechos en aquéllos supuestos en los que se desprendiera la finalidad de incentivar el rendimiento y compensar por un mayor esfuerzo en el trabajo, y no sólo la de fidelizar al trabajador garantizando la permanencia del mismo en la empresa en el período de espera entre la suscripción y la adquisición de las acciones³⁵. Eso sí, siempre incidiendo en la circunstancia de que el carácter salarial

dencialmente vienen estableciéndose entre salario en especie y normativa del IRPF son cada vez más estrechas, PÉREZ DEL PRADO, D.: “¿Se incluyen los seguros de vida y médico y plan de jubilación en el salario regulador de la indemnización por despido?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2017, parte Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, pág. 6, quien refiere el criterio de MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 26. Salario”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 334.

³¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Aspectos jurídico-laborales de las “*stock options*””, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.2/2002 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2002, pág. 1.

³² “Maduración de las acciones” o “*vesting period*”, que consiste en el período de tiempo que el participante del plan de “*stock options*” debe esperar hasta poder ejercitar las opciones sobre acciones ya maduras, BUJÁN BRUNET, M.A.: “Aspectos laborales de las *stock options*: puntos críticos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, pág. 1.

³³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2001, en recurso de casación para la unificación de doctrina 4851/2000, Ponente Jesús Gullón Rodríguez, FJ 3º.

³⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2001, en recurso de casación para la unificación de doctrina 3295/2000, Ponente Víctor Eladio Fuentes López.

³⁵ Las ya mencionadas sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2001, en recurso de casación para la unificación de doctrina 3295/2000, Ponente Víctor Eladio Fuentes López y la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2001, en recurso de casación para la unificación de doctrina 4851/2000, Ponente Jesús Gullón Rodríguez.

o extrasalarial de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones debe determinarse en cada caso a la vista de las características concretas de los distintos planes de *stocks options* y de los acuerdos suscritos en aplicación de los mismos³⁶.

En este contexto, de las dos posibles ventajas o utilidades patrimoniales de las *stock options*³⁷, -la de la denominada desde algún sector como opción "liquidativa" o la de la entrega de acciones propiamente dicha³⁸, ventajas que incluso se podrían manifestar de forma sucesiva en el tiempo-, tan solo la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio pactado constituiría salario dada la relación directa de reciprocidad entre el sacrificio patrimonial del trabajador, la cesión de los frutos de su trabajo, y el sacrificio patrimonial del empresario. Naturaleza salarial que no se podría predicar por el contrario de los posibles beneficios obtenidos por el trabajador como consecuencia de la venta de las acciones que en su día adquiriera al ejercitar la opción³⁹. Y en este debate a favor de la consideración de la naturaleza salarial de la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de su adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado, retribuyendo el trabajo desempe-

ñado por el trabajador⁴⁰, datos como el de la adquisición de opciones en todos o casi todos los ejercicios económicos o su asignación como beneficios discrecionales para el empresario pero basados en la valoración del desempeño profesional del empleado en función del mérito, cobrarían un papel determinante en su catalogación como salariales⁴¹.

A partir de aquí, y una vez concluida la naturaleza salarial del importe económico en lo que se refiere a la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición del derecho una vez transcurrida la maduración de la opción y el precio de ejercicio fijado en el plan⁴², se plantea la problemática de cómo cuantificar o computar ése importe a la hora de determinar el salario regulador de un despido, existiendo posiciones encontradas en la doctrina judicial hasta que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fija su criterio sobre el particular.

De este modo, y partiendo de lo ya apuntado en el sentido de que de las opciones de compra de acciones se pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, considerándose como salario tan solo a una de ellas, que es la que va a resultar incluida por tanto en el cálculo de la indemnización de despido, el Tribunal Supremo ha concluido a favor del denominado como criterio de prorrateo, de modo que se computará únicamente la parte de "*stock options*" devengadas como consecuencia de la prestación de servicios durante el año inmediatamente anterior al despido, desechándose los devengos que se hubieran liquidado en el año anterior al despido pero que sean compensación por prestación de servicios en períodos anteriores a ese año⁴³. Esto

³⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2006, en recurso de casación para la unificación de doctrina 3813/2004, Ponente Antonio Martín Valverde, F.J 2º.

³⁷ Primera utilidad, que es la que cabría considerar como salario, la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado, y segunda utilidad, patrimonial, que consistiría en la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la acción, negocio mercantil con un tercero que se produciría ya fuera del marco de la relación de trabajo y, en consecuencia, carente de naturaleza salarial, BUJÁN BRUNET, M.A.: "Aspectos laborales de las *stock options*: puntos críticos", *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, pág. 7.

³⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Aspectos jurídico-laborales de las *stock options*", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.2/2002 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2002.

³⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre de 2002, en recurso de casación para la unificación de doctrina 1309/2001, Ponente Aurelio desdentado Bonete, F.J 5º.

⁴⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 3 de junio de 2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina 2532/2006, Ponente Jordi Agustí Juliá, F.J 3º.

⁴¹ F.J. 2º in fine de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2006, en recurso de casación para la unificación de doctrina 3813/2004, Ponente Antonio Martín Valverde.

⁴² BUJÁN BRUNET, M.A.: "Aspectos laborales de las *stock options*: puntos críticos", *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, pág. 2.

⁴³ Sentencia núm. 59/2009 de la Sala de lo Social del Tri-

es, concluyendo que la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de ejercicio de la opción y el precio de ejercicio de ese derecho ha de prorratearse entre el número de años de maduración, incluyéndose en el salario regulador sólo la parte correspondiente al último año trabajado por el trabajador despedido⁴⁴. Y siempre señalando que, para que se pueda considerar el beneficio asociado al ejercicio de opciones sobre acciones en el cómputo de la base salarial, habrían de cumplirse dos condiciones: primera, que el tramo de las correspondientes “*stock options*” hubieran madurado en el año inmediatamente anterior al despido; segunda, que el trabajador hubiera ejercitado el derecho a la opción en el año inmediatamente anterior al del despido, no pudiendo ser incluido en ése salario regulador más que el beneficio de esas opciones asignadas en contraprestación al trabajo realizado y, por tanto, consolidadas y ejercitadas en el año anterior al despido⁴⁵.

Para terminar con la cuestión referida a las opciones sobre acciones, resulta necesario efectuar siquiera una breve referencia a la cuestión relacionada con la posible incidencia de despidos reconocidos como improcedentes en relación con las opciones sobre acciones aún no maduras, esto es, si el trabajador tendría derecho o no al reconocimiento de las mismas en el escenario de un despido improcedente producido con anterioridad a la fecha de maduración.

bunal Superior de Justicia de Navarra Sección 1ª, de fecha 20 de marzo de 2009, en recurso de suplicación 74/2008, Ponente Carmen Amedo Díez: “*si consideramos que las opciones de compra de acciones tienen carácter salarial en cuanto a la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de su adquisición, y el precio de ejercicio del derecho pactado, retribuyendo el trabajo desempeñado por el trabajador, debe determinarse que período desde su concesión a su realización por el trabajador se está remunerando, y por consiguiente debe distribuirse proporcionalmente a dicho período si es superior a un año, pues es el período de tiempo que se remunera*”.

⁴⁴ Sentencia 3657/2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 24 de mayo de 2013, en recurso de suplicación 10/2013, Ponente Felipe Soler Ferrer, F.J. 2º.

⁴⁵ Sentencia núm. 1071/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 6ª), de fecha 15 de diciembre de 2014, en recurso de suplicación 734/2014.

Partiendo siempre de la necesidad de estar a la regulación contenida en cada plan de opciones sobre acciones, como ya hemos apuntado al comienzo, en la práctica totalidad de los mismos se establece como requisito para tener derecho a ejercitar las acciones el de encontrarse como empleado en activo en el momento en que las acciones maduraran. *A sensu contrario*, el empleado perdería el derecho a recibir los beneficios por opciones sobre acciones que no hubieran madurado antes de la finalización de la relación laboral por baja voluntaria, con la excepción de la inclusión de una cláusula de “rescate” en determinados supuestos como los de una posible jubilación, incapacidad, muerte, etc.⁴⁶.

En este escenario, y partiendo de que en los supuestos de despidos reconocidos como improcedentes habría que reconocer la existencia de un incumplimiento empresarial, el empleador no podía hacerse prevaler de una circunstancia que el mismo había reconocido como ilícita; en otro caso, el hecho de que la empresa dejara sin efecto el contrato de opción sin causa lícita infringiría lo prevenido en el art. 1.256 del Código Civil, por lo que habría de equipararse esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que, por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permitiera al titular o sus herederos ejercitar el derecho, en el entendimiento siempre de que sólo cabría ejercitar la opción cuando hubiera vencido el término, no así en el momento en que hubiere acaecido la contingencia contemplada⁴⁷.

No obstante, a partir de determinada resolución del Alto Tribunal del año 2012, la Sala matiza en cierta manera esta doctrina a favor del “automatismo” que acabamos de mencionar, otorgando una especial relevancia a la literalidad del plan de opciones sobre acciones.

⁴⁶ BUJÁN BRUNET, M.A.: “Aspectos laborales de las *stock options*: puntos críticos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015, pág. 9.

⁴⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 15 de julio de 2009, en recurso 3623/2008, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea, F.J. 2º.

Y ello hasta el punto de que, en el supuesto de autos de un despido reconocido como improcedente por la empresa, no se aplica este criterio a favor del automatismo al entender la Sala que ése supuesto de despido improcedente era uno de los que se habrían previsto en el plan, previsión unida a la circunstancia de que la extinción contractual se había producido tan solo meses después del otorgamiento de derecho y cuando aún faltaba un largo período de maduración, casi dos años y medio, antes de que se cumpliera el periodo de carencia⁴⁸. En todo caso, es cierto que, a pesar de esta conclusión, la Sala efectúa una reserva a favor de lo que denomina como “factor de corrección” para los escenarios de despidos improcedentes efectuados tan solo unos meses antes de que el trabajador hubiera podido ejercitar el derecho de opción al entender que en estos supuestos se vulneraría el principio de relatividad de los contratos.

Para terminar con esta breve aproximación a la jurisprudencia recaída en los últimos años en relación con la naturaleza salarial o extrasalarial de determinadas partidas retributivas, en materia de pluses de transporte nos encontramos ante otro de esos conceptos sobre los que se plantean importantes controversias interpretativas y aplicativas, lo que exige que nos detengamos brevemente sobre la cuestión.

Tradicionalmente, y al tratarse de un concepto sobre el que se establecía determinada bonificación en materia de cotización a la Seguridad Social⁴⁹, los negociadores de convenios colectivos tradicionalmente solían recurrir a este concepto como un mecanismo indirecto para incrementar las percepciones económicas recibidas por el trabajador por la vía de un menor coste para las empresas. No obstante, como sabemos, el panorama legal cambia a partir de determinada reforma operada en diciembre de 2013⁵⁰, quedando a

partir de entonces estos pluses integrados en la base de cotización.

Una vez superada su conceptualización como partida salarial al resultar indiscutible su naturaleza extrasalarial, se han planteado conflictos aplicativos en relación con su devengo en proporción o no a la jornada de trabajo efectivamente realizada en los contratos a tiempo parcial. En esta controversia, y partiendo de la premisa de su naturaleza extrasalarial, cuyo objetivo es el de compensar por los gastos de transporte y distancia que han de asumir los trabajadores por razón de su asistencia al trabajo siendo ésta la razón que justifica el abono de tal compensación, no cabría alegar el criterio de la proporcionalidad entre una jornada a tiempo completo y una parcial para abonar el plus en menor cuantía en los contratos a tiempo parcial⁵¹, criterio éste expresamente confirmado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵². Y ello sin perjuicio de su abono por día efectivamente trabajado, de manera tal que resulte posible que, en determinados supuestos de parcialidad “horizontal”, tan solo se perciba el correspondiente plus transporte de manera íntegra por día efectivamente trabajado.

3. LA RETRIBUCIÓN EN LAS VACACIONES Y SUS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS: EL GIRO EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO

Sin duda alguna, nos encontramos ante una de las cuestiones que mayores controversias han deparado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia salarial a lo largo de los últimos años como. Ello como con-

⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2012, en recurso de casación para la unificación de doctrina 2204/2011, Ponente Jesús Gullón Rdriguez, F.J. 3º.

⁴⁹ Exención de cotización hasta el importe del 20 por 100 del IPREM.

⁵⁰ D.F. 3º del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre,

de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 2013, por la que se da nueva redacción al artículo 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

⁵¹ Sentencia núm. 28/2015 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 20 de febrero de 2015, en recurso 343/2014, Ponente Emilia Ruiz-Jarabo Quemada.

⁵² Sentencia 369/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2016, en recurso de casación núm. 166/2015, Ponente José Luis Gilolmo López, F.J. 4º.

secuencia del cambio en la interpretación de la Sala al haber optado ésta por reconsiderar su anterior criterio en relación con la retribución en vacaciones y los márgenes de los convenios colectivos para regular la cuestión tras la interpretación efectuada al efecto desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵³.

En esencia, como antecedentes de la cuestión, a partir de determinadas resoluciones recaídas en el seno del Tribunal Europeo⁵⁴, se plantearon ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional diferentes conflictos colectivos interesando que se reconociera el derecho de los trabajadores afectados por determinados convenios colectivos a que se incluyera entre sus retribuciones en período vacacional ciertas partidas que no se encontraban previstas en la norma convencional,⁵⁵ y ⁵⁶. En este contexto, y partiendo de la garantía constitutiva a favor de vacaciones periódicas retribuidas reconocida en el art. 40.2 CE, desarrollada por el legislador en el art. 38.1 ET, y puesta en relación con lo prevenido en los arts. 3.1 y 7.1 del Convenio 132 de la OIT y, a su vez, en relación con el derecho del art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico de Tratado, desarrollado en el art. 7.1 de la Directiva 2033/88, la Sala de la Audiencia Nacional concluye que no es posible seguir manteniendo

do la interpretación jurisprudencial a favor de la prevalencia de la regulación convencional de la retribución en vacaciones a la vista de la primacía del Derecho de la Unión Europea frente a las legislaciones y prácticas nacionales que lo contradijeran, todo ello de conformidad con la doctrina contenida en las Sentencias “Lock” y “Bollacke”. Siendo así, si un convenio colectivo se opusiera en esta materia a lo dispuesto en el art. 7.1 de la Directiva en los términos expuestos en la jurisprudencia comunitaria, debería prevalecer lo dispuesto en el artículo mencionado según la interpretación exigida por el Tribunal Europeo dada la primacía del Derecho de la Unión. De este modo, se declara en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el derecho de los actores a percibir esas comisiones por ventas, incentivos y pluses.

Como antecedentes de las citadas resoluciones, y a propósito de sendas peticiones de decisiones prejudiciales que tenían por objeto la interpretación del artículo 7 de la Directiva⁵⁷, el Tribunal Europeo había dictaminado que el trabajador debía percibir en vacaciones la “retribución ordinaria” por dicho período de descanso⁵⁸. Y ello partiendo de la afirmación en el sentido de que el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debía considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no podían establecerse excepciones, pese a que el art. 7 no diera ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tuviera derecho durante sus vacaciones anuales. En este sentido, constituyendo el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones dos vertientes de un único derecho, debía mantenerse

⁵³ Sentencias núm. 496/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2016, en recurso de casación 112/2015, Ponente José Luis Gilolmo López y núm. 497/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de la misma fecha, en recurso de casación 207/2015, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

⁵⁴ Esencialmente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 22 de mayo de 2014, C-539/12 conocida como Asunto “Lock”, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha de 12 junio de 2014, C- 118/13, en el Asunto “Bollacke”.

⁵⁵ Señaladamente, comisiones por ventas y otros incentivos por producción en el contexto del Convenio de contact center vigente, supuesto de la Sentencia núm. 196/2014 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 11 de diciembre de 2014, en procedimiento 268/2014, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez.

⁵⁶ Incentivos, plus de carrera comercial y plus de disponibilidad en el supuesto del Convenio colectivo de Telefónica Móviles de España SAU, escenario planteado en la Sentencia núm. 45/2015 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 11 de diciembre de 2014, en procedimiento 18/2015, Ponente José Pablo Aramendi Sánchez.

⁵⁷ 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 supuestos de retribución en vacaciones.

⁵⁸ Considerando 16 de la Sentencia Asunto “Lock” y considerando 21 de la Sentencia Asunto “Bollacke”, en relación con lo dispuesto en el apartado 50 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2006, acumulados C-131/04 y C-257/04, Asunto “Robinson-Steele” y apartado 58 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2009, acumulados C-131/04 y C-257/04, Asunto “Schultz-Hoff”.

se la retribución del trabajador en este período a la luz del tenor y objetivo de la Directiva. De otro modo, una disminución de la retribución de un trabajador correspondiente a sus vacaciones anuales retribuidas, que pudiera disuadirle de ejercer efectivamente su derecho a disfrutar de las mismas, sería contraria al objetivo perseguido por el artículo 7 de la Directiva, habiéndose encargado ya el Tribunal de precisar que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador debían mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas, excepción hecha de los gastos ocasionales o accesorios que surgieran con ocasión de la ejecución de las tareas del trabajador según su contrato de trabajo que no debían ser tenidos en cuenta.

Con este cuerpo de doctrina en la jurisprudencia europea, cuando los conflictos colectivos llegan al Alto Tribunal, La Sala va a confirmar el fallo de las sentencias recurridas, con alguna matización en cuanto a los *bonus*, no sin antes plantear en uno de los dos recursos una importante controversia interpretativa en relación con la primacía del Derecho de la Unión y la falta de eficacia directa “horizontal” de las Directivas en litigios entre particulares. Controversia que no le va a impedir cambiar su anterior doctrina amparándose para ello, no ya en la primacía del Derecho de la Unión, al negar la eficacia directa del derecho reconocido en art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del art. 7 de la Directiva 2003/88, sino en lo prevenido en el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT⁵⁹. De este modo, el reconocimiento en el Tribunal Europeo del principio de equivalencia en la remuneración de las vacaciones, conlleva que la jurisprudencia interna se aparte de su interpretación anterior, en la que se amparaba excepcionar la regla de la remuneración normal o media en vacaciones siempre y cuando se respetaran los mínimos indisponibles de derecho necesario en cómputo anual⁶⁰.

⁵⁹ Fundamentos de Derecho noveno a duodécimo, ambos inclusive, de la Sentencia núm. 497/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de la misma fecha, en recurso de casación 207/2015, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

⁶⁰ FJ sexto de la Sentencia núm. 497/2016 de 8 de junio,

Como es suficientemente conocido, hasta esa fecha el Tribunal Supremo había mantenido la posibilidad de limitar en el convenio colectivo los elementos salariales de la jornada “ordinaria” que hubieran de retribuirse en vacaciones, apartándose así de la “remuneración normal o media” siempre que se respetaran los mínimos de Derecho necesario⁶¹. A partir de entonces, y sin negar cierto margen a la autonomía colectiva, expresamente se impone una lectura a tenor de la cual, ésa cierta discrecionalidad para delimitar la remuneración normal o media en vacaciones, no podría serlo hasta el extremo de distorsionar el concepto de la remuneración “normal o media”⁶². Concepto jurídico indeterminado el de la remuneración “normal o media”, que ofrece para el Alto Tribunal un “núcleo o zona de certeza”, tanto en su faceta “positiva”, -retribución ordinaria del trabajador, complementos personales y de puesto percibidos siempre por el trabajador-, como “negativa”, -conceptos retributivos extraordinarios-, y un “halo o zona de duda”, integrado por complementos atribuibles a circunstancias del trabajo realizado y cuya calificación como retribución ordinaria o extraordinaria dependerá de las circunstancias concurrentes, esencialmente, la habitualidad en su ejecución⁶³.

con cita de jurisprudencia de la Sala.

⁶¹ Lectura ésta que había sido criticada en lo que se denominó como proceso de desregulación legal y fortalecimiento convencional en la aplicación del Derecho del Trabajo, en ocasiones hasta el fetichismo convencional, MORÓN PRIETO, R.: “La retribución de las vacaciones a la luz del derecho europeo. Correcciones del TJUE al fetichismo convencional de la jurisprudencia española”, *Revista de Información Laboral*, núm.12/2016, parte Artículos doctrinales, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016, pág. 2.

⁶² F.J. decimotercero apartado 2 de la Sentencia núm. 497/2016 de 8 de junio: “... 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”, la misma “no puede alcanzar la distorsión del concepto -«normal o media»- hasta el punto de hacerlo irreconocible, puesto que se trata concepto jurídico indeterminado”.

⁶³ “En resumen, el Tribunal Supremo considera que la retribución correspondiente a las vacaciones debe atender a su finalidad legal de “descanso efectivo”, por lo que no puede disuadir o desincentivar su disfrute. Para ello, es necesario que, durante el periodo de descanso, el trabajador mantenga su

Con esta lectura, el Tribunal Supremo intenta delimitar el alcance de la intervención del convenio colectivo en la determinación de los conceptos retributivos que puedan quedar excluidos de la retribución de las vacaciones, si bien admitiendo aún un cierto margen de flexibilidad reguladora en la negociación colectiva. Eso sí, sin permitir una regulación convencional que desnaturalizara el concepto de la retribución ordinaria. Nueva doctrina que impone a los Tribunales un examen casuístico, en lo que se ha venido a denominar como “*criterio de contextualización*” en la Jurisprudencia del Supremo, argumentándose en sentido crítico la ausencia de seguridad jurídica al adolecer el criterio aplicativo de cierta generalidad e indeterminación⁶⁴. En esta línea igualmente crítica, ése margen de discrecionalidad que se seguiría reservando en la Jurisprudencia del Supremo para la negociación colectiva no coincidiría completamente con el contenido material del derecho a la retribución vacacional establecido por el Tribunal Europeo, aportando inseguridad jurídica⁶⁵.

Sea como fuere, se entienda la nueva interpretación de la Sala Cuarta en sentido crítico o no, la realidad es que los conflictos interpretativos sobre el particular se han multiplicado de manera exponencial. Así, declarando el derecho de los trabajadores a percibir durante las vacaciones anuales, además de los conceptos computados por la empresa, el promedio de los incentivos salariales variables por ventas, así como cualquier otro concepto salarial de devengo regular, conflicto estimado en la instancia y confirmado en

casación⁶⁶. O, por el contrario, estimando en parte recurso de casación interpuesto por la Empresa y revocando en parte la sentencia de instancia, declarando el Alto Tribunal que se debía incluir dentro de la retribución de las vacaciones el plus de hora nocturna, el plus de trabajo en festivo y domingo y el de fraccionamiento de jornada, pero excluyéndose por su carácter extraordinario el plus por hora festiva⁶⁷. O, reiterando el margen de actuación del convenio colectivo siempre que se respetaran los mínimos de derecho necesario, declarando la nulidad del art. 45.2 del Convenio Estatal de empresas de seguridad por no incluir en la retribución de las vacaciones la totalidad de complementos de puesto de trabajo⁶⁸. En parecidos términos, declarando que la retribución en vacaciones ha de comprender los conceptos ordinarios que retribuyen el desempeño del trabajo habitualmente realizado y excluir los extraordinarios y aquellos de naturaleza indemnizatoria y/o compensatoria de los gastos o perjuicios puntuales causados a consecuencia de la prestación laboral, en el caso incluyendo dentro de la retribución el plus de festivos, el de nocturnidad, el de pista y el de centro operaciones-control y excluyendo el plus de transporte y el de peaje quebranto y conteo por su naturaleza extrasalarial⁶⁹. O, a falta de regulación en convenio, computando los pluses de cambio de turno, descanso área mantenimiento, destacamento y retén laborables, accidente sábados, domingos y festivos y mando al retribuir trabajo ordinario aunque se debieran a circunstancias no habituales⁷⁰. Confirmando la anulación de determinado precepto del Convenio de Contact Center, art. 50 b), en tanto que la aplicación

retribución habitual, lo que supone incluir en la mensualidad los pagos que se perciban con regularidad el resto del año”, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino”, *Revista de Información Laboral*, núm.7/2016, parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016, págs. 4 y 5.

⁶⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Retribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2016 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016, pág. 6 y 10.

⁶⁵ MORÓN PRIETO, R.: “La retribución de las vacaciones a la luz del derecho europeo. Correcciones del TJUE al fetichismo convencional de la jurisprudencia española”, *Revista de Información Laboral*, núm.12/2016, parte Artículos doctrinales, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016, págs. 12 y 13.

⁶⁶ Sentencia núm. 530/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de junio de 2016, en recurso 146/2015, Ponente José Manuel López García de la Serrana.

⁶⁷ Sentencia núm. 591/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2016, en recurso 47/2015, Ponente José Manuel López García de la Serrana.

⁶⁸ Sentencia núm. 744/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de septiembre de 2016, en recurso 258/2015, Ponente M^a Luisa Segoviano Astaburuaga.

⁶⁹ Sentencia núm. 125/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 14 de febrero de 2017, en recurso 45/2016, Ponente José Luis Gilolmo López.

⁷⁰ Sentencia núm. 660/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2017, en recurso 261/2016, Ponente Rosa María Virolés Piñol.

del cociente de la fórmula matemática que se contenía en el mencionado apartado generaba un efecto disuasorio de cara al disfrute de vacaciones, lo cual hacía que resultara contrario a la doctrina del Tribunal Europeo ya acogida por el Supremo⁷¹. O acogiendo el derecho a que se incluyera en la retribución de vacaciones a los conceptos de los complementos de nocturnidad, disponibilidad en días de guardia, flexibilidad, especial matinal, especial por quebrantamiento de franjas, pero sin que ello significara la existencia de un derecho automático a su cómputo para todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, sino que tan sólo tendrían derecho a percibir su promedio quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, seis o más meses dentro de los once anteriores a falta de previsión convencional⁷². O declarando que no pueden excluirse al amparo Convenio Colectivo de Trabajo del sector de Transporte de mercaderías por carretera y logística para los años 2007-2010 de la Provincia de Barcelona la llamada bolsa de vacaciones, ni los complementos de peligrosidad y cámaras frigoríficas, así como tampoco el denominado de manutención y alojamiento, pero sí el complemento de quebranto de moneda por no tener naturaleza salarial, así como las horas extraordinarias, reiterando el criterio de los seis meses en los once anteriores⁷³. O reiterando la validez de determinado precepto en el convenio estatal del sector de industrias cárnicas declarada en la instancia, -punto dos del Anexo 4 y la columna del Anexo 5 con el título “Retribución vacaciones. Salario/día”, para los años 2015, 2016 y 2017-, por el que se establecía una bolsa omnicomprendiva de todos los complementos susceptibles de ser percibidos para quienes no trabajaran a incentivos y acudiendo a lo percibido en concepto de prima producción media, garantizando, en todo caso un tope mínimo, para los que

si trabajaran incentivados⁷⁴. O declarando que se habría de incluir en la retribución de vacaciones, -bolsa de vacaciones regulada en el art. 39 Convenio colectivo de trabajo de las empresas de transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona para los años 2009-2012-, el plus de “conductor- perceptor”, las horas extraordinarias, adicionales y de presencia y el plus de “descanso semanal y festivos” dado su naturaleza salarial, no así el quebranto de moneda por ser concepto indemnizatorio⁷⁵. O, de nuevo, excluyendo en la retribución de vacaciones al plus de quebranto de moneda dado que no tendría naturaleza salarial considerándolo un concepto indemnizatorio⁷⁶. O, por último, declarando el derecho a la inclusión en la retribución de las vacaciones del denominado plus de asistencia, percibido durante once meses del año y, por tanto, vinculado a la actividad laboral⁷⁷, máxime cuando el III Convenio Colectivo del Sector de Residencias Privadas de la Tercera Edad de Galicia incluía en el abono de las vacaciones todas las percepciones fijas y periódicas sin mayor precisión ni excepción⁷⁸. En este contexto, no parece desde luego aventurado apuntar la necesidad de mayores dosis de seguridad jurídica para el operador laboral.

⁷⁴ Sentencia núm. 414/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2018, en recurso 257/2016, Ponente Rosa María Virolés Piñol.

⁷⁵ Sentencia núm. 532/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de mayo de 2018, en recurso 99/2017, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

⁷⁶ Sentencia núm. 970/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2018, en recurso 219/2017, Ponente Rosa María Virolés Piñol.

⁷⁷ El plus de asistencia tiene atribuido un carácter mensual por el tiempo en que existe actividad laboral. Esto es, es un importe fijo y se abona en función de los concretos días en que se ha prestado servicios en cada mes. En estas circunstancias, es evidente que se trata de un concepto retributivo que puede considerarse como ordinario, habitual y periódico y que, por consiguiente, debe figurar en el abono de las vacaciones, PALOMINO SAURINA, P.: “La necesaria inclusión del plus de asistencia en la retribución del periodo de vacaciones (Comentario de la sentencia del TS de 29 de noviembre de 2018)”, *Diario La Ley*, Núm. 9409, Sección Comentarios de jurisprudencia, 7 de Mayo de 2019, Editorial Wolters Kluwer, págs. 4 y 5.

⁷⁸ Sentencia núm. 995/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2018, en recurso 167/2017, Ponente M^a Luz García Paredes.

⁷¹ Sentencia núm. 159/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2018, en recurso 47/2017, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

⁷² Sentencia núm. 223/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2018, en recurso 16/2017, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

⁷³ Sentencia núm. 379/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2018, en recurso 73/2017, Ponente Sebastián Moralo Gallego.

4. LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN SALARIAL Y LA RELATIVIZACIÓN DEL REQUISITO DE LA HOMOGENEIDAD

Otra de las cuestiones que sin duda podemos calificar como “estrella” en materia retributiva en la jurisprudencia de los últimos años es la relacionada con la aplicabilidad del mecanismo de la compensación y absorción salarial. En este contexto, y desde la perspectiva de que la cuantía salarial suele experimentar revisiones a lo largo del tiempo en sentido ascendente, tanto en el salario legal como en el salario convencional, se plantea la problemática al respecto de si, esos incrementos en el nivel inferior del salario legal o convencional, se sumarían o no a los superiores que los trabajadores vinieran percibiendo, o si, por el contrario, esas mejoras quedarían absorbidas o compensadas con estas cifras superiores, controversia a la en principio da respuesta esta institución del art. 26.5 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Así, desde una perspectiva finalista, la figura de la absorción y compensación salarial cumpliría una función como mecanismo de neutralización de mejoras retributivas⁷⁹, en cuanto que la regla tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en distintas fuentes reguladoras. Y ello en el entendimiento de que, para la jurisprudencia, se conceptúa la figura de la compensación y absorción como un todo indivisible⁸⁰, desde la perspectiva de que es la propia Ley la que apunta a desdibujar la diferencia terminológica⁸¹.

⁷⁹ MONTAYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Trigésima novena edición, 2018, pág. 383.

⁸⁰ Siguiendo a MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, vigesimoséptima edición, Ed. Tecnos, año 2018, si la cifra resultante de una subida salarial, ejemplo, en convenio colectivo, sigue estando por debajo de lo que realmente percibe el trabajador, ésta no se modifica -*absorción*-; si por el contrario, la subida salarial de referencia sobrepasa la cuantía del salario que realmente se percibe, éste debe sustituirse por el nuevo salario en lo que sea necesario para compensar la diferencia -*compensación*-.

⁸¹ F.J. 4º, apartado 1, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de enero de 2017, en recurso 4255/2015, Ponente Antonio Sempere Navarro.

Así definida la institución en cuanto “*de-recho subjetivo a través del cual las mejoras salariales que el trabajador concreto disfrutara sobre los mínimos imperativos pueden ser neutralizadas o reducidas en todo o en parte, quedando el empresario a través de esta técnica liberado de una acumulación progresiva de condiciones salariales más beneficiosas, de tal forma que estas condiciones no pueden equipararse a un derecho pleno y consolidado*”⁸², no obstante la jurisprudencia tradicional del Supremo se había encargado de perfilar ciertos límites para su aplicación. En este sentido, partiendo de la premisa de que la solución al caso a la hora de la aplicabilidad o no de la institución debía estar casuísticamente ajustada a cada situación de hecho, de manera tal que no sería posible extraer una doctrina universal con la que pudieran resolverse todos los supuestos, sino que habría que atenderse al examen de las peculiaridades del caso concreto, se habían acuñado tres criterios generales en torno a la cuestión. Así en primer término, la figura se configuraba como un mecanismo para evitar la superposición de mejoras salariales pero siempre que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras, de manera que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaría así neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta. En segundo lugar, exigiéndose la necesidad de una cierta homogeneidad entre los conceptos retributivos a examinar para su aplicabilidad. En tercer término, al sentarse la operatividad del mecanismo del art. 26.5 ET como norma general, pudiendo no obstante excepcionarse en los supuestos en que uno de los conceptos retributivos que intervinieran en la operación fuera inabsorbible por su propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regulara⁸³.

Cierto es que, en cuanto al segundo criterio, el referido a la necesaria homogeneidad entre los conceptos compensables o absorbibles, la propia jurisprudencia venía relativizando

⁸² MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, Valencia 2016.

⁸³ F.J. 6º, apartado 2, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2009, en recurso 34/2008, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

esta exigencia en determinados supuestos, por ejemplo, en supuestos de compensación y absorción entre conceptos retributivos de antigüedad y salario base⁸⁴, apuntándose al paso desde una exigencia de estricta homogeneidad a la posible neutralización entre conceptos que, por genéricos, esto es, no determinados por condiciones de trabajo singulares u obligaciones adicionales del trabajador, resultaran “homogeneizables”⁸⁵.

En este contexto, a partir de determinada resolución del Alto Tribunal⁸⁶, la Sala del Supremo opta por efectuar una “reinterpretación” de su doctrina amparando la opción empresarial de compensar determinados conceptos salariales heterogéneos cuando así lo autorizara el convenio colectivo de aplicación o el título que reconociera el complemento personal⁸⁷. Y ello a pesar de que, apenas un año antes, en conflicto en aplicación e interpretación del mismo Convenio colectivo, se había desestimado la aplicabilidad de la figura del art. 26.5 ET⁸⁸.

No obstante, no es éste el criterio que se sigue a partir julio de 2013, desestimándose la demanda interpuesta desde la parte sindical y declarando la aplicabilidad de la figura de la compensación y absorción entre el complemento de antigüedad y un determinado

complemento personal calificado por las partes como “absorbible” a pesar de que la propia Sala expresamente reconocía que no concurría la necesaria homogeneidad⁸⁹. En este sentido, a juicio del Tribunal debía primar el acuerdo alcanzado en el Convenio colectivo por cuanto que dicho pacto no vulneraba el principio de indisponibilidad del art. 3.5 del ET desde la perspectiva de que la prohibición legal sólo podría entenderse en los términos que expresamente regulaba el precepto estatutario, no encontrándose el derecho contemplado en ninguna disposición legal de derecho necesario.

A partir de este momento, y siempre en conflictos relacionados con la aplicación del mismo Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercados y de la opinión pública, la Sala del Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de ratificarse en esta interpretación a favor de la aplicabilidad del mecanismo del art. 26.5 ET a pesar de encontrarnos ante complementos heterogéneos, siempre sobre la premisa de los términos en que se había redactado el precepto convencional. Así, amparando la compensación y absorción de complemento personal con incrementos salariales como consecuencia complementos de antigüedad (cumplimiento de nuevos trienios) y de promoción profesional (ascensos)⁹⁰. En el mismo sentido, amparando la compensación y absorción de complemento personal con el de antigüedad⁹¹. De igual ma-

⁸⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 6 marzo 2007, en recurso 5293/2005, Ponente Juan Francisco García Sánchez, F.J. 4º.

⁸⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 sept. 2010, en recurso 186/2009, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández, F.J. 5º.

⁸⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 3 julio 2013, en recurso 279/2011, Ponente Miguel Ángel Luélmo Millán, F.J. 2º.

⁸⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia 2017, pág. 438.

⁸⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 19 abril 2012, en recurso 526/2011, Ponente Manuel Ramón Alarcón Caracul, F.D. 3º: a propósito de la decisión empresarial de proceder a la compensación y absorción de complementos personales con complementos de antigüedad y con derechos derivados de promoción profesional/ascensos, la Sala había concluido a favor de la inaplicabilidad del mecanismo del art. 26.5 ET con el doble argumento de que, por un lado, la neutralización del complemento de la antigüedad contraveniría la fuerza vinculante del convenio, en segundo término, porque los complementos en juego carecerían de la necesaria homogeneidad.

⁸⁹ Artículo 7. Compensación. Absorción. "1. Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, Convenio Colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o por cualesquiera otras causas. 2. Dichas condiciones también serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos, contratos individuales de trabajo y por cualesquiera otras causas, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del presente Convenio."

⁹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de enero 2014, en recurso 99/2013, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

⁹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 13 de marzo 2014, en recurso 122/2013, Ponente Jordi

nera, amparando la compensación y absorción de complementos personales con complementos de antigüedad y de promoción profesional⁹². O del denominado como “complemento de salario” con el complemento de antigüedad⁹³. O entre el complemento personal convenido y el complemento de antigüedad⁹⁴. De nuevo entre el complemento personal convenido y complementos de antigüedad y derechos de promoción profesional⁹⁵. Con la misma problemática, entre el complemento personal convenido y los complementos de antigüedad y derechos de promoción profesional⁹⁶. O, por último, en idéntico conflicto a estos anteriores con la misma conclusión⁹⁷.

Se apoya la Sala para fundamentar su conclusión, en primer término, en el tenor literal del art. 7 del citado Convenio colectivo, a resultas del cual debía forzosamente concluirse que se admitía la compensación y absorción de todas sus condiciones económicas respecto de las mejoras que se establecieran por cualquier causa⁹⁸. En segundo lugar, en

la interpretación del art. 8 del citado precepto, que no obstaría a ése resultado en cuanto que disponía que sólo se alcanzan como derechos adquiridos que han de mantenerse a título individual o colectivo aquellas situaciones existentes a la fecha de la firma del Convenio que resultasen superiores a las establecidas en el mismo, lo que exigiría acreditar que la mejora retributiva se venía percibiendo desde antes de la existencia del propio convenio y que en cómputo anual era superior a la prevista en el mismo⁹⁹. En tercer término, la visión global del propio Convenio, existiendo un marco convencional estatutario y de acuerdo individualizado que hacen de la absorción y de la compensación un instrumento lícito en el ámbito de autorización del artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores excluyendo como obstáculo el requisito de homogeneidad. En cuarto lugar, la precitada denominación de “absorbible” del complemento que, a juicio de la Sala, revelaría la voluntad en tal sentido desde su establecimiento, o cuanto menos, constituiría un indicio al respecto, cuestión ésta que entendemos de trascendencia en cuanto que sirve de argumento para concluir que la fuente de la mejora o complemento que la empresa trata de compensar y absorber no es la libre y unilateral concesión empresarial sino la voluntad concurrente de ambas partes, empresa y trabajador, plasmada de forma expresa en el contrato de trabajo y sometida a esa posibilidad de compensación y absorción, no estando contemplado el citado en ninguna disposición legal de derecho necesario por lo que habría de estarse a sus propios términos y condiciones. Por último, en lo que se refiere al requisito de la homogeneidad, señala la Sala que esta exigencia no solo ha de tener

Agustí Julia.

⁹² Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo 2015, en recurso 1347/2014, Ponente Jesús Souto Prieto.

⁹³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo 2016, en recurso 138/2015, Ponente Jordi Agustí Julia.

⁹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de enero 2017, en recurso 4255/2015, Ponente Antonio Sempere Navarro.

⁹⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo 2017, en recurso 4239/2015, Ponente Jesús Gullón Rodríguez.

⁹⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 25 de enero 2018, en recurso 2739/2016, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga.

⁹⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2018, en recurso 3220/2016, Ponente María Lourdes Arastey Sahún.

⁹⁸ Artículo 7. Compensación. Absorción. “1. Todas las condiciones económicas que se establecen en el presente Convenio, sean o no de naturaleza salarial, son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo que vinieran anteriormente satisfaciendo las empresas, bien sea por imperativo legal, Convenio Colectivo, laudo, contrato individual, uso o costumbre, concesión voluntaria de las empresas o por cualesquiera otras causas. 2. Dichas condiciones también serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos, contratos individuales de trabajo y por cualesquiera

otras causas, con la única excepción de aquellos conceptos que expresamente fuesen excluidos de absorción en el texto del presente Convenio”.

⁹⁹ Artículo 8. Respeto de las mejoras adquiridas: “1. Se respetarán como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo. 2. Asimismo, se mantendrán como derechos adquiridos a título colectivo las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo, siempre que no estén expresamente modificadas en el articulado de este Convenio”.

un tratamiento individualizado en función de las concretas mejoras o conceptos en cuestión, sino que, en principio, al menos cuando se trata, como es el caso, de remuneraciones complejas, debe atenderse a los términos, modo y extensión en los que han sido pactadas; máxime si, como vimos, ello no supone disponer de ningún derecho necesario ni de los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Con todos estos fundamentos, el Alto Tribunal consolida el giro interpretativo.

No obstante, y con el máximo respeto al criterio del Alto Tribunal, sí que creemos necesario efectuar una precisión en el sentido de que, si bien en el asunto resuelto en la Sentencia de julio de 2013, origen del giro experimentado, el complemento personal compensado y absorbido tenía el calificativo de “compensable”, creemos que no era ésta la situación que se producía en los restantes supuestos, cuestión ésta que creemos que probablemente debería haber tenido mayor trascendencia a la hora de valorar la cuestión en las sucesivas resoluciones. Y es en este sentido en el que, sin perjuicio de la referencia a la jurisprudencia referida al comienzo del presente apartado a propósito de la excepción a la regla general de la homogeneidad en los supuestos en que uno de los conceptos retributivos que intervinieran en la operación fuera inabsorbible por su propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional que lo regulara, y consiguiente opción más amplia a favor de la “homogeneización”¹⁰⁰, no tenemos tan claro que en los supuestos referidos no se infringieran preceptos de derecho necesario. Y no sólo desde la perspectiva del reconocimiento constitucional de la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente, sino también por cuanto los complementos en juego, derechos de antigüedad o de promoción profesional o ascensos, se encontraban igualmente regulados y reconocidos en el propio Convenio colectivo, cuya fuerza vinculante no sabemos hasta qué punto se podría neutralizar por el mecanismo del art. 26.5 ET dada la heterogeneidad de los conceptos. Reflexión que efectuamos en sentido crítico sin perjuicio

¹⁰⁰ F.J. 6º, apartado 2, de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 2009, en recurso 34/2008, Ponente Luis Fernando de Castro Fernández.

de que somos concedores de que nos encontramos ante una jurisprudencia consolidada a cuya interpretación nos debemos ajustar.

5. LA PROBLEMÁTICA EN RELACIÓN CON LA DOBLE ESCALA SALARIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

Sabido es que, en materia de negociación colectiva, no resulta infrecuente en la práctica negocial el establecimiento de diferencias de tratamiento en los convenios colectivos en función de determinadas circunstancias, fundamentalmente, y por resultar la más habitual, en función de la fecha de ingreso en la empresa. Es lo que se conoce como las “dobles escalas salariales”¹⁰¹. Partiendo de esta práctica negociadora, se ha definido al mecanismo como aquella especie de desigualdad retributiva en la que el diferente trato entre un grupo de trabajadores y otro se establece exclusivamente, y sin consideración de otras circunstancias o condiciones personales o profesionales, en función de la fecha de ingreso en la empresa¹⁰², aproximación conceptual ésta sobre la que resulta necesario efectuar dos consideraciones.

Así, en primer lugar, debemos manifestar que estas diferencias de trato van a poder venir dadas no sólo en función de la fecha de ingreso en la empresa sino también, entre otras, en el carácter temporal del vínculo contractual o en el tiempo de permanencia en la misma¹⁰³. En segundo término, la desigualdad retributiva debe entenderse

¹⁰¹ Un aproximación a la figura en DE CASTRO MARÍN, E.: “La doble escala salarial en convenio colectivo y su posible justificación desde la perspectiva de la creación de empleo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2016, Lexnova, Thomson Reuters.

¹⁰² LUJÁN ALCARAZ: “A vueltas con la doble escala salarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2004, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor 2004, p.1, BIB 2004\634.

¹⁰³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”. La STC 119/2002, como telón de fondo”, *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, febrero 2003, p. 5.

en sentido amplio, en cuanto pudiera afectar no sólo a los salarios en sentido estricto sino también a partidas extrasalariales o a otros beneficios sociales¹⁰⁴. Más allá aún, y también en un sentido extenso, la diferencia de trato pudiera serlo en cualquier otra condición de trabajo distinta a la retribución, por ejemplo, diferente regulación en materia de jornada de trabajo, de horarios, o en complementos por pensiones, en vacaciones, permisos retribuidos, excedencias, etc.¹⁰⁵.

Varias son las finalidades u objetivos que se han señalado de las dobles escalas. Así, en ocasiones, la figura va a encontrar su fundamento en el fomento del empleo. En este escenario, se pacta la doble escala en contrapartida precisamente a la creación de empleo, al llevar aparejada su negociación determinados compromisos empresariales de colocación o de elevación del volumen de empleo en la empresa, en lo que se conceptúa como un supuesto de "causalidad adecuada". En otros supuestos, aunque igualmente ligada con el empleo, la doble escala pudiera responder a la finalidad del fortalecimiento de la competitividad empresarial pues, aún sin contribuir directamente al incremento neto del empleo, la doble escala actúa de manera mediata como "instrumento defensivo" para mantener el nivel del mismo al rebajar los costes salariales¹⁰⁶. En otro contexto, muy frecuente en

la práctica negocial, por no decir que el más habitual, la doble escala va a responder a la necesidad de reconocimiento de determinados derechos "adquiridos" para trabajadores ya contratados en el momento de la firma del convenio. Derechos que, de este modo, no se van a hacer extensivos a los nuevos trabajadores contratados a partir de la entrada en vigor del nuevo convenio¹⁰⁷, en lo que se ha venido a denominar como "garantía de derechos adquiridos"¹⁰⁸, o dobles escalas "ocultas"¹⁰⁹.

Efectuada esta breve aproximación conceptual, la jurisprudencia ordinaria y constitucional han tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular. Intervención del máximo intérprete constitucional por la vía del recurso de amparo que se presenta como lógica dada la posible afectación de los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación del art. 14 CE¹¹⁰. De este modo, en la jurisprudencia

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, febrero 2003, pág. 5.

¹⁰⁷ LUELMO MILLÁN, M.A.: "La doble escala salarial en la negociación colectiva", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5/2005, parte Estudio, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor 2005. BIB 2005\1144, pág. 4.

¹⁰⁸ Entre otras, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2006, en recurso 213/2004, Ponente José María Botana López, de fecha 5 de marzo de 2007, en recurso 187/2004, Ponente Jesús Souto Prieto, de fecha 19 de enero de 2010, en recurso 50/2009, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga, o la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2010, en recurso 140/2009, Ponente Aurelio desdentado Bonete.

¹⁰⁹ VIVERO SERRANO, J.B.: "La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad", en *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lérida, 28 y 29 de mayo de 2004*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, pág. 1003 y ss.

¹¹⁰ En lo que se refiere al derecho a la igualdad y a la no discriminación, partimos de una consolidada doctrina constitucional que establece que la virtualidad del principio de igualdad no se agota en la cláusula general de igualdad a que se refiere el primer inciso del artículo 14 CE, interpretándose el derecho a la igualdad y a la no discriminación como principios intimamente ligados pero diferentes pues, una vez que el constituyente establece que todos los españoles somos iguales ante la Ley, a continuación se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional número 154/2006, de 22

¹⁰⁴ VIVERO SERRANO, J.B.: "La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad", en *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lérida, 28 y 29 de mayo de 2004*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, págs. 1002 y 1003.

¹⁰⁵ Supuesto éste el de una doble escala entendida en sentido amplio el analizado, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2006, en recurso 231/2004, Ponente José María Botana López, en el que se impugnaban preceptos del Convenio colectivo de la Empresa CLH Aviación S.A. para los años 2002-2003 en cuyo articulado se establecían diferencias de trato en materias tales como duración de la jornada, excedencia voluntaria, complemento de antigüedad, complemento de turno, de nocturnidad, horas extra, complemento por desplazamiento o jubilación obligatoria.

¹⁰⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J.: "Apuntes jurisprudenciales sobre "dobles escalas salariales". La STC 119/2002, como telón de fondo", *Justicia Laboral, Revista de*

cia del Constitucional se ha ido perfilando un consolidado cuerpo de doctrina sobre la que resulta inexcusable detenernos brevemente como paso previo al análisis de alguna de las resoluciones más importantes sobre el particular en la Sala Cuarta del Supremo¹¹¹. En esencia, el Constitucional parte de una interpretación en la que se concluye que el derecho a la igualdad vendría a vedar diferencias de trato arbitrarias entre situaciones comparables salvo que encontrarán una justificación objetiva y razonable, pero admitiendo sin embargo aquéllas otras que resultaran objetivamente justificadas siempre y cuando fueran capaces de superar el juicio de proporcionalidad. Y ello así desde la perspectiva de que el derecho subjetivo a la igualdad no implica en todos los casos un tratamiento normativo igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica¹¹². Por el contrario, en lo que se refiere al derecho a la no discriminación, la jurisprudencia constitucional concluye terminantemente la prohibición de cualquier distinción en virtud de las circunstancias personales o sociales referidas en el artículo 14 CE sin ánimo de exhaustividad, por lo tanto, sin posibilidad de justificación alguna y sin necesidad de un término de comparación¹¹³.

de mayo de 2006, Ponente Javier Delgado Barrio, F.J. 4º.

¹¹¹ Podemos señalar como exponentes las Sentencias núm. 119/2002, de 20 de mayo de 2002, Ponente Fernando Garrido Falla, en el conocido como asunto Volkswagen Navarra; la Sentencia núm. 27/2004, de 4 de marzo de 2004, Ponente Tomás S. Vives Antón, asunto Mohn; la Sentencia núm. 36/2011, de 28 de marzo de 2011, Ponente Javier Delgado Barrio, asunto British Council; o, más recientemente, la Sentencia núm. 112/2017, de 16 de octubre de 2017, Ponente Antonio Narváez Rodríguez, asunto CLH.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/1981, de fecha 20 de julio, Ponente Gloria Bugué Cantón.

¹¹³ "De este modo, el derecho a la no discriminación presentaría un contenido más específico, el referido a la tutela antidiscriminatoria, que impondría una paridad de trato, evitando o suprimiendo diferencias socialmente existentes cuyo carácter odioso se reconocería como contrario a la dignidad humana. Así, cuando el derecho que se entiende vulnerado es el derecho a la igualdad in genere, resulta necesario aportar un tertium comparationis para justificar la existencia de un trato desigual. Por el contrario, cuando se alega vulneración del derecho a la no discriminación, no resulta necesario alegar una referencia comparativa", Sentencia del Tribunal Constitucional número 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, Ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, F.J. 7º.

En este contexto, partiendo de la premisa en el sentido de que lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, las diferencias de tratamiento serían aceptables en la medida en que, además de la necesaria objetiva justificación, se superara el juicio de proporcionalidad a la vista de la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida¹¹⁴. Siendo así, una diferencia retributiva implementada en la empresa en función exclusiva de la diferente fecha de ingreso en la empresa, no podría justificar tal disparidad si no viniera complementada por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y lo pretendido superara ése juicio de proporcionalidad¹¹⁵. En este sentido, una decisión empresarial de diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aún sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente vejatoria o maliciosa, lo que no sucedería, por ejemplo, en el escenario de dobles escalas garantía de derechos adquiridos a fin de adecuar un sistema retributivo implantado a la realidad existente fruto de una nueva realidad económica¹¹⁶.

Partiendo de esta doctrina constitucional, la Sala Cuarta del Supremo ha tenido la ocasión de enjuiciar la legalidad de dobles escalas salariales establecidas en convenios en varias ocasiones. Así, y en lo que se refiere a las dobles escalas con la finalidad de garantía determinados derechos adquiridos, cuando el

¹¹⁴ Por todas, F.J. 3 de la Sentencia núm. 119/2002 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de fecha 20 de mayo de 2002, en recurso de amparo 5116/98, Ponente Fernando Garrido Falla.

¹¹⁵ Por todas, F.J. 6º de la Sentencia núm. 27/2004 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de marzo de 2004, en recurso de amparo 3644/2000, Ponente Tomás S. Vives Antón.

¹¹⁶ Sentencia núm. 36/2011 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de fecha 28 de marzo de 2011, en recurso de amparo 6199/2007, Ponente Javier Delgado Barrio, F.J. 5º y 6º.

Supremo tuvo ocasión de enjuiciar la legalidad del Convenio colectivo de la Compañía CLH Aviación SA para los años 2002-2003, llegando en aquél momento a la conclusión de que no se había producido infracción del principio de igualdad de trato al no encontrarse en el supuesto enjuiciado ante una reproducible doble escala salarial “*ex novo*” sino ante el respeto de condiciones contractuales para el personal incorporado con anterioridad a la empresa, existiendo circunstancias en el convenio colectivo analizado, y en los anteriores, que obligaron a los negociadores a tomar una serie de medidas para salvaguardar los intereses colectivos y la propia continuidad de la empresa evitando que los costes laborales asumidos durante el monopolio no impidieran la competitividad en el libre mercado¹¹⁷. Criterio éste que, en lo que podemos denominar como la “saga” CLH, es el tenido en cuenta en las sucesivas impugnaciones de posteriores Convenios colectivos¹¹⁸.

No obstante, a los efectos del debate, resulta necesario detenernos en esta última resolución del Alto Tribunal de julio de 2016 por cuanto, en cierto modo, la propia Sala se alejaba de su tradicional interpretación en relación con la exigencia del carácter “estático” del reconocimiento de derechos adquiridos. En este sentido, el Tribunal, partiendo de la doctrina de la Sala vetando la posibilidad de dobles escalas salariales en convenio cuando no respondieran a una justificación objetiva y razonable que salvara que la diferencia de trato resultara contraria al principio de igualdad del art. 14 CE, va a desestimar la impugnación del convenio confirmando la validez

¹¹⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2006, en recurso 213/2004, Ponente José María Botana López, F.J. 5º.

¹¹⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2007, en recurso 187/2004, Ponente Jesús Souto Prieto, F.J. 2º, en relación con la impugnación del Convenio colectivo del personal de tierra de CLH SA publicado en el BOE núm. 219 de 13 de septiembre de 2006; Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2010, en recurso 50/2009, Ponente María Luisa Segoviano Astaburuaga, F.D. 5º; Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 2016, en recurso 193/2015, Ponente Sebastián Moralo Gallego, F.D. 5º, en relación con la impugnación del Convenio colectivo del personal de tierra de CLH SA publicado en el BOE de 20 de junio de 2011, F.J. 4º a 7º.

del precepto sobre la premisa de que no había elementos de juicio que permitieran considerar que habrían variado las circunstancias que en su momento fueron tenidas en cuenta en la resolución de 19 de enero de 2010. Y ello a pesar de constatar el carácter “dinámico” del complemento de antigüedad, y en cuanto tal, sometido a actualizaciones futuras, lo que en principio no parecía muy acorde con la lectura más habitual de la Sala. Recurrida en amparo, el Tribunal Constitucional va a mantener un criterio contrario, a nuestro juicio más acertado. Así, sobre la premisa de que, transcurridos más de veinte años desde los primeros convenios colectivos, ya no era posible seguir manteniendo los mismos argumentos para sostener la diferencia retributiva desde la perspectiva de la inexistente justificación objetiva y razonable para el mantenimiento de la diferenciación, que conducía inexorablemente a la estimación del amparo pretendido¹¹⁹. Devueltos los autos a la Sala Cuarta, el Tribunal Supremo declara la nulidad del precepto convencional al entender que no concurría la circunstancia razonable, proporcionada y objetiva para tal desigualdad, no sólo desde la perspectiva de la conceptualización dinámica de la diferencia retributiva instaurada, sino también porque no se habrían actualizado las circunstancias que en su día la originaron¹²⁰. Doctrina ésta más ajustada a nuestro juicio a la que tradicionalmente había venido siendo exigida constitucionalmente.

No queremos terminar nuestras referencias a las dobles escalas en la Jurisprudencia del Supremo sin reseñar la declaración de la nulidad de determinada cláusula implementada en Convenio de colectividades de Cataluña para el año 2013 negociada, en principio, como contrapartida a la creación de empleo en el contexto de la crisis económica de los últimos años¹²¹, en concreto, “Nuevo nivel re-

¹¹⁹ Sentencia 112/2017 del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2017, recurso de amparo 5547/2016, Ponente Antonio Narváez Rodríguez.

¹²⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2018, en recurso 193/2015, Ponente Sebastián Moralo Gallego.

¹²¹ Nos referimos al supuesto enjuiciado en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 24 de noviembre de 2015, en recurso 304/2014, Ponente Miguel Ángel Luelmo Millán, F.D. 8º.

tributivo” en tanto que la tasa de desempleo superara el 15 por 100. En el caso analizado, y pese a que la utilización de dicha modalidad contractual se encontraba sometida a las exigencias de informe previo de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de la comisión paritaria del Convenio, quienes deberían conferir autorización para la contratación bajo esta modalidad, el Alto Tribunal concluye confirmando la sentencia de instancia en la que se había declarado la nulidad del art. 24 del Convenio bajo el argumento de que la evidencia de la crisis económica no avalaría por sí sola la adopción de medidas como la enjuiciada, argumento éste con el que ya hemos tenido la oportunidad de mantener nuestra discrepancia en otro lugar¹²².

6. LOS PROBLEMAS APLICATIVOS E INTERPRETATIVOS EN TORNO A LA RETRIBUCIÓN VARIABLE

Para terminar el presente recorrido por algunas de las resoluciones en materia retributiva en la jurisprudencia de los últimos años, nos detenemos ahora en otra de las cuestiones que, en materia de salarios, ha sido objeto de recurrente atención en la Jurisprudencia del Supremo, nos referimos a las cuestiones ligadas a las retribuciones variables.

En primer término, y en relación con la naturaleza del denominado “*bonus*”, partimos de la consideración en el sentido de que nos encontramos ante un “salario mixto”, en cuanto que al salario por unidad de tiempo se le adiciona una cantidad variable en función del resultado -prima o incentivo-, que puede establecerse con carácter individual o colectivo, parte complementaria del salario con apoyo legal en el artículo 26.3 del ET¹²³.

A partir de esta conceptualización, probablemente una de las cuestiones sobre la que ma-

yores controversias se hayan planteado en la aplicación práctica de este “salario mixto” sea la de la fijación del sistema de objetivos para la consecución de los mismos. Y, en este debate, hemos de partir de la existencia de una muy consolidada línea argumental que interpreta que, cuando no se fijan los concretos objetivos por la empresa de los que dependa la percepción variable, nos encontraríamos ante un pacto sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes que contravendría el art. 1.256 CC. Del mismo modo, cuando las cláusulas del pacto de objetivos no fueran claras, o adolecieran de desarrollo posterior, habrían de interpretarse en el sentido más adecuado para que las mismas pudieran causar efecto. Así, la falta de claridad y de desarrollo posterior en este tipo de cláusulas, no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que las mismas puedan causar efecto de conformidad con lo prevenido en el art. 1.284 CC y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa, art. 1.288 CC, de otro modo nos hallaríamos ante un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, art. 1.256 CC¹²⁴.

Igualmente conflictiva ha resultado la habitual suscripción en este tipo de pactos de objetivos de la obligatoriedad de permanencia o alta en la empresa en determinados períodos para el reconocimiento del derecho al percibo del variable. El problema se plantea normalmente en los supuestos de despidos improcedentes, en los que se discute si el trabajador ha generado el derecho al devengo del *bonus* en el supuesto de no haber permanecido en la empresa al final de cada ejercicio económico. En este sentido, la jurisprudencia ha concluido que el deudor, el empresario, no puede exonerarse del pago de estos variables cuando la no permanencia en la empresa en los términos pactados se debiera a un ilícito laboral del mismo, conclusión a la que se llega con apoyo una vez más en el principio de relatividad de los contratos del 1.256 CC. En este sentido, la obligación del trabajador deviene imposible por acto propio e ilegal del empresario, por lo

¹²² DE CASTRO MARÍN, E.: “La doble escala salarial en convenio colectivo y su posible justificación desde la perspectiva de la creación de empleo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2016, Lexnova, Thomson Reuters.

¹²³ F.J. 2º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2016, en recurso 4568/2004, Ponente Mariano Sampedro Corral.

¹²⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de julio de 2013, en recurso 1219/2012, Ponente María Lourdes Arastey Sahún.

que se genera el derecho a la retribución variable por la parte proporcional de tiempo de permanencia en la empresa en el correspondiente ejercicio¹²⁵.

Del mismo modo, resulta igualmente interesante a estos efectos el debate en torno a la posible discrepancia en la cuantificación de una indemnización como consecuencia de tomar como punto de partida una determinada cantidad u otra en concepto de *bonus*, discrepancia que podría desembocar, en su caso, en que nos encontráramos ante lo que se califica como error inexcusable en el cálculo de la indemnización, con la consecuencia de poder determinar la improcedencia de un despido, cuestión ésta también habitual en este tipo de conflictos. En todo caso, la jurisprudencia, con carácter general, ha concluido a favor de la calificación como excusable del error, no tanto por la diferencia de la cuantía en concepto de indemnización entregada por la empresa y la que hubiera correspondido, salvo que fuera de gran trascendencia obviamente, sino por la complejidad jurídica derivada del modo de devengo y abono del incentivo en cuestión¹²⁶, pronunciamiento éste del que se puede extraer cierta doctrina general pero siempre que el conflicto no se alejara en exceso del caso enjuiciado. En otro supuesto, sí que entendemos que sería posible la calificación del error como inexcusable, con las inherentes consecuencias a tal calificación.

Como quiera que es requisito para la consideración del *bonus* que éste se hubiera devengado, esto es, que hubiera surgido como obligación líquida en el momento del despido, en los supuestos de variables de devengo anual pendientes de perfeccionamiento, es lógico utilizar para el cálculo del salario regulador el incentivo por ventas devengado en el año anterior¹²⁷. Incluso, en el escenario de no de-

venirse *bonus* en el año del despido, se toma como referencia el abonado en el último año, con independencia de que su devengo pertenezca al año anterior, debiendo estar para la fijación de la indemnización al importe de la totalidad de las retribuciones que el trabajador percibía en el momento del despido, esto es, en el año que este se produjo aunque su devengo fuese anterior¹²⁸.

Por último, para terminar con la problemática en relación con el devengo de retribuciones variables, creemos interesante reseñar determinada resolución a resultados de la cual no resulta posible detraer el período de las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto del art. 48.4 ET como período de devengo del citado *bonus*, por cuanto constituye una discriminación directa por razón de sexo¹²⁹.

7. A MODO DE REFLEXIÓN: BALANCE DE LA ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL

Como hemos apuntado, las referencias a la materia retributiva son constantes en la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Supremo, como hemos tenido oportunidad de comprobar. Y no sólo por esa generalidad en la propia conceptualización de lo salarial o extrasalarial en la norma sino, más allá, por la propia dinámica de las relaciones laborales, con una importante repercusión de esta cuestión de la catalogación de las partidas retributivas como salariales o extrasalariales en numerosos aspectos relacionados con los despidos, con la seguridad social, etc.

A partir de aquí, la labor del Tribunal Supremo en la construcción de una consolidada doctrina al respecto debe ser reconocida al resultar encomiable, con especial hincapié en la construcción doctrinal en relación con algu-

¹²⁵ En este sentido, F.J. 2º de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2006, en recurso 4568/2004, Ponente Mariano Sampedro Corral.

¹²⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2006, en recurso 2990/2014, Ponente Antonio Vicente Sempere Navarro, F.J. 5º.

¹²⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2016, en recurso 2990/2014, Ponente Antonio Vicente Sempere Navarro.

¹²⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2018, en recurso 414/2018, Ponente Antonio Vicente Sempere Navarro, F.J. 5º.

¹²⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de mayo de 2015, en recurso 1032014, Ponente Jordi Agustí Juliá, F.J. 2º.

nas de las figuras analizadas, por ejemplo, en las acciones sobre acciones o las aportaciones a sistemas complementarios de la Seguridad Social, con un muy destacado papel en los últimos años.

Dicho esto, incuestionable la labor de la Sala, quizá sí que convendría apuntar alguna reflexión en un sentido algo más crítico en lo que se refiere a la necesidad de dotar de un mayor seguridad jurídica a la cuestión.

Y, en este sentido, sí que resulta en cierto modo preocupante la importante conflictividad asociada a un buen número de conflictos interpuestos como consecuencia de giro doctrinal experimentado en los últimos años en alguna cuestión, nos referimos al tema de la retribución en vacaciones. Ciertamente es que, en esta materia, en la que el convenio colectivo juega un papel preponderante dada la relación de complementariedad entre la ley y el convenio colectivo, deberían ser los propios negociadores los que, en un uso responsable de la autonomía negocial, delimitaran con claridad la cuestión, una vez que resulta suficientemente conocida la exigencia de percepción de la retribución normal o media. No obstante, dicho esto, no se alcanza a comprender cómo es posible un cambio tan significativo en la interpretación del margen de autonomía del convenio cuando es el propio Tribunal el que fundamenta su conclusión en la normativa supranacional, en concreto, en el art. 7 de Convenio 132 de la OIT.

Igualmente en sentido crítico, quizá aún con mayor reparo, nos detenemos en la interpretación del requisito al respecto de la necesaria homogeneidad entre los conceptos comparables como presupuesto para la aplicación de la figura de la compensación y absorción salarial. Y en este sentido, confesamos que no alcanzamos bien a comprender la *ratio decidendi* para otorgar tan elevado nivel de autonomía a los convenios colectivos, por mucho que se hubiera flexibilizado el requisito hasta el nivel de lo “homogeneizable”. En estos términos tan flexibles, aventuramos de futuro un elevado nivel de conflictividad sobre esta cuestión que, a buen seguro, supere la controversia en relación con la retribución en vacaciones.

Destacar igualmente cierta disparidad a la hora del enjuiciamiento de diferencias de trato en convenios colectivos mediante el establecimiento de dobles escalas salariales, cuestión ésta que, en todo caso, no creemos que se presente como problemática a nivel de planteamiento de futuros conflictos desde la perspectiva de la existencia de una muy consolidada jurisprudencia constitucional sobre la cuestión.

Cierto es que hemos dejado en el tintero numerosas cuestiones a las que, por evidentes problemas de espacio, no hemos podido hacer referencia, entre otras, cuestiones relacionadas con el pago, finiquitos, naturaleza de salarios de tramitación, etc. No obstante, esta breve aproximación sí que nos permite efectuar un semblante sobre la Jurisprudencia del Supremo en materia retributiva que, al fin y a la postre, era el objetivo declarado en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., Dir. LÓPEZ CUMBRE, L. Coord. REVUELTA GARCÍA, M., “Dinámica de la relación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número. 189/2016 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016.
- BUJÁN BRUNET, M.A.: “Aspectos laborales de las *stock options*: puntos críticos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Aspectos jurídico-laborales de las *stock options*”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.2/2002 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2002.
- DE CASTRO MARÍN, E.: “La doble escala salarial en convenio colectivo y su posible justificación desde la perspectiva de la creación de empleo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2016, Lexnova, Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ PROL, F., *El salario en especie*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, año 2005.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia 2017.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Apuntes jurisprudenciales sobre “dobles escalas salariales”. La STC 119/2002, como telón de fondo”, *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, febrero 2003.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: “Retribución de las vacaciones y Tribunal Supremo: el final del camino”, *Revista de Información Laboral*, núm.7/2016, parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Retribución de las vacaciones y eficacia directa horizontal del derecho de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2016 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.
- LLOMPART BENNÀSAR, M.: “Las prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social como categoría extrasalarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11/2004; Ed. Aranzadi.
- LUJÁN ALCARAZ: “A vueltas con la doble escala salarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2004, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Cizur Menor 2004, p.1, BIB 2004\634.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, vigesimoséptima edición, Ed. Tecnos, año 2018.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 26. Salario”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2014.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 9ª edición, Valencia 2016.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Trigésima novena edición, 2018, pág. 383.
- MORÓN PRIETO, R.: “La retribución de las vacaciones a la luz del derecho europeo. Correcciones del TJUE al fetichismo convencional de la jurisprudencia española”, *Revista de Información Laboral*, núm.12/2016, parte Artículos doctrinales, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016.
- PALOMINO SAURINA, P.: “La necesaria inclusión del plus de asistencia en la retribución del periodo de vacaciones (Comentario de la sentencia del TS de 29 de noviembre de 2018)”, *Diario La Ley*, núm. 9409, Sección Comentarios de jurisprudencia, 7 de Mayo de 2019, Editorial Wolters Kluwer.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: “Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones: comentario a la STSJ Madrid, 22 de febrero”, *Aranzadi Social*, núm. 5 año 2001.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “¿Se incluyen los seguros de vida y médico y plan de jubilación en el salario regulador de la indemnización por despido?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2017, parte Jurisprudencia, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- SAN EMETERIO TAPIA, L.: “Aportaciones a Planes de Pensiones y su consideración jurídica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195/2017, parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “¿Están obligadas las empresas a disponer de comedores para sus empleados?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2011 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. Año 2011.
- VIVERO SERRANO, J.B.: “La doble escala salarial por la fecha de contratación en la negociación colectiva y el principio de igualdad”, en *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lérida, 28 y 29 de mayo de 2004*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005.

RESUMEN

En materia de contrato de trabajo, la retribución se configura como una de las notas definitorias de la relación laboral presupuesto necesario para la catalogación de la misma como por cuenta ajena. Desde este modo, la prestación retributiva a cargo del empresario en contraprestación al trabajo realizado convierte al salario, entendido éste en un sentido amplio, en elemento inherente del contrato de trabajo de vital importancia. Partiendo de esta esencial afirmación, no toda contraprestación que el trabajador pudiera percibir como consecuencia del trabajo realizado va a tener la consideración de salario en el sentido jurídico laboral del término, optando el legislador por efectuar en la norma una definición de lo salarial y de lo extrasalarial en unos términos lo suficientemente amplios como para resultar omnicomprendiva de todos los conceptos que el trabajador pudiera percibir por la realización de la prestación laboral.

Precisamente por ello, la generalidad en la definición legal, probablemente necesaria, conlleva que, en ocasiones, las fronteras entre lo salarial y extrasalarial se presenten ciertamente difusas. Y es precisamente en este contexto en el que la jurisprudencia juega un papel determinante, en el doble sentido de efectuar una labor interpretativa y aplicativa de la norma pero también de homogeneización con respecto a las decisiones judiciales desde los Juzgados y Tribunales. Desde esta perspectiva, en el presente trabajo vamos a referirnos a aquéllas resoluciones del Supremo en las que, en los últimos años, el Alto Tribunal se ha enfrentado a la cuestión de la naturaleza salarial o extrasalarial de determinadas partidas retributivas.

Analizada esta problemática, en un trabajo como el presente, en el que se pretende efectuar un somero recorrido sobre la jurisprudencia en materia salarial de los últimos años, no podemos obviar el papel protagonista que, siquiera de manera indirecta, juega la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con la consecuente necesidad para nuestra jurisprudencia interna de ajustarse no sólo al contexto normativo del marco comunitario sino también a su correcta interpretación. Cuestión ésta que, como vamos a tener ocasión de analizar, exige una labor de actualización a los criterios interpretativos, señaladamente, y en lo que se refiere al presente trabajo, a la materia relacionada con la retribución en vacaciones.

Más allá, esta constante evolución en la Jurisprudencia del Supremo, ha derivado en los últimos años en una reinterpretación de los requisitos exigidos para la aplicación de una institución de gran importancia en materia salarial, nos referimos a la figura de la compensación y absorción salarial, con la consiguiente flexibilización del criterio en relación con la necesaria homogeneidad de las partidas a compensar y absorber. Flexibilización hasta el punto de prácticamente desnaturalizarla siempre que así se hubiera pactado en el convenio colectivo.

Importante también referirnos a los problemas derivados del establecimiento de las denominadas dobles escalas en convenios colectivos, máxime cuando el máximo intérprete constitucional, muy recientemente, ha obligado a la Sala Cuarta a reconsiderar su criterio para ajustar las diferencias de tratamiento a los requisitos exigidos en una consolidada doctrina constitucional.

Por último, terminaremos el trabajo efectuando un repaso a algunos de los criterios más importantes de la jurisprudencia en relación con algunas de las cuestiones controvertidas en materia de retribución variable, cuestión ésta sobre la

que ha tenido oportunidad de pronunciarse el Alto Tribunal en los últimos años sobre todo en conflictos relacionados con el *quantum indemnizatorio* en despidos.

Palabras clave: Retribución; naturaleza salarial o extrasalarial; retribución en vacaciones; compensación y absorción; dobles escalas; retribuciones variables.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

In the matter of employment contract, the remuneration is configured as one of the defining notes of the labor relation budget necessary for the cataloging of the same as for others. In this way, the remuneration benefit paid by the employer in return for the work done makes salary, understood in a broad sense, an inherent element of the work contract of vital importance. Based on this essential statement, not all consideration that the worker could receive as a result of work done will be considered a salary in the legal sense of the term of employment, opting for the legislator to make in the standard a definition of salary and extrasalarial in terms broad enough to be all comprehensive of all the concepts that the worker could receive for the performance of the work.

Precisely for this reason, the generality of the legal definition, probably necessary, means that, sometimes, the borders between salary and extra-salary are certainly blurred. And it is precisely in this context in which jurisprudence plays a decisive role, in the double sense of carrying out an interpretive and application of the norm but also of homogenization with respect to judicial decisions from the Courts and Tribunals. From this perspective, in this paper we will refer to those resolutions of the Supreme Court in which, in recent years, the High Court has faced the question of the salary or extra-salary nature of certain remuneration items.

Analyzed this problem, in a work like the present, which is intended to make a brief journey on the jurisprudence salary matter in recent years, we can not ignore the leading role that, even indirectly, plays the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, with the consequent need for our internal jurisprudence to adjust not only to the normative context of the community framework but also to its correct interpretation. Question that, as we are going to have occasion to analyze, requires a work of updating the interpretative criteria, notably, and in regard to this work, to the matter related to the retribution on vacation.

Further, this constant evolution in the Jurisprudence of the Supreme Court, has led in recent years to a reinterpretation of the requirements for the application of a major institution in terms of salary, we refer to the figure of compensation and wage absorption, with the consequent flexibility of the criterion in relation to the necessary homogeneity of the items to be compensated and absorbed. Flexibilization to the point of practically denaturing it, as long as this was agreed in the collective agreement.

It is also important to refer to the problems arising from the establishment of the so-called double scales in collective agreements, especially when the maximum constitutional interpreter, very recently, has forced the Fourth Chamber to reconsider its criterion to adjust the treatment differences to the requirements demanded in a consolidated constitutional doctrine.

Finally, we will finish the work by reviewing some of the most important criteria of the jurisprudence in relation to some of the controversial issues in terms of variable remuneration, a question on which the High Court has had the opportunity to pronounce in recent years. especially in conflicts related to the compensation quantum in dismissals.

Keywords: Retribution; salary or extra-salary nature; vacation compensation; compensation and absorption; double scales; variable remuneration.

Transmisión de empresa, relaciones triangulares de trabajo y sistema multinivel de garantías:
“Bamboleos” de una Jurisprudencia Social ¿en espera del legislador?

Transfer of undertaking, triangular work relations and multilevel system of legal guarantees:
"Oscillations" of a Social Jurisprudence waiting for the legislator?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE*

(...). Existen otros valores sociales además de la libertad...de contratación... (...)...es un problema de tiempo y lugar la cuestión de saber si es preferible, para que la civilización se mantenga y progrese, dejar a los hombres [a las personas, escribiríamos hoy con lenguaje inclusivo] en completa libertad para contratar de la manera que prefieran, o si el orden jurídico debe limitarla hasta cierto punto y con relación a ciertos fines

R. Pound, *La interpretación que concibe el Derecho como una obra de ingeniería social*

En *Id. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004, p. 174

1. INTRODUCCIÓN: LA REVIGORIZACIÓN DE UNA INSTITUCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE ARRAIGADA CONFLICTIVIDAD

Hasta que irrumpió como un huracán jurídico-laboral el asunto de la indemnización por cese de los interinos, luego reducida por el TS a mera tormenta de final de verano, no hay ninguna duda de que la “institución sucesoria de empresa” ex art. 44

ET se llevaba la palma, u ocupaba una posición estelar en el ranking de la conflictividad jurídica, entre otras razones, por la constante tensión, en algunos momentos agria (2002), entre el marco comunitario (antes incluso de la vigente Directiva 2001/23/CE) y su desarrollo en el ordenamiento nacional. De ahí que, en el denominado sistema multinivel de protección de la estabilidad en el empleo, aquella dialéctica entre los diferentes niveles jurisdiccionales, en particular entre el Tribunal Supremo (TS) y el TJUE, haya ofrecido, hasta prácticamente nuestros días, más la imagen del conflicto que la del diálogo. Y su problemática jurídico-social ha ido en ascenso por

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén.

diversas razones, jurídicas y fácticas, entre ellas un escenario de generalizada descentralización productiva¹.

La causa principal de esta actualidad conflictual ha residido en la pugna entre el TS español (si bien un repaso de la situación de otros Altos Tribunales de la UE evidencia tensiones análogas), y el TJUE, en especial en relación con la subrogación convencional y su incidencia en la modalidad de sucesión de plantilla ex art. 44 ET. Sin embargo, son diversos y heterogéneos los motivos de esa extrema conflictividad (que se remonta a inicios del siglo XX), por tanto también de la imagen de inseguridad, por el “vaivén” u “oscilación” de los criterios jurisprudenciales nacionales -los comunitarios se han revelado más estables y, por lo tanto, previsibles, sin que el TJUE ofrezca una imagen de estatismo absoluto-. Consecuentemente, las responsabilidades por este desasosiego interpretativo y aplicativo deben repartirse, quizás no a partes iguales, entre el entero sistema de fuentes reguladoras de la “sucesión de empresa”, tradicionalmente tenida como una institución jurídica especialmente garantista (protege la continuidad de las relaciones de trabajo atendiendo a la continuidad de la actividad en sí y al margen de las vicisitudes que pueda experimentar el empleador originario), pero de la que el TJUE ofrece una imagen más flexible y transaccional, pues defiende que la Directiva 2001/23:

“...no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos y los del cesionario” (STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos C-680 y 681/15).

En apretada síntesis, podemos agrupar en cuatro causas la reactivación de esta problemática jurídico-aplicativa de la institución sucesoria empresarial en el ámbito de la gobernanza del trabajo de nuestro tiempo y que, en consecuencia, pueden reabrir el debate de

la necesidad, además de la conveniencia, de una reforma más profunda y coherente del art. 44 ET y de su bloque regulador. A saber:

a) *El fuerte impacto de los fenómenos de descentralización productiva y, por lo tanto, de la conflictividad asociada a las relaciones triangulares de trabajo (argumento realista).*

Cierto, la atención doctrinal suele dirigirse a la tensión entre “cesión de trabajadores” (legal, ilegal o alegal) y la “subcontratación”, así como a las estructuras de empresa compleja (grupos y redes de empresa). Pero no menos verdad es que la institución sucesoria ex art. 44 ET participa también en cierta medida, con singularidades, de los problemas derivados de los procesos de especialización empresarial en las actividades de prestación de servicios para empresas. La sucesión empresarial sirve como auténtica técnica de reorganización productiva, medie o no una situación de crisis -incluso concursal- de las empresas, no tan solo como forma de cesión contractual “masiva”.

Sin embargo, la regulación legislativa vigente presenta una imagen más simplificada de la institución, lo que provocaría un nuevo y *galopante divorcio entre la realidad y la norma legal*, incapaz de aferrar la complejidad creciente de la organización de empresas en el citado contexto de generalizada descentralización productiva (óptica económica) y paralela difusión o multiplicación de relaciones triangulares de trabajo (óptima jurídico-laboral). Algunos botones de muestra. Así sucedería, con la interacción, por lo tanto la dilución de fronteras, de la técnica sucesoria con la figura, problemática en sí misma, de las “empresas multiservicios” (aunque los convenios de empresa no puedan excluir la subrogación convencional sectorial -STSJ Cataluña 333/2017, 20 de enero-), así como con la cesión ilegal². También es frecuente que la sucesión

¹ vid. BELTRAN DE HEREDIA, I: «Sucesión de plantilla en contratos intensivos en mano de obra y aplicación del art. 44 ET: efectos internos de la doctrina Somoza Hermo». Revista Trabajo y Derecho, núm. 50, 2019 [pp. 61 - 74].

² Entre otros muchos ejemplos: STS 5/2019, 8 de enero y STSJ Andalucía/Sevilla, 7 de noviembre de 2018, rec. 3241/17. La distinción no siempre es fácil. Así, la STSJ Murcia 1130/2018, 19 de diciembre, o califica de cesión ilegal el recurso a una forma de gestión indirecta de un servicio público, mientras que la STSJ Extremadura 769/20189, 28 de diciembre, sí identifica cesión ilegal, atendiendo al caso, de una situación público-em-

se utilice como técnica para la reorganización en empresas complejas, redes y grupos (STS 1051/2018, 12 diciembre, despido colectivo del Grupo Ericsson; STS 68/2019, 29 de enero).

Desde esta última conexión, se puede explicar, más difícil justificar, a mi juicio, que la cesión de unidades productivas jurídico-económicamente autónomas dentro de un Grupo, como es el Grupo Prisa, se califiquen de sucesión de empresa (STS 19/2019, 10 de enero), pese a que mantienen un poder, una dirección y un interés económico unitarios (haciendo dudar de la realidad del “cambio de empleador” y de su liberación deudora³). La utilización frecuente como técnica de reorganización productiva de la sucesión no es solo del sector privado, la hallamos también en el sector público-administrativo. Piénsese en la -conflictiva- reversión de servicios públicos antes gestionados de forma indirecta. Sin perjuicio de desplegar un análisis algo más detenido *ut infra* al respecto, es útil recordar que la Directiva 2001/23 no traza una distinción precisa entre la reversión como forma de reorganización de servicios públicos susceptible de constituir una sucesión de empresa del concepto de “reorganización administrativa” (excluida de la sucesión)⁴.

b) *La experimentación disruptiva del sistema multinivel de protección de la estabilidad en el empleo, que ha potenciado más la imagen de conflicto entre niveles que de diálogo*, en especial por la “rebeldía” de los niveles judiciales inferiores a aceptar la posición del TS, tenida por aquellos como disconforme con la comunitaria y, por tanto, a abatir.

presarial análoga.

³ La STS, Sala 3ª, 1661/2018, 22 de noviembre, legitima a la TGSS para declarar la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo por deudas a la Seguridad Social, aunque no reclame el pago a todas.

⁴ Sobre la naturaleza de textura abierta de las nociones empleadas en el art. 44 ET, como la noción de “entidad económica”, útiles por las posibilidades de adaptación a los múltiples objetos de la transmisión y a lo proteiforme de las “formas de empresa” en la sociedad contemporánea, pero creadoras de mayor inseguridad, por abierto de los mismos, Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. La conservación de la empresa en la Ley Concursal. Aspectos laborales. Lex Nova, 2006, pp. 139-140.

Es conocido que el ejemplo más señero de esta fuerte pugna entre niveles judiciales por la última palabra en materia de sucesión de empresa se ha librado, hasta finales de 2018, con relación a la sucesión de contratos convencionalmente regulada y en sectores económicos de actividad “desmaterializada”. Como sabido es que la solución se ha decantado, al menos en línea de principio, y no sin alguna resistencia jurisprudencial, a favor del enfoque garantista individual propiciado por los niveles inferiores (la subrogación convencionalmente gobernada como modalidad de sucesión de plantilla cuando signifique asumir una “parte esencial” -nuevo concepto de textura abierta- de la plantilla) y en detrimento de modelo de garantías colectivas preservado por el TS (la fuente colectiva debe tener un espacio de soberanía fuera del art. 44 ET). La comprensión del TS con el papel de la fuente colectiva, por lo tanto también con su naturaleza más transaccional -la concesión del plus de seguridad respecto del art. 44 ET debe conllevar una contraprestación en términos de flexibilidad de la posición deudora de la empresa entrante-, no era compartida ni por los niveles inferiores de la jurisdicción ordinaria ni, lo que cuenta, por el TJUE, si bien éste es consciente tanto de las reglas de limitación y excepción que contempla la Directiva en ciertos casos -art. 5, para situaciones de dificultad empresarial-, así como de la necesidad de una visión más equilibrada de la misma⁵.

Volveremos sobre ello. No obstante, conviene recordar que este tipo de tensiones ni es la primera ni ha sido la única, por lo tanto tampoco hay nada que haga pensar que será la última, con lo que el conflicto entre niveles interpretativos y aplicadores sigue abierto.

c) *Intervenciones legislativas, parciales y deslocalizadas, de signo restrictivo y confuso*.

A veces las “vacilaciones” de los criterios interpretativos traen causa de muy erráticas reformas legales. Si bien es cierto que, desde

⁵ La naturaleza imperativa en el plano individual se identifica con el principio de irrenunciabilidad (STJUE 10 de febrero de 1988, C-324/86) y en el colectivo con la inderogabilidad pactada (STJUE 25 de julio de 1991, C-362/89).

2001, la redacción del art. 44 ET no se ha movido, en estos últimos años no han sido infrecuentes algunas reformas legislativas que, de manera parcial y deslocalizada, más o menos tangencial igualmente, han afectado a la institución de la sucesión de empresa ex art. 44 ET. De un lado, así ha sucedido en el marco de las “leyes de austeridad” y reducción del déficit público, como las limitaciones de las leyes de presupuestos (2017, 2018) a la integración de personal derivada de los efectos sucesorios de la reversión (municipal) de servicios públicos. De otro, también en sede de reformas de la ley concursal (2011, 2015), porque la sucesión de empresa aparece como fórmula útil para promover tanto de conservación de (toda o parte de) la empresa concursada cuanto, en cambio, de liquidación de la misma, pero con continuidad de (toda o parte de) la actividad (y el empleo).

Finalmente, de gran interés, por su complejidad y, de nuevo, conflictividad, resultará, con incidencia en el ámbito de la sucesión de contratas públicas, la novedad que supuso la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero -LCSP-). Ésta perseguía tener un notable impacto también en la institución sucesoria, no sólo en el campo de la norma colectiva aplicable en garantía de un salario mínimo profesional sectorial (ensayo de garantía del convenio sectorial en detrimento del de empresa, pese a la preferencia estatutaria ex art. 84.2 ET). Aunque no resultará el único precepto relevante a efectos sucesorios, parece claro que el nuevo art. 130 LCSP es el que más trascendencia presenta a estos efectos, también el más problemático, por sus deficiencias⁶.

Los defectos no son exclusivos de este precepto. Las reformas, extremadamente ideologizadas e improvisadas, sin proyecto global coherente, han estado -y están- trufadas de “vicios jurídicos” (lagunas, antinomias), fuerte reclamo a la controversia y a la discrepan-

cia de pautas interpretativas, tanto en los diversos niveles de un mismo orden jurisdiccional (social, contencioso) cuanto entre órdenes (social, contencioso). Prueba de ello es que, evocando una cierta tradición de interés constitucional (STC 66/1987, 21 de mayo⁷), el TC (STC 122/2018, 31 de octubre) se ha visto obligado a intervenir y evidenciar -no será la última-, aun por razones de forma, la inconstitucionalidad de alguno de los cambios, como la Disposición Adicional 26^a -y una parte de la Disposición Adicional 34^a- de la LGPE/2017, con un indudable impacto en los procesos de reversión de servicios públicos reconducibles por la vía del art. 44 ET.

En suma, y por no alargar ya más esta introducción, la extraordinaria y persistente conflictividad de la institución sucesoria, cuya estabilidad reguladora ha venido compensada por una vacilación y dinamismo extremos de los criterios jurisprudenciales aplicativos, trae sus causas no sólo de las dificultades interpretativas de sus nociones flexibles y abiertas, a menudo conceptos jurídicos indeterminados, y del extremado casuismo de la materia, sino también del juego del entero sistema de fuentes, legales y convencionales. De ahí que su complejidad ande pareja a la fascinación que causa en el jurista del trabajo (científico e intérprete práctico que sea) su análisis, por las múltiples aristas que presenta. Ni que decir tiene que en este ámbito no podemos afrontar con detalle toda la institución, centrándonos en la selección de aspectos más controvertidos en los dos últimos años y en especial tres. A saber:

- a) la “sucesión de contratas” y su reconducción hacia la sucesión de empresa a través de las cláusulas convencionales de subrogación en virtud de la modalidad comunitaria de la “sucesión de plantilla”, en especial en sectores de actividad “desmaterializada”;
- b) la reversión (no sólo municipal) de servicios públicos y sus efectos sucesorios⁸;

⁶ Vid. ROQUETA BUJ, R.: *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi, Pamplona, 2018.

⁷ Para su crítica, vid. GONZALEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1989, pp. 114 y ss.

⁸ VI. AA. VV. (Dir. A. Todolí): *Remunicipalización de servi-*

c) la sucesión de empresa en el ámbito de las empresas concursadas.

2. LA “SUCESIÓN DE CONTRATAS”, UNA RECURRENTE “ZONA DE CONFLICTO” ENTRE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LA COMUNITARIA: ¿UN RECELO ZANJADO?

2.1. El plano de la política jurídica sucesoria de empresa: ¿garantía individual del TJUE *versus* garantía colectiva del TS?

Al igual que el art. 1 ET recurre a un concepto abierto y flexible para delimitar la figura del trabajador subordinado, convencido de que así podrá mantener el pulso con el cambio de la concreta esfera de la realidad socioeconómica que aspira a orden, el art. 44.2 ET (copiando el art. 1.1.b Directiva) haría lo propio para calificar una situación de cambio de titularidad de una actividad como “sucesión de empresa” con análoga convicción. De ahí que, en aplicación de la Directiva, identifique el concepto de “entidad económica idéntica” a la preexistente antes de la transmisión con la “organización de medios necesarios para una actividad económica”. Naturalmente, la larga persistencia de las mismas o análogas nociones, funcionales y fluidas, no ha significado la conservación de exactamente los mismos contenidos y sentidos prácticos a lo largo del tiempo, a la luz de las transformaciones del contexto socioeconómico en el que las sucesiones de empresa se producen como técnica de reorganización productiva. Y ello por la determinante influencia de una activísima jurisprudencia comunitaria, que ha marcado el paso.

No obstante, a diferencia de la mayor tendencia del TS a las oscilaciones de criterio, como el proceso que le llevó a negar, para luego reafirmar, *la necesidad de transmisión de una organización como requisito para que la sucesión de contratas se calificara como*

sucesión de empresa ex art. 44 ET (STSJ Andalucía/Sevilla 2968/2018, 25 de octubre, que trae a colación la STS 27 de junio de 2008), el TJUE parece más continuista en sus criterios, sin perjuicio de sus importantes matices o modulaciones a raíz de las concretas circunstancias fácticas. Es por eso que el TJUE no dudó en introducir esas matizaciones a la hora de identificar la transmisión de una entidad económica conservada idéntica en sectores en los que los activos materiales de la actividad empresarial traspasados poseen escaso valor económico en relación con el mayor de la mano de obra (“actividades desmaterializadas” -nuevo concepto jurídico indeterminado añadido a la larga saga-) y más afectados por la descentralización -limpieza, mantenimiento...-.

Mucho más flexible y funcional el método de enjuiciamiento comunitario que el clásico del TS, más apegado al dogma y a la interpretación canónica del concepto de sucesión de empresa ex art. 44 ET, el TJUE podrá ir abriendo la noción a las nuevas realidades sin tener que apartarse -al menos formalmente- de sus construcciones, moduladas circunstancialmente con otras de nueva creación como el concepto jurídico indeterminado, enésimo, de “asunción de una parte esencial de la plantilla”, presupuesto, a su vez, de una nueva modalidad de sucesión de empresa: la sucesión de plantilla. El problema será, como es bien conocido, que para acotar este concepto se hace cada vez más preciso trazar las fronteras entre actividad materializada (activos tangibles y/o intangibles) y “desmaterializada” (“activos/capital” humano), cuestión igualmente abonada a las divergencias de criterio interpretativo y, por lo tanto, a altas dosis de incertidumbre en torno a aquellos criterios o pautas hermenéuticos. Aunque formalmente, en especial a partir del art. 4 bis LOPJ, es inequívoco el principio de vinculación más fuerte de los órganos Jurisdiccionales nacionales, incluido el TS, a la Jurisprudencia del TJUE, cuyos dictados son los únicos que dan sentido práctico al redactado de la Directiva -cuya evolución desde la originaria de 1977 no se entendería sin la propia de la jurisprudencia comunitaria⁹-, y por lo tanto integrará el con-

cios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no hijos, Aranzadi, Pamplona, 2017.

⁹ Es un tópico de doctrina científica y judicial. Vid. MARTÍNEZ SALDAÑA, D: “La decisiva influencia del Derecho comunitario en

tenido normativo real, efectivo, del régimen sucesorio, la experiencia de estas décadas evidencia que las valoraciones concretas, operativas, respecto de los conceptos y criterios generales a menudo divergen, saltando “chispas” entre el TS y el TJUE. Ni aquél comprende siempre las razones de éste, aunque deba seguirlas, “a regañadientes” y por un imperativo legal, ni éste las de aquel, pese al carácter dialógico del actuar comunitario a través de las cuestiones prejudiciales ex art. 267 TFUE.

Pongamos dos ejemplos relativamente recientes y determinantes. En primer lugar, la consabida modificación de la doctrina jurisprudencial en materia de subrogación convencional y sucesión de plantilla ex art. 44 ET (STS, 4^a, 873/2018, 27 de septiembre; seguida en muchas posteriores: ej. SSTS 24 y 25 de octubre 2018, rec. 2842/2016 y rec. 4007/2016, a raíz de la doctrina “*Somoza Hermo*” -reafirmando su “viejo” precedente Temco (2002)-, no se ha hecho sin más, sino que se ha puesto “matices”. En concreto, se mantiene que la subrogación ex art. 44 ET no es “automática e incondicionada” en tales casos de subrogación convencional, sino que “hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes”. Sin perjuicio de un análisis detenido *ut supra*, cabe hacer aquí dos comentarios. De un lado, el TS filtraría su incomodidad, por lo que se reserva un espacio propio de valoración, condicionando el resultado final de la doctrina comunitaria “en cada caso”. De otro, tal cautela no es arbitraria.

En efecto, en el fondo de la tensión entre el pretor “supremo” nacional y el máximo comunitario (“*pretor imperator*”) por esta última palabra interpretativa en materia sucesoria -o en otras: ej.: la retribución de vacaciones-, hay un diverso modelo de garantías. Si en los dos niveles jurisdiccionales, nacional (supremo) y comunitario (*imperator*) se asume el fin tuitivo de esta institución (la garantía del efecto neutro de la transmisión en las condiciones de trabajo, sin perjuicio de mantener igualmente intacto el poder del empleador entrante para la adaptación de las relaciones

de trabajo subrogadas y sus condiciones a las razones de empresa que puedan sucederse a partir de la transmisión, no por la cesión en sí¹⁰), cada uno lo intenta realizar a su modo. Así, mientras que el TS parecía dar mayor cobertura al modelo de garantías colectivas, el TJUE se convertiría en el gran defensor del paradigma de garantías individualista, a través de una interpretación extensiva de su ámbito de aplicación, de modo que el origen, unilateral o pactado, de la fuente de la obligación de asumir una parte esencial de la plantilla para identificar la unidad organizativa de medios suficiente para realizar una actividad idéntica a la precedente a la transmisión, aunque no haya transmisión de medios materiales algunos, sería completamente indiferente para el TJUE, pues lo que cuenta es el resultado y su tutela.

No obstante, conviene advertir, pues algún sector doctrinal parece concluir lo opuesto, que tal enfoque de prevalencia de la posición individual del trabajador subrogado no pone en modo alguno en entredicho su consabida y arraigada doctrina por libertades de mercado, incluida también la libertad de empresa, derecho económico fundamental comunitario ex art. 16 CDFUE. Prueba de ello es la citada jurisprudencia comunitaria que, condiciona la legitimidad del modelo de subrogación “*dinámica*” [validez de las cláusulas contractuales que aseguran las sujeción tras la cesión no sólo a las normas colectivas vigentes al tiempo de la transmisión, también a los futuros convenios más favorables], típico anglosajón, frente al paradigma de subrogación “estática”, típico de los ordenamientos continentales, a que la empresa entrante tenga reconocido en el ordenamiento el poder de

¹⁰ Para la posición originaria de interés la STJCE 12 de marzo de 1998, C-319/94 [el “objeto de la Directiva es evitar que la reestructuración dentro del mercado común se realice en perjuicio de los trabajadores de las empresas afectadas y en el grave riesgo de que a nivel global se deterioren las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en contradicción con los objetivos sociales del Tratado”], y para la más reciente, la STJUE 16 de mayo de 2019 asunto C-509/17 [“El objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión”].

la sucesión de empresa: la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea”, en AA. VV. La sucesión de empresa, Valladolid, Lex Nova, 2016.

neutralizar tales cláusulas contractuales de sujeción a normas futuras de favor, mediante facultades de adaptación o ajuste, unilaterales o pactadas (arts. 41 y 82.3 ET), a las razones de mercado y de empresa¹¹.

Una visión flexible o adaptativa de la sucesión de empresa ("sucesión o subrogación adaptativa") que ha sido asumida plenamente por la jurisprudencia nacional, al legitimar que se adopten medidas novatorias, incluso extintivas, cuando concurren causas de empresa y de mercado distintas a la subrogación misma, incluso antes de la misma (ej. reducción de contrata a la que se vinculan ciertos contratos de trabajo: SSTS 4/2017, 10 de enero y 343/2017, 21 de abril). Precisamente, esta perspectiva de análisis me permite ir al segundo ejemplo indicado para evidenciar esta permanente tensión entre niveles jurisdiccionales a la hora de establecer la última palabra aplicativa, aun asumiendo principios y conceptos de alcance general idénticos o análogos, por la prevalencia del Derecho de la UE y la posición de autoridad jurisdiccional vinculante de su máximo pretor, el TJUE. Me refiero ahora al caso *Colino Sigüenza* (STJUE 7 de agosto de 2018, C- 472/16). A mi juicio, se trata de un supuesto ilustrativo de instrumentación de la sucesión de empresa como técnica de reorganización productiva en un entorno complejo de gestión indirecta de relaciones de trabajo y organización flexible de la prestación de una actividad de servicio público, supuestos nada infrecuentes, sin perjuicio de sus singularidades.

El TS había declarado firme el despido, por causas de empresa, del Sr. Colino Sigüenza, por el efecto de cosa juzgada de su sentencia legitimadora del despido colectivo de la plantilla de la empresa en que trabajaba: la Escuela Municipal de Músicos de Valladolid. Esta empresa, que asumió parte de los trabajadores contratados inicialmente por el Ayuntamiento -incluido el actor- para prestar este servicio, luego externalizado, cerró debido a la falta de rentabilidad por la notable reducción

de demanda, creándose un desajuste entre el coste del servicio y sus ingresos (la contraprestación municipal no cubría la pérdida de demanda). Aunque reclamó al Ayuntamiento la diferencia, le fue denegada, resolviéndose la concesión y revertiendo los medios puestos a disposición de la empresa por el municipio para prestar servicios. Tras unos meses de inactividad (5), el Ayuntamiento adjudicó la gestión del servicio de música a otra empresa (In-Pulso Musical), que no contrató a ningún trabajador precedente. Por eso, la demanda pretendía que se reconociese la sucesión de empresa entre ambas empresas y la improcedencia del despido, al traer causa de la sucesión misma no de un motivo distinto, exigiendo la responsabilidad solidaria del ayuntamiento, al que imputa la causa final de cese, en la medida en que el despido se habría debido a causas económicas, sí, pero provocadas por quien debió hacerse cargo de la plantilla al tratarse, en realidad, de una reversión encubierta del servicio de escuela municipal de música. Aunque el órgano de instancia desestimó en todos los puntos la demanda, la sala de suplicación dudó de la legitimidad de todo este entramado y trató de desacralizar el efecto de cosa juzgada acudiendo al TJUE, para que le autorizara a declarar la sucesión de empresa y la ilegitimidad del despido -que entendía- basado en ella.

El TJUE, tras repasar su copiosa y arraigada jurisprudencia (cita precedentes de 1988), no alberga duda alguna de que la situación es constitutiva de sucesión de empresa (no de plantilla). La constatación es interesante más allá del caso, porque la STS 17 de noviembre de 2014, rec. cas. 79/2014 descartó la sucesión de empresa. Primero por falta de continuidad de la actividad -ni obligación de ello, por no ser servicio esencial municipal ex art. 26 LBRL-. Segundo, porque el objeto de traspaso serían sólo los medios instrumentales -local, mobiliario, etc.-, no la actividad propiamente dicha, que no mantendría su identidad. Una doctrina jurisprudencial que, como se recordará, y volveremos más adelante sobre ello, fue rectificada por el TS [ej. la saga de la reversión de los servicios de comedor del Ministerio de Defensa] a partir de la crucial STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-509/14, Aira Pascual. Queda claro que, de haberse dictado unos días después la sentencia de TS, la solución hubiera sido muy

¹¹ Vid. STJUE 27 de abril de 2017, cit. Ampliamente la analicé en MOLINA NAVARRETE, C.: "Libertad de empresa, seguridad en el empleo y "subrogación adaptativa": a propósito del "desregulador" nuevo régimen de la estiba", Revista Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF), n. 411, junio 2017, pp. 116 y ss.

diferente, opuesta. La prevalencia de la primacía del Derecho Comunitario dependía, pues, de que se siguiese una interpretación flexible de la cosa juzgada ex art. 47 CDFUE, si, en la línea de lo que intuía la sala de suplicación, el despido traía realmente causa de la sucesión y no de una causa de empresa distinta a la sucesión (previa a la cesión o sobrevenida).

Pues bien, para dar este último paso, el TJUE no es tan claro. En realidad tiene dudas de si el despido obedece a la sucesión o realmente se trata de una causa de empresa distinta y que implique cambios en el plano del empleo, según el art. 4.1 de la Directiva 2001/23, a los que el empleador entrante pueda -y deba- adecuarse, adaptarse. Si bien es cierto que, para el TJUE, resulta “plausible” que el despido pueda obedecer a la causa del art. 4.1 Directiva -art. 51 ET-, devolverá -como es habitual en su estilo oracular- “la patata caliente” al órgano que preguntó, dejando a su libre decisión verificar “si las circunstancias que hayan dado lugar al despido de todos los trabajadores y el retraso en la designación de un nuevo contratista de servicios no formen parte de una medida deliberada destinada a privar a estos trabajadores de los derechos que les reconoce la Directiva 2001/23...”. La STSJ Castilla-León/Valladolid, 19 de noviembre de 2018, rec. 231/16, concluiría, tras expresar sus dudas sobre la legitimidad de las normas nacionales que establecen la compatibilidad de la cosa juzgada colectiva sobre la causa individual -en realidad el TJUE rehúye entrar en esta cuestión de fondo-, que no existe cosa juzgada respecto de la sucesión de empresa, constatando una reversión de servicios en toda regla a cargo del municipio. Sin embargo, respecto de la licitud del despido, entenderá que sí se da causa suficiente (déficit de explotación notorio), sin que la conducta municipal de incumplimiento del contrato administrativo -constatado por el orden contencioso-, creando la situación económica negativa, incida en la legitimidad de la causa, al no constatar elementos de fraude laboral (eludir la sucesión) derivado del conflicto contractual

No podemos entrar ni siquiera brevemente en analizar los muchos y muy sugerentes aspectos que derivan de este asunto¹². Aquí

nos debemos limitar a enfatizar su significado para algunas cuestiones más generales en torno a la temática analizada. De un lado, la complejidad extrema, y por consiguiente el elevado riesgo de imprevisibilidad de la norma aplicable, que deriva de una práctica del sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales, aquí el de la seguridad o estabilidad en el empleo en relación con la sucesión de empresa, más como conflicto que como diálogo comunicativo. De otro, el plus de flexibilidad que ofrecería la sucesión de empresa en un entorno de externalización productiva generalizada, en el ámbito privado y en el público, facilitando la libertad organizativa empresarial (arts. 38 CE y 16 CDFUE) pero con un alto riesgo, ahora, de debilitamiento de las garantías de estabilidad.

Finalmente, y en relación con el segundo aspecto, es útil reseñar que, de haber aceptado el TJUE las Conclusiones del Abogado General en este asunto, el efecto de flexibilización de la gestión se hubiera mutado directamente en efecto liberalizador. En efecto, a su juicio -que el TJUE no ha asumido, con razón-, no había en el caso sucesión de empresa alguna. El poder del ente municipal tendría derecho a protegerse de la “restricción a la libertad contractual” que supondría toda transmisión por el efecto sucesorio asignado en virtud de la Directiva, porque esa carga reduce el número de competidores entre los que elegir. Por lo tanto, si el municipio ha decidido organizarse mediante adjudicaciones por periodos limitados y concursos regulares, favoreciendo la creación de pequeñas empresas estrictamente dependientes de la concesión, los trabajadores empleados no deberían “albergar expectativa razonable de que seguirán estando empleados” con el empleador entrante, pues la actividad económica de este decaería con la pérdida de la concesión. Gráficamente: la “Directiva se aplica a las transmisiones, pero no prevé resurrecciones”.

Se ha dicho que el TJUE no ha asumido este enfoque liberal y remercantilista de la sucesión (reinterpretada conforme a las libertades de la competencia y de empresa), sino el garantista. Ahora bien, tampoco exhibe una vi-

¹² Un análisis crítico muy sugerente en PRECIADO DOMENECH,

C.H. “Caso Colino Sigüenza”. En Revista de Derecho Social, n. 84, octubre-diciembre, 2018, pp. 113 y ss.

sión rígida, sino transaccional. Esta evolución puede explicar que unos vean en este asunto una reversión de carácter encubierto, prohibida, y, en cambio, otros entiendan reafirmada una comprensión más flexible de la sucesión, a fin de que los empleadores -salientes y entrantes, incluso en el seno de relaciones triangulares, como es este caso, incluido el poder adjudicatario público, hoy aparentemente más constreñido por el art. 130.3 LCSP- no se vean concernidos por una sucesión rígida, intangible. En suma, el TJUE promovería el concepto más fluido de “subrogación adaptativa”.

2.2. El plano técnico-jurídico: la no automaticidad de la sucesión en contratas ¿necesaria matización ad caso o sutil continuidad de la “incomodidad” del TS?

Naturalmente, esta visión más transaccional y flexible (concepción del justo equilibrio, por encima de una garantía de intangibilidad rígida), que tiene su plasmación en la Directiva (ej. arts. 3.3, 4.1 y 5), que hace de la norma un instrumento tanto de tutela de la seguridad de los trabajadores como de la flexibilidad empresarial (p. ej. no precisa del consentimiento de los trabajadores, como requeriría la figura civil de la cesión de contratos de trabajo -STSJ Madrid 65/2016, 29 de enero-: carecen, pues, de derecho de oposición a la cesión), presupone en todo caso la identificación y el respeto del presupuesto básico de la transmisión. A saber: que la estructura cedida mantenga su valor de activo productivo, porque conserve una suficiente vitalidad y autonomía tras su transmisión. A falta de este “aliento vital productivo autónomo” no habrá protección de orden público laboral comunitario, por lo que se descarta cuando en liza está solo la compraventa de bienes (medios de producción no dotados de elemento organizativo) o la transmisión accionarial, incluso la que permitirá ejercer el poder de control. Cierto, no será fácil la distinción en un número significativo de supuestos, dado el predominio del método propio de la ponderación de las circunstancias del caso concreto¹³.

En este sentido, como ha reafirmado el TS, en el marco de la sucesión de empresa referida a la modalidad de sucesión de contratas, con asunción de la parte esencial de la plantilla e insignificancia de la infraestructura material, pero que tiene un alcance general, la valoración de la existencia de transmisión o no de una “entidad económica idéntica” a la previa “pertenece al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba” (STS 873/2018, 27 de septiembre). Precisamente, difícil e incierto en general, resulta ahora ya especialmente delicada la actividad valorativa en los supuestos en los que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, como la adjudicación de una nueva contrata a un empleador diverso del saliente en los sectores de “actividad desmaterializada”, sino tan solo, o de forma principal, la “mano de obra”. Aunque el TS asume ya, “por imperativo comunitario” (caso Somoza Hermo), en la línea arriba comentada, la centralidad de la parte de plantilla que se ha asumido -al margen de la causa, incluida la decisión convencional-, no deja de introducir ciertas matizaciones o modulaciones a la doctrina comunitaria, precisamente sobre la base de esa circunstancialidad valorativa: ni la sucesión de empresa es automática e incondicionada en tales casos ni el criterio de la asunción de plantilla el único a ponderar, aun “muy prioritario”.

Ante esta rectificación modulada o matizada jurisprudencial cabría preguntarse si el TS se ha limitado a plasmar los condicionantes comunitarios para el efecto sucesorio en este tipo de casos o ha ido más allá, manteniendo, ahora de forma más ensombrecida o sutil su histórica pugna con el TJUE. Al respecto, bien conocido es que el TJUE no ha identificado hasta ahora el efecto de sucesión de empresa sólo con la sucesión de contrata, de modo que la modalidad de sucesión de plantilla siempre requiere de la constatación del presupuesto de la continuidad de la actividad (*doctrina Temco*), siempre que «preexista» (*doctrina Amatori*: STJUE 6 de marzo 2014,

¹³ Lo que no es nada sencillo: Ej. STSJ Galicia 24 de enero de 2018, rec. 4571, excluye la sucesión con relación a la compra

de la cartera de clientes; la STSJ Islas Baleares 12 de diciembre de 2017, rec. 445/17 considera sucesión, en cambio, la transmisión de teléfonos y pacientes con el arrendamiento de una clínica odontológica tras la jubilación del titular.

C-458/12), a diferencia de lo que sucediera en alguna etapa de nuestra experiencia judicial, en la que bastaba esa sucesión de actividad para el art. 44 ET¹⁴. Precisamente, el giro experimentado en la jurisprudencia respecto de esta posición hermenéutica, exigiendo transmisión organizativa, estará en la razón de ser de las políticas convencionales relativas a la subrogación en todo caso de sucesión de contratos, sin perjuicio de las limitaciones en sus efectos y sujetos tutelados, a modo de régimen transaccional (seguridad más allá de la ley a condición de flexibilidad mayor) y que ahora la jurisprudencia comunitaria habría cuestionado, obligando a la aplicación del art. 44 ET -norma de transposición de la Directiva-

Ahora, el TS, en virtud de su vinculación más fuerte a la jurisprudencia comunitaria, corregiría esa política convencional, extendiendo todo el régimen legal ex art. 44 ET (efectos y ámbito subjetivo protegido) si se ha producido una asunción de la parte esencial de la plantilla, a raíz de los compromisos convencionales, pero en la condición de que el concepto de “entidad económica” quede verificado en la realidad de los hechos de cada caso y al margen de cuál sea la causa de la continuidad de los contratos: “Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa” (SSTS 873/2018, 27 de septiembre, 931/2018, 24 de octubre y 935/2018, 25 de octubre, entre otras). Consecuentemente:

“En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad

¹⁴ Una clara expresión de esta concepción máximamente garantista la hallaremos en la STS de 27 de octubre de 1983. Sin embargo, la doctrina científica vino asumiendo como correcto el giro jurisprudencial en la materia. Cfr. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación Convencional y Sucesión Legal de Empresas”, Revista Galega de Dereito Social, núm. 2/2016, p. 80; DESDENTADO BONETE, A. “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 ET desde la jurisprudencia”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm.38/2002, pp. 241 y ss.

empresarial [no la infraestructura productiva puesta en juego] es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación. Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. (...)”.

¿Qué significa, entonces, tan enigmática remisión al recurrente juicio de ponderación? ¿Acaso se quiere evitar todo efecto expansivo de esta doctrina comunitaria en virtud del juego comunicativo entre niveles jurisdiccionales, sobre todo de los inferiores con el TJUE, reservándose siempre una última palabra para el TS? Bajo la confusión -real o aparente- de criterios en que incurriría el TS -al mezclar en la valoración del efecto sucesorio propio de sectores intensivos en mano de obra (actividad desmaterializada)-, incluyendo en el juicio de ponderación elementos propios de sucesión patrimonial de empresa y de la sucesión solo de plantilla, así como “los propios términos en que el convenio disciplina la subrogación” -que, en teoría, quedarían completamente desactivados si se identifica la sucesión de plantilla-, ¿no se estaría perpetuando la insatisfacción del TS con la doctrina comunitaria, poniendo el acento en la vertiente fáctica y en la prueba -art. 217 LEC-, competencia del nivel jurisdiccional nacional? Como en el caso de la retribución por vacaciones ¿crea el TS un nuevo artificio hermenéutico para preservar un espacio de decisión propio ex art. 44 ET al abrigo de la supremacía del TJUE?

Recuérdese que las diferencias de valoración pueden estar a la orden del día. Así lo pone de manifiesto el voto particular de la citada STS 873/2018, que pese a aceptar la referida necesidad de rectificar su doctrina, para el caso, valora que no concurrían sus presupuestos. Tampoco será siempre sencillo identificar cuándo es una actividad materializada y cuándo no. Así, la STS 937/2018, 26 de octubre entiende materializada una actividad desmaterializada para la doctrina de duplicación: ésta prima el factor *mano de obra organizada* (STS 992/2016, 23 de noviembre), la casación los “elementos materiales específicos imprescindibles” para el servicio o *infraestructura material productiva*¹⁵.

¹⁵ También la STS 190/2019, 7 de marzo -servicio de guardería y atención sociocultural infantil-. En cambio, para la STS

Sea como fuere, lo cierto es que el TS parecería querer -o abre la puerta para- desviar los frentes del conflicto hacia dos cuestiones. A saber:

1) *La ausencia o no de autonomía funcional de lo transmitido atendiendo al criterio-concepto jurídico indeterminado- de si es materializada o no la actividad (“sector donde la mano de obra constituya lo esencial”);*

2) *La relevancia real del volumen de empleo asumido por la entrante como el criterio prioritario, no exclusivo (“ha de valorarse de manera muy prioritaria... el número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora...”)*. Por lo tanto, admite prueba en contrario, deslizando una inicial sucesión desmaterializada a otra materializada, elevando la incertidumbre interpretativa-aplicativa.

2.3. El significado práctico de la rectificación jurisprudencial en materia de consecuencias de la sucesión convencional con asunción de la “plantilla esencial”

Por encima de estos elementos de renovada incertidumbre aplicativa, no puede haber duda alguna en que esta -nueva- rectificación jurisprudencial comportará un replanteamiento del papel regulador de los convenios colectivos sobre la continuidad de las plantillas tras la sucesión de contratistas. En consecuencia, es obligado reconocer no solo la ilegalidad de todas las limitaciones de la responsabilidad entre los contratistas sucesivos (*limitación de efectos*), sino también de otros aspectos, como la selección de los trabajadores a subrogar (*limitación de sujetos protegidos*). El nuevo giro jurisprudencial comportará pues, más allá de los matices en la valoración del concreto fenómeno sucesorio como subrogación ex art. 44 ET

a) Que las reglas de exoneración de responsabilidad de la contratista entrante previstas en convenio *se tengan, al ser nulas por contrarias a norma imperativas, por no puestas* (aplica la nueva doctrina, en-

tre otras, la STSJ Asturias 36/2019, 15 de enero).

La responsabilidad solidaria [durante tres años ex art. 44.3 ET, sin perjuicio de la regla de prescripción anual ex art. 59.1 ET: STS 141/2019, 26 de febrero, que confirma el nuevo criterio surgido de la rectificación del precedente a partir de la STS 402/2018, 17 de abril] de la empresa entrante por deudas de la saliente es tan expansiva que abarca las responsabilidades administrativas de todo tipo, no sólo laborales (incluyendo el recargo de prestaciones de la Seguridad Social). De interés para comprender esta vis expansiva del fenómeno sucesorio resulta la *STJUE de 14 de marzo de 2019, C-724/17*, según la cual *la cesión del total de las acciones societarias seguida de continuidad de su actividad de comercio, disuelta la originaria, conlleva la subrogación en la responsabilidad indemnizatoria por prácticas de naturaleza colusoria en el mercado de asfalto finlandés*). El legislador comunitario (en este caso ex art. 101 TFUE) opta por el concepto amplio y funcional de «empresa»¹⁶. Una vez más se confirma la instrumentación de la sucesión de empresa al servicio de la reestructuración empresarial, así como su conexión, directa a veces e indirecta otra, con libertades económicas, como la relativa a la libre competencia. *La subrogación debe ser, pues, como regla, total* (ej. STS 241/2019, 26 de febrero: incentivos previstos en el Convenio de UTEDLT -extintos Consorcios de Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, incorporados al SAE en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad de los despidos como consecuencia de su disolución-).

Como es lógico, esa inclusión legal expansiva de todo tipo de condición o beneficio en la garantía de continuidad (ej. STS 124/2019, 19 de febrero, en relación al disfrute de billetes

¹⁶ Toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y modo de financiación, incluyendo toda unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esté constituida por varias personas físicas o jurídicas] para designar al responsable de una infracción: empresa infractora y, por lo tanto, responsable del perjuicio (STJUE de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/ Comisión, C-516/15).

Andalucía 2462/2016, 27 de septiembre, la escuela infantil sería actividad desmaterializada.

de avión de forma gratuita o a precios inferiores a los de mercado, aunque la entrante sea una compañía no aérea), incluida la antigüedad desde el inicio de la relación (STJUE 6 de abril de 2017, *caso Unionen*), presupone el mantenimiento de la misma actividad de forma concreta (STSJ IB 526/2018, 4 de diciembre: *subrogación* empresarial en supuesto de adjudicación del servicio de «handling»). Más discutible es el valor hoy de las condiciones de transparencia informativa que los convenios suelen añadir para habilitar la cesión (ej. art. 50 CC empresas privadas de gestión de equipamientos y servicios públicos). Si bien ha sido reiterada la doctrina jurisprudencial que, dentro de ese favor por el enfoque de garantías colectivas propio del nivel jurisdiccional supremo nacional, hace depender el efecto sucesorio del cumplimiento efectivo de las obligaciones de información impuestas por el convenio colectivo a la saliente para con la entrante (STS 19 de noviembre de 2014, rec. 1845/13; STSJ CLM 96/2019, de 24 de enero), hoy exige una lectura más flexible, a raíz de la jurisprudencia comunitaria.

En algunos casos, de forma también discutible, la doctrina judicial diferencia la mayor o menor intensidad protectora según la naturaleza jurídica de las entidades contratantes. Así, por ejemplo, la STSJ Andalucía\Sevilla de 27 de diciembre 2018 (rec. 4343/2017) validará la diferencia de regulación convencional: en las contrataciones celebradas con AAPP procederá la subrogación; si la contrata se celebra con una empresa privada existirá un derecho de ingreso preferente (artículo 27 del Convenio de la Siderometalúrgica de Sevilla). En ambos casos se establecen limitaciones y condiciones a la subrogación (permanencia mínima de la empresa en la actividad; antigüedad mínima; adscripción a la función de mantenimiento; información documental precisa) que, una vez más, conviene someter a revisión tras el referido cambio jurisprudencial, dada la naturaleza imperativa de la norma comunitaria y su fuerza expansiva.

Aunque la regla general es la subrogación total, cabrían las situaciones de subrogación parcial. Sería el caso de la STSJ Galicia 20 de diciembre 2018, rec. 2803/2018 (subrogación en un 21 % de la jornada a tiempo completo por Cruz Roja en los términos establecidos en

el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal para los servicios de teleasistencia), que descarta que reducción de la jornada suponga novación del contrato a otro a tiempo parcial. A tal fin aplica el precedente jurisprudencial, muy polémico -quizás ya superado: STS 576/2018, 30 de mayo- de la STS 7 de octubre de 2011, rcud 144/2011, que diferencia -confusamente- entre contrato con reducción de jornada (art. 41. a) ET) y contrato a tiempo parcial (art. 12.4 e) ET).

b) *Que la contratista entrante asuma la totalidad de la plantilla de la empresa saliente* (SSTS 4/2019, de 8 de enero y 163/2019, de 5 de marzo).

Irrelevantes las limitaciones convencionales al ámbito subjetivo de protección (ej. STSJ La Rioja 3/2017, 19 de enero), y siempre que el colectivo asumido sea esencial para la entidad económica -el único criterio que realmente delimita la existencia de sucesión de empresa ex art. 44 ET¹⁷-, procederá la subrogación del total de la plantilla. Una vez más hay que hacer referencia a la existencia de un condicionante de coherencia reguladora para que se produzca el efecto sucesorio: no sólo debe mantenerse viva la relación de trabajo previa a la cesión sino que la persona trabajadora debe estar adscrita a la actividad cedida (ej. la STSJ Galicia 4701/2018, 7 de diciembre, considera improcedente la subrogación del personal de gestión financiera cuando el contrato es de gestión de servicio público de transporte regular de viajeros por carretera de determinada ruta¹⁸). Constatados estos

¹⁷ Lo es para la STSJ Andalucía/Sevilla, 3426/2018, 29 de noviembre (sucesión de contrataciones de servicios de mantenimiento mecánico, asumiendo la empresa entrante parte significativa de la plantilla de la empresa saliente y tratarse de una actividad desmaterializada). No habría, en cambio, sucesión por asunción de plantilla si se integra en la nueva adjudicataria solo uno de los trabajadores (cambio de contrata dedicada al mantenimiento de aerogeneradores de centrales eólicas con ausencia de una transmisión de los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad), para la STSJ Cyl\ Valladolid 14 de enero 2019 (rec. 2149/2018).

¹⁸ Se trata de un régimen especial (arts. 75.4 y 73.2.g y h Ley 16/1987, 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su redacción por la Ley 9/2013, de 4 de julio -atien-

presupuestos, de existir razones de empresa que exijan regular el “excedente de personal” que se pueda derivar, debe reconducirse, conforme al concepto referido de “subrogación adaptativa”, a los instrumentos de flexibilidad (interna o externa) que la ley prevé.

Garantía de continuidad también para personas trabajadoras que viniesen prestando servicios sin habilitación. Una equívoca doctrina de suplicación (ej. SSTSJ Andalucía/Sevilla 2449/2016, 22 de septiembre y 3215/2016, 23 de noviembre: trabajadoras de guardería infantil -la STS 62/2019, 9 de enero confirma que no hay contradicción-) parece favorable a excluir el efecto sucesorio. A tal fin apela al carácter imperativo del requisito de la titulación -art.16 y DT 2^a del Decreto 149/2009, de 12 de mayo- y su exigencia expresa en el pliego, con remisión al precedente de la STS 27 de junio 2012 (rcud. 3196/2011). A mi juicio, lo correcto es asumir a la persona trabajadora y, de inmediatez recurrir, desde la facultad adaptativa, al despido por ineptitud sobrevenida ex art. 52 a) ET, en línea con la jurisprudencia más reciente (STS 163/2019).

Desde esta perspectiva, no resulta fácil compartir la doctrina de suplicación social (ej. STSJ Asturias 2860/2018, 11 de diciembre) que valida la cláusula convencional (art. 14 del sector de las empresas de seguridad privada) que excluye del mecanismo de subrogación tanto a *personas jubiladas parciales* como a sus *relevistas*. Para justificarlo apela a la singularidad de estas figuras contractuales como a la finalidad de la norma, que no sería garantizar el puesto de trabajo sino la estabilidad en el empleo del sector. Los argumentos no parecen demasiado convincentes

da al art. 4.5 del Reglamento CE/1370/2007-). En este sentido, no es infrecuente que el pliego de condiciones limite el número de personas a subrogar «dotación mínima de personal», exigiendo la adscripción expresa al servicio de transportes, conforme al art. 75.4, párrafo cuarto. También prevé, “sin perjuicio de la legislación laboral que resulte de aplicación”, esto es, el art. 44 ET, la exclusión de responsabilidades por deudas salariales privas: “El nuevo contratista *no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios*, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior”.

para superar el efecto imperativo y expansivo garantizado por el TJUE.

Equívoca y cuestionable también resulta hoy, desde el citado enfoque comunitario de la garantía del efecto neutro de la transmisión (ej. STJUE 6 de septiembre 2011, Scattolon), la doctrina jurisprudencial que *excluiría de la continuidad una jornada superior a la máxima legal por la concurrencia de contratos* entre un trabajador y su empleador tras la subrogación. Aquí se apela también a la tutela de normas imperativas, en este caso relativas a la seguridad y salud en el trabajo, como las que limitan la jornada máxima con un empleador (ej. STSJ Madrid 19/2015, 12 de enero, FJ Primero). Por lo tanto, el efecto sucesorio en estos casos sería el de la “subrogación parcial” (hasta el máximo posible de la jornada laboral permitida), con pérdida del resto de jornada, quedando liberado totalmente del contrato el empleador saliente¹⁹.

Sin embargo, esta solución no resultaría ni satisfactoria para el trabajador -que pierde un empleo y su retribución- ni respetuosa con el efecto neutral de la transmisión ni con la necesidad de consentimiento para la conversión de una relación a tiempo completo en otra a tiempo parcial (art. 12.4 e) ET y STJUE 15 de octubre 2014, C-221/2013). Consecuentemente, es necesario huir de soluciones simplistas, exigiéndose una interpretación sistemática, que evite las antinomias que se producen al afectar a instituciones y principios diversos, que entran en clara colisión. A tal fin, debe recordarse que la jurisprudencia comunitaria garantiza el efecto neutro sucesorio siempre con un criterio de razonabilidad: “*en la medida de lo posible*”. Y, como bien señalaran los votos particulares a las SSTS de 1 de junio de 2012 y 15 de octubre de 2013, en estos casos la subrogación total deviene imposible por la concurrencia de nexos contractuales a raíz de la subrogación. Ahora bien, que resulte impo-

¹⁹ Para la STSJ Castilla-León/Valladolid, 21 noviembre 2016 (rec. 1961/2016) no se liberaría la empresa saliente de la condición de empleador en el caso en que, tratándose de un único contrato de trabajo, pero prestación indivisible e indiferenciadamente en dos unidades autónomas de la misma empresa, solo una de ellas es transmitida, restando la otra en la empresa originaria.

sible la subrogación total, imponiéndose una subrogación parcial -hasta el límite de la jornada permitida-, no significa la liberación de la empresa saliente, que deberá mantener el vínculo parcial (en este sentido la STSJ Murcia 809/2018, 26 de septiembre), sin perjuicio de su facultad novatoria o extintiva, ante las nuevas circunstancias (principio de gestión adaptativa).

2.4. El juicio de conformidad comunitaria, vía permanentemente abierta a la revisión de criterios aplicativos: sucesión y continuidad del mandato de los representantes

Siendo un auténtico tópico jurídico que el art. 44 ET está plagado de nociones fluidas, flexibles, de textura abierta, con sus ventajas (de adaptación al cambio y a la complejidad real, sin necesidad de un proceso de reforma legislativa continuado, dando estabilidad a la norma sustantiva) y también sus inconvenientes (incertidumbre sobre la norma práctica concretamente aplicable a cada caso), su obligado sometimiento a los dictados del juicio de conformidad comunitaria lejos de una mayor clarificación habría impulsado niveles de complejidad e incertidumbre adicionales. La constante dialéctica diálogo-conflicto entre niveles jurisdiccionales alimentaría una imagen o concepción de la figura sucesoria como permanentemente abierta a la revisión de criterios o de pautas interpretativas. Y ello no sólo en el ámbito de las consecuencias individuales, sino también en el de las colectivas (representación y convenio colectivo aplicable). Al respecto, y en relación ahora a la regla de continuidad de la representación, se recordará que el art. 44.5 ET fija una excepción a la regla general que condiciona la representación de los trabajadores a la conservación de su sustrato material: el centro de trabajo (ej. STS 379/2017, 28 de abril, en línea con la STC 64/2016, 11 de abril). La doctrina judicial ha venido asumiendo pacíficamente el criterio jurisprudencial, como evidenciaría la *STSJ Cantabria 812/2018, 26 de noviembre*.

En ella, asumida ya la nueva doctrina jurisprudencial relativa a la sucesión de plantilla subsumible en el art. 44 ET, en un sector considerado de actividad desmaterializada -servicio de ayuda a domicilio-, se rechaza la

vulneración del derecho a la libertad sindical por no reconocer la entrante el crédito horario para actividades sindicales de una trabajadora que era miembro del comité de la empresa saliente, no delegada de personal del centro subrogado²⁰. De un lado, no subsistiría el ámbito electoral como entidad económica autónoma, debiéndose identificar el presupuesto legal de la autonomía no en términos organizativos sino electorales. De otro, la trabajadora tampoco fue elegida para el centro de trabajo subrogado, fallando, pues, se insiste, la base objetiva de representación sobre la que seguir constituyéndola.

¿Es acorde esta doctrina jurisprudencial consolidada²¹ al fin de la norma comunitaria? Si se la somete al escrutinio de decisiones como la STJUE de 29 de junio de 2010, C-151/09, FSP-UGT, para la que el término «autonomía» ex art. 6.1 no es equivalente al de «identidad» ex art. 1.1 de la Directiva, podrían surgir fundadas dudas en torno a esa conformidad, como se ha evidenciado por un sector doctrinal especialmente atento a esta tensión continua entre los niveles de un sistema múltiple de protección jurisdiccional²².

²⁰ La actora era miembro del comité de empresa de la entidad Solidaridad Familiar, S.L., no por elección en el proceso de febrero de 2009, sino en sustitución de una baja. En agosto de 2012, el servicio de ayuda a domicilio fue adjudicado a la empresa demandada y las trece trabajadoras adscritas al mismo fueron subrogadas por la nueva adjudicataria (cláusula segunda del pliego de condiciones). La empresa le reconoció la condición de delegada de personal hasta el mes de marzo de 2018, como consecuencia de la certificación remitida en septiembre de 2012 por el sindicato, en la que se indicaba que la actora ostentaba tal condición. En marzo de 2018, la empresa se niega a reconocerle el crédito horario de representación sindical. Disconforme, la trabajadora presenta una demanda de tutela de la libertad sindical y reclama una indemnización de daños y perjuicios. En la instancia se desestima la demanda porque entiende que la trabajadora era miembro del comité y no delegada de personal del centro objeto de subrogación. De modo que, al no tener la condición de representante legal de los trabajadores en dicho centro de trabajo entiende que la negativa de la empresa a reconocer el crédito horario es ajustada.

²¹ En la misma línea, las SSTSSJ Cataluña 1088/2015, 16 de febrero y Madrid 633/2012, 1 de octubre, entre otras.

²² Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, I. "Sucesión de empresa y mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores (¿se está respetando la Directiva 2001/23?)" <https://ignasibeltran.com/2019/01/23/sucesion-de-empresa-y-mantenimiento-del-mandato-de-los-representantes-de-los-trabajadores-se-esta-respetando-el-contenido-de-la-directiva-2001-23/>

Como es conocido, a falta de una precisa delimitación legislativa comunitaria, el TJUE ha preferido insistir en identificarlo con el concepto de “autonomía en el ejercicio de las facultades organizativas”:

«... la autonomía... se conserva, en principio, cuando, con posterioridad a la transmisión, las facultades organizativas de los responsables de la entidad transmitida [de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario] permanecen en esencia inalteradas, dentro de las estructuras de organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión».

Consecuentemente, no parece que para el TJUE lo único relevante sea la continuidad de la autonomía electoral, sino la propia de las facultades organizativas. Tan solo si estas se reducen, a raíz de la transmisión, cabría entender que los intereses de los trabajadores no son los mismos como tampoco “los términos y las condiciones de su representación”, que, por lo tanto, “deben adaptarse a los cambios que se hayan producido” (de nuevo la idea de la subrogación adaptativa). Como se desprende del artículo 6.1, párrafo cuarto, de la Directiva 2001/23, ésta es la razón por la que, en tal supuesto, el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por la transmisión debe limitarse al período necesario para la constitución de una nueva formación representativa, desapareciendo el fin de política social establecida en ese precepto comunitario²³. Ahora bien, si no es así, y sigue manteniéndose la evidenciada autonomía organizativo-funcional, deberá ser este criterio el que predomine, no tanto el de la autonomía electoral propiamente. En suma, un nuevo

flanco abierto en la pugna entre tribunales en el sistema multinivel que marca nuestro tiempo.

3. LA REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUBROGACIÓN DE PLANTILLA: TENSIONES JURISPRUDENCIALES Y CONTRADICCIONES LEGISLATIVAS

3.1. Un ámbito sucesorio abonado a los vaivenes jurisprudenciales: Decantación gradual por el efecto expansivo de la Directiva

Como ya se ha anticipado, y sucede en general con las Directivas comunitarias para las relaciones de trabajo, el art. 1.1.c Directiva 2001/23 no halla en la diversa naturaleza jurídica, pública o privada, de la entidad transmitida ningún obstáculo para su aplicación común «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro». No obstante, como también se anticipó, prevé una cautela excluyente respecto de las medidas de «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas» [el traspaso de funciones administrativas entre ellas]²⁴. Sin embargo, según también se advirtió, tal concepto ha de ser igualmente interpretado de forma restrictiva, para no neutralizar el efecto útil de la Directiva en el sector de empleo público. Un ámbito en el que, como enseña la experiencia de los diferentes países de la UE -en especial los sometidos con intensidad mayor a las normas de estabilidad presupuestaria y déficit excesivo-, no sólo de España, se habría producido múltiples “reorganizaciones de servicios públicos” mediante su reversión.

Por lo tanto, según se adopte una visión restrictiva (ej. STSJ Andalucía/Sevilla 2 febrero 2017, rec. 765/2016: asunto de reorganización del servicio de gestión del ciclo del agua) o una visión más expansiva (SSTJUE

²³ Si concurren las condiciones necesarias para una nueva representación (art. 6.1.1º), se producirá, alterándose el estatus quo (art. 6.1.2º). En tales casos, no se aplica la regla general porque «los trabajadores afectados serán representados por los mandatarios de nueva designación, ya no es necesario mantener el estatuto y la función de sus anteriores representantes. Desaparece por tanto la exigencia de política social...».

²⁴ La STJCE 15 de octubre 1996, C-298/94, caso Henke, excluye la cesión de competencias administrativas (de forma análoga las SSTJUE 14 de septiembre 2000, C-343/98, caso Collino y Chiappero y 10 de enero 2006, C-175/99).

de 20 de enero de 2011, C-463/09, asunto Clece, 6 de diciembre 2011, C-108/10, caso Scatolon y STJUE 20 de julio de 2017, C-416/16, Píscarreta Ricardo, entre otras), variará notablemente la capacidad de gobernanza por el fenómeno sucesorio de estos procesos de reorganización de servicios -y de personal- a través de la reversión hacia el ente titular. Proceso este inverso al analizado de la descentralización (gestión indirecta), propio de la sucesión de contratados, pero que tan incisivo resulta también para la institución sucesoria de empresa y, en consecuencia, para la estabilidad en el empleo²⁵. La gran importancia de esta cuestión se intensifica por la interacción de este debate -sobre la naturaleza de la actividad que es objeto de cesión, si “económica” o puramente “administrativa”- con otro más amplio, la naturaleza jurídica, pública o privada, de la relación de los trabajadores “subrogados” por la entidad pública -por lo general municipal, pero no sólo- que revierte el servicio descentralizado previamente. Cuestión en la que, como se anticipó, ha debido mediar el propio TC español.

Antes de entrar, si quiera brevemente, en ambas polémicas de la mano de las reformas legales “deslocalizadas”, esto es, fuera de la norma estatutaria laboral (tanto en el marco de la regulación de la contratación pública como de la legislación presupuestaria), conviene recordar también de forma sucinta los vaivenes experimentados por la jurisprudencia a la hora de llevar a cabo la calificación como sucesoria o no de estas reorganizaciones de servicios públicos. Si ya queda clara la necesidad de la pauta de delimitación entre actividad materializada (activos tangibles e intangibles) y desmaterializada, que deviene crucial en este ámbito para establecer si la mera asunción de una parte esencial de la plantilla saliente determina la sucesión de empresa (efecto subrogante), no lo estuvo hasta hace bien poco tiempo. Precisamente, la falta de la debida aplicación de este criterio valorativo previo permite explicar el sinfín de conflictos entre niveles jurisdiccionales y sus criterios balbu-

ceantes y discrepantes, dentro del propio TS. La inicial incompreensión jurisprudencial del referido criterio comunitario vició la comprensión interna y consolidó una disconformidad comunitaria (doctrina Temco) que sólo recientemente se ha podido reconducir.

Paradigmáticos ejemplos de esta jurisprudencia oscilante fueron la sucesión de activos materiales intangibles (software) en el sector de Contact Center²⁶, o más conocido aún, la larga saga relativa a la *reversión de comedores escolares* (caso IES Univ. Laboral), manteniéndose el TS inicialmente en una posición excluyente de la sucesión de empresa²⁷. Posteriormente, y sin entrar en el fondo del asunto por falta de contradicción -lo que en sí mismo ya resultaba muy discutible, como terminaría reconociendo el propio TS-, dictaría otras sentencias sobre igual reversión (Universidad Laboral), revocadoras de la doctrina de suplicación que negó sucesión de empresa (SSTS 63 y 64/2017, 26 de enero) sobre la misma reversión (centro «Universidad Laboral») revocadoras de las de suplicación por negar sucesión de empresa. De este modo, con una errada conexión entre valoraciones para casos de actividad materializada (Caso Liceo: control del comedor) y otros de actividad materializada (Caso Universidad Laboral: incluye el control y la elaboración de la comida), el TS se

²⁶ La STSJ Asturias 8/2017, 21 de marzo califica la *reversión del servicio de gestión de tributos locales* de Oviedo como una sucesión de empresa ex art. 44 ET (la cesión del software y datos puede constituir el presupuesto relativo a una entidad económica). En cambio, la STSJ Islas Baleares 40/2017, 3 de febrero, en un supuesto análogo (servicio de recaudación de impuestos municipales), mantendría el criterio opuesto (no hay transmisión patrimonial de la anterior empresa al Ayuntamiento, salvo lo concerniente a los equipos informáticos).

²⁷ Para la STS 1046/2016, 9 de diciembre, la *reversión* de un servicio público de comedor escolar (escuela pública IES «Universidad Laboral», al finalizar la adjudicación y la consiguiente extinción del contrato de una de las monitoras) no ameritaría la aplicación del art. 44 ET. El razonamiento es idéntico al adoptado en el “Caso Liceo” (STS 12 de julio 2016, rcud. 349/2015), en el que la *reversión* del servicio del comedor escolar se produjo el Centro con su propio personal y madres de alumnos voluntarias. Ni habría sucesión de plantilla (cSTJUE 22 de enero 2011, asunto CLECE) ni transmisión patrimonial significativa de elementos productivos (la comida se hace en el comedor central de la empresa contratista), no tratándose de una actividad desmaterializada (STJUE 26 de noviembre 2015, caso Adif).

²⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.-FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La remuneración de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa”, La Ley Unión Europea, n. 53, 2018, pp. 2-3.

apartaba del TJUE (*doctrina Abler*: sucesión -no reversión- del servicio de restauración en un hospital; STJCE 20 de noviembre 2003, C-340/01).

El TS acepta primero la contradicción. Después la negará, negará, aun invocando la misma sentencia de referencia, por “un nuevo análisis y reconsideración de...la contradicción”, invocando “la más reciente y determinante doctrina del TJUE al respecto”. Pese a todo, el TS no entiende que haya efecto perjudicial alguno en la administración de justicia porque, total, el efecto es el mismo, el desestimatorio («... sin que, en lo material, esta variación en la apreciación de la contradicción suponga un trato diferente... porque, en definitiva, -insistimos- aquél precedente finalizó, como éste, con el mismo signo desestimatorio»). No se trató de casos aislados, sino recurrentes, en los que la reversión de servicios públicos quedó por criterio interpretativo (decisión o voluntad jurisprudencial) exenta de las garantías de la subrogación empresarial, al no mediar tampoco el sucedáneo de protección convencional. El principio de favor hacia la libertad de organización del empleador público es aquí más que evidente, por encima del mayor vigor del principio de seguridad en el empleo para el empleador privado (ej. SSTS 21 de abril de 2015, rec. 91/14 -cafetería de la Intervención General del Estado- y 19 de mayo de 2015, rec. 358/14 -servicio de restauración en el Palacio de Congresos de Madrid-).

Hubo que esperar a la STS 685/2017, 19 de septiembre (reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa), para asentar un catálogo de criterios o pautas de razonamiento más solventes y previsibles (deber de coherencia y de aplicación igualitaria de la justicia) para casos futuros análogos, muy numerosos (se reitera la doctrina en la STS 29/2019, 17 de enero, entre otras). De este modo, el TS se decanta, respecto de la reversión (“rescate”) de servicios públicos materializados, desarrollados con equipamientos de titularidad pública, previamente cedidos a los prestadores privados, por una dirección de mayor garantía, frente a la más liberal precedente, además de más respetuosa con la jurisprudencia comunitaria (STJUE 19 de octubre de 2017, C-200/16, caso

Securitas)²⁸. Una evolución o flujo protector que también se constata para los sectores de actividad desmaterializada (*doctrina Temco*), como hemos visto. Sin duda, esta decantación hacia posiciones de mayor protección (valor de la seguridad ocupacional) en detrimento de las precedentes más liberales (valor de la flexibilidad organizativa) deberá presidir la solución, en tanto no haya una reforma legislativa más sistemática y coherente, también más eficaz, incluso en el plano del justo equilibrio de intereses, a los numerosos problemas interpretativos que se derivan de las viciadas reformas legislativas (presupuestarias y de contratación pública).

3.2. Apenas superadas las oscilaciones jurisprudenciales, emergen los vicios jurídicos de las nuevas leyes: Lagunas y contradicciones de las reformas “deslocalizadas”

3.2.1. La sucesión de empresa en la ley de contratos del sector público: ¿diálogo o conflicto entre lógicas reguladoras?

Cuando una parcela de la realidad jurídico-social y económica es objeto de conflictos continuos y de criterios de solución inciertos por parte de los Tribunales, lo recurrente suele ser reclamar, a veces en el desierto, la intervención legislativa, para que imponga mayor orden y coherencia. Y así sucede en relación con los fenómenos de descentralización productiva y de la triangulación de las relaciones de trabajo (formas de gestión indirecta) en general, y también en particular para los fenómenos sucesorios de empresa, a menudo interactivos con ellos. Sin embargo, no menos frecuente es que, cuando el legislador se decide a intervenir el “remedio” es peor que la “en-

²⁸ En todas se destaca la irrelevancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad pertenecieran al cedente (irrelevancia de la transmisión o no de la propiedad de los elementos materiales): STS /2019 249/26 de marzo (reversión al Ayuntamiento del comedor de una escuela infantil, que pasa a realizarlo directamente en las mismas instalaciones y con los mismos medios materiales que la anterior contratista). No existe, claro está, sucesión por reversión cuando la Administración, ante el incumplimiento de la concesionaria, inicia expediente de resolución del contrato y procede a una nueva adjudicación a otra empresa (STSJ CLM 1676/2019, 18 de diciembre).

fermedad”, de modo que su intervención genera más problemas de los que resuelve. Más si, como ha venido ocurriendo desde 2017, las intervenciones legislativas son no solo parciales sino “deslocalizadas”, esto es, en ámbitos diferentes al estatutario laboral. Así habría sucedido, en primer lugar, en el sector de la contratación pública, cuya regulación de la sucesión de empresa, valorada positivamente desde el plano de la política jurídica, por tratar de fomentar una visión de garantías, está plagada, en el plano técnico-jurídico, de vicios, esto es, de lagunas y contradicciones, que requiere una ardua y no pacífica labor integradora a los tribunales, en un sector en el que, como acabamos de ver, las oscilaciones interpretativas han venido dominando este escenario, con los consiguientes costes en términos de inseguridad -tanto ocupacional como del marco aplicable-.

El art.130.1 LCSP establece que cuando una norma legal o un acuerdo colectivo de eficacia general, imponga la obligación de subrogarse en las relaciones laborales, los órganos de contratación *deberán facilitar a los licitadores, en el pliego, toda 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 (garantía de transparencia a efectos de previsibilidad del análisis de costes laborales asociados a la subrogación). Lo primero llamativo del precepto, en comparación con su precedente, es que ha desaparecido, al menos formalmente, el “pliego de condiciones administrativas” como fuente autónoma de la obligación de subrogación empresarial misma, no sólo informativa. El silencio elocuente de la LCSP asume la posición excluyente del orden contencioso (STS, 3ª, 16 de marzo 2015, rec. 1009/2014), en contra de la posición incluyente consolidada del orden social (STS, 4ª, 31 de mayo de 2017, rec. 234/16), si bien en fechas recientes bamboleó hacia la posición negativa del orden contencioso (STS, 4ª, 983/2017, 12 de diciembre 2017).

Una vez más es oportuno someter el criterio legal al escrutinio comunitario. Si, a mi juicio, el sentido excluyente del legislador de contratos es claro (late el efecto restrictivo de la libre concurrencia al disuadir a los nuevos

licitadores por el encarecimiento de costes fijos -como entendió el Abogado General en el caso Colino Sigüenza-, sin que unas vagas apelaciones a las “consideraciones sociales” o “laborales” de otros preceptos (cláusulas sociales ex arts. 122 y 145 LCSP) tengan fuerza jurídica suficiente para fundar una lectura contraria al criterio de la jurisprudencia -social y contencioso-, otra cosa cabe argüir de la doctrina comunitaria. Como es bien sabido, y se ha analizado *ut supra*, para el TJUE el origen de la fuente en virtud de la cual se ha producido la asunción de una parte esencial de plantilla es irrelevante, lo que debe tenerse en cuenta es este efecto, al margen de su causa (STJUE 20 de enero 2011, Caso Clece). Asumiendo esta perspectiva, la STSJ Galicia 5 de mayo 2017 (rec. 551/2017) consideró que hubo sucesión de plantilla en el marco de una reversión de un servicio público un caso que no nació de una decisión exteriorizada por la corporación local, sino que fue el resultado de su «permisividad» (o más bien «dejadez»), al continuar con la prestación de servicios sin notificar el cese que debió producirse, al no existir fundamento legal o convencional de subrogación. Por lo tanto, ante esta nueva zona de conflicto de lógicas o de racionalidades entre el Derecho del Trabajo (principio de estabilidad) y el Derecho Administrativo (principio de mérito), la prevalencia debe darse al Derecho de la Unión y a su lógica expansiva.

Esta pauta interpretativa nos sirve para el segundo problema derivado de la deficiente técnica de la LCSP. En efecto, la interpretación literal permitiría concluir que los convenios pueden obligar al adjudicatario (entidad público-administrativa ex art. 3.2 LCSP en caso de reversión, según el art. 130.3 LCSP -precepto no aplicable si se trata de sociedades públicas-) a subrogarse como empleador, aun sin estar bajo su ámbito aplicativo. Aunque pareciera clara la laguna (se ha omitido inconscientemente el inciso exigido por la regla legal y jurisprudencial laboral -aun con excepciones: Centros Especiales de Empleo-: “que le sea de aplicación”), no falta quien entiende que no hay laguna, sino voluntad de incluir a la administración si es la adjudicataria (reversión), porque ni sería ajeno a la relación (triangular, primero, tras la externalización, luego bilateral, tras la reversión) ni la obligación de subrogación traería causa del con-

venio, sino de la libre voluntad de la empresa que concursa y acepta sus reglas contractuales. No siendo pacíficas ni seguras ninguna de las dos soluciones en liza²⁹, urgiendo una aclaración legislativa -o jurisprudencial-, lo determinante será, en todo caso, constatar la sucesión de una parte esencial de la plantilla.

También conflictiva es, en tercer lugar, la *interpretación del art. 130.6 LCSP* que, con redacción confusa y para la sucesión de contratos, parece establecer una regla de exoneración -ahorro de los costes- para el nuevo contratista en relación con deudas precedentes a la cesión³⁰. Sin embargo, una lectura literal de esta previsión como regla de exoneración quebraría el imperativo comunitario (art. 3.1 de la Directiva 2001/23 -exige al empleador cesionario la asunción de los derechos y obligaciones del cedente-) y, en consecuencia, requiere una interpretación correctora de conformidad comunitaria. A mi juicio, la solución no está en traer a colación el carácter potestativo que el art. 3.1 de la Directiva otorga a la garantía propia de la responsabilidad solidaria por las deudas previas a la cesión, atribuyendo a la norma especial el valor de norma estatal habilitante de la exclusión, con la consiguiente fractura protectora para el sector privado y el sector público-administrativo en sentido estricto ex art. 130.3 LCSP³¹. Una interpretación de este tipo obviaría por completo el primer párrafo del art. 130.3 LCSP, cuyo tenor literal salvaguarda en todo momento el imperio aplicativo del art. 44

ET, sin excepción (“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET...”), por lo que no es correcto atribuir a la norma una política liberalizadora o de ahorro de costes sucesorios sin que haya una dicción literal clara de querer actuar en tal sentido, habilitada por la Directiva y en detrimento de la regulación común para todo el personal laboral de empleo público.

La debida lectura sistemática exige interpretar este precepto como una garantía distinta y adicional a la que prevé el art. 44 ET. Lo que significa es que el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del nuevo contratista de responder de los salarios y cotizaciones sociales impagados por el anterior con respecto a los trabajadores afectados por la subrogación -aunque se resuelva el contrato de obras o servicios-, así como la forma y condiciones de la retención en el precio hasta que no se acredite el pago de los citados salarios. Y, si la Administración procede a la retención de tales cantidades para garantizar el pago de los salarios adeudados y no las devuelve en tanto no se acredite el abono, en caso de que se resuelva el contrato de obras o servicios públicos sólo se puede eximir al nuevo contratista del pago de las deudas pendientes si no se está en ninguno de los supuestos del art. 44 ET -sucesión legal, sucesión convencional-

Finalmente, este precepto no sólo provoca importantes conflictos para desentrañar su significado práctico en relación con la regulación común laboral, sino también en torno a cuál es su eficacia temporal. En este sentido, las doctrinas de suplicación social divergen, incluso en el seno de una misma sala³², a la hora

²⁹ Cfr. ROQUETA BUJ, R.: Las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público en materia laboral, <https://elderecho.com/las-principales-novedades-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-en-materia-laboral>

³⁰ “Sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por la subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último”.

³¹ Una lectura parcialmente distinta, discutible a mi juicio, defiende BOTO MIRANDA, J.M. “La subcontratación en la Ley 9/2017, de contratos del sector público”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 8, 2018; también MONEREO PÉREZ, J.L. et alii. “La descentralización productiva a través de la subcontratación en el sector público y vicisitudes subrogatorias”, *Revista de Derecho Social*, n. 85, enero-marzo 2019, pp. 24-25.

³² Frente a la instancia, que estima transmisión de empresa en una reversión del servicio de limpieza hacia la Junta de Castilla y León (JCYL) por producirse una sucesión de plantilla, la *STSJ Castilla-León/Burgos, 844/2018, 13 de diciembre*, considera que no es de aplicación -por razones temporales- el art. 130.3 LCSP ni los convenios colectivos, por no caer bajo su ámbito (SSTS de 11 de julio de 2011, rcud 2861/2000 y 21 de abril de 2015). En cambio, se afirma para la asunción directa municipal del servicio de limpieza derivada de la Ley de Contratos del Sector Público vigente, en concordancia con el convenio sectorial por la *STSJ Castilla-León/Burgos 866/2018, 20 de diciembre*, que, sorprendentemente, teniendo en cuenta la sentencia antes mencionada, de la misma sala, no ve obstáculo

de atribuirle tales efectos temporales, especialmente en los supuestos de reversión de los servicios públicos ex art. 130.3 LCSP. Una línea restrictiva, de conformidad con la jurisprudencia tradicional, defiende también *la STSJ Andalucía/Sevilla, 3510/2018, 5 de diciembre -ni la sola reversión patrimonial de bienes de dominio público es sucesión de empresa ni ésta se puede imponer por convenio no aplicable-*.

3.2.2. Subrogación de personal y reversión de servicios en las leyes presupuestarias: *La frustración constitucional del intento legislativo de limitación de costes*

Dando prevalencia a la lógica de regulación administrativista, no es la regulación legal del sector de los contratos públicos el único ámbito del Derecho Administrativo que habría querido establecer excepciones o limitaciones a la ley común de garantías sociolaborales en las situaciones de sucesión de empresa. También en el sector de la legislación presupuestaria y con relación al “estatuto de personal laboral de empleo público aplicable” hallamos tal voluntad legislativa. Como se sabe, las disposiciones adicionales 26ª y 34 LPGE/2017 (aquella recogida, con alguna modificación, en la disposición adicional 43 LPGE/2018) pretendían evitar que las personas trabajadoras subrogadas tras procesos de reversión de servicios públicos pudieran considerarse como “empleados públicos” ex art. 8 EBEP, ni siquiera en la forma devaluada de los “indefinidos no fijos”, categoría expresamente prevista por aquella norma legal. Además, tal calificación era la otorgada por la jurisprudencia -social y contenciosa-. El imperativo doble laboral (Directiva y art. 44 ET) exige, en todo caso, que constatada la transmisión de una entidad económica (materializada o desmaterializada) que mantenga su identidad implica para la entidad entrante, entre otros efectos, la asunción *ex lege* de toda la plantilla de la cedente. En virtud de la reiteradamente recordada regla de primacía del Derecho de la UE, parecía impensable -en todo caso incoherente- cualquier artificio legal que pretendiera, o tuviera como efecto, la elusión de esa garantía de seguridad ocupacional. Entonces ¿si deben ser asumidos

alguno. La más reciente STSJ Castilla-León/Burgos 14/2019, de 17 de enero, se alinea con la posición más restrictiva.

por imperativo comunitario ineludible, pero no podían serlo como empleados públicos, cuál es entonces la condición o estatuto jurídico-laboral del personal subrogado?

Por enésima vez, una intervención legislativa no sólo no aclaraba nada de un estado de cosas muy complejo, sino que lo complicaba todavía mucho más, al ser defectuosa, por el vicio de la laguna jurídica (vacío regulador para un colectivo creciente de personas trabajadoras) o, en su caso, por el vicio de la antinomia (contradicción de normas superiores, constitucionales y comunitarias). A partir de esta constatación de un “círculo regulador viciado”, las lecturas por parte de la doctrina científica, laboral y contenciosa, a la hora de buscar la solución razonable y coherente, fueron de lo más variopintas. Estas van desde las más continuistas (manteniendo el estado del arte como en el pasado anterior a la reforma improvisada e incoherente), hasta las más fantasiosas o innovadoras (la creación de una suerte de tercera categoría, que no es ni personal laboral “congelado” como tal por la subrogación, ni propiamente personal laboral de empleo público, sino una categoría propia de “personal laboral subrogado” -ej. STSJ/3ª, Aragón 19 de marzo 2018, rec. 214/2015-³³. Sin entrar en su análisis, más allá de evidenciar mi desacuerdo con toda operación interpretativa que descabalgue el intento de racionalización de todo el empleo público que significó el EBEP, pese a su posterior frustración, plenamente conforme con las garantías comunitarias de subrogación “posible” y “adaptable” defendidas por el TJUE, lo cierto es que la STC 122/2018, de 31 de octubre³⁴ ha declarado inconstitucional la DA

³³ Cfr. LÓPEZ CUMBRE, L.: “limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, Revista Galega de Dereito Social -2ª ET-, n. 3, 2017; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “Implicaciones jurídico-laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, Trabajo y Derecho, n. 29, 2017, y MONEREO PÉREZ, J.L. “Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos”. En AA. VV. El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español, Aranzadi-Thomson, 2018, pp. 323 y ss.

³⁴ La reciente STJUE 13 de junio 2019 C 317/18, Correia Moreira, relativa a un supuesto de reversión de un servicio público a un Ayuntamiento portugués podría tener efectos determinantes en esta controversia. Concluye que no se puede obligar a un trabajador revertido-subrogado a someterse a procesos de consolidación de empleo público fijo. ¿Levanta

26, Uno, y un inciso de la DA 34 LPGE/17 (afectará necesariamente también, de forma material, a la formalmente vigente DA 43 LPGE'18, idéntica a la declarada inconstitucional).

Aunque el TC no resuelve la duda interpretativa de fondo (¿cuál es el estatuto jurídico del personal laboral de empleo público subrogado por las AAPP y provenientes de empresas de régimen privado, tras la reversión de servicios de titularidad pública antes descentralizados?), sí que deja claras algunas cuestiones fundamentales. De un lado, que estamos ante fenómenos inequívocamente sucesorios y, en consecuencia, la garantía de estabilidad debe asegurarse por imperativo comunitario³⁵. De otro, quedaría desarmada la política del derecho orientada a crear obstáculos legales, a modo de factores disuasorios, para la gobernanza de los procesos de reversión (especialmente en el ámbito local) desde la sucesión de empresa y la integración del personal subrogado dentro de las plantillas de empleados públicos, aun como personal indefinido no fijo ex art. 8 EBEP, sin confundirlo con el procedente de condenas por fraude en la contratación temporal (SAN 10 de febrero 2016. rec. 335/2015).

4. SUCESIÓN Y CONCURSO DE ACREEDORES: DEFENSA DEL FUERO SOCIAL Y DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD FRENTE AL INTENTO DE "LIBERALIZACIÓN" MERCANTIL

4.1. La pugna con el orden mercantil: La doble defensa de la competencia social ("fuero") y del interés recaudatorio de la Seguridad Social frente al "interés del concurso"

Para finalizar este repaso por los principales tópicos jurisprudenciales en materia de

sucesión de empresa de los últimos años, es el momento de recordar que la razón protectora sociolaboral asociada a los fenómenos de cambio de titularidad empresarial, pero continuidad de la actividad precedente, no sólo se ha debido enfrentar a lógicas más liberales y proclives al ahorro de costes propias del Derecho Administrativo (en aras de los principios de eficacia, de estabilidad presupuestaria y de igual mérito), sino también a las típicas del Derecho Mercantil. El tratamiento de las situaciones de traspaso de unidad productiva autónoma en el seno de los procesos de concurso de acreedores también ha venido suscitando una intensa y extensa conflictividad judicial, así como varias reformas legislativas, centrándose las tensiones en los diferentes intentos por flexibilizar, o sencillamente eludir, la aplicación de las reglas del art. 44 ET. Tanto el orden concursal (juzgados de lo mercantil) como el orden contencioso (en relación con las deudas relativas a la Seguridad Social) apostaron decididamente por hacer de la venta de unidades productivas autónomas un atractivo mecanismo para favorecer la gestión de los procesos concursales del modo más satisfactorio posible para el interés concursal³⁶.

En este ámbito de relaciones jurídicas, además de la posibilidad de derivaciones de responsabilidad ante incumplimientos, la instrumentación de la sucesión de empresa al fin del saneamiento de la misma -por lo tanto de regulación de empleo-, confirma la referida utilidad de la técnica sucesoria a las reorganizaciones empresariales, sin que sea mera "compraventa de unidades productivas". Aquí se ha ido asistiendo a un interesante juego dialéctico de las fuentes, legales (artículos 148 y 149 LC, en sus sucesivas reformas) y jurisdiccionales³⁷, de distintos órdenes, ahora con el mercantil. Finalmente, la STS, 4ª, 30/2019, de 17 de enero, consolidará la jurisprudencia, según la cual,

acta de defunción esta doctrina para los "indefinidos no fijos" por subrogación? Está por ver, aunque yo no apostaría mucho por ello, vista la capacidad camaleónica (ahora lo llama "plasticidad" interpretativa cuando es pura contradicción) de la jurisprudencia nacional en esta materia.

³⁵ La STJUE 19 de octubre 2017 (C-200/16), asunto Securititas confirmaría esta exigencia. También la STJUE 20 de julio de 2017, asunto Piscarreta Ricardo (que defiende un concepto amplio de trabajador protegido).

³⁶ La STS, Sala 3ª, de 29 de enero 2018 (rec. 3384/2015) interpretó el 149.2 LC, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 11/2014, en un sentido restrictivo, limitando la responsabilidad solidaria sólo «a efectos laborales», con exclusión de las deudas de la Seguridad Social. La contrariedad de esta jurisprudencia a los intereses recaudatorios del Erario Público motivará, justamente, la nueva redacción de 2014.

³⁷ Cierta doctrina de suplicación avaló la política mercantil (STSJ Cataluña, 29 de febrero de 2016, rec. 6944/2015).

cuando media una adjudicación judicial de una unidad productiva autónoma en el seno del procedimiento de liquidación concursal, respecto del cual *el Auto de adjudicación del juez de lo mercantil exonera a la adjudicataria de las deudas de la concursada*, excluyendo la sucesión empresarial ex art. 44 ET, la competencia para dilucidar si existe o no es del orden social y sus efectos ex artículo 44 ET “son totales”.

En suma, la Sala Social del TS no sólo ha defendido “el fuero competencial” para juzgar tales situaciones, frente al intento de desplazamiento por el orden civil-mercantil, sino también el carácter imperativo de la sucesión de empresa ex artículo 44 ET, siempre que no exista una norma con rango suficiente -ley- que la excluya expresamente. Y ello redundará más bien a favor del interés recaudatorio de la Seguridad Social, pues realmente las exenciones de crédito se dirigen mayoritariamente respecto de los créditos de la TGSS A tal conclusión:

“no se opone, por un lado, el contenido del artículo 148.2 LC *ya que el interés del concurso no puede erigirse en la norma suprema que rija la adjudicación de los bienes* pues habrán de respetarse las normas imperativas de nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales se encuentra el artículo 44 ET; ni, por otro lado, por el artículo 5 de la Directiva 2001/13 porque tal y como prevé el artículo 8 de la misma, su contenido no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, que es, en definitiva, lo que resulta del artículo 148 de la Ley Concursal” (FJ Tercero, punto 3)³⁸.

En la misma línea, la STS de 27 de noviembre de 2018 (rcud. 1902/2017)³⁹, que estima el

³⁸ En el mismo sentido, SSTS de 27 de febrero de 2018 (rcud.112/2016) y 12 de julio de 2018 (rcud. 3525/2016), entre otras. Esta doctrina se aplica al presente supuesto, “no sólo por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, sino, también, por ser la que responde a una correcta aplicación de los preceptos en cuestión”.

³⁹ La empresa Cubigel fue declarada en situación legal de concurso voluntario. La concursada instó incidente concursal, de extinción de 162 contratos, por causas económicas, dictándose los respectivos autos de extinción de contratos, en lo que se extinguía la relación laboral de los trabajadores

recurso -de nuevo contra una sentencia de la sala catalana de suplicación- condenando solidariamente a todas las demandadas (incluye a las empresas cesionarias: Huayi Compresor Co.Ltd y Huayi Compresor Barcelona, SLU) al pago de las sumas pendientes de ser abonadas en concepto de indemnización. En suma, la adjudicataria pasa a ocupar la posición de empleadora respecto de los trabajadores de la empresa concursada:

“...asumiendo por tanto sus responsabilidades, entre las que se encuentran los débitos indemnizatorios ocasionados por la extinción de las relaciones laborales de los demandantes en las cuantías no asumidas por el Fondo de Garantía Salarial”.

En suma, nadie puede negar la evidente la voluntad legislativa de dar mayor margen al juez de lo mercantil en aras del interés (superior) del concurso (otro concepto jurídico indeterminado o norma de textura abierta, de las que pueblan esta ordenación). Así, en el art. 148.2 y art. 149.4 LC. Pero no menos verdad es que ello pretende hacerse en el marco de la ley laboral común, no en su devaluación, menos sin con ello se perjudica la función recaudatoria del sistema de seguridad social, cuya crisis por desequilibrio financiero es manifiesto. El artículo 146 bis LC Ley 22/2003, de 9 de julio, relativa a las especialidades de la transmisión de unidades productivas, es ahora inequívoco al respecto:

“3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención

implicados, entre ellos, los hoy actores, fijándose una indemnización de 20 días por año trabajado. Los actores, que no percibieron de la codemandada Cubigel las cantidades fijadas en concepto de indemnización solicitaron al Fogasa el abono de la indemnización. El Juzgado de lo Mercantil adjudica la unidad productiva de la mercantil Cubigel a Huayi, incluyendo a 386 trabajadores, sin derivar a la nueva adquirente ninguna obligación laboral respecto de trabajadores no incluidos en el listado (los demandantes despedidos no figuran en el referido listado). Sentenciada esta situación en el orden mercantil, la doctrina de suplicación social catalana, al resolver el recurso de los trabajadores despedidos que no habían cobrado la correspondiente indemnización, la confirmará (STSJ Cataluña, 6 de febrero 2017, rec. 6373/2016).

de no subrogarse. *Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa*⁴⁰.

En definitiva, las excepciones son posibles en estricto marco comunitario, pero han de establecerse expresa y claramente por el legislador nacional, lo que no ocurriría en el caso español. Ahora bien, en todo caso ha de tenerse en cuenta la fuerza expansiva de sus objetivos de protección. Así lo recuerda la reciente STJUE de 16 de mayo de 2019 (asunto C-509/17)⁴¹, en línea con su posición consolidada en la materia (STJUE de 22 de junio de 2017, C- 126/16).

4.2. Nuevo conflicto por el “trono sucesorio de empresa” con el orden contencioso: El favor por la norma especial -flexible- en detrimento de la laboral común -garantista-

Cómo no, también en este ámbito el orden social ha debido desplegar una dura pugna no sólo con el orden mercantil, sino también, de nuevo, con el contencioso-administrativo. De

⁴⁰ La idea de la exención de responsabilidades en el marco de los procesos concursales es connatural al Derecho de la UE -Artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE-, pero depende de la decisión de los Estados: “1. Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspaños 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 éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)”.

⁴¹ Para la STJUE de 16 de mayo de 2019, los arts. 3 y 5 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional [en este caso belga], que “en caso de transmisión de una empresa efectuada en el marco de un procedimiento de reestructuración judicial mediante transmisión sujeta a supervisión judicial que se aplica con el objetivo de mantener la totalidad o una parte de la empresa del cedente o de sus actividades, establece el derecho del cesionario a elegir de qué trabajadores desea hacerse cargo”. A tal fin, recuerda su consolidada doctrina según la cual el “objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (véase, en este sentido, ATJUE 15 de septiembre de 2010, Briot, C-386/09).

especial interés resulta a tal fin *la STS, 3ª, 113/2018, de 29 de enero* (rec. 3384/201).

En ella se declaró que, en el marco de un concurso, la adquirente de una empresa no era responsable solidaria de las deudas de la concursada cedente con la Seguridad Social. Abreviadamente, todo el razonamiento de la sala contenciosa del TS se centraba en el pretendido primado del carácter especial de la LC sobre la norma común estatutaria -art. 44 ET-. La finalidad de la norma sería salvar la viabilidad de la empresa, *procurar la cesión libre de la mayor parte de las cargas* (finalidad que se aprecia también en el art. 149.2 LC, según el Auto 20 de julio 2012 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, conflicto 49/2011). La reforma del art. 149.2 LC, introduciendo la mención de los efectos de seguridad social, no fue interpretativa sino sustancial. Criterio que quedaría reafirmado a la luz de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2015 con el uso de la expresión «siguen mereciendo»: «se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores».

Sorprendentemente, porque el significado de continuidad valorativa es manifiesto en la expresión, entiendo que «ese ‘siguen mereciendo’ no implica la convalidación de una determinada interpretación, sino el realce y trato diferenciado de esas deudas desde el punto de vista del saneamiento financiero de la Seguridad Social». También ya la reforma de 2011 pondría de manifiesto la voluntad del Legislador de priorizar «el interés del acreedor público -la TGSS- respecto de la finalidad de procurar la continuación y no la liquidación de la mercantil concursada». Si no se interpretara de este modo implicaría «reforzar el privilegio de autotutela de la TGSS mediante la ejecución individual de sus créditos en detrimento -como señala la recurrente- del principio *par conditio creditorum*».

Aliándose con el orden mercantil, recuerda la sala contenciosa:

“no cabe olvidar que por auto de 13 de octubre de 2015, el juez del concurso, esto es, el

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Burgos ha aplicado el artículo 149.2 y 3 a la recurrente, con exclusión en la transmisión aprobada en fase de liquidación de las deudas de la Seguridad Social de forma que «el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro tipo de crédito que no sea estrictamente laboral, no puede resultar exigible al adquirente, en este caso de la Unidad Productiva, sin necesidad de que se pronuncie expresamente la legislación sobre Seguridad Social, dado que nos encontramos ante un Proceso Especial (concurso de Acreedores) de lo que resulta aplicable, como Ley Especial, la Ley Concursal» (FJ Noveno).

Las visiones jurisdiccionales no pueden ser más contradictorias. Precisamente, para la Sala Social la referida expresión «siguen mereciendo» de la exposición de motivos quiere decir que «la no exoneración en las deudas frente a los trabajadores no se ha introducido 'ex novo' por vía del artículo 146 bis añadido por la Ley 9/2015, sino que se mantiene la tutela que se otorgaba a dichos créditos» (STS, Social, 27 de febrero 2018, rcud. 112/2016). Sea como fuere, lo cierto es que, por enésima vez, asistimos a un plus de complejidad e imprevisibilidad de las soluciones jurisprudenciales, también de contradicción entre ellas, a raíz de un entendimiento de la pluralidad de órdenes jurisdiccionales y, dentro de cada uno, de niveles de decisión judicial, más como una oportunidad para el conflicto y la reivindicación de la propia autonomía jurisdiccional, de la propia competencia o fuero que de diálogo comunicativo entre ellos para obtener soluciones coherentes e iguales a problemas idénticos. En definitiva, una razón más para que el legislador, pero no cualquiera, sino un legislador que mime, que cuide la técnica legislativa, además del justo equilibrio de intereses, intervenga de una vez -no por todas- y nos ofrezca una ordenación más sistematizada, eficaz y realista que la que tenemos, caótica por contradictoria e insuficiente por alejada de la realidad compleja de nuestro tiempo.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

A lo largo de las páginas precedentes se ha visto como la extremada complejidad de los fenómenos sucesorios ex art. 44 ET, de la que

deriva una creciente conflictividad judicial, y sindical, obedece a múltiples causas. A la heterogeneidad de intereses en juego (plano de la política del derecho), enfrentándose no sólo derechos e intereses particulares (seguridad en el empleo, libertad de empresa), sino también de índole social (niveles de empleo, capacidad de recaudación, estabilidad presupuestaria, ordenación del empleo público, etc.) se sumaría la multiplicidad de modelos organizativos y relacionales de las empresas -privadas y públicas-, con la consiguiente necesidad de ponderación circunstancial (primado de la ley del caso concreto). Si en el primer plano, el de la política del derecho, la consecución del justo equilibrio de intereses, preconizado por el TJUE, enfrenta continuamente visiones restrictivas, en aras de la mayor libertad de gestión posible (imperativo a su vez de la libertad de competencia) con otras más expansivas (en aras de la seguridad en el empleo y de sus condiciones de trabajo), en el plano de la técnica jurídica también hallaremos esa diversidad, a través de la diversidad de los juicios ponderativos de las circunstancias concurrentes. La proliferación, legislativa y jurisprudencial, de conceptos jurídicos indeterminados (parte esencial de la plantilla; actividad materializada o desmaterializada; entidad económica que conserva su identidad, etc.) no facilita la labor. De este modo, la llamada a una acción comunicativa o dialógica propia de un sistema multinivel de protección se torna en conflicto o pugna constante.

En ese constante conflicto entre fuentes reguladoras (Directiva y normas nacionales) y niveles jurisdiccionales ("supremo" *versus* TJUE y niveles inferiores de la jurisdicción, que cada vez acuden al *pretor imperator* comunitario con creciente frecuencia para que avale su crítica), la fuente de la autonomía colectiva quiso abrirse su espacio en la gobernanza de procesos sucesorios que, como la sucesión de contrata, no hallaban acomodo fácil legal. Pero aquélla, en vez de asumir su misión tradicional (mejora del mínimo legal) adoptó una función típica de equilibrio transaccional, también a fin de anticiparse a los riesgos de la propia jurisprudencia comunitaria, que hacía -y hace- depender la aplicación del art. 44 ET en los sectores de actividad desmaterializada de la propia decisión empresarial de asunción de plantilla, por lo

que la consecuencia se convierte en la causa, como vino denunciando la jurisprudencia social española desde 2004 y el voto particular a la reciente doctrina rectificadora. En este mutado y complejo escenario ¿es previsible que se produzcan cambios de signo “defensivo” en la estrategia negociadora, o, incluso, la desaparición de este tipo de cláusulas, abriéndose otro nuevo frente litigioso en torno a la aplicación del art. 44 ET en estos supuestos de ausencia de cláusula convencional que contemple la obligada subrogación del personal? Y, en los presentes ¿es previsible la invocación de las cláusulas de vinculación a la totalidad, por afectar al equilibrio interno del convenio colectivo -como sugiere el voto particular-? ¿En defecto de previsión convencional de subrogación obligatoria se aplicaría de forma imperativa el art. 44 ET a todas las sucesiones en adjudicaciones -y contrata- en sectores de actividad que se basan fundamentalmente en la mano de obra al ser la plantilla una entidad económica que mantiene su identidad, tornando a la posición jurisprudencial nacional de principios de siglo?

Los problemas, pues, son jurídicos, sí. No siempre hay convergencia de criterio ni para determinar si la entidad económica preexistía o no a la transmisión (doctrina Amatori), ni para la valoración de la actividad económica como materializada (elemento objetivo) o no (elemento subjetivo) ni para evaluar, dentro de las desmaterializadas, si se ha producido una asunción de parte esencial de plantilla (*caso Temco*), incluso por decisión unilateral (*doctrina Clece*). Pero también de carácter pragmático, relativos a las referidas dudas en torno a cuál sea la capacidad de resistencia, sobre todo por la presión empresarial y competitiva, de las citadas cláusulas convencionales, en riesgo de desaparición o devaluación por una Jurisprudencia del TJUE que pretendidamente tuitiva pudiera terminar desactivado -o disuadiendo- de la garantía complementaria (la negociación colectiva). Desde luego la amenaza no es nueva y estuvo en la crítica jurisdiccional nacional a la comunitaria hace décadas, sin que, se actualizara esa riesgo, si bien cierto que por la pertinaz -o acaso “contumaz”- resistencia del “supremo” a ceder totalmente a la doctrina comunitaria, que le parece artificiosa y contradictoria.

En esta lógica jurisprudencial comunitaria del “todo o nada”, propio del paradigma de garantías individuales, aún rígido, frente al paradigma más transaccional del modelo propio de las garantías colectivas ¿es ya solo momento para la llamada a una intervención legislativa que logre ese justo equilibrio -razón de política del derecho- en un entorno socioeconómico muy cambiado, público y privado o, al contrario, cabría esperar profundizar, por vía interpretativa, en la evolución hacia una concepción cada vez más abierta y garantista de la sucesión de plantilla, hasta identificarla con la vieja doctrina (estatal) de la sucesión de actividad, sin necesidad de estructura organizativa, al menos en los sectores de actividad desmaterializada? Siendo imposible frenar la evolución propia de la “fuente interpretativa”, como ilustra la experiencia forense de antaño y la más actual, y sin tampoco tener miedo real alguno a que la experiencia convencional de las cláusulas típicas de subrogación tenga levantada acta de defunción, por el interés cooperativo que todavía pueden traducir entre representación laboral y la patronal, creo que ha llegado el momento de que sea el legislador el que, también por la propia crítica constitucional ya referida, tome cartas en el asunto y provea una regulación adecuada a la complejidad y mutabilidad de la realidad, amén de más coherente y eficaz con el proclamado justo equilibrio de derechos e intereses. Aunque es habitual en ciertos análisis doctrinales insistir en el papel garantista unilateral de la norma comunitaria en este ámbito, bien conocida es también su -necesaria- ambivalencia.

Desde esta perspectiva, ni la protección real está siempre ligada a una única opción ni el marco comunitario es tan rígido como podría dar a entender la jurisprudencia relativa a ese “todo o nada”. A título de ejemplo, como se ha indicado en las páginas anteriores, cuestiones que se han revelado tan problemáticas como la responsabilidad solidaria por los créditos retributivos pendientes de abono (art. 3 Directiva) o las limitaciones en determinados sectores, así como en relación con ciertas situaciones, como las concursales (art. 5 Directiva) podrían, y quizás deberían, someterse a revisión, a fin de evitar factores disuasorios de la continuidad de la actividad, con su consiguiente impacto negativo en los

niveles de empleo. Al mismo tiempo, esta lógica de renovada flexibilización de garantías, debería ir acompañada del reforzamiento de la lucha contra la situación de precariedad habitualmente asociada al cambio de contrata, para que este hecho no conlleve, per se, la degradación de las condiciones de trabajo ni una irrazonable reducción del volumen de em-

pleo en la actividad, debiéndose asociar tan solo a la concurrencia de circunstancias adicionales que requieran la adaptación. Pero, como es más que evidente, toda esa -necesaria y urgente- labor de reordenación solo corresponde a la ley, quizás al Nuevo Estatuto de los Trabajadores anunciado -esperemos que no ad *calendas graecas*-. Veremos...

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La institución jurídico-social de la “sucesión de empresa” ex art. 44 ET (la norma de transposición española de la Directiva 2001/23/CE) es una de las más controvertidas en el mundo del trabajo y de la empresa. Así lo prueba la multitud de litigios judiciales que vienen provocando desde hace décadas y que se han recrudecido en los últimos tiempos. Varios factores, de hecho y de derecho, inciden en tan desmesurada conflictividad jurídico-social. El primero trae causa de la creciente complejidad del contexto socioeconómico, en el que proliferan los nuevos modelos de organización empresarial, más flexibles y descentralizados. La sucesión de empresa sirve, así, a los procesos de reestructuración de empresa y de gestión indirecta del trabajo, ayudando al desarrollo de relaciones triangulares de trabajo, tanto en el empleo privado como en el empleo público.

Otro factor que explica la citada conflictividad jurídica de la figura de la sucesión de empresa reside en la fuerte contraposición de intereses en juego. Los empleadores ven en ella un obstáculo a la libertad de empresa y a la libre competencia, a pesar de que sirve también para facilitar los procesos de reorganización productiva, eludiendo el consentimiento de los trabajadores para legitimar la “cesión de contratos de trabajo”, por lo que buscan fórmulas más flexibles, a veces al límite de lo legal. Los trabajadores, en cambio, ven en la sucesión de empresa un instrumento de garantía de la continuidad o conservación de sus derechos. Como ha evidenciado en tiempos recientes el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la Directiva 2001/23/CE le incumbe asegurar el justo equilibrio entre ambos intereses, primando la razón de protección de los trabajadores. Desde esta perspectiva de política del derecho, uno de los ejes más relevantes de la pugna entre los diversos niveles de protección jurisdiccional del principio de estabilidad en el empleo y de las condiciones de trabajo del mismo ha residido en el enfrentamiento entre una interpretación restrictiva de la Directiva, reduciendo el espacio para la sucesión de empresa ex art. 44 ET, y la interpretación expansiva, que extiende de forma considerable su campo de protección. En esa pugna parece haberse impuesto la concepción más expansiva, propia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que practica un modelo de garantías individuales frente al paradigma de tutela colectiva promovido por el Tribunal Supremo español (ej. *asunto Somozo Hermo*), favorable a preservar un espacio de regulación transaccional por parte de la autonomía colectiva.

Tampoco las diversas intervenciones legislativas, parciales y fuera de la norma laboral, como las incluidas en las leyes de presupuestos generales del Estado y en la ley de contratos del sector público, incluso en la legislación concursal, han sido las más acertadas. Por lo tanto, esta materia se ha ido poblando de vicios jurídicos (dudas interpretativas, lagunas legales, contradicciones jurídicas, etc.). El resultado es un sistema débil e incierto de regulación legal de la sucesión de empresa, con constantes vacilaciones u oscilaciones interpretativas, que ha sido incluso parcialmente objetado por el Tribunal Constitucional, además de por el TJUE. El debido diálogo entre Tribunales se ha convertido más en oportunidad de conflictos que genera niveles adicionales de complejidad e incertidumbre. Por lo tanto, es hora ya de una intervención legislativa más sistemática, coherente y eficaz, que mejore la protección de los trabajadores al tiempo que atiende las demandas de flexibilidad de los empleadores, como la Directiva comunitaria y el TJUE reconocen, asegurando

una mayor certeza posible en la interpretación y aplicación del régimen de la sucesión de empresa, clave para un sistema moderno de relaciones de trabajo, productivo pero justo, justo y productivo.

Palabras clave: Sucesión de empresa; procedimientos concursales; reversión de servicios públicos; Jurisprudencia comunitaria; mantenimiento de los derechos laborales; descentralización productiva.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

The legal institution of the “Transfer of undertaking” of article 44 Statute of the Workers (the Spanish transposition rule of Directive 2001/23 /EC) is one of the most controversial in the world of work and of the company. This is evidenced by the multitude of judicial litigation that has taken place for decades, and that have been intensified in recent times. Different factors, in fact and in law, explain this excessive legal conflictivity. The first brings about the growing complexity of the socio-economic context. In it develops new models of business organization, more flexible and decentralized. The transfer of company is useful for the processes of company restructuring and indirect management of work, so that it contributes to the development of triangular work relations, both in private and public employment.

Another factor, legal, that explains the aforementioned legal conflict of the figure of the succession of company lies in the strong contrast of interests at stake. Employers see it as an obstacle to freedom of enterprise and free competition. And this despite the fact that company succession also serves to facilitate the processes of productive reorganization, without needing to request the consent of the workers to legitimize the "assignment of employment contracts". However, employers are more concerned about labor costs, and therefore seek more flexible formulas, sometimes at the limit of the legal. The workers, on the other hand, see in the succession of company an instrument of guarantee of the continuity or conservation of their rights. As the Court of Justice of the European Union (CJEU) has shown in recent times, it is incumbent on Directive 2001/23 / EC to ensure a fair balance between both interests, giving priority to the workers' protection ratio. From this perspective of the politics of law, one of the most relevant axes of the struggle between the various levels of jurisdictional protection of the principle of stability in employment and working conditions thereof is found in the confrontation between a restrictive interpretation of the Directive, reducing the space for the succession of company of the article 44 Statute of the Workers, and the expansive interpretation, that extends of considerable form its field of protection. In this struggle, the most expansive conception of the CJEU seems to have been imposed, which practices a model of individual guarantees against the paradigm of collective protection promoted by the Spanish Supreme Court (for example, case law “Somoza Hermo”), in favor of preserve a space of transactional regulation by collective autonomy.

The legislative interventions, partial and outside the common labor standard, such as those included in the laws of general budgets of the State and in the law of contracts of the public sector, even in bankruptcy legislation, have not been the most correct. Therefore, the regulation of the “transfer of undertaking” for labor purposes - and social security - has been populated by legal defects (interpretative doubts, legal gaps, legal contradictions, etc.). The result is a weak and uncertain legal system, with constant interpretative vacillations from the courts, with a partial objection by the Constitutional Court and subject to the permanent critical scrutiny of the CJEU. The due dialogue between Courts has become more of an unceasing channel of conflicts, generating additional levels of complexity and uncertainty. Consequently, it seems that the time has come for a more systematic, coherent and effective legislative intervention that improves the protection of workers while meeting employers' demands for flexibility, as the EU Directive and the CJEU recognize. Only the legislator can ensure greater certainty in the interpretation and application of the regime of transfer of undertaking, key to a modern system of labor relations, productive but fair, fair and productive.

Keywords: Transfer of undertaking; insolvency proceedings; public services reversion; Court of Justice of the European Union; safeguarding of employees' rights; outsourcing.

Licencias retribuidas, reducciones de jornada, suspensiones, excedencias: Un balance de Jurisprudencia

Paid leaves, reduction of working hours, suspension, extended leave of absence: A report on Jurisprudence

LUCÍA MARTÍN RIVERA*

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina judicial y la jurisprudencia han sido profusa a la hora de interpretar la regulación de los permisos retribuidos, las reducciones de jornadas y las causas por las que se suspende el contrato de trabajo, incluidos los supuestos de excedencias.

En este trabajo nos vamos a ocupar fundamentalmente del análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero también analizaremos la doctrina jurisdiccional y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que está jugando un papel notable en la conformación de los ordenamientos laborales de los Estados miembros. Aunque nuestro objetivo es hacer un análisis de la jurisprudencia de los últimos años, debemos partir de pronunciamientos judiciales anteriores para comprobar en qué medida la jurisprudencia ha abordado nuevos aspectos de los institutos indicados, o ha modificado anteriores soluciones jurisprudenciales.

La doctrina jurisprudencial en esta materia ayuda fundamentalmente a adaptar la normativa general a la casuística de estos institutos, que puede ser susceptible de importantes variaciones debido a que se trata de derechos, que, en algunos casos, están íntimamente relacionados con cambios o transformaciones sociales sobrevenidas.

En primer lugar, analizaremos los pronunciamientos judiciales que afectan a las licencias o permisos retribuidos regulados en el art. 37.3 ET. En relación con ellos, tratamos en un primer momento diversas cuestiones generales que tienen una notable trascendencia práctica. Estas son: el alcance respectivo del preaviso y de la justificación que requiere el disfrute de los diferentes supuestos de licencias; la composición de la retribución cuando el trabajador está de permiso; cómo deben computarse estas interrupciones a efecto de la jornada de trabajo; y, por último, cuál debe ser el momento inicial o *dies a quo* a efectos del cómputo de comienzo de los permisos. Posteriormente abordamos de manera singular los supuestos concretos por los que el trabajador puede interrumpir la actividad laboral. Como se sabe estas circunstancias tienen, a veces que ver con la necesidad del cumplimiento de deberes públicos; pero la

*Profesora TEU de la Universidad de Málaga.

mayoría de ellas vienen determinadas por la conciliación de la vida personal o familiar del trabajador. Son estas últimas las que mayor controversia judicial han planteado en los últimos años.

En segundo lugar, nos centraremos en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico permite las reducciones de la jornada de trabajo. Nos vamos a centrar exclusivamente en el análisis jurisprudencial de tres modalidades de reducciones. Nos vamos a ocupar en un primer momento del permiso o reducción por cuidado del lactante, ya que a pesar de las modificaciones introducidas por RDL 6/2019, relativas a su configuración como un derecho individual de hombres y mujeres, y su carácter no transferible, sigue estando vigente gran parte de la jurisprudencia reciente, aunque han quedado resueltas otras cuestiones como las relativas a la titularidad del derecho. Posteriormente, nos centraremos en la reducción de la jornada por “guarda legal” o para el cuidado de familiares desvalidos (art. 37.6 ET). En ella analizamos dos cuestiones de bastante trascendencia práctica; una hace referencia al propio contenido y alcance de este derecho; y la otra a cuál debe ser el módulo (diario, semanal, mensual, o anual) sobre el que debe operar la reducción de la jornada. Finalmente, abordamos la reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero del art. 37.6 ET). En este caso, la mayor conflictividad judicial se ha presentado fundamentalmente en torno al devengo de la prestación económica que es concomitante a este derecho.

En tercer lugar nos vamos a referir a las causas que suspenden el contrato de trabajo (art. 45 ET), analizando cuestiones relativas por ejemplo al alcance que tiene la reserva del puesto de trabajo cuando la suspensión se debe al mutuo acuerdo; también trataremos la litigiosidad relativa a los descuentos salariales de los días de huelga; o las dudas que plantea la calificación que merece el despido de un trabajador que tiene su contrato en suspenso por enfermedad. En el caso del nuevo supuesto de suspensión por nacimiento introducido por el Real Decreto-Ley 6/2019, que configura la maternidad y la paternidad como un derecho individual de la persona

trabajadora, intransferible tanto para la maternidad natural o la civil, han puesto fin a alguna de las principales cuestiones judiciales en torno a estas casusas suspensivas como la transferencia del derecho en favor del otro progenitor.

Finalmente en relación con la excedencia nos vamos a ocupar de la excedencia voluntaria y por cuidado de hijos y familiares. Sin duda las cuestiones que más interrogantes han planteado giran en torno al reintegro preferente del trabajador excedente voluntario; y sobre si merece la calificación de despido nulo la negativa empresarial al reintegro por inexistencia de vacante en el supuesto de una excedencia por cuidado de hijos o familiares.

2. LOS PERMISOS RETRIBUIDOS DE LOS TRABAJADORES

El art. 37.3 ET contempla, como se sabe, una serie de situaciones que interrumpen el contrato de trabajo y que permiten al trabajador ausentarse del trabajo y dejar de realizar su actividad laboral. Aunque estas situaciones exoneran al trabajador de la obligación de trabajar durante períodos normalmente breves, no liberan al empresario de su obligación de abonar la retribución durante los días de su disfrute, ni de cotizar a la Seguridad Social.

Tales permisos se justifican por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar sus obligaciones laborales con otros intereses legítimos. Las causas o circunstancias que justifican las interrupciones tienen lugar, a veces, con el cumplimiento de deberes públicos; pero la mayoría de ellas vienen determinadas por la conciliación de la vida personal o familiar del trabajador. Por otra parte, las interrupciones contempladas en el art. 37.3 ET no son periódicas ni seguras, y este carácter impredecible las distingue de otras interrupciones del contrato de trabajo retribuidas que también contempla o bien el propio art. 37.1 y 2 ET o bien el art. 38 en referencia al descanso semanal, las fiestas laborales o las vacaciones¹.

¹ En este sentido, SANCHEZ TRIGUEROS, C., en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Aranzadi. 1999, pág 26-30, pone

Los permisos recogidos en el art. 37.3 del ET constituyen un mínimo de derecho necesario que puede ser mejorado por los convenios colectivos y por el contrato de trabajo. La mejora del convenio colectivo puede consistir en una mayor duración del permiso, o bien en establecer circunstancias nuevas que permitan al trabajador la interrupción de la actividad laboral.

2.1. Permisos retribuidos del artículo 37.3 ET: cuestiones generales

La doctrina jurisprudencial ha abordado determinados problemas que afectan al conjunto de los permisos retribuidos. A saber: el preaviso y la justificación que requiere el disfrute de los permisos; los elementos que deben incluirse en su retribución; su cómputo a efecto de la jornada de trabajo; y el momento inicial o *dies a quo* de comienzo de los mismos. De todas estas cuestiones nos vamos a ocupar en los párrafos siguientes.

A. Dos requisitos instrumentales: previo aviso y justificación de los permisos

El artículo 37.3 del ET establece que el ejercicio de los permisos requiere “*previo aviso y justificación*”. La necesidad de avisar con antelación al empresario ha planteado diversas dudas. La primera es si la expresión “*previo aviso*” comporta la autorización por parte del empresario. La doctrina judicial ha venido entendiendo, con razón, que no es necesaria la autorización empresarial, siendo sólo precisa la comunicación al empleador. En consecuencia, la falta de pronunciamiento del empresario o su negativa no podrá frustrar el derecho².

También ha sido clara la jurisprudencia al negar la posibilidad de crear requisitos

adicionales al requerimiento de preaviso y justificación, incluso en aquellos casos en los que el permiso retribuido sea de creación convencional. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2009, en la que se solicitaba que se declarase el derecho de los trabajadores a disfrutar del permiso retribuido contemplado en el artículo 29-2 del III Convenio Colectivo Estatal del Sector de Telemarketing (permiso para consulta médica)³, sin más requisitos o limitaciones que las recogidas en dicho precepto. El Tribunal Supremo (TS), resuelve que por justificación oportuna debe entenderse la que requieran las circunstancias de cada caso y no la que requiera la empresa, quien no puede limitar el ejercicio del derecho exigiendo unos justificantes, sobre la hora de cita médica, el inicio de la misma y o su terminación⁴.

Por su parte, también conviene poner de manifiesto que se viene admitiendo un margen de tolerancia sobre que el aviso tenga que ser previo al disfrute del permiso. Se consiente que la comunicación se realice con posterioridad al hecho que ha desencadenado el permiso, en aquellos casos en el que el carácter urgente del acontecimiento puede dificultar extraordinariamente o imposibilitar el aviso previo. En estos casos, la comunicación al empresario se debe hacer a la mayor brevedad posible para causar el mínimo daño a la empresa⁵.

B. La cuantía de la retribución de los permisos

Una doctrina jurisprudencial ya antigua se ha pronunciado respecto a cuál debe ser la cuantía de la retribución en los días en los que el trabajador está de permiso. Desde entonces

³ El citado artículo 29-2 dispone: “Los trabajadores tendrán derecho hasta 35 horas retribuidas al año, para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, debiendo avisar con la mayor antelación posible y debiendo presentar la justificación oportuna.”

⁴ Esta doctrina sigue pronunciamientos anteriores como los de la STS 14 marzo de 1989 en los que, frente a la posible exigencia por parte del empresario de requisitos adicionales, señalaba, que el poder de dirección del empresario no puede estar por encima de las exigencias legales que hablan exclusivamente de preaviso y justificación.

⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”. Comares, 2016, pág 321.

de manifiesto las diferencias de los permisos retribuidos con las suspensiones del contrato de trabajo y con otras interrupciones periódicas del contrato de trabajo. Por su parte, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”. REDT, núm. 195, 2017, pág 3. insiste en estas diferencias, señalando que, aunque los permisos no son estrictamente tiempo de descanso, entre estos últimos y los permisos retribuidos existe cierta afinidad, y eso lo demuestra la propia ubicación donde se regulan.

² STSJ Madrid 20 de julio de 1992.

el criterio general de los tribunales ha sido que debe abonarse el salario que correspondería al trabajador si el mismo hubiese realizado su prestación laboral⁶.

A pesar de esta doctrina, se han planteado dudas respecto a si se tiene derecho a percibir determinados complementos salariales, que parecen estar vinculados a la realización del trabajo efectivo. En este sentido, el TS ha negado expresamente en Sentencia de 24 de febrero 2006 el derecho a percibir un plus de domingos y festivos a aquellos trabajadores que estén de permiso en esos días, argumentando que, si la finalidad de ese plus es la de resarcir de las incomodidades resultantes de trabajar en esas fechas, su percepción debe depender exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional. Con base en las mismas razones dos sentencias del TS, una de 15 de septiembre 1995, y otra de 18 de marzo 2009, han negado también el percibo del plus de nocturnidad en la retribución de los permisos del art. 37.3 ET.

De esta doctrina cabe deducir que, aunque el trabajador debe percibir como regla general el salario como si hubiese trabajado, y eso incluye el salario base y todos los complementos salariales, determinados complementos, que tienen un carácter funcional, no se devengarían, porque requieren que se realice la prestación de trabajo, y por lo tanto se actualice la circunstancia que los motivó. Estos complementos estarían incluidos en los que se fijan en función del puesto de trabajo que son aquellos en los que se valoran aspectos materiales del trabajo, o su calidad. Así, el plus de nocturnidad, de horas extraordinarias, de domingos y festivos y de disponibilidad. En

⁶ SANCHEZ TRIGUEROS, C., en "Los permisos retribuidos del trabajador", op. cit; aporta numerosas sentencias en este sentido. Sirva como ejemplo de todas ellas la STSJ de Valencia de 1 de marzo 1990 en la que se establece que: "*derecho a remuneración comprende todos los complementos salariales, todos los conceptos retribuidos como si realmente se hubiese trabajado*". Por su parte, la Sentencia del TSJ del País Vasco 23 de marzo 2010 ha reiterado que, durante las situaciones de licencias retribuidas, los trabajadores tienen derecho a percibir el total de los conceptos salariales, tanto fijos como variables, y a ser retribuidos con un salario igual al que habrían percibido de haber prestado servicios con arreglo a la jornada prefijada para esos días.

cambio, respecto de otros complementos fijados en función del puesto de trabajo, como el de toxicidad, penosidad, o turnos rotativos, productividad o incentivos, entiendo que sería cuestionable su no retribución, ya que lo que se valora para su devengo es una característica determinada del trabajo realizado que no se pierde por estar el trabajador disfrutando de una licencia.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo respecto a cómo se deben retribuir las vacaciones. Esta jurisprudencia nos puede servir de guía, porque al igual que en los permisos retribuidos durante las vacaciones se interrumpe la prestación laboral pero no se exonera al empresario de retribuirlos. El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio del 2016 distinguía entre aquellas cantidades que claramente deben ser retribuidas en el salario de vacaciones, a las que denomina "*«núcleo» -zona de certeza»*", y aquellas en las que su devengo puede ser dudoso; a éstas últimas las denomina "*«halo» -zona de duda»*". El primer grupo estaría integrado por "*el salario base, los conceptos -complementos- debidos a «condiciones personales» del trabajador [anti-güedad, titulación, idiomas...] y a circunstancias de la «actividad empresarial» [toxicidad; penosidad; peligrosidad...]*". Según el Tribunal Supremo, estas partidas salariales siempre deben integrar el salario de vacaciones porque son percibidas por los trabajadores individualmente considerados. El segundo grupo de complementos, siguiendo esta jurisprudencia sobre vacaciones, estaría integrado por aquellos atribuibles a circunstancias relativas al concreto «trabajo realizado», y su calificación como retribución ordinaria o extraordinaria "*dependerá de las circunstancias concurrentes [particularmente la habitualidad en su ejecución]*". En suma, la habitualidad en la ejecución de algunos complementos debe determinar también su devengo o su exclusión del salario en los permisos retribuidos⁷.

⁷ Otra cuestión relacionada con la retribución de los permisos es la que resuelve la STSJ de Castilla y León de 14 de mayo 2013 al establecer que un día de licencia o permiso debe equivaler a un día de trabajo sin pérdida de retribución. No estando justificado las diferencias económicas entre día de trabajo ordinario y día de permiso o licencia. "*La concesión de los permisos y licencias no se realiza por jornadas, sino por días,*

C. Cómputo de los permisos a efectos de la jornada de trabajo

Respecto a cómo deben computarse los permisos a efectos de la jornada laboral los tribunales vienen determinando que se trata de tiempo de trabajo efectivo, y por tanto se tendrá en cuenta y computará dentro de los máximos fijados en la jornada. Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, se produce una ficción jurídica por la que se consideran trabajados unos periodos de tiempo en los que el trabajador no tiene que realizar la prestación de servicio⁸. En este sentido hay una doctrina jurisdiccional asentada hace tiempo que determina que los permisos no se conciben como “una disminución de la jornada laboral”⁹.

Por cierto, esta doctrina parece limitada a los permisos legales del art. 37 ET, y no a los permisos convencionales. Por ejemplo, el carácter recuperable o no de los permisos por asuntos propios ha sido objeto de análisis en diversas sentencias del Tribunal Supremo, muchas de las cuales giran en torno a la interpretación del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad. El artículo 46 del mencionado Convenio concede un día de ausencia por asuntos propios a los trabajadores, sin determinar si éste tiene carácter recuperable o no. El Alto Tribunal ha considerado que los permisos por asuntos propios, en este caso, no son tiempo de trabajo efectivo, pues de haber pretendido que los días de permiso por asuntos propios no fueran recuperables, los negociadores del convenio habrían realizado las correspondientes deducciones en la jornada de forma que no fuese preciso recuperar esos días para cumplirla¹⁰.

En conclusión, de esta jurisprudencia podemos extraer que el caso de que los permisos

sean de creación convencional, el carácter recuperable o no de los mismos dependerá de lo que determine el convenio colectivo; si el convenio determine que no son recuperables de manera expresa, éstos serían recuperable siempre y cuando la ausencia determine una inobservancia de la jornada fijada en el convenio colectivo.

Otra cuestión importante que se ha planteado en relación con los permisos y su influencia en la jornada de trabajo hace referencia a si la duración de los permisos debe ser la misma para un trabajador a tiempo parcial que para un trabajador a jornada completa. La STS 15 de septiembre del 2006 establece que la regla general aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, no es ya la de “la igualdad de derechos pura y simple, sino la de acomodar el disfrute de aquellos derechos que no se consideran divisibles a la proporcionalidad derivada de la situación desigual en que se encuentran”¹¹.

Con base en este argumento considera que el disfrute de 2 días por asuntos propios “no debe reconocerse a los trabajadores a tiempo parcial en su plenitud literal” sino “de manera proporcional a la jornada que realizan en relación con la ordinaria”.

Esta doctrina supone aplicar en su totalidad a esta clase de trabajadores aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos sólo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición. A nuestro juicio, los permisos retribuidos legales en el caso de los trabajadores a tiempo parcial deberían ser indivisibles. La proporcionalidad podría aplicarse a aquellos permisos de creación convencional como el de los días por

con lo que la garantía de mantenimiento de la retribución que contempla el artículo 46 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad se aplica a todo el día de disfrute del permiso no respecto a la jornada” como venía haciendo la empresa.

⁸ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Tiempo de trabajo y tiempo de descanso”. Tirant lo Blanch.2017, pág 63.

⁹ STCT 3 de marzo de 1982.

¹⁰ STS 14 de marzo del 2011; 20 de septiembre del 2011; y 26 septiembre 2011.

¹¹ Esta sentencia resuelve una demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por Comisiones Obreras que afecta a unos 70 trabajadores contratados a tiempo parcial. Uno de los motivos que se plantea en la demanda es XIX Convenio Colectivo de la empresa demandada Saba Aparcaments, S.A. para los años 2003 a 2006, versa sobre la interpretación y aplicación de los arts. 18.e), y 19, tercer párrafo del referido Convenio Colectivo de empresa. Concretamente se cuestiona la interpretación del art. 18.e), en cuanto establece que el trabajador podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, hasta 2 días al año, por asuntos propios.

asuntos propios, pero no debe ser predicada de los supuestos que contempla el art. 37.3 del ET. Por ejemplo, en el caso del permiso por infortunios familiares la proporcionalidad no tendría mucho sentido si atendemos a la finalidad del permiso de atender a tales circunstancias infortunadas, las cuales no se ven reducidos porque se trate de un trabajador a tiempo parcial. Lo mismo cabría decir del día por traslado por domicilio, el permiso por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, el de funciones sindicales, o el permiso por exámenes prenatales. Cuestión diferente sería si el convenio hubiese ampliado los plazos mínimos que el ET establece para estos permisos donde normalmente sí se podría establecer la proporcionalidad respecto a la mejora que ha realizado el convenio colectivo.

D. Día inicial en el que debe comenzar el cómputo de los permisos

El problema de cuál deba ser el momento en el que se inicie el disfrute de los diferentes permisos retribuidos que contempla el art. 37.3 ET es una cuestión de suma relevancia en la práctica. La estrecha conexión entre el suceso o acontecimiento que genera el permiso y el momento del disfrute de éste evidencian una necesaria inmediatez en el ejercicio de estos permisos. Por esta razón la doctrina judicial y la científica han venido entendiendo que los permisos habrán de disfrutarse justo a continuación del acaecimiento del hecho que los motiva¹².

Esto ha determinado que el permiso no se pueda fraccionar, ni tampoco disfrutar antes de que se actualice el acontecimiento que lo desencadena ni su disfrute extemporáneo. Tampoco será posible acumular los permisos a situaciones que el trabajador no está trabajando como las vacaciones, o suspensiones por maternidad¹³.

Cuestión distinta es la que se plantea cuando los días del permiso solicitado coincidan con un día festivo o con el descanso semanal. En estos casos se había entendido mayoritariamente que el permiso no sería trasladable a días hábiles¹⁴. No obstante, últimamente esa doctrina tradicional se ha modificado por parte de la jurisprudencia. En efecto, el *dies a quo* en el que va a comenzar el cómputo del permiso cuando el hecho causante que lo desencadena coincide en día festivo ha sido debatida en una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2018 que establece, que si el día en el que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable, el permiso por matrimonio, nacimiento de hijo o fallecimiento de familiar se inicia el primer día laborable que le siga. Asimismo, para los supuestos de accidente, enfermedad grave u hospitalización, el día inicial de disfrute debe entenderse el primer día laborable. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no distingue entre permisos cortos y largos, refiriéndose en la citada sentencia al permiso por matrimonio. Pero posteriormente la Audiencia Nacional en sus sentencias de 13, 20 y 28 de junio de 2018 sí hace esa distinción. El permiso por matrimonio estaría dentro de los permisos largos, y la mención en el precepto legal a “días naturales”, comportaría necesariamente que su cómputo incluyera días laborables y días no laborables. Esta argumentación puede parecer contraria a la Jurisprudencia del TS reseñada; pero tal vez la contradicción pueda salvarse si entendemos que esta doctrina se entiende referida a la calidad de los días del permiso por matrimonio y no al inicio del cómputo del mismo. Reforzaría esta idea el hecho de que cuando la AN se refiere a los permisos cortos (nacimiento de hijo, enfermedad grave, accidente, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización, y fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad), se hace mención a “días” y no a “días naturales”.

¹² SANCHEZ TRIGUEROS, C., en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Op. cit. pág. 52. En este sentido también TCT de 3 de marzo de 1982, y STCT 29 de agosto de 1983. Más recientemente TS de 12 de mayo de 2009, donde se señala que “lo referente al día de la boda como incluido dentro de los 15 días de permiso por matrimonio, el recurso no merece acogida.”

¹³ En este sentido, pero referido más concretamente al

permiso por matrimonio BLASCO JOVER, C., “Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales”. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pag. 25.

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos ed. 39, pág. 450, haciendo referencia a una sentencia del TCT 31 de agosto de 1982, establece que si algún día de los solicitados coincidiese con festivo no será trasladado a días hábiles.

2.2. Jurisprudencia sobre los hechos causantes de los permisos retribuidos

En los apartados siguientes vamos a analizar aquellas materias que afectan de manera singular a los supuestos contemplados en el art 37.3 ET.

A. Permiso o licencia por matrimonio

El art. 37.3. a) ET reconoce al trabajador “quince días naturales en caso de matrimonio”¹⁵. Como pudimos ver en el apartado anterior el propio precepto establece que los días son naturales, y el TS en sentencia de 12 de mayo de 2009 estableció que la fecha en que se celebra el matrimonio debe estar incluida en los quince días, salvo cuando la celebración de la ceremonia se realice en día no laborable para el trabajador, “*en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde el primer día laborable*”. El traslado al primer día laborable cuando la ceremonia se realice en día no laborable ha sido posteriormente confirmado por la ya analizada sentencia del TS de 13 de febrero de 2018. Por su parte, la doctrina judicial ha afirmado que la justificación del permiso se encuentra “*en el hecho mismo del matrimonio como acontecimiento*”¹⁶; o, dicho de otra forma, el hecho causante del permiso no es el cambio de estado civil del trabajador sino el acto mismo de la boda¹⁷.

Cuestión que ha sido también debatida es si en el supuesto del art. 37.3 a) ET puede entenderse comprendidas las parejas de hecho o los nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, distintos al de las uniones matrimoniales; Tal inclusión ha sido negada por la AN en sentencia de 8 de enero del 2018¹⁸. Esta misma sentencia establece,

¹⁵ Cabe entender que la referencia al matrimonio contenida en el citado artículo, se extiende a cualquier matrimonio que pueda celebrarse al amparo de la normativa en vigor, incluyendo por tanto a los del mismo sexo (Disposición adicional 1ª de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

¹⁶ STSJ País Vasco 3 de marzo 1998.

¹⁷ Por su parte, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”. REDT, núm. 195, 2017, pág 4.

¹⁸ La doctrina judicial ya se había pronunciado en este

también, que los convenios colectivos pueden extender el derecho a otro tipo de situaciones como son las uniones de hecho si bien dicha extensión debe realizarse explícitamente¹⁹.

Cuando el convenio colectivo ha equiparado las parejas de hecho al matrimonio a efectos de concederle un permiso retribuido, se ha planteado si en el caso de que coincidan los mismos integrantes, y cuando ya hayan disfrutado de ese derecho podrían solicitar de nuevo el permiso si contrajeran matrimonio. La doctrina jurisdiccional se ha pronunciado sobre esta cuestión entendiendo que habiendo disfrutado del mismo cuando se constituyeron en pareja de hecho no cabe su disfrute por razón de haber contraído matrimonio²⁰. En cambio, sí parece obviamente que se tendría derecho a disfrutar de nuevo del permiso en caso de segundas nupcias.

B. Permiso por infortunios familiares

El artículo 37.3 b) ET contemplaba antes del RDL 6/2019²¹ dos circunstancias distintas que permitían al trabajador interrumpir su jornada laboral. La primera era el nacimiento de un hijo biológico; y la segunda, la atención por parte del trabajador de diversos infortunios familiares de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Desde el 8 de marzo 2019 deja de estar vigente el permiso retribuido de 2 días por nacimiento de hijo. Por tanto, el art. 37.3 b) ET, ahora se refiere exclusivamente al permiso por infortunios familiares. Las adversidades familiares

sentido. Sirva de ejemplo la Sentencia del TSJ Madrid de 8 de abril de 1994.

¹⁹ SSTSJ Andalucía, 2 de marzo 2010. La doctrina también suele ser partidaria de esta interpretación. Así ROJO TORRECELLAS, E., en “Permisos y licencias (análisis del artículo 37.3 de la ley del estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional). AA. VV. Tiempo de Trabajo, Bomarzo, 2011, pág 2013. “si la causa desencadenante del permiso es “la celebración del contrato de matrimonio jurídico”, el disfrute de ese permiso no lo recibirán las personas que formen una pareja de hecho y tampoco se extenderá, a salvo de regulación convencional expresa, al disfrute de permisos que se reconocen ampliamente en sede colectiva cuando se trata, por ejemplo, de matrimonios de familiares, es decir que no se reconocerá si los familiares formalizan una pareja de hecho.

²⁰ STSJ Castilla y León, de 11 de junio 2015.

²¹ Art.2.9 BOE 7 de marzo 2019.

son el fallecimiento, el accidente, la enfermedad grave u hospitalización, y la intervención quirúrgica sin hospitalización. Por su parte, la duración del permiso es de dos días ampliable a cuatro días en el caso de que el trabajador necesite desplazarse.

El determinar cuándo se produce un desplazamiento a efectos de la ampliación del permiso suele ser objeto de regulación por parte del convenio colectivo. En algunos casos los convenios han establecido un kilometraje mínimo para dar derecho a la ampliación; o han señalado que el desplazamiento ha de ser fuera de la provincia. El problema se plantea cuando el convenio no se pronuncia al respecto. El Tribunal Supremo establece como criterio general en este supuesto analizar las circunstancias concretas de cada caso, como la distancia entre los municipios, si se dispone o no de medio de transporte, o si existen buenas conexiones (STS 4 de junio del 2012)²².

El art.37.3 b) ET hace referencia a “días” y no a “días naturales”, por lo tanto, como vimos en su momento, debe entenderse que su disfrute va referido a días laborables²³.

Como ya dijimos en el apartado anterior, el TS establece que si el día en el que se produce el hecho que justifica el permiso no es laborable, el permiso por infortunios familiares se inicia el primer día laborable que le siga, tal y como se ha establecido en la STS de 13 de febrero de 2018. En este mismo sentido cabría preguntarse si esta doctrina también sería aplicable cuando el hecho causante del permiso surge mientras el trabajador está disfrutando de sus vacaciones. La jurisprudencia tradicional establece que el disfrute de los permisos exige cierta inmediatez²⁴.

²² En este sentido el TS sigue una antigua doctrina del TCT, sentencia de 18 de octubre de 1988, que establecía que no se debía atender a aspectos puramente formales, como puede ser el mero cambio de localidad o de municipio, sino a la distancia, las dificultades del transporte, etc.

²³ AN 13, 20 y 28 de junio de 2018.

²⁴ STS 17 de enero de 2008. Anteriormente la doctrina jurisdiccional también se había pronunciado en este sentido. Por ello se deniega el derecho a disfrutar del permiso de tres días que al efecto establece el convenio sin descontarlo de las vacaciones STSJ de Cataluña de 18-06-2001.

Es cierto que podemos encontrar algunas sentencias que han considerado que en estos casos se conservaría el derecho a disfrutar del permiso una vez transcurrido el periodo de vacaciones; pero se trata de resoluciones en relación con el extinto permiso por nacimiento de hijos, y respecto a la regulación convencional y no a la legal²⁵.

Varias son las cuestiones que ha planteado el permiso por hospitalización de familiar. En primer lugar, la hospitalización no exige la concurrencia de la nota de “gravedad” aunque tampoco la excluye (STS 21 de septiembre 2010). En segundo lugar, el Tribunal Supremo mantiene una doctrina reiterada que establece que el alta hospitalaria del familiar sin alta médica no produce la extinción anticipada del permiso ya iniciado (STS 21 septiembre 2010; 5 de marzo del 2012; 13 de junio 2018). Esto será así, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa, condicionando la duración a que el hecho causante “se mantenga durante el disfrute del permiso”, en cuyo caso se extinguirá con el alta hospitalaria y no con el alta médica (STS 4 de octubre 2015). Finalmente se ha establecido que solo se generaría el permiso por hospitalización sin pernoctar si existe intervención quirúrgica²⁶.

Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que el alumbramiento generará, un permiso por hospitalización para los familiares hasta segundo grado²⁷.

²⁵ Respecto al permiso por nacimiento de hijos la STSJ Galicia de 23 noviembre del 2015 entendió que se conserva el permiso por nacimiento de hijos con independencia de que éste se produzca en periodo vacacional. Esta sentencia argumenta que, aunque la jurisprudencia tradicional establece que el disfrute de los permisos exige cierta inmediatez, la interpretación del convenio objeto de discordia, en el que se reconocía un permiso de 4 días en caso de nacimiento de hijos o adopción, debe ser conforme al contexto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el que se estableció. Por ello señalaba que “nos parece evidente la intención de los negociadores de blindar los permisos retribuidos por nacimiento de hijos y por adopción de los días festivos y del descanso semanal, y por la misma razón también de las vacaciones”. Sin embargo, señalaba esta sentencia que esta doctrina no se extiende a la previsión legal que establece el art. 37 b) ET, siendo esta interpretación válida exclusivamente para este permiso de creación convencional.

²⁶ AN 26 de julio 2018.

²⁷ STS 23 de abril del 2009. También se planteó si con

C. Permiso por traslado de domicilio

El trabajador dispone según establece el art. 37.3 c) ET con carácter remunerado de “un día por traslado del domicilio habitual”. Este permiso no presenta una litigiosidad muy abundante, pero sí de notable interés.

El Tribunal Supremo determinó en su momento que el uso del permiso no puede restringirse al traslado de muebles, pudiendo el trabajador dedicar ese tiempo a cualquiera de las gestiones relacionadas con dicho cambio (STS de mayo de 1992); esta doctrina significa que el permiso por traslado de domicilio no se limita a las operaciones de “mudanza”. También se ha puesto de manifiesto que el traslado ha de referirse al cambio de domicilio o residencia habitual y permanente, quedando excluido de este permiso los traslados de segunda vivienda o de residencia temporal²⁸.

D. Permiso por el cumplimiento de un deber público y personal y para el ejercicio del sufragio activo

El artículo 37.3 d) establece que el trabajador dispondrá “del tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo”. Dos son las cuestiones fundamentales que ha planteado este permiso en la jurisprudencia la primera hace referencia a que debemos entender por “inexcusable deber de carácter público y personal”; y la segunda corresponde a la duración del permiso.

motivo de la hospitalización subsiguiente al parto, el otro progenitor podría disfrutar acumulativamente el permiso por nacimiento de hijo y, además, del permiso por ingreso de un familiar. En principio se entiende que, si el ingreso hospitalario fuese el estrictamente necesario y habitual para el parto, el otro progenitor únicamente podría hacer uso del permiso derivado del nacimiento de un hijo. Ahora bien, si hubiera alguna complicación relacionada con el parto o la cesárea determinase que el ingreso hospitalario se prorrogase más allá de esos primeros días el trabajador podría tener derecho a ambos permisos (STSJ Galicia de 16 de diciembre del 2014).

²⁸ STSJ Canarias de 28 de octubre 2005. Téngase en cuenta también que conforme al artículo 40 del Código Civil, “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones cíviles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual”.

En referencia a la primera cuestión la doctrina ha entendido que cualquier deber o exigencia contemplada por el ordenamiento jurídico ha de considerarse un deber de inexcusable cumplimiento. La anotación del carácter público del deber parece indicar que se trate de una obligación impuesta por una Administración o un Poder Público. Y por último, el carácter personal del deber aparecerá cuando su cumplimiento no pueda ser llevado a cabo a través de sustitución o representación²⁹.

En este mismo sentido el Tribunal Supremo ha establecido que el deber inexcusable de carácter público puede definirse como la obligación que incumbe a una persona, impuesta por una norma, cuyo cumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa (STS 12 de mayo 2009).

Las circunstancias que se han considerado que encajan dentro del concepto de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal pueden ser muy variadas. No pretendemos ser exhaustivos, y por ello nos vamos a referir a las más habituales, o a las que han presentado mayores problemas. En primer lugar hay que decir que el ejercicio del sufragio activo es mencionado expresamente en el art. 37.3.d) ET³⁰, a diferencia de otros posibles deberes que comporten este carácter³¹. Por otra parte, también se ha considerado como supuestos que se incluye en este permiso la participación en una mesa electoral³². La comparecencia

²⁹ SANCHEZ TRIGUEROS, C., en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Op, cit. Pág 141, y BASTERRA HERNÁNDEZ, M. en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”.

³⁰ La mención expresa fue introducida en la Ley por la reforma de 1994. Con ello se puso fin definitivamente a la polémica acerca de si el ejercicio del derecho al voto podía estar incluido en este permiso. Ejemplo de la existencia de esta polémica se pone de manifiesto en Las STS 9 de mayo de 1990 y STS de 20 de diciembre de 1990.

³¹ EL RD 605/1999 de 16 de abril en su art. 13 establece que se podrá disponer “en su horario laboral hasta de cuatro horas libres para el ejercicio del derecho al voto que serán retribuidas. Cuando el trabajo se preste en jornada reducida se efectuará la correspondiente reducción proporcional”.

³² STSJ Andalucía, 12 de junio 2014. En este mismo sentido. ROJO TORRECILLAS, E. en “Permisos y licencias (análisis del artículo 37.3 de la ley del estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional). Op. cit. pág 224.

como miembro de un jurado, o la comparecencia como testigo en un juicio encajarían también en el supuesto de este permiso. En este último supuesto el TS, en Sentencia de 12 de mayo 2009, ha entendido que la asistencia del trabajador como demandante en otros procesos judiciales, aunque no sean laborales deben ser entendidos a estos efectos como un deber inexcusable de carácter público y personal. También se ha planteado judicialmente si el tiempo necesario para asistir a revisiones médicas ante el organismo público competente para acceder, mantener o revisar el reconocimiento de las situaciones de discapacidad debe ser también considerado como un deber inexcusable de carácter público y personal, dando en este caso la doctrina jurisprudencial una respuesta afirmativa³³.

No se debe considerar, sin embargo, un permiso de esta naturaleza, el tiempo necesario para acudir a consultas médicas con un hijo menor de edad, cuando se ha excedido el tiempo otorgado por el convenio colectivo para atender estas necesidades³⁴.

E. Permisos para realizar funciones sindicales o de representación

El art. 37.3.e) ET reconoce el derecho del trabajador a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, *“para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente”*. Este permiso hay que conectarlo con el art. 68.e) ET, que concede a los representantes unitarios un crédito de horas mensuales *“para el ejercicio de sus funciones de representación”*; con el art. 10.3 LOLS, ya que a los delegados sindicales se les extiende tales garantías cuando no formen parte del comité de empresa; con el art. 9.2 LOLS puesto que los representantes sindicales que participen en comisiones negociadoras tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesario, y por último con el art. 37.1 LPRL, para los delegados de prevención.

No es éste un permiso que haya planteado en los últimos tiempos mucha conflictividad laboral. El Tribunal Supremo en sentencia

de 23 de marzo del 2015 se pronunció sobre si para el cálculo del crédito horario debe tenerse en cuenta el período de vacaciones. La jurisprudencia ya había indicado que el crédito no experimenta una reducción en los períodos de incapacidad temporal, donde se produce una suspensión de la actividad laboral, lo que se diferencia de la interrupción legal que suponen las vacaciones. En esta sentencia se vendrá a confirmar que el crédito sindical debe relacionarse con los períodos en los que hay obligación de trabajar, y con ello se excluiría del cómputo de las vacaciones. Por lo tanto, las horas por crédito horario han de multiplicarse por 11 meses y no por 12, excluyendo de esta forma el mes de vacaciones.

F. Permiso por realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto o para obtención de declaración de idoneidad para la adopción

El art. 37.3. f) ET reconoce un permiso por el tiempo indispensable *“para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto”* así como para, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción *“asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación y la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo”*³⁵.

Como podemos apreciar la letra f) del artículo 37.3 ET contempla tres supuestos o circunstancias que justificarían este permiso.

La cuestión más controvertida desde el punto de vista judicial se ha centrado fundamentalmente en la titularidad del permiso para la asistencia a técnicas de preparación al parto, planteándose si puede ser solicitado por el hombre para asistir junto a su pareja al curso correspondiente. El art. 37.3 ET habla de *“trabajadores”* con carácter general, aunque el art. 26.5 LPRL habla de *“trabajadoras embarazadas”*.

³³ STSJ Cataluña de 26 de mayo 2016.

³⁴ STSJ Galicia de 14 de julio 2017.

³⁵ Art. 26.5 LPRL recoge el derecho de las trabajadoras embarazadas a ausentarse del trabajo sin pérdida de remuneración cuando deban realizar exámenes prenatales dentro de su jornada de trabajo.

Los tribunales no parecen haber sido muy proclives en extender el permiso al otro progenitor. Como ejemplo podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, de 23 de abril de 2007, que establece que las licencias para cursos de preparación al parto *“corresponde únicamente a la mujer embarazada”* a lo que añade que *“los exámenes prenatales y la realización de técnicas de preparación al parto implican una actividad reservada a la mujer, y, la obtención de un permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal”*³⁶.

3. REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

Nuestro ordenamiento laboral contiene una serie de reducciones o adaptaciones de jornada que pretenden fundamentalmente facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar. Así la ausencia o reducción de jornada por lactancia, o por nacimiento de hijos prematuros u hospitalización (art. 37.4 y 5 ET); y la reducción de la jornada por guarda legal, para el cuidado familiares desvalido y para el cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.6 ET) persiguen, que el trabajador pueda compatibilizar sus obligaciones profesionales con determinadas exigencias de su vida privada, sin tener que abandonar su carrera profesional³⁷.

La ausencia o reducción de la jornada por nacimiento de hijos prematuros que requieran hospitalización, ha perdido cierta aplicación práctica debido a las modificaciones que se introdujeron en la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, donde se ampliaba la duración de la suspensión para

el supuesto de que el recién nacido debiera permanecer hospitalizado por parto prematuro con falta de peso, o por otra circunstancia que aconsejen su hospitalización después del parto. Y también por la propia aparición de la suspensión por paternidad a raíz de la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva para Mujeres y Hombres. Este supuesto apenas tiene conflictividad laboral, y por esa razón no la vamos a tratar en este trabajo. Por el mismo motivo tampoco vamos a tratar la reducción de jornada, prevista en el art. 37.8 ET para las trabajadoras víctimas de violencia de género y trabajadores víctimas del terrorismo.

3.1. Permiso o reducción de la jornada para el cuidado del lactante

El permiso por lactancia ha sido modificado por el art.2.9, y 16 RDL 6/2019 (BOE 7-3-19), que da una nueva redacción al art. 37.4 ET³⁸.

Este permiso pasa a denominarse para el cuidado del lactante, y se establece como principal novedad que lo pueden disfrutar ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores de un menor de 9 meses, mientras que antes sólo lo podía disfrutar uno de ellos en caso de que ambos trabajasen. El ejercicio del derecho no puede transferirse al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor³⁹. Asimismo, cuando ambos progenitores o asimilados ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute puede extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los 9 meses. Dicha reducción se complementa con una nueva prestación económica denominada corresponsabilidad en el cuidado del lactante. A pesar de estas modificaciones, gran parte de la jurisprudencia reciente sobre el permiso de lactancia sigue estando vigente. En cambio, otras cuestiones que habían planteado pro-

³⁶ En el mismo sentido STSJ de Madrid de 17 de enero del 2005.

³⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”. Comares, 2016, pág 213, señala que a diferencia de otras figuras que favorecen la conciliación, como los permisos y las excedencias que se configuran como derechos a la ausencia, las reducciones de jornada se encuentran en los denominados derechos de presencia, evitando de esta forma un alejamiento del puesto de trabajo.

³⁸ Ver art. 37.4 y disp.adic.19ª, redacc RDL 6/2019 art.2.9 y 16.

³⁹ Sólo en el caso de que dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que debe comunicar por escrito.

blemas en la jurisprudencia anterior han sido zanjadas por la nueva redacción del precepto, como podremos comprobar enseguida.

La nueva redacción del permiso del cuidado del lactante y su configuración como un derecho individual de ambos progenitores o asimilados resuelve la litigiosidad judicial que se había creado en torno a la titularidad del derecho, la cual pivotaba fundamentalmente en torno a dos cuestiones. La primera hacía referencia a si la titularidad era indistinta entre mujeres y hombre o había una preferencia en favor de la mujer trabajadora⁴⁰. Este tema quedó resuelto a raíz de la Sentencia del TJUE 30 de septiembre 2010 caso Roca Álvarez que apostaba por la titularidad indiferenciada entre mujeres y hombres en el supuesto del permiso por lactancia y en consecuencia forzaba a una nueva redacción del art. 34.4 ET. En esta nueva redacción se establecía que el permiso de lactancia era un derecho individual de los trabajadores (hombre o mujeres) pudiéndose ser disfrutado por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajasen⁴¹.

La segunda cuestión ha girado, precisamente, en torno a la exigencia de que ambos progenitores trabajen. En efecto, la exigencia de este requisito ha sido interpretada de diferentes formas por los tribunales. De hecho, que la madre se encontrara en situación de desempleo, o en situación de excedencia ha supuesto en algunos casos la denegación del permiso para el otro progenitor⁴². En cambio, otros tribunales han mantenido una doctrina más acorde con la redacción actual, y con la propia evolución de los diferentes modelos de familia, y han establecido que la exigencia de que ambos progenitores tengan que trabajar

⁴⁰ Téngase en cuenta que, aunque la Ley 39/1999 introdujo un nuevo pasaje al art. 34.4 en el cual se señalaba que el permiso podría ser disfrutado "por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen", seguían manteniendo como titular originario o preferente al comenzar el artículo diciendo que eran la "las trabajadoras por lactancia de un hijo de nueve meses a la que se le concedía el derecho.

⁴¹ Esta nueva redacción fue introducida por RDL 3/2012 de 10 de febrero, convalidado posteriormente por la Ley 3/2012 del 6 de julio.

⁴² SSTSJ Andalucía, 1 de septiembre 2015; 5 de noviembre 2015, 18 julio 2016; 19 de enero 2017; y STSJ Castilla y León, Burgos, 12 de septiembre 2012.

para la concesión del derecho podría resultar discriminatorio para las familias monoparentales, o parejas separadas en las que se reconoce el derecho a un solo progenitor⁴³.

El art. 37.4 ET nunca ha establecido, y tampoco lo hace en su nueva redacción de manera expresa, el carácter retribuido del permiso. No obstante, tal carácter retribuido ha sido reconocido por los tribunales⁴⁴. En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido que el permiso no puede suponer una pérdida económica para el trabajador, y deben retribuirse todos los conceptos salariales. Así la STS 9 de diciembre del 2009, analizando el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, establece que la retribución del permiso de lactancia debe ser íntegra, comprendidos también los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales.

Respecto a las modalidades del disfrute de este permiso conviene poner de manifiesto que el artículo 37.4 ET sigue estableciendo, ya que este punto no ha sido modificado por el RDL 6/2019, tres formas diferentes de ejercer el derecho. En primer lugar, se establece la posibilidad de que el trabajador se ausente una hora, pudiendo repartir esa ausencia en dos fracciones de 30 min. En segundo lugar, la modalidad anterior podrá sustituirse por una reducción de la jornada en media hora. Finalmente, se contempla la posibilidad de acumular el tiempo de reducción en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva, o en el acuerdo a que se llegue con la empresa.

En este último supuesto se ha planteado la duda de si la acumulación debía hacerse respecto a la hora de ausencia, o respecto a la media hora de reducción de la jornada de trabajo. La STS 419/2018 de 19 de abril resuelve esa controversia al establecer que la acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia y no a la me-

⁴³ En este sentido, STSJ de Cataluña de 7 de marzo del 2018. La sentencia STSJ de Andalucía (Málaga) 30 de enero del 2014 reconoció el permiso a un trabajador varón a pesar de que la madre no trabajaba.

⁴⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., "El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia". REDT, núm. 213, 2018, págs.29 y 30.

dia hora de reducción de jornada. Otro tema que también resuelve esta sentencia es el de determinar si el derecho a la acumulación es directamente ejercitable cuando el convenio prevé esa opción, o es necesario además un ulterior acuerdo individual con el empresario⁴⁵. La sentencia comentada establece que el convenio que se analiza no debe quedar al acuerdo de las partes, y entiende, por tanto, que existe derecho a la acumulación cuando el convenio colectivo lo disponga, aunque sea de manera genérica como ocurre en el caso enjuiciado.

Referente a la posibilidad de acumulación en jornadas completas, también se ha planteado si la acumulación debe hacerse sobre días *naturales*, o días laborables. Respecto de este supuesto litigioso la STSJ de Navarra 12 de enero 2017 entiende que debe hacerse en día laborables.

3.2. La reducción de la jornada por “guarda legal” o para el cuidado de familiares desvalidos

El art. 37.6 del ET confiere al trabajador la posibilidad de reducir su jornada diaria de trabajo a quienes “*por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida*”. La reducción debe ser como mínimo de un octavo y como máximo de la mitad de dicha jornada, y la misma va a implicar una reducción proporcional del salario. Es este un derecho que se concede de forma individual a todos los trabajadores ya sean hombres o mujeres.

Una cuestión que ha sido recurrente en los tribunales hace referencia al propio contenido y alcance de este derecho, planteándose si es posible solicitar el cambio de horario, o el cambio de turno de trabajo sin que este suponga una reducción de la jornada. El Tribunal Supremo ha establecido en varias sentencias que esta interpretación no estaría amparada

por el precepto legal⁴⁶ señalando que: “*no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal*”⁴⁷. El cambio de horario sin reducción de la jornada suele acogerse por parte de la jurisprudencia como una manifestación del art. 34.8 ET que reconoce el derecho del trabajador a la adaptación de la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo con la finalidad de compatibiliza trabajo y familia, remitiéndose en el desarrollo de este derecho a la negociación colectiva o al acuerdo que se llegue con el empresario.

La pregunta que nos tendríamos que hacer a continuación es si estaría incluido en este supuesto legal la solicitud de la reducción de jornada y elección de turno conjuntamente. En este punto la doctrina judicial no ha sido pacífica. El Tribunal Constitucional (TC 3/2007, de 15 de enero) ha mantenido una postura que va más allá de la literalidad del artículo 37.6 ET apostando por la potenciación de la protección de la familia, frente a aquellas sentencias que han defendido que al no haber en el texto legal una mención expresa al derecho de reducción de jornada y elección de turno conjuntamente, salvo que se disponga de tal posibilidad en convenio, esta no sería posible⁴⁸. Según el máximo intérprete de la Constitución la empresa debe motivar y fundamentar con causas objetivas de organización y produc-

⁴⁶ Ver TS 13 de junio del 2008, 18 de junio 2008. En el mismo sentido, TS 20 mayo del 2009 y 19 de octubre de 2009.

⁴⁷ TS 18 de junio de 2008.

⁴⁸ Con base en esta doctrina del TC, el TSJ de Andalucía de 1 de febrero del 2018 entiende que una interpretación finalista de la norma para proteger el derecho a la familia y por ende la conciliación de la vida familiar y laboral, exigirá de la empresa una prueba fehaciente de la inviabilidad de la solicitud de la trabajadora y no bastará con la mera negativa empresarial en base al literal del artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, al limitarse la empresa a denegar a la trabajadora que había solicitado una reducción de jornada de trabajo por guarda legal junto con la adscripción a turno fijo, cuando la misma realizaba turnos rotativos, sin una justificación de la inviabilidad de esa medida por razones organizativas le da la razón a la trabajadora. En sentido contrario, TSJ Cataluña 7 de marzo del 2017 deniega a una trabajadora el derecho a reducir la jornada con adscripción a un turno fijo argumentando que su *jornada ordinaria* de trabajo incluía turno rotativo.

⁴⁵ Ver SEMPERE NAVARRO, A., ¿Cuándo y cómo se acumula el permiso de lactancia? (al hilo de la STS SOC 419/2018 de 19 de abril) *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018.

ción, las decisiones en las que se pretenda desestimar la petición de adscripción a un turno fijo para el desarrollo de la reducción de jornada, ya que lo contrario podría implicar una discriminación indirecta por razón de sexo⁴⁹.

Otra cuestión que ha planteado bastante conflictividad judicial han sido la determinación de cuál debe ser el módulo (diario, semanal, mensual, o anual) sobre el que debe operar la reducción de la jornada. Antes de la reforma laboral del 2012 la reducción de la jornada por guarda legal no hacía referencia a un módulo concreto donde operar la reducción, no obstante, tras la reforma se introduce en el ET que ésta debe hacerse en "la jornada de trabajo diaria". Este cambio legislativo ha sido criticado por la doctrina⁵⁰ por considerar que esta limitación de la jornada al módulo diario resulta más restrictiva que la anterior fórmula y reduce en consecuencia las diferentes posibilidades para que esta medida sea lo más eficaz posible y permita a los trabajadores compatibilizar de verdad su vida laboral y familiar. De hecho antes de la modificación del texto legal los tribunales admitían claramente la posibilidad de que la reducción se llevara a cabo en un módulo superior al diario, permitiendo que al día se trabajara el mismo número de

días reduciéndose los días de la semana trabajados o los meses del año⁵¹.

Ahora bien, después del cambio legislativo que constriñe la reducción de la jornada al módulo diario, los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este extremo, y han declarado que la reducción en estos casos no tiene por qué verse limitada o agotada a la jornada diaria, si el convenio colectivo hace referencia a la "jornada ordinaria" (AN, en su Sentencia de 23 de marzo de 2015)⁵². El TS ha confirmado esta tesis en sus Sentencias de 18 de mayo de 2016 -sentencia que confirma la citada SAN de 23 de mayo 2015- y de 15 de septiembre de 2016 señalando que la regulación del ET en esta materia no constituye un mínimo de derecho absoluto sino que puede ser mejorada por convenio colectivo, de ahí que si el convenio de aplicación prevé que la reducción corresponde al trabajador dentro de su "jornada ordinaria", éste será de aplicación preferente al tratarse de una norma más favorable para los trabajadores. Pero cabría preguntarse qué ocurriría si el convenio no se pronunciase sobre este extremo, o pronunciándose se refiriera de manera literal al precepto del ET, cuya referencia como sabemos es la jornada diaria de trabajo. En este caso, una cierta doctrina judicial exige que una denegación de este tipo venga justificada por razones organizativas de la empresa, y no simplemente en atención a la mera literalidad del precepto, haciendo de esta forma una interpretación más finalista de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral⁵³.

⁴⁹ STC3/2007 de 15 de enero "La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa..., lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego".

⁵⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., "Las reducciones y adaptaciones de jornada en atención a las necesidades personales y familiares del trabajador", Revista de Derecho Social, Núm. 78, Abril 2017, págs 111, 112; BALLESTER PASTOR, M.A., "De como el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades.", Derecho Social, núm. 57, 2012, págs 109. MOLINA NAVARRETE, C., "Nuevo revés judicial a la reforma laboral. La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la "diaria", (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo). RTSS, núm. 386, mayo 2015 págs 150.

⁵¹ TS 20 de junio 2000.

⁵² AN 23 de marzo de 2015 "el derecho a la reducción de jornada no comporta, con base al redactado del art 37.5 ET introducido por el RDL 3/12, que dicha reducción deba ejercerse necesariamente dentro de los márgenes de jornada diaria de trabajo, sino que en aplicación del precepto del convenio que lo regula, al que remite el art.37.6 del ET corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria". MOLINA NAVARRETE, C., "Nuevo revés judicial a la reforma laboral. La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la "diaria" (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo). Op.cit págs 150.

⁵³ Este parece ser el criterio del TSJ del País Vasco de 23 de septiembre, en Sentencia 1657/2014, cuando señala que debe ser el empresario "el que muestre de forma clara e indubitativa la excepcionalidad de la denegación de la reducción".

3.3. Reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave

El párrafo tercero del art. 37.6 ET establece la posibilidad de solicitar una reducción de jornada destinada al cuidado de menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, durante el período que requiere hospitalización y tratamiento continuado. La reducción de la jornada de trabajo debe ser de al menos un cincuenta por ciento y lleva aparejada la consiguiente merma salarial. Los titulares del derecho serán tanto los progenitores como los adoptantes y acogedores, ya se trate de un acogimiento preadoptivo o de carácter permanente.

A diferencia de otras reducciones de la jornada para este supuesto está prevista una prestación económica por parte de la seguridad social. El art. 190-192 LGSS regula la prestación económica que lleva por título “por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave” desarrollada por RD 1148/2011, de 29 julio. Para que proceda el pago de esta prestación es necesario que los dos progenitores, adoptantes o acogedores trabajen, ya sea como trabajadores asalariados o como trabajadores autónomos. Pero el derecho a percibir la prestación sólo se va a reconocer a uno de ellos (art.191.2 LGSS).

La litigiosidad judicial se ha presentado fundamentalmente entorno al devengo de esta prestación económica. La prestación económica que establece el art. 190 LGSS señala que la “necesidad de hospitalización y tratamiento y del cuidado” del menor de 18 años debe ser constatado “mediante informe del servicio público de salud u organismo administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente”. Con base en ello se ha establecido que si la enfermedad no implica hospitalización, aunque el menor deba tener cuidados domiciliarios la prestación no será reconocida⁵⁴.

La exigencia de que ambos progenitores desempeñen una actividad retribuida para el

devengo de la prestación ha sido criticada por la doctrina científica que entiende que esta regulación no contempla a las familias monoparentales⁵⁵.

Y plantea determinadas cuestiones que giran en torno a si se extingue la prestación por la pérdida del puesto de trabajo, o baja en la Seguridad Social de uno de los progenitores, ya que el art. 190 LGSS, en relación con el 2.1 del RD 1148/2011 condiciona el acceso a la prestación a que ambos progenitores trabajen y que por lo tanto estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social⁵⁶. Recientemente el Tribunal Supremo aborda esta cuestión en STS 2471/2018 de 12 de junio. La cuestión objeto de controversia se centra en determinar si la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave puede seguir disfrutando la prestación otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor causa baja en el Sistema de la Seguridad Social. La sentencia concluye que el progenitor que no trabaja puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, tenga o no la custodia del menor. Por lo tanto, en este caso se pierde el derecho a la prestación económica. Es cierto que la sentencia parece dejar abierta la posibilidad de dar otra solución al establecer que “puede pensarse que cuando exista una sola persona en condiciones de atender al menor (por incapacidad, fallecimiento o inexistencia de otra progenitora)” resulte necesario acomodar las genéricas previsiones del art. 7.3.b) del Real Decreto 1148/2011, que como hemos mencionado establece como causa de extinción de la prestación el cese en su actividad laboral de una de las personas progenitoras.

⁵⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”, op. cit. pág. 313 y 314.

⁵⁶ STSJ de Andalucía (Málaga) de 11 de diciembre del 2014, resolvía un supuesto en el que uno de los progenitores padecía una enfermedad grave que lo situaba en una situación de incapacidad permanente, y se planteaba si este supuesto llevaba aparejada la pérdida de la prestación económica por parte de la Seguridad Social. La Sala argumentaba que, al estar el contrato suspendido y no extinguido, valorando la situación del otro cónyuge y la persistencia de la necesidad de cuidados del menor la prestación debía mantenerse.

⁵⁴ TSJ Castilla y León 6 de marzo del 2013 y TSJ de Cataluña 22 de enero del 2014.

4. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El art. 45 ET define la suspensión como la “exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”⁵⁷. Son trece, las causas que pueden dar lugar a la suspensión temporal del contrato de trabajo, pero como el orden que sigue el Estatuto al enumerar las causas de suspensión es poco sistemático, vamos a ordenarlas englobando supuestos similares y en función de que los motivos suspensivos se deban a la voluntad conjunta de las partes, a la voluntad de alguna de las partes, o a hechos que no dependen de la voluntad de las partes.

4.1. Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo

El art. 45 ET, en su apartado a) y b) prevé la posibilidad de suspender el contrato de trabajo por mutuo acuerdo o por causas consignadas en el contrato de trabajo. En estos casos, la duración y efectos de la suspensión dependerán de lo que se fije en el propio acuerdo, puesto que, a diferencia de las restantes causas suspensivas, no está prevista legalmente la reserva del puesto de trabajo. Esto significa que tanto la duración de la suspensión, como la reincorporación deben pactarse necesariamente, a través de un pacto suspensivo.

Una de las cuestiones sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo versa sobre cómo debe calificarse la negativa del empresario a la reincorporación del trabajador cuando la reserva del puesto de trabajo estaba expresamente establecida en el pacto suspensivo. La Sentencia del TS 26 de octubre 2016 establece que, si en el pacto de suspensión se acuerda expresamente la reserva del puesto de trabajo, la negativa de la empleadora a la readmisión tras la finalización del período suspensivo, equivale a un despido improcedente. A lo que se añade que si existieran causas justificadas para extinguir o amortizar su puesto de trabajo, debería haber acudido al

procedimiento establecido, para los despidos objetivos⁵⁸.

De esta forma, las causas de extinción no operan de manera automática en estos supuestos, siendo necesaria primero la reincorporación del trabajador para luego seguir el procedimiento previsto en función de la causa extintiva alegada.

La jurisprudencia también ha tenido que pronunciarse varias veces sobre las diferencias que existen entre un pacto suspensivo de mutuo acuerdo y los pactos de prejubilación. El Tribunal Supremo ha establecido que las prejubilaciones no constituyen un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, sino de extinción pactada por mutuo acuerdo, salvo que en los mismos se haya manifestado claramente la voluntad de temporalidad del pacto de prejubilación, o se haya previsto expresamente la posibilidad de reingreso del trabajador⁵⁹.

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que la promoción de un trabajador a un puesto de alta dirección no supone una extinción del contrato ordinario de trabajo sino que implica una suspensión de la relación laboral común⁶⁰.

⁵⁸ El TS había señalado con anterioridad en Sentencia de 25 de octubre de 2000, “no es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional”.

⁵⁹ En este sentido, STS 14 de diciembre 2001; STS 25 de junio 2001 y STS 1 de junio 2004. Esta última sentencia estableció “Es cierto que esta Sala en alguna sentencia, concretamente en la de 18 de mayo de 1998, admitió la posibilidad de que con la prejubilación el contrato laboral quedase meramente suspendido, sin embargo, posteriormente y de forma reiterada (...), ha sentado el criterio de que la prejubilación conlleva, inevitablemente la extinción del contrato de trabajo existente con el trabajador prejubilado”. En efecto, la STS 18 de mayo 1998 se calificó un pacto de prejubilación como suspensión del contrato por mutuo acuerdo al tratarse de una situación de carácter temporal o transitorio en la que se mantenían ciertos compromisos.

⁶⁰ STS de 19 de octubre de 1994. Véase en este sentido. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo”. AL, núm. 19, 2009.

⁵⁷ VIDA SORIA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

4.2. Suspensiones dependientes de la voluntad de alguna de las partes

En este segundo grupo están incluidas aquellas causas que se deben a la voluntad del trabajador, o a la voluntad del empresario. En el primer caso estaríamos haciendo referencia a la suspensión para el ejercicio de cargo público, representativo o sindical, voluntariamente asumido por el trabajador (art.45 f) ET, y la suspensión para el ejercicio del derecho de huelga (art. 45l ET). Por su parte, las suspensiones debidas a la voluntad del empresario nos encontraríamos con la suspensión de empleo y sueldo (art.45.h ET), y la suspensión por cierre patronal, (art.45 m ET).

Sólo vamos a tratar aquí las novedades jurisprudenciales relativas a la suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga, y más concretamente la cuestión relativa a los descuentos salariales de los días de huelga. La complejidad de la estructura salarial ha generado una gran litigiosidad y controversia. La jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina en esta materia estableciendo que cuando el trabajador ejerce su derecho a la huelga deja de cobrar no sólo el salario correspondiente a los días de huelga sino también como la parte proporcional de los días de descanso de cada semana y de las pagas extraordinarias⁶¹. Los días de huelga no pueden descontarse de las vacaciones ni de los festivos, excepto si la huelga se realiza en días festivos o es ilegal. La doctrinal judicial posteriormente ha ido perfilando esta doctrina para adaptarla a cada caso en concreto. Por ejemplo, se ha establecido que el importe de la hora ordinaria de trabajo se obtiene mediante la división de la retribución anual fijada por convenio por horas de trabajo al año⁶².

Respecto a la deducción de los descansos semanales se ha señalado que debe descontarse el equivalente a 0, 40, -que es el resultado de dividir los dos días de descanso por los cinco trabajados⁶³. También se ha establecido que si

el día de huelga coincide con el de descanso por compensación de trabajo en día festivo, no cabe sumar a la deducción proporcional del descanso semanal el salario correspondiente el día de huelga por suponer una doble e injustificada penalización⁶⁴.

4.3. Suspensiones por hechos ajenos a la voluntad de las partes

Este grupo de supuestos de suspensión es el más numeroso y también el que más controversias judiciales ha planteado. En muchos casos son circunstancias que afectan al trabajador. Estas pueden estar motivadas por la salud de éste; por la necesidad de conciliar su vida laboral y familiar; o incluso por el cumplimiento de intereses públicos. Otras causas legales de suspensión atienden más bien a intereses de la empresa, permitiendo la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas, o de producción, y también por fuerza mayor. Nosotros nos vamos a centrar sólo en aquellas circunstancias que afectan al trabajador.

A. La salud del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo: la Incapacidad Temporal o Permanente del trabajador

La salud del trabajador por causa de enfermedad (laboral o común) o accidente (profesional o común) puede impedir la realización del trabajo durante cierto tiempo. Por ello el art. 45.1 c) ET contempla estas circunstancias como causa de suspensión del contrato de trabajo.

La Incapacidad Temporal (IT) del trabajador tendrá una duración máxima de 365 días prorrogables otros 180 días (en total 545 días), cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Si bien, en aquellos casos en los que persista la necesidad de tratamiento médico, por la expectativa de recuperación o la mejoría del estado del trabajador, podrá retrasarse dicha duración máxima hasta un máximo de 730 días desde la fecha en que se inició la incapacidad temporal (arts. 169

⁶¹ STS 11 de octubre de 1994, 18 de abril de 1994 y 26 de mayo de 1992.

⁶² STS 10 de febrero del 2005.

⁶³ Sentencia de AN 25 de septiembre 2013.

⁶⁴ STS 2 de junio 2014.

y 174.2 LGSS). Ahora bien, si el trabajador transcurridos dichos plazos, no mejorara estaríamos ante un nuevo supuesto de incapacidad, la Invalidez Permanente (IP) en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez y en estos casos, sólo subsiste la suspensión de la relación laboral cuando a juicio del órgano de calificación la situación del trabajador pueda mejorar de tal forma que pueda reincorporarse al trabajo, con reserva del puesto de trabajo durante un periodo de 2 años, a partir de la fecha de la declaración de invalidez permanente (art.48.2 ET).

Respecto a la posibilidad de mantener la suspensión del contrato de trabajo durante el plazo máximo de 2 años, a pesar de que el trabajador haya pasado a la situación de invalidez permanente, tal y como está previsto en el art.48.2 ET, la jurisprudencia ha señalado que la mejoría a la que se refiere este artículo no puede ser una mera posibilidad sino que debe tratarse de una autentica probabilidad, a lo que añade que si la gran invalidez o incapacidad permanente es reconocida por Sentencia, será esta última la que ha de señalar la previsible mejoría (STS 17 de septiembre 2001).

El hecho que determina que el trabajador deba reincorporación a su puesto de trabajo es el alta médica. El Tribunal Supremo ha señalado en este sentido que en los casos de incapacidad temporal el contrato se encuentra en suspenso hasta que recaiga resolución administrativa declarando la inexistencia de incapacidad permanente, momento en el que nace el deber del trabajador de reincorporarse al trabajo (STS 27 de marzo 2013).

Por otra parte, se ha señalado que existe responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando ésta se retrasa más allá de los dos años en dictaminar la resolución que declara la inexistencia de grado de incapacidad, habiendo el trabajador perdido el derecho a la reincorporación a su puesto de trabajo y por tanto produciéndose la extinción del contrato de trabajo. A lo que se añade que, aunque el trabajador no haya recurrido el cese, se origina la responsabilidad y el perjuicio ocasionado al trabajador deberá ser

indemnizado con un importe equivalente a la indemnización que le hubiere correspondido por un despido improcedente⁶⁵.

Una cuestión que viene siendo controvertida es la relativa a la calificación que merece el despido de un trabajador que tiene su contrato en suspenso por enfermedad. La jurisprudencia ha venido considerando que estos despidos deben declararse como improcedentes, reservando la nulidad para supuestos puntuales en los que se aprecie discriminación⁶⁶.

El TC ha corroborado esta tesis al establecer que la enfermedad sólo puede constituir un factor de discriminación cuando *“sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”*⁶⁷.

No obstante, el reconocimiento por TJUE en Sentencia de 1 diciembre 2016 de la enfermedad prolongada como una forma de discapacidad⁶⁸, parece estar abriendo las puertas a

⁶⁵ Sentencia de AN (cont.-advo.) 17 de abril 2013.

⁶⁶ En este sentido, la STS 12 julio 2004, establecía que la calificación de improcedencia del despido, con las consecuencias indemnizatorias que ello lleva consigo se corresponden perfectamente con el contenido del art. 6 Conv. 158 OIT. El Tribunal Supremo de fecha 13 febrero 2008 diferencia claramente la enfermedad de la discapacidad para terminar considerando que el despido en caso de la primera, no puede ser considerado como discriminatorio. Esta tesis posteriormente fue confirmada por STS 3 de mayo del 2016. M. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Despido por enfermedad y discriminación», RL, núm. 20 (2008), pág. 5.

⁶⁷ Sentencia del TC 62/200 de 26 mayo. *“La enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efimeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”*.

⁶⁸ DUEÑAS HERRERO, L. J., «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?», Derecho de las

la posibilidad de calificar estos despidos como nulos por discriminatorios⁶⁹.

El TJUE⁷⁰ establece en esta sentencia que para que pueda asimilarse la enfermedad a la discapacidad, no sería necesario que se hubiese reconocido de manera administrativa una incapacidad temporal, si bien añade que para que la enfermedad se asimile a la discapacidad debe producir una limitación en el trabajador con carácter duradero.

B. Suspensión por maternidad y paternidad: suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y por adopción o guarda con fines de adopción y acogimiento

El Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación engloba con la denominación de suspensión por nacimiento, las anteriores causas de suspensión del contrato de trabajo por parto y paternidad. El art.2. diez, del mencionado Real Decreto-Ley da una nueva redacción al art. 45.1.d), al art. 48.4. 5 y 6 ET.

La suspensión por paternidad o “progenitor distinto de la madre biológica” se equipara en duración a la de la madre biológica, siendo de 16 semanas para cada progenitor⁷¹.

Relaciones Laborales, núm. 5 (2017), pág. 426., y LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., en “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”. REDT num. 209/2018.

⁶⁹ En este sentido, STSJ País Vasco, 19 diciembre.

⁷⁰ El origen de esta sentencia se encuentra en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, que finalmente consideró nulo el despido de un trabajador en situación de Incapacidad Temporal por accidente laboral. En este sentido, RUIZ CASTILLO, M.M., “Discriminación por causa de discapacidad y obesidad. Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dir. GARCÍA MURCIA. Aranzadi, 2017, pág 673 y 674.

⁷¹ El período de suspensión del otro progenitor es de aplicación progresiva:

- desde el 1-4-2019 es de 8 semanas, de las que 2 deben disfrutarse de forma ininterrumpida después del parto; si bien la madre biológica puede ceder al otro progenitor hasta 4 semanas de su descanso no obligatorio;

- desde el 1-1-2020 es de 12 semanas, de las que las 4 primeras deben disfrutarse de forma ininterrumpida después del

En ambos casos es obligatoria el disfrute de las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. Otra novedad importante es que estos permisos ahora tienen un carácter intransferible, eliminándose la posibilidad de que la madre biológica pueda transferir parte de su permiso en favor del otro progenitor, tal y como estaba previsto en la legislación anterior, y viceversa. Por otra parte, se reconoce también un período de suspensión de 16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor, por lo que en estos supuestos, ya no han de optar por la distribución del disfrute de las 16 semanas de duración recogidas antes de la modificación, sino que la suspensión tendrá una duración de 16 semanas para cada adoptante, guardador o acogedor.

En definitiva, la suspensión por nacimiento, o por adopción o acogimiento se configuran como un derecho individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor.

Estos importantes cambios legislativos han puesto fin a alguna de las principales disputas judiciales en torno a estas casusas suspensivas como era la relativa a la diferente duración, y prestación, de la suspensión de paternidad y la de maternidad⁷²; o la relativa a la trasferencia del derecho en favor del otro progenitor.

Si conviene poner de manifiesto aquí la equiparación que ha hecho la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso de la gestación subrogada a la suspensión por adopción. En este sentido se ha establecido que: *“La relativa apertura del elenco de supuestos protegidos permite cierta flexibilidad interpretativa que antes no existía. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de*

parto; si bien la madre biológica puede ceder al otro progenitor hasta 2 semanas de su descanso no obligatorio;

- desde el 1-1-2021 es de 16 semanas, de las que las 6 primeras deben disfrutarse de forma ininterrumpida después del parto.

⁷² El Tribunal Constitucional había señalado, que esta diferente duración no es discriminatoria, pues la finalidad de ambos permisos era diferente, ya que mientras que para la maternidad se protegía la salud de la mujer, en la paternidad se trataba de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (STC 17 de octubre 2018).

maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento⁷³. Las circunstancias que motivan la litigiosidad en este extremo se derivan del hecho de que la gestación subrogada no tiene acogida legal en España considerándose un negocio jurídico nulo de pleno derecho⁷⁴. Pero la sentencia del TEDH de 26 de junio considera que no pueden perjudicarse los derechos del menor, cuyo interés superior debe guiar una interpretación integradora de la normativa interna aplicable, y en consonancia con esta jurisprudencia el Tribunal Supremo ha entendido que, acreditada legalmente la filiación por un medio como la inscripción registral no anulada, y constatada la realidad de la atribución de la custodia y cuidado del menor, debe reconocerse la prestación por maternidad o paternidad objeto del litigio⁷⁵.

C. Suspensión por riesgo durante el embarazo y por lactancia

Según el art. 45.1.e) ET el contrato de trabajo se puede suspender por “*riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora*”, y “*por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses*”, en los términos previstos en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)⁷⁶. Este último artículo, que lleva por título “*Protección de la maternidad*” establece que es necesario realizar una evaluación de riesgo específico del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o con un parto reciente; si esta evaluación confirma que existe un riesgo específico para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia

el empresario debe proceder a adaptar su puesto de trabajo para evitar esa exposición al riesgo específico. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno y de trabajo a turnos. En el caso de que las anteriores medidas no fueran posibles, el empresario procederá a cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo. Ante la imposibilidad de realizar estas dos medidas previas, porque dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato, y se solicitará la prestación por riesgo en el embarazo y durante la lactancia.

La jurisprudencia ha señalado en relación con la suspensión por riesgos durante la lactancia natural, que es la que más conflictividad judicial ha planteado que su constatación requiere la evaluación de riesgo específico, que determine la naturaleza el grado y la exposición de la trabajadora al correspondiente factor de riesgo y la relevancia de todo ello con la propia trabajadora y con la lactancia natural⁷⁷.

Por su parte, el TJUE de 19 de octubre de 2017 en el caso Otero Ramos, impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, la evaluación del riesgo de las trabajadoras en periodo de lactancia, lo que requiere un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. La propia sentencia afirma que cuando no se realiza esta evaluación se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele,

⁷³ STS 16 de noviembre 2016 y 25 de octubre 2016.

⁷⁴ La L 14/2006, de 26 octubre, sobre técnicas de reproducción humana asistida declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución.

⁷⁵ STS 16 de noviembre 2016 y 25 de octubre 2016.

⁷⁶ El art. 48 ET redactado conforme al RD 6/2019 ha introducido un apartado nuevo que establece que en el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por parto o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

⁷⁷ STS 3 de mayo de 2011 “para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlado”. En el mismo sentido STS 21 de marzo 2013.

añadiendo que “no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier trabajador”. El TJUE concluye que la falta de evaluación supone un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación por razón de sexo⁷⁸.

Con base a esta jurisprudencia nuestro Tribunal Supremo ha señalado que “en supuestos en que la evaluación de riesgos no en su perfil de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, como ocurre en el presente caso. Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales”⁷⁹.

Podemos encontrar varias sentencias del Tribunal Supremo que han considerado que procede la suspensión del contrato de trabajo y la correspondiente prestación de riesgo durante la lactancia prevista artículos 188, 189 de la LGSS, en el supuesto de una tripulante de cabina de navegación que debe permanecer varios días fuera de su casa y además no se acredita que la aerolínea le haya ofrecido un puesto de trabajo alternativo⁸⁰.

⁷⁸ Un análisis exhaustivo de esta sentencia lo encontramos en ÁLVAREZ ALONSO, D., “Maternidad”. En Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. (Dir. GARCÍA MURCIA, J). Aranzadi. 2017, pág 363-365.

⁷⁹ STS 26 de junio del 2018.

⁸⁰ En este sentido, STS de 24 de abril, 21 de junio, y 22 de noviembre de 2012. Los argumentos para fallar en favor de las tripulantes de cabina son los siguientes: 1) la distribución horaria del trabajo del personal de vuelo y el lugar de la prestación de servicios en vuelo impiden normalmente “la pauta de las tomas propias de la lactancia natural” “así como la extracción de la leche materna y su conservación, por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas”; 2) tal impedimento de “compatibilizar la toma o la extracción de la leche” materna puede comportar, según regla de experiencia, riesgos para la salud de la madre (“mastitis”) o para la propia subsistencia de la lactancia natural (“inhibición definitiva de la leche”); y 3) la conducta de la empresa de negar la influencia negativa en la salud de la madre y en la alimentación del bebé de las circunstancias de trabajo de

Por su parte, el Tribunal Supremo también ha especificado que, aunque las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo por sí mismo para la lactancia “la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada”. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, “sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna”⁸¹. Con base en estos argumentos se le ha concedido la prestación por riesgo durante la lactancia (denegada en principio por el INSS) y por tanto se ha admitido que encajaría en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia el caso de una enfermera de urgencia que realiza jornada de 24 horas de disponibilidad permanente o presencial de 9 a 9 horas, cada seis días, realizando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencia y emergencias tanto en domicilio como en la vía pública⁸².

5. EXCEDENCIAS

El art. 46 ET regula las excedencias, estableciendo un confuso régimen legal. La excedencia forzosa es contemplada por el ET como una causa de suspensión del contrato de trabajo -art. 45.1.k) ET- y, por ello, lleva aparejados los efectos típicos de la suspensión-conservación del puesto y cómputo de la antigüedad- (art. 46.1 ET). Por el contrario, en

la actora equivale a la negativa de ofrecimiento de un puesto alternativo exento de riesgo, por lo que es procedente en estos casos la declaración de suspensión del contrato en vía jurisdiccional, y el consiguiente reconocimiento de la prestación pedida por la trabajadora.

⁸¹ STS 26 de junio del 2018.

⁸² En las STS 26 de junio del 2018 y 24 de enero del 2019 se reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia a una ATS-DUE en el servicio de urgencias del SAMU que trabaja de noche y está sometida a turnos de trabajo.

la excedencia voluntaria (art. 46.2 ET) el empleado podrá adoptar esas decisiones, no con la seguridad de la reserva de puesto, pero sí al menos con una expectativa de poder reanudar la relación de servicios en el futuro. En una situación intermedia se encuentra la excedencia por cuidado de hijos y familiares (art. 46.3 ET), ya que se articula como una modalidad de excedencia forzosa en relación con los efectos suspensivos del contrato de trabajo, pero es un derecho cuyo ejercicio será voluntario para el trabajador. En este trabajo nos vamos a ocupar de la excedencia voluntaria y la de cuidado de hijos y familiares por ser las que más discusiones judiciales han planteado.

5.1. Excedencia voluntaria

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto claramente que la excedencia voluntaria no es un supuesto legal de suspensión del contrato de trabajo como si es la excedencia forzosa. A diferencia de esta última, la excedencia voluntaria, constituye una situación jurídica muy peculiar, en la que el trabajador tiene derecho a unas expectativas de reingreso y no una reserva de puesto de trabajo. La base de la excedencia voluntaria se encuentra en el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, por lo que no estaría justificada la conservación del puesto de trabajo como en el caso de la excedencias forzosa⁸³. En este sentido la STS 26 de octubre 2016 haciéndose eco de una sentencia anterior del TS (S 25-10-2000) señala que: *“el tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses de la empresa”*.

⁸³ La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso (STS de 18 de julio 1986). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (STS 25 de octubre 2000).

Sin duda las cuestiones que más interrogantes han planteado en materia de excedencias voluntarias giran en torno al reingreso preferente del trabajador excedente. Cómo se sabe el trabajador en excedencia voluntaria no tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo. Como dice art. 46.5 ET conserva sólo “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. Esto significa, que la excedencia voluntaria no obliga al empresario a reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad. La empresa puede disponer de la plaza vacante del trabajador excedente como quiera, y ello en el ejercicio de sus facultades directivas⁸⁴. El empresario puede contratar a otro trabajador para el desempeño de esas funciones, o externalizar las mismas⁸⁵.

También se ha admitido la posibilidad de amortizarla⁸⁶. En este sentido, y recopilando sentencias anteriores del Tribunal Supremo se ha señalado que: *“... durante el periodo de duración de la situación de excedencia voluntaria la empresa no está obligada a reservar al excedente voluntario las vacantes que pudieren producirse, sino que puede disponer de ellas y cubrirlas con nuevas contrataciones, o reasignando y distribuyendo sus cometidos laborales entre otros trabajadores, o bien incluso procediendo a la amortización de la misma, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo”*⁸⁷.

Por su parte, a la hora de considerar la existencia de vacantes sobre la que pueda operar el derecho preferente al reingreso, el Tribunal Supremo ha señalado que no se puede considerar la existencia de vacantes cuando la empresa deja sin contenido los puestos de trabajo que ocupaban otros trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen, sin haber realizado ninguna actuación para contratar a nuevos trabajadores o encomendar las tareas, funciones y cometidos de los mismos a otros con peor derecho que el actor. En este sentido, también se ha señalado que

⁸⁴ STS 12 de febrero 2015.

⁸⁵ STS 30 de noviembre 2012, y STS 21 de enero 2010.

⁸⁶ STS 30 abril 2012.

⁸⁷ STS 24 enero 2018.

estando la plaza cubierta mediante un contrato temporal a tiempo parcial, siendo la de la excedente indefinida y a tiempo completo, no procede el reingreso del trabajador que ha solicitado su reincorporación después de una excedencia voluntaria⁸⁸. Esta situación no equivale a un incumplimiento de una oferta de contrato, una vez que se ha acreditado que el puesto se cubrió de forma temporal y a jornada parcial.

Desde un punto de vista geográfico, la jurisprudencia ha entendido que el excedente no necesariamente ha de reincorporarse en el centro de trabajo que ocupaba con anterioridad a la excedencia. De modo que, si no existen vacantes en el centro de trabajo en el cual trabajaba antes de haber solicitado la excedencia, puede la empresa ofrecerle otros puestos de trabajo, aunque estén en distintas localidades. Ahora bien, el Tribunal Supremo introduce un matiz al señalar en Sentencia de 13 de julio 2017, que el rechazo por el trabajador de la oferta de vacante de la misma categoría en otra localidad que implica cambio de residencia, no supone renunciar a su derecho de reingreso preferente. En estos casos, el trabajador conserva su derecho a continuar en excedencia hasta que se produzca plaza vacante que no suponga cambio de residencia, y la negativa de la empresa a incorporar laboralmente al trabajador tampoco puede considerarse un despido.

5.2. Excedencia por cuidado de hijos y familiares

Como hemos dicho al principio de este apartado la excedencia por cuidado de hijos y familiares se organiza como una modalidad de excedencia forzosa en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad, pero comparte con la excedencia voluntaria el ser un derecho cuyo ejercicio será potestativo para el trabajador. Los supuestos para los que está prevista esta excedencia son dos. En primer lugar, el art. 46.3 ET prevé la posibilidad de que el trabajador solicite una excedencia para el “cuidado de cada hijo, tanto cuando sea natural, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo. En segundo lugar, el

art. 46.3 párr. 2 ET concede una excedencia también para el cuidado de un familiar “*hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida*”.

Los tribunales han precisado que los sujetos causantes de uno y otro supuesto de excedencia son distintos; y por ello han negado la posibilidad de solicitar una excedencia por cuidado de familiares para el cuidado de menores que tengan más de tres años de edad. En este sentido se ha pronunciado SAN 13 de noviembre 2017. Esta sentencia trata de solventar la problemática relativa a si es posible incluir a los hijos mayores de tres años de edad en la excedencia para el cuidado de familiares prevista en el precepto convencional en similares términos a los contenidos en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET. La Sentencia señala que “... *estamos ante dos supuestos claramente diferenciados en los que los sujetos causantes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñen actividad retribuida-único supuesto en que el sujeto causante sería el mismo*”⁸⁹.

Una cuestión que también viene siendo debatida por la jurisprudencia es la calificación que merece la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante. Como se sabe, durante el primer año el trabajador tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, en los mismos términos que la excedencia forzosa. Tras ese primer año, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Ello significa que, aunque se mantiene el derecho a reserva de puesto, esta reserva ya no viene referida al puesto ocupado en el momento de iniciarse la excedencia. No obstante, la obligación de

⁸⁹ En este mismo sentido, ya se habían pronunciado con anterioridad la doctrina jurisprudencial SSTSJ Aragón 14 de octubre 2009; Castilla y León 18 de noviembre 2015; y País vasco, 1 de marzo 2017. En sentido contrario podemos citar STSJ de Navarra 23 de febrero 2006.

⁸⁸ STS 28 de noviembre 2017.

reincorporación es automática, sin esperar a que exista vacante⁹⁰. En Sentencia de 21 de febrero del 2013 el Tribunal Supremo entendió que la negativa al reingreso tras el primer año de excedencia por cuidado de hijos alegando la inexistencia de vacante constituye un despido nulo *“si la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o*

categoria equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, ha de existir por imperativo legal”. Meses después el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre del 2013 parece matizar esa doctrina al entender, que la negativa de la reincorporación del trabajador por parte de la empresa aludiendo la falta de vacante no puede entenderse siempre como un despido, ya que de ella no se deduce una voluntad unilateral de dar por extinguida la relación laboral⁹¹.

⁹⁰ En este sentido ver, Sentencia STSJ Castilla-La Mancha 9 de enero 2017 y Galicia 22 de noviembre 2011.

⁹¹ En este sentido la sentencia rescata una doctrina jurisprudencial anterior de la sala y afirma que : *“existe «un criterio claro de diferenciación entre despido y negativa al reingreso en la excedencia, declarando que cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada frente a ella es la de despido”*.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALONSO, D., “Maternidad”. En *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea*. (Dir. García Murcia, J). Aranzadi. 2017.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M. en “Los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET: un análisis aplicativo”. REDT, núm. 195, 2017.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., “Tiempo de trabajo y tiempo de descanso”. Tirant lo Blanch. 2017.
- DUEÑAS HERRERO, L.J., «¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación?», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5 (2017).
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J. en “A vueltas con la calificación del despido por enfermedad”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 209/2018.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo”. AL, núm. 19, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevo revés judicial a la reforma laboral. La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la “diaria” (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 49/2015, de 23 de marzo). RTSS, núm. 386, mayo 2015.
- MONTOYA MELGAR, A., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tecnos ed. 39.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Tiempo de trabajo y vida privada”. *Comares*, 2016, pág 321.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Despido por enfermedad y discriminación», RL, núm. 20 (2008).
- ROJO TORRECILLAS, E., “Permisos y licencias (análisis del artículo 37.3 de la ley del estatuto de los trabajadores y de su desarrollo convencional). AA. VV. *Tiempo de Trabajo*, Bomarzo, 2011.
- RUIZ CASTILLO. M.M., “Discriminación por causa de discapacidad y obesidad”. *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Dir. GARCÍA MURCÍA. Aranzadi.
- SANCHEZ TRIGUEROS, C. en “Los permisos retribuidos del trabajador”. Aranzadi. 1999.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia”. NREDT, Núm. 213, 2018.
- SEMPERE NAVARRO, A., ¿Cuándo y cómo se acumula el permiso de lactancia? (al hilo de la STS SOC 419/2018 de 19 de abril. Aranzadi Doctrinal, núm. 7, 2018.
- VIDA SORIA, J., “La suspensión del contrato de trabajo”. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

RESUMEN

La regulación de los permisos retribuidos, las reducciones de jornadas de trabajo, la suspensión del contrato de trabajo y los distintos supuestos de excedencias, han sido objeto de abundante interpretación por parte de la doctrina judicial y la jurisprudencia. La doctrina jurisprudencial analizada en este trabajo se refiere fundamentalmente a la del Tribunal Supremo, pero también a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que está jugando un papel notable en la conformación de los ordenamientos laborales de los Estados miembros.

Este estudio trata de hacer un análisis de la jurisprudencia de los últimos años. Pero debemos partir de pronunciamientos judiciales anteriores para comprobar en qué medida ha abordado nuevos aspectos de los institutos indicados, o ha modificado anteriores soluciones jurisprudenciales.

La doctrina jurisprudencial ayuda a completar la regulación legal, y a configurarla. En algunos casos cubre lagunas legales; en otros sirve para armonizar nuestra legislación a los mandatos de la Unión Europea; y en otros, como en nuestro objeto de estudio, adapta la normativa general a la casuística de esta materia, que puede ser susceptible de importantes variaciones debido a que se trata de derechos, que, en algunos casos, están íntimamente relacionados con cambios o transformaciones sociales sobrevenidas.

En relación con las licencias o permisos retribuidos regulados en el art. 37.3 ET, tratamos en un primer momento diversas cuestiones generales que tienen una notable trascendencia práctica. Estas son: el alcance respectivo del preaviso y de la justificación que requiere el disfrute de los diferentes supuestos de licencias; la composición de la retribución cuando el trabajador está de permiso; cómo deben computarse estas interrupciones a efecto de la jornada de trabajo; y, por último, cuál debe ser el momento inicial o *dies a quo* a efectos del cómputo de comienzo de los permisos.

Como se sabe el art. 37.3 ET contempla hasta seis supuestos por los que el trabajador puede interrumpir la actividad laboral. Estas circunstancias tienen, a veces que ver con la necesidad del cumplimiento de deberes públicos; pero la mayoría de ellas vienen determinadas por la conciliación de la vida personal o familiar del trabajador. Estas últimas, son las que mayor controversias judiciales han planteado en los últimos años, como ha sido el caso del extinto permiso por nacimiento de hijos y el permiso por infortunios familiares.

Nuestro ordenamiento laboral también contempla una serie de reducciones o adaptaciones de jornada que pretenden fundamentalmente facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar. En este trabajo nos vamos a centrar exclusivamente en el análisis jurisprudencial de tres modalidades de reducciones. En primer lugar, veremos el permiso por lactancia que tras la nueva redacción al art. 37.4 ET introducida por RDL 6/2019 pasa a denominarse para el cuidado del lactante. A pesar de las modificaciones introducidas relativas a su configuración como un derecho individual de hombres y mujeres, y su carácter no transferible, gran parte de la jurisprudencia reciente sobre el permiso de lactancia sigue estando vigente, aunque con la nueva redacción han quedado resueltas otras cuestiones como las relativas a la titularidad del derecho. En segundo lugar, nos centraremos en la reducción de la jornada por “guarda legal” o para el cuidado de familiares desvalidos (art. 37.6 ET). En

ella analizamos dos cuestiones de bastante trascendencia práctica; una hace referencia al propio contenido y alcance de este derecho; y la otra a cuál debe ser el módulo (diario, semanal, mensual, o anual) sobre el que debe operar la reducción de la jornada. Finalmente, abordamos la reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (párrafo tercero del art. 37.6 ET). En este caso, la mayor conflictividad judicial se ha presentado fundamentalmente en torno al devengo de la prestación económica que es concomitante a este derecho.

Respecto a las causas que suspenden el contrato de trabajo (art. 45 ET), las hemos ordenado sistemáticamente en tres grandes grupos: suspensiones por la voluntad conjunta de las partes; suspensiones por la voluntad de alguna de las partes; y suspensiones involuntarias. Del primer grupo analizamos dos cuestiones relativas al alcance que tiene la reserva del puesto de trabajo cuando la suspensión se debe al mutuo acuerdo y la diferencia entre este supuesto y las prejubilaciones. Del segundo grupo sólo vamos a tratar las novedades jurisprudenciales relativas a la suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga, y más concretamente la litigiosidad relativa a los descuentos salariales de los días de huelga. El tercer grupo es el más numeroso y también el que más controversias ha planteado, entre ellas la relativa a la calificación que merece el despido de un trabajador que tiene su contrato en suspenso por enfermedad o la concerniente a la evaluación del riesgo específico en la suspensión por riesgo para la lactancia. En el caso del nuevo supuesto de suspensión por nacimiento introducido por el Real Decreto-Ley 6/2019, que configura la maternidad y la paternidad como un derecho individual de la persona trabajadora, intransferible tanto para la maternidad natural o la civil, las modificaciones introducidas han puesto fin a alguna de las principales cuestiones judiciales en torno a estas casusas suspensivas como la transferencia del derecho en favor del otro progenitor.

En relación con la excedencia nos vamos a ocupar de la excedencia voluntaria y por cuidado de hijos y familiares. Sin duda las cuestiones que más interrogantes han planteado en materia de excedencias voluntarias giran en torno al reingreso preferente del trabajador excedente. Y respecto a la excedencia por cuidado de hijos y familiares se ha debatido por la jurisprudencia si la calificación que merece la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante es o no la de despido nulo.

Palabras claves: Conciliación de la vida familiar y laboral; excedencia por cuidado de hijos; excedencias voluntarias; licencias retribuidas; permisos parentales; reducciones de jornada por conciliación de la vida laboral; suspensión por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

ABSTRACT

The regulation of paid leaves, reductions in working hours, the suspension of the work contract and the different assumptions of leaves, have been the subject of abundant interpretation by judicial doctrine and jurisprudence. The jurisprudential doctrine analyzed in this paper refers fundamentally to that of the Supreme Court, but we are also going to deal with the jurisdictional doctrine and jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, which is playing a notable role in the conformation of the labor laws of the Member States, moving from more classic issues such as discrimination, to the treatment of parental leave.

This study tries to make an analysis of the jurisprudence of the different courts of recent years, in order to determine the evolution and development of these working conditions. For this we must start from previous judicial pronouncements to verify to what extent the jurisprudence has addressed new aspects of the indicated institutes or has modified previous jurisprudential solutions.

Jurisprudential doctrine helps to complete the legal regulation, and to configure it. In some cases it covers legal gaps; in others it serves to harmonize our legislation with the mandates of the European Union; and, finally, it adapts the general regulations to the diverse casuistry characteristic of this matter, which may be susceptible of important variations because they are rights, which, in some cases, are closely related to changes or social transformations that have taken place.

In relation to paid leaves, regulated in art. 37.3 ET, we are dealing at first with various general issues on which the jurisprudence has been pronounced and which are of great practical importance. These are: the scope of the notice and the justification that requires the enjoyment of the different assumptions that give right to the licenses; the composition of the compensation when the worker is on leave; how these interruptions should be computed for the purpose of the work day; and finally, we highlight the latest jurisprudence that is pronounced on what should be the initial moment or dies a quo for the purpose of computing the start of permits.

As it is known the art. 37.3 ET contemplates up to six cases for which the worker can interrupt the work activity. These circumstances have, sometimes to do with the need to fulfill public duties; but most of them are determined by the conciliation of the worker's personal or family life.

Our labor legal system also includes a series of reductions or adaptations of working hours that fundamentally aim to facilitate workers' conciliation of their work with family life. In this paper we are going to focus exclusively on the jurisprudential analysis of three types of reductions. First, we will see the permission for breastfeeding that after the new wording to art. 37.4 ET introduced by RDL 6/2019 is renamed for infant care. Despite the changes introduced regarding its configuration as an individual right of men and women, and its non-transferable nature, much of the recent jurisprudence on breastfeeding leave is still valid, although with the new wording other issues have been resolved, as for example those related to the ownership of the right. Secondly, we will focus on reducing the working day by "legal guardianship" or for the care of helpless relatives (article 37.6 ET). In it we analyze two questions of considerable practical significance, one refers to the content and scope of this right; and the other refers to what the module should be (daily, weekly, monthly, or annual) on which the reduction of the working day should operate. Finally, we address the reduction of working hours for the care of minors affected by cancer or other serious illness (third paragraph of Article 37.6 ET). In this case, the greatest judicial conflict has arisen fundamentally around the economic benefit originate that is concomitant to this right.

Regarding the causes that suspend the employment contract (Article 45 ET), we have ordered them systematically in three large groups. Suspensions by the joint will of the parties; suspensions by the will of some of the parties; or finally involuntary suspensions that affect workers or employers. From the first group, we analyzed two questions regarding the scope of the reservation of the job when the suspension is due to mutual agreement and the difference between this assumption and early retirement. Of the second group, we are only going to deal with the jurisprudential novelties related to the suspension of the labor contract for the exercise of the right to strike, and more specifically the controversy regarding salary discounts on strike days. The third group is the most numerous and also the one that has raised the most judicial controversies. Thus, the health of the worker due to illness that entails the suspension of the employment contract has raised several issues, the most important being the qualification that deserves the dismissal of a worker whose contract is suspended. In the case of the new case of suspension by birth introduced by Royal Decree-Law 6/2019, and which forms motherhood and paternity as an individual right of the worker, non-transferable both for natural or civil motherhood, the modifications introduced have put an end to some of the main legal controversies surrounding these suspensive cases, such as the one concerning the different duration and benefit of the suspension of paternity and maternity; or the one concerning the transfer of the right in favor of the other parent. There have also been significant legal disputes surrounding the evaluation of the specific risk that suspension of risk requires during breastfeeding.

In relation to the leave of absence we are going to take care of the voluntary leave and care of children and relatives. Undoubtedly the questions that have raised the most questions in terms of voluntary leave revolve around the preferred re-entry of the surplus worker. And regarding the leave of absence for the care of children and relatives, it has been debated by case law whether the qualification that the business refusal to re-enter due to the absence of a vacancy is or is not that of dismissal.

Keywords: Conciliation of employment and familial demands; leave of absence for caring children; voluntary leave of absence; remunerated leaves; parental leaves; reduction of working hours; suspension of the contract of employment due to risk during pregnancy and nurse.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre despido individual en la última década

High Court Jurisprudence on individual dismissal in the last decade

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO*

El despido “es el acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo”¹.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos distinguir cuatro grandes grupos de despidos (art. 49 ET): despido por incumplimiento grave y culpable del trabajador (despido disciplinario); despido por circunstancias objetivas; despido colectivo, fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y, despido por fuerza mayor.

Utilizamos la expresión despido individual para hacer referencia al despido disciplinario y al despido por causas objetivas que aun pudiendo estar basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no alcanza el umbral cuantitativo preciso para ser considerado como despido colectivo.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy abundante en esta materia. El objetivo de este estudio es sintetizar la jurisprudencia

más relevante dictada en los últimos diez años, tanto en relación con las causas de despido como con los requisitos de forma y procedimiento, en materia de despido disciplinario y despido por causas objetivas.

1. CAUSAS DE DESPIDO DISCIPLINARIO

El Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 del ET no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico².

Sin embargo, la doctrina expuesta se formula como un axioma general que admi-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

¹ A. MONTIYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 38ª edición, Madrid, 2018, pág. 469.

² Sentencias de 15 y 29 de enero de 1997, R. 952/1996 y 3461/1995, 6 de Julio de 2004, R. 5346/2003, 24 de mayo de 2005, R. 1728/04, 8 de junio de 2006, R. 5165/2004 y 18 de diciembre de 2007, R. 4301/2006).

te excepciones y así, no faltan sentencias en las que se ha apreciado que sin necesidad de incorporar nuevos elementos de carácter fáctico, la identidad de hechos, pretensiones y fundamentos no puede ser más completa. Es en los últimos años cuando la jurisprudencia parece haber flexibilizado su criterio para entrar a analizar algunos supuestos de despido disciplinario que, en algunos casos, resulta cuestionable si verdaderamente cumplen con el requisito de contradicción exigido en el recurso de casación para unificación de doctrina (art. 219 LRJS).

De este modo, podemos encontrar en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente pronunciamientos en materia de faltas de asistencia al trabajo y de transgresión de la buena fe contractual.

1.1. Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo

Se han calificado como injustificadas las ausencias posteriores a la resolución denegatoria de la incapacidad permanente, sin que el trabajador haya probado que pese a ello continuaba en situación de incapacidad temporal por estar impedido para reanudar el trabajo (STS 27 de marzo de 2013, RJ 2013/3475). La trabajadora no probó que pese al alta médica o a la resolución declarando que no estaba afectada de incapacidad permanente continuaba en situación de incapacidad temporal por estar impedida para reanudar el trabajo. Tampoco probó que durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente siguiese recibiendo asistencia médica y los partes de confirmación de baja, documentación que habría tenido en su poder, caso de no habersele dado el alta médica.

Asimismo, ha señalado el Tribunal Supremo que el rechazo por el trabajador de la oferta de vacante de la misma categoría en otra localidad que implica cambio de residencia, no equivale a renuncia ni dimisión, conservando el trabajador su derecho a continuar en excedencia hasta que se produzca plaza vacante que no suponga cambio de residencia; en consecuencia, la comunicación de despido disciplinario por ausencias injustificadas, tras no haberse incorporado el trabajador a dicha plaza, constituye un despido improce-

dente al tratarse de una legítima negativa a no reincorporarse (STS 11 de octubre de 2017, RJ 2017/4834).

Por otro lado se ha considerado procedente el despido de una trabajadora por altas de asistencia injustificadas al trabajo durante nueve días laborales consecutivos tras disfrutar de un período de permiso retribuido, durante el que celebró contrato de trabajo a tiempo completo con otra empresa sin comunicación alguna a la empresa (STS 17 de julio de 2018, RJ 2018/3835).

Se ha cuestionado también ante el Tribunal Supremo si las ausencias al trabajo como consecuencia de la resolución extrajudicial del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones de trabajo justifican o no el despido. Para el Tribunal Supremo los trabajadores están legitimados para extinguir el contrato de forma unilateral, debido a la modificación sustancial acordada por el empresario, y únicamente si la empresa niega la concurrencia de los perjuicios alegados y se opone a la indemnización, cabe acudir a la vía judicial. Por lo que las ausencias al trabajo no pueden constituir causa de despido, al faltar la culpabilidad exigida para ello por el art. 54 ET (STS 4 de diciembre de 2018, RJ 2018/5841).

1.2. Transgresión de la buena fe contractual

El Tribunal Supremo considera que incurrir en transgresión de la buena fe contractual el trabajador dispensado de acudir a trabajar con derecho a la percepción del salario, que celebra contrato de trabajo a tiempo completo con otra empleadora sin comunicación alguna a la empresa, simultaneando dos relaciones laborales que se solapan, y terminada la licencia retribuida deja de asistir a las instalaciones de la empresa, sin comunicar justificación alguna (STS 27 de junio de 2018, RJ 2018/3656).

También se ha entendido que una empresa que es titular de una cadena de supermercados puede sancionar disciplinariamente a una de sus trabajadoras que ha sido sorprendida fuera de la jornada laboral hurtando productos en otro establecimiento de la misma em-

presa. Para el Tribunal Supremo, “el hecho de que un trabajador pueda incurrir en alguna actuación ilegal fuera de su jornada y lugar de trabajo debe quedar al margen de la potestad disciplinaria del empresario, cuando esa actuación no tenga la menor vinculación con la actividad laboral y no cause perjuicio de ningún tipo a la empresa, con independencia de que las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse para el trabajador de ese acto ilícito le impidan posteriormente el oportuno cumplimiento de sus deberes laborales. Pero no es lo mismo cuando el trabajador comete una ilegalidad fuera de su jornada de trabajo, y lo hace precisamente contra intereses de su propia empresa, de manera voluntaria y deliberada, siendo plenamente consciente de que está causando un perjuicio a su empleadora. Aquí ya no se está ejercitando legítimamente un derecho, ni tampoco es el caso de una actuación ilícita que carezca de relevancia en el contrato de trabajo. Y eso es justamente lo que así sucede cuando el trabajador se apropia de bienes de la empresa en un supermercado de la misma que es distinto a su centro de trabajo” (STS 21 de septiembre de 2017, RJ 2017/4310).

Dentro de los supuestos de despido por transgresión de la buena fe contractual merecen una especial mención los supuestos de despido por uso abusivo del crédito horario.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la consistente en que “el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación de los trabajadores durante el uso del crédito horario, detectada incluso por la petición previa del mismo y la posterior justificación inexacta aportada, no constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que pueda justificar despido, puesto que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) ET a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que

los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función”³.

Los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones “sin ser sometidos a vigilancia singular” en los términos que señala la STS de 29 de septiembre de 1989, RJ 1989/7987, que proscribió tal tipo de vigilancia, en tanto que “supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo”. La doctrina posterior ha matizado que esto no significa “la proscripción de la prueba de detectives, que solo constituye un obstáculo para el ejercicio de tales funciones en los supuestos de desproporción de la medida cuando se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales”. Así, se ha estimado que la vigilancia mediante detectives es proporcionada cuando se limita a dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo (STS 13 de marzo de 2012, RJ 2012/5242).

2. REQUISITOS DE FORMA Y PROCEDIMIENTO

Para que el despido disciplinario sea válido la ley exige el cumplimiento de determinados requisitos de forma y plazo, así como prevé un procedimiento especial cuando la medida afecta a un representante de los trabajadores.

2.1. Caducidad de la acción de despido

El art. 59.3 TRLET prevé que el ejercicio de la acción contra el despido “caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos”.

Es jurisprudencia reiterada que los sábados transcurridos entre la fecha de despido y la de la presentación de la demanda son inhábiles.

³ Ver, por todas, STS 15 de octubre de 2014, RJ 2014/5807.

biles y no computables para el cálculo del plazo de caducidad de la acción por despido, incluso los del período de 15 días de suspensión para la conciliación administrativa previa (STS 21 de diciembre de 2009, RJ 2010/382).

Se ha planteado ante el Tribunal Supremo si resulta aplicable en el ámbito del cómputo del plazo de caducidad del despido que previene el artículo 59.3 TRLET, el artículo 135.1 LEC⁴ cuando se interpone la demanda de conciliación en los términos previstos en éste precepto, esto es, dentro de las 15 horas del “día 21” del plazo referido, y la demanda ante el Juzgado de lo Social el mismo día en que se lleva a cabo la conciliación sin avenencia. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el plazo de caducidad previsto en el artículo 59.3 TRLET para el ejercicio de la acción de despido queda gráficamente “congelado” durante la sustanciación de la conciliación, esto es, desde el día en que se interpone la papeleta de conciliación hasta aquél en que se lleva a cabo la misma. Por tanto, “teniendo cuenta esa naturaleza de la conciliación, en absoluto desvinculada del proceso, no hay motivo para la no aplicación del artículo 135.1 LEC y, por el contrario, cabe en consecuencia entender que si la conciliación no ha “consumido” ningún día del plazo de caducidad, deberá hacerse un paréntesis con ese tiempo, de manera que cuando el día 20 es el inmediatamente anterior a la demanda de conciliación, ésta podría interponerse -como podría haberse hecho con la demanda por despido- hasta las 15 horas del día siguiente a la finalización de tal plazo, esto es, hasta las quince horas del día número 21, puesto que en la fase final, la demanda procesal realmente se interpuso el mismo día de la conciliación celebrada sin avenencia, por lo que ningún día se consumió con ello del repetido plazo” (STS 3 de junio de 2013, RJ 2013/5354; STS 26 enero de 2016, RJ 2016/720).

⁴ El art. 135.1 LEC dice lo siguiente: “Artículo 135. Presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales.

1. Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial”.

Ocurre, sin embargo, que la ley prevé que la suspensión del cómputo de la caducidad tiene una duración limitada en el tiempo, sometida a dos diferentes parámetros, de tal manera que se tomará como referencia el que primero acontezca de los dos. Así, de acuerdo con el art. 65.1 LRJS el cómputo de la caducidad se reanuda bien al día siguiente de intentada la conciliación, bien transcurridos quince días hábiles -concretamente, al día siguiente hábil de esos quince días hábiles- desde la presentación de la solicitud de conciliación si ésta no se hubiera intentado con anterioridad. “El primero constituye un plazo indeterminado, en la medida en que no es posible conocer *a priori* el día en que la conciliación será intentada, mientras que el segundo es un plazo absoluto e inamovible, pues este plazo de quince días no se ampliará ni siquiera en el caso de que la solicitud de conciliación requiera de subsanación, para lo que se le habrá concedido un plazo al solicitante que, de esta manera, se solapa con el de la suspensión de la caducidad de la acción. En ambos casos, no habrá de computarse en el plazo el mismo día de la presentación de la demanda. Este plazo de quince días hábiles desde la presentación de la papeleta de conciliación, sin que ésta se haya celebrado, implica que el cómputo de la caducidad se reanuda a partir del siguiente día sin esperar a que se celebre el acto conciliatorio y sin que una celebración posterior de éste implique la suspensión retroactiva del plazo que ya se reanudó” (STS 27 de octubre de 2016, RJ 2016/5470).

La caducidad de la acción de despido puede apreciarse de oficio por la Sala de Suplicación cuando la misma no fue ni planteada ni debatida en la instancia, siempre que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma (STS 25 mayo de 2015, RJ 2015/3130).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la presentación de la papeleta de conciliación en una oficina de correos suspende el plazo de caducidad. Afirma el Tribunal Supremo para justificar su decisión que: “1º) El trámite preprocesal de conciliación posee una naturaleza especialísima. 2º) Que se proyecten sobre la conciliación ciertas garantías típicamente procesales no implica que se deba prescindir

de su vertiente administrativa. 3º) La presentación del escrito instando la conciliación en una Oficina de Correos despliega los mismos efectos que si se hubiera hecho en un Registro administrativo, en especial respecto de la suspensión del plazo de caducidad para accionar” (STS 19 de septiembre de 2017, RJ 2017/4214).

2.2. Subsanación

El artículo 55.2 TRLET establece que “Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social”.

La facultad limitada de subsanación o corrección de los defectos formales del acto de despido que el art. 55.2 del ET reconoce al empresario está prevista “para el supuesto en que tal subsanación de los defectos formales del despido inicial se lleve a cabo en la situación jurídica creada por un despido incorrectamente formalizado (o en la situación jurídica creada por una sentencia que califica a un despido como improcedente por defecto de forma en el supuesto legal del art. 110.4 de la LPL)” (STS 11 de mayo de 2000, rec. 3375/1999). Distinta de estas situaciones es la de restablecimiento de la relación de trabajo motivada por el propósito de depurar las irregularidades formales en las que haya podido incurrir el empresario al llevar a cabo el despido del trabajador. Así, si el empresario decide revocar el despido y restablecer la relación laboral, y una vez reincorporado el empresario vuelve a despedirle por los mismos motivos alegados en el primer despido, esta situación jurídica de relación contractual restablecida no se puede incluir en el supuesto previsto en el art. 55.2 ET, que se limita a la subsanación o corrección de defectos formales del acto de despido acordada unilateralmente por el empresario. Una vez reincorporado el trabajador a su puesto de

trabajo, ‘la primera acción de despido se ha agotado y los efectos del primer despido han desaparecido, por lo que la actividad posterior tendente a despedir no entraña una subsanación del despido precedente” (STS 11 de mayo de 2000).

Así, “la readmisión del trabajador inicialmente despedido de manera verbal, supone dejar sin efecto esa medida, y la adopción después de otro despido supone que no opera el plazo de 20 días, contemplado en esa norma únicamente para el caso de que el empresario decida corregir los posibles incumplimientos formales del despido inicial sin necesidad de dejar sin efecto el primero, y para ello tiene un plazo de 20 días” (STS 16 de noviembre de 2012, RJ 2013/347).

El artículo 110.4 LRJS establece que *“Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha”.*

Para el Tribunal Supremo, “en este precepto se han de compaginar dos exigencias que configuran el mandato legal: por un lado, la seguridad jurídica y la propia pretensión de despido exigen que ante la declaración de improcedencia del mismo por defectos formales, la actuación empresarial que tienda a corregirlos procediendo a completar las formalidades omitidas, ha de tener un plazo breve de actuación, siete días, pero por otro, la exigencia de ese plazo no puede vaciar de contenido real la posibilidad de llevar a cabo un nuevo despido por parte de la empresa cuando se hayan completado aquellas exigencias legales incumplidas” (STS 8 de junio de 2009/4447).

En este sentido, se ha planteado si la tramitación de un expediente contradictorio para aplicar la sanción de despido a un trabajador suspende el plazo de siete días previsto en el artículo 110.4 LPL (que tiene la misma redacción que el actual art. 110.4 LRJS), cuando el primer despido fue declarado improcedente por sentencia al no haberse cumplido por

la empresa ese requisito formal. El Tribunal Supremo considera que “cuando el trámite formal de la tramitación del expediente contradictorio *se inicie dentro de los siete días y tenga una duración razonable*, los días que se inviertan en ese trámite han de quedar excluidos del cómputo, lo que en el caso de autos equivale a entender que efectivamente la empresa utilizó ese trámite que le ofrecía el número 4 del artículo 1110 LPL de manera adecuada y dentro del plazo legal, desde el momento en que la sentencia de despido impropcedente se notificó el 16 de mayo a la empresa, el expediente se tramitó en tres días, desde el 22 al 26 de mayo de 2.006, y el nuevo despido se produjo el día 26 de mayo, con efectos del 27” (STS 8 de junio de 2009/4447).

La eficacia de una segunda comunicación o carta de despido, en la que se imputan nuevos incumplimientos de obligaciones laborales, sobre la situación jurídica de un trabajador que fue despedido previamente por causa disciplinaria distinta, ha sido abordada y resuelta por la jurisprudencia que ha denominado a esta situación como “despido “cautelar” o “despido dentro del despido”.

La STS de 30 de marzo de 2010 (rcud 2660/2009) señala que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el despido cautelar: “1) el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) ET de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción (...); 2) no obstante, se admite la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior... a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste (...), sin perjuicio del efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación (...); 3) en estos casos de lo que coloquialmente se llama “despido dentro del despido”, ha de entenderse que el segundo despido no constituye por sí mismo un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación que extinguió el primer despido, sino que se configura como una medida preventiva para el supuesto de que la primera decisión extintiva no gane firmeza (...); y 4) si con posterioridad la primera decisión extintiva gana

firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme ... pero de no ser así el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación (...). Esta doctrina ha sido extendida por el Tribunal Supremo a los supuestos de despido objetivo (Sentencia 08-11-2011, rcud. 77/2011).

2.3. Despido de un representante de los trabajadores o de un delegado sindical

En el caso de despido de un representante legal de los trabajadores se aplican reglas especiales tanto en relación con el procedimiento de despido como con sus efectos.

El artículo 55.1 ET prescribe que, en caso de despido disciplinario de un trabajador que tenga la condición de representante legal de los trabajadores o de delegado sindical “procederá la apertura de expediente contradictorio”.

En relación con este expediente se ha cuestionado si en la tramitación del mismo se deben facilitar las pruebas de los hechos imputados al trabajador y a los representantes de los trabajadores, o bien es suficiente con facilitar un escrito en el que se les comunique de manera detallada los hechos imputados para que presenten el correspondiente escrito de alegaciones frente a tal imputación. Para el Tribunal Supremo “lo que exige e impone la naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal”; pero no exige la realización o práctica de pruebas como una fase diferencial dentro del proceso, pues el momento en el que se ha de llevar a cabo la actividad probatoria es en el proceso judicial correspondiente (STS 25 septiembre de 2012, RJ 2012/2389).

El art. 55.1 ET también prevé que cuando el trabajador esté afiliado a un sindicato, el empresario deberá “dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato”. En relación

con esta regla se ha planteado la cuestión de si la empresa que va a despedir disciplinariamente a persona afiliada a determinado sindicato debe dar audiencia al “delegado” del mismo en todo caso. En particular, si ello es así aunque ese representante no goce de las prerrogativas previstas en el art. 10 LOLS. El Tribunal Supremo ha concluido que el trámite de audiencia al delegado sindical, cuando el despido afecta a trabajador afiliado, solo es exigible cuando existan en la empresa delegados sindicales de secciones sindicales con las prerrogativas que les atribuye el art.10.3 de la LOLS, no cuando solo sean meros representantes internos o portavoces de la sección sindical. “Si la norma hubiera querido ser genérica, abarcando todos los supuestos de afiliados, cualquiera que sea el modo en que se organice el sindicato, no habría utilizado términos tan específicos como los de ‘secciones’ y ‘delegados’ sindicales. Si la norma hubiera querido abrir el trámite a favor de las personas afiliadas a cualquier sindicato habría residenciado la audiencia en las secciones y no en los delegados de las respectivas secciones” (SSTS 9 de mayo de 2018, RJ 2018/2255; 19 de julio de 2018, RJ 2018/4511).

3. CALIFICACIÓN Y EFECTOS

3.1. Indemnización por despido improcedente

Si el despido se declara improcedente, el empresario podrá optar por abonar al trabajador una indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades (art. 56.1 TRLET). La reducción de la indemnización por despido improcedente llevada a cabo por la reforma laboral de 2012⁵, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012. Por el contrario, la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a esa fecha se fijará a razón de 45 días de salario por año de ser-

vicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El apartado 2 de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 precisa que el importe indemnizatorio resultante de la aplicación de las reglas anteriores no podrá ser superior a 720 días de salario, a menos que el cálculo de la indemnización por el período anterior a la entrada en vigor del RDL 3/2012 arroja un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como tope indemnizatorio máximo, no mejorable aunque el trabajador acumule antigüedad con posterioridad al 12 de febrero de 2012, y sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Sobre el carácter exacto de esta norma ha tratado de pronunciarse el Tribunal Supremo en varias sentencias. Así, en la STS de 29 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5332) el Tribunal realizó una primera aproximación al tema, conforme a la cual si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades. Posteriormente, en la STS de 2 de febrero de 2016 (RJ 2016/547) ha advertido que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios.

En efecto, en la Sentencia citada y otras posteriores⁶, el Tribunal Supremo ha efectuado una revisión de la postura inicialmente adoptada y ha matizado que la Disp. Trans. 5^a de la Ley 3/2012, parte de la premisa de que, cuando se tomen en cuenta periodos de servicios anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012, “el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario”.

⁵ Antes de la reforma de 2012 la indemnización por despido improcedente era de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades.

⁶ SSTS 18 febrero 2016 (RJ 2016, 793), 16 septiembre 2016 (RJ 2016, 4872), 28 junio 2017 (RJ 2017, 3205), 28 de septiembre de 2017, RJ 2017/4515, 10 de mayo de 2018, RJ 2018/2638.

Siendo esa la regla general, el precepto de derecho transitorio contiene una excepción que juega cuando los periodos anteriores al 12 de febrero de 2012 ya arrojen por sí solos un importe superior al de los 720 días. En tal caso, la indemnización a percibir será el resultado de ese cómputo, siempre que, a su vez, no supere las 42 mensualidades.

Por el contrario, si el periodo anterior no arroja ese resultado de 720 días, se estará a la suma total, más sin que la misma pueda superar ese límite de 720 días.

Por lo que se refiere al modo de calcular el importe de la indemnización por despido improcedente y sobre quien tiene derecho a ella, los pronunciamientos del Tribunal Supremo han sido muy abundantes. De estos pronunciamientos podemos destacar la siguiente doctrina:

- Para el cálculo de la indemnización por despido debe dividirse el salario anual percibido entre 365 días y no entre 360. “Los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios; y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden [366 para el caso de año bisiesto]” (STS 19 de julio de 2017, RJ 2017/4162).

- Para el cálculo de la indemnización por despido a que se refiere el artículo 56.1 a) TR-LET se deben computar los años de servicio prorrateándose por meses completos los periodos de tiempo inferiores a un año, de tal manera que los días que exceden del último mes servido se consideran como un mes completo como si se hubiera trabajado la totalidad del mes (STS 20 de julio de 2009, RJ 2009/4184).

- A efectos de calcular la indemnización cuando se declara la improcedencia del despido, no se computa el tiempo transcurrido desde el despido hasta la sentencia que declara

su improcedencia⁷ y ello porque a consecuencia del acto del despido la relación laboral se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular (STC 3/1987). Es decir, con el acto del despido se «extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese período de tiempo -entre el despido y la sentencia que lo declara desajustado a derecho- haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes» (STSS 21 de octubre de 2004, RJ 2004/7029 y 10 de junio de 2009, (RJ 2009/5016).

- El salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización incluye, lógicamente, el salario en especie. Por lo tanto, debe incluirse en el salario del trabajador la prima que la empresa abona mensualmente por un seguro de vida y accidente pues constituye una retribución en especie por la prestación de servicios (STS 2 de octubre de 2013, RJ 2013/8447), así como la prima abonada por la empresa por un seguro de vida o un plan de jubilación (STS 3 de mayo de 2017, RJ 2017/2583). También debe computarse como salario el alquiler de la vivienda cuando la empresa incluya una cantidad en la retribución mensual destinada a ese concepto, o cuando la empresa abona directamente la renta, en cuyo caso estaríamos ante salario en especie (STS 16 de abril de 2018, RJ 2018/1977).

- Se ha discutido si en los supuestos de sucesión de contratos temporales de forma fraudulenta que se declaran indefinidos por este motivo, de la indemnización que le corresponde al trabajador por despido improcedente han de descontarse las cantidades percibidas, en concepto de indemnización, a la terminación de los sucesivos contratos temporales. El Tribunal Supremo ha señalado que no procede la compensación con las cantidades percibidas como consecuencia de las liquidaciones de los sucesivos contratos temporales declarados fraudulentos, con excepción de la indemnización abonada por extinción del último contrato temporal, que ha

⁷ SSTS 07/12/90 (RJ 1990, 9760); 21/12/90 (RJ 1990, 9820); 01/07/96 (RJ 1996, 5628); y 17/05/00 (RJ 2000, 5160).

sido objeto de la acción de despido con el resultado de la declaración de improcedencia (STS 11 de julio de 2018, RJ 2018/4370).

- Se ha pronunciado también el Tribunal Supremo acerca de si en la base utilizada para calcular una indemnización por despido improcedente debe incluirse el incentivo (“*bonus*”) devengado por cumplimiento de objetivos durante el año anterior y percibido dentro del mismo ejercicio en el que la empresa realiza el despido. La respuesta ha sido la de que debe computarse en el haber regulador de la indemnización un “*bonus*” de carácter anual, cuantificado en función de lo percibido en el año anterior y con independencia del momento en que se perciba (STS 14 de junio de 2018, RJ 2018/3273).

- Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la determinación del módulo -indemnizatorio y salarial- a tener en cuenta en los supuestos de previa reducción de jornada, acordada en el curso de un ERE anterior, el Tribunal Supremo ha afirmado que la indemnización por la extinción debe calcularse sobre la base de las percepciones correspondientes a la jornada completa y no conforme a la jornada reducida como consecuencia del expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), pues “admitir como módulo salarial la retribución correspondiente a la jornada reducida propicia innegablemente el fraude de ley, en tanto que consentiría la instrumentación de la reducción de jornada como antesala para el final abaratamiento del despido” (STS 27 de junio de 2018, RJ 2018/3586).

- La doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la extinción ilícita de contratos temporales sucesivos, celebrados en fraude de Ley, ha partido siempre del cómputo íntegro de los servicios prestados a través de la cadena de contratos, al considerar que la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes⁸. Doctrina que

es también aplicable cuando los contratos son ajustados a Derecho.

Al plantearse la cuestión de la interrupción en la prestación de servicios cuando la concatenación de contratos no fuera inmediata, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado asimismo por sostener que los intervalos temporales, pueden no ser significativos en orden a romper la continuidad de la relación⁹. De ahí que el criterio para determinar el reinicio del cómputo de la antigüedad, a los efectos del despido, tiene que atender a un examen realista de la subsistencia del vínculo y no sólo a la extinción formal del contrato¹⁰. Por ello, solo una ruptura verdaderamente significativa permite acortar el tiempo de servicios al que se refiere el art. 56.1 ET¹¹. Finalmente, se han admitido interrupciones superiores a veinte días en determinados supuestos¹².

solución de continuidad significativa, con interrupción inferior al tiempo de caducidad y aunque medie recibo de finiquito, y percibo de indemnización a la finalización de cada contrato temporal, pues como se recoge en las sentencias 20-02-1997; 30-03-1999; 15-02-2000 y 19-04-2005, entre otras; en el ámbito del Derecho del Trabajo es regla [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, [...] se entiende que la antigüedad [...] se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal, pues la novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones -sucesivas- diferente (SSTS 27-07-02 (R- 2087/01); y 19-04-05 (R-805/04), pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos (STS 12-11-93 (R-2812/92)); y esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (SSTS 12-11-93 (R-2812/92); 10-04-95 (R-546/94); 17-01-96 (R-1848/95); 22-06-98 (R-3355/97); 20-12-99(sic) (R-2594/98)).

⁹ STS de 10 de abril de 1995, rcud. 546/94.

¹⁰ STS de 17 de enero de 1996, rcud. 1848/1995.

¹¹ STS 4 de julio de 2006 -rcud. 1077/2005-, entre otras.

¹² STS de 8 de marzo de 2007 -rcud. 175/2004 - y 3 de noviembre de 2008 -rcud. 3883/2007-.

⁸ STS de 17 de enero de 2008 (rec 1176/2008): “la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización -el tiempo de servicio a que alude el art. 56.1 ET- se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales cuanto si lo ocurrido es la mera sucesión -regular- de varios sin una

3.2. Readmisión

Según el art. 56.1 TRLET “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”. En la misma línea, el art. 110.1 LRJS, dispone que “si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador... o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización... Si la sentencia... elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección”. Por lo tanto, la obligada opción por la readmisión o indemnización -tras la sentencia de instancia- es irrevocable y únicamente es posible cambiar de elección en el caso de que se hubiese optado -en instancia- por la indemnización y además para el exclusivo supuesto de que la sentencia de publicación hubiese elevado su cuantía.

Sobre la incidencia del recurso en la opción ya efectuada, el art. 111.1 LRJS preceptúa que “si se hubiera optado por la readmisión, cualquiera que fuera el recurrente, ésta se llevará a efecto de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297”. Bajo la rúbrica “Ejecución provisional de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido”, el citado art. 297 señala que cuando “el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos... vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución... y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el aludido abono sin compensación alguna”.

Significativamente dispone el art. 299 LRJS que “el incumplimiento injustificado por parte del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de servicios acarreará la pérdida definitiva de los salarios a que se refieren los artículos anteriores” [los de la ejecución provisional]. Y, finalmente, bajo el epígrafe “De la ejecución de las sentencias firmes de despido”, el art. 278 LRJS

dice: «Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en el que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo».

Lógicamente no procede nueva comunicación de reincorporación al trabajo, tras haber obtenido firmeza la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido, si el trabajador ya se encontraba en su puesto por haber sido previamente readmitido, de forma tal que la comunicación readmisoria dirigida al trabajador -dentro de los diez días siguientes a la sentencia que adquiere firmeza- a que se refiere el relatado art. 278 LRJS, parece contemplar el supuesto de las sentencias que, acogiendo el recurso interpuesto, declaren por primera vez la improcedencia del despido.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo si el trabajador rechaza injustificadamente la readmisión ofrecida tras la sentencia de instancia, la confirmación del pronunciamiento de improcedencia por parte del TSJ determina que la empresa haya de cumplir la obligación que le imponen las prevenciones contenidas en el art. 278 LRJS, debiendo comunicar «por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel... la fecha de su reincorporación» (STS 20 de octubre de 2015, RJ 2015/6184).

Para el Tribunal Supremo, la negativa del trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo en ejecución provisional de sentencia de despido, habiendo sido requerido por la empresa que ha optado por la readmisión, sólo produce la pérdida de los salarios de sustanciación del recurso. En estos casos, una vez confirmada la sentencia por el tribunal superior la empresa viene obligada a reiterar su ofrecimiento de readmisión y de no hacerlo el trabajador puede instar la ejecución definitiva del fallo planteando el incidente de no readmisión. Ahora bien, la antigüedad a computar a efectos de determinar dicha indemnización no comprende el período transcurrido desde la sentencia de instancia hasta el auto que declara extinguida la relación laboral al no haber mediado prestación de servicios ni salarios por voluntad exclusiva del trabajador (STS 20 de octubre de 2015, RJ 2015/6184).

Al optar por la readmisión, el empresario se compromete a efectuarla “en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido” (art. 110.1 LRJS), por lo que, “a sensu contrario”, la readmisión no estará bien hecha si se realiza “en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido” art. 283.1 LRJS).

En caso de imposibilidad de readmitir procede la extinción contractual indemnizada, porque la norma, considera el Tribunal Supremo, no obliga a que el trabajador, sin su voluntad, “acepte una readmisión en condiciones sustancialmente distintas que alteren el contenido esencial de la prestación, pues tratándose de la establecida en la sentencia que declara el despido improcedente de la condena a una obligación alternativa que se concreta mediante el ejercicio del derecho de opción por quien corresponda no puede elegirse para su cumplimiento aquella cuya realización sea imposible” (STS 27 de diciembre de 2013, RJ 2013/8365).

En el sentido expuesto se ha pronunciado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo analizando el supuesto de despido de un trabajador que posteriormente, pero antes de la sentencia, fue declarado en situación de IPT, entendiéndose que la declaración de improcedencia determina que la condena del empresario se limite a la indemnización¹³.

El Tribunal Supremo ha considerado que el “plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito” ex art. 278 LRJS que en el supuesto de ejecución de sentencia firme de despido declarado improcedente con ejercitada opción empresarial por la readmisión debe, como mínimo, respetar el empleador en favor del trabajador para fijar a partir de entonces la fecha para la efectiva reincorporación de éste, lo que deberá hacer constar en la comunicación escrita que debe remitirle, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, es un plazo procesal por lo que no computarán los sábados, domingos y festivos (STS 19 de enero de 2016, RJ 2016/752).

Este es un plazo que no afecta a la oferta de readmisión, pues ésta ya está acordada; es un plazo que cumple otra finalidad: la de conceder un tiempo suficiente al trabajador para incorporarse al trabajo, de manera que pueda dilatar esa reincorporación durante un mínimo de tres días por razones de conveniencia o comodidad. Se trata de un plazo que amplía el margen del trabajador para reincorporarse (STS 23 de julio de 2008, recud 3682/2007).

3.3. Salarios de tramitación

3.3.1. La posibilidad de no abonar salarios de tramitación antes de la reforma de 2012

De conformidad con lo dispuesto en el art. 56.2 ET, los salarios de tramitación equivalen 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 declare 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”.

En las últimas décadas los salarios de tramitación han sufrido toda una serie de reformas normativas dirigidas, con carácter general, a reducir su cuantía. En efecto, desde la Ley 11/1994 el legislador ha venido incidiendo sobre la cuantía de los salarios de tramitación como forma de reducir indirectamente la cuantía del despido¹⁴. Así, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, mantuvo la opción empresarial entre la readmisión con abono de salarios de tramitación, o el pago de una indemnización de 45 días de salarios por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades más lo salarios de tramitación. Ahora bien, con la finalidad de reducir la cuantía de los salarios de tramitación que en muchos casos, sobre

¹³ Entre otras, en STS de 28 de enero de 2013, RJ 2013/4116; STS de 25 de junio de 2013, RJ 2013/6230; STS 13 de marzo de 2018, RJ 2018/1175.

¹⁴ A. MARTÍN VALVERDE: “Comentario al art. 56 del Estatuto de los Trabajadores”, en *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, dir. S. DEL REY GUANTER, Ed. La Ley, Madrid, 2005, pág. 996.

todo en contratos de corta duración, llegaba a ser superior a la cuantía de la indemnización, estableció la posibilidad de que los salarios de tramitación quedaran limitados a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista en la ley (45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades), depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

El RDL 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, eliminó los salarios de tramitación. De esta manera, el art. 56.1 ET quedó redactado del siguiente modo: “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 la extinción del contrato con abono de una indemnización. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Pocos meses después, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, recuperó de nuevo los salarios de tramitación, tanto para el supuesto de que el empresario optara por la readmisión como por la indemnización, ante el descontento social que provocó su supresión. Sin embargo, la nueva redacción del art. 56.2 ET otorgó al empresario la posibilidad de no abonar salarios de tramitación cuando en las 48 horas siguientes al despido reconociera su improcedencia y ofreciera al trabajador la indemnización legal de 45 días de salarios por año de servicio, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndola en conocimiento de éste.

Pasadas esas 48 horas, el empresario podía reconocer la improcedencia del despido hasta la fecha del acto de conciliación, en cuyo caso los salarios de tramitación quedaban limitados a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito.

Ahora bien, para que el empresario quedara liberado del pago de los salarios de tramitación en el acto de conciliación debía proceder al depósito de la indemnización sin que se libere del pago en el caso de optar por la readmisión. En este sentido, puede citarse la STS de 5 de febrero de 2013, RJ 2013/2859, en la que se planteó la duda de si, en el supuesto de que el empresario hubiera reconocido en conciliación la improcedencia del despido ofreciendo la readmisión del trabajador despedido, los salarios de tramitación habían de limitarse a la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación administrativa o, por el contrario, producido el rechazo de esa única oferta, los salarios de trámite habían de extenderse hasta el día en el que se notifica la sentencia de instancia confirmando la improcedencia del despido.

El Tribunal Supremo entendió que los salarios de tramitación se adeudan hasta la fecha de notificación de la sentencia pues el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la empresa no restablece el contrato extinguido y el rechazo por el trabajador de la readmisión no equivale a su dimensión. De este modo, si el empresario quería limitar los salarios de tramitación hasta la fecha del acto de conciliación debía optar por el pago de la indemnización, consignándola en la forma prevista en el párrafo segundo del art. 56.2 ET, porque -señala el Tribunal Supremo- «lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe. La “opción” que el empresario dice haber ejercitado en el momento de la conciliación administrativa no es tal porque la misma sólo podría haberla efectuado, y a los efectos que aquí se dilucidan (la extensión de los salarios de tramitación), bien una vez concluido el proceso de despido “en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia” (art. 56.1 ET) que declarara su improcedencia, o bien, cuando así lo reconociera el propio empleador “si ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste” (art. 56.2.2º ET)».

En el supuesto de consignación errónea o inexacta del importe de la indemnización en el Juzgado de lo Social, se ha planteado la cuestión de si se interrumpe o no el devengo de los salarios de tramitación. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue entre la consignación insuficiente por error excusable y la consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables, distinción que tiene la consecuencia de que “en el primer caso el efecto exoneratorio o interruptivo de la consignación no se malogra, mientras que en el segundo sí” (STS de 19 de junio de 2003, rcud 3673/2002). Los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso, señalando la jurisprudencia entre los indicios de error excusable, la coincidencia en el posible error de cálculo entre las partes del proceso y la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia que puede ser achacable a diversas causas (error de cuenta, complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas, vicisitudes o cambios en el contenido de la relación de trabajo)¹⁵.

Por lo que se refiere al lugar en el que debe depositarse la indemnización, a efectos de limitar el devengo de los salarios de tra-

mitación, cuando son distintos los lugares del domicilio social de la empresa y el de la prestación de servicios, el Tribunal Supremo ha entendido que, aunque es cierto que el depósito constituye un acto previo al proceso, ello no es obstáculo, “para que se deba acudir a las previsiones del art. 10.1 LPL, ante el silencio del 56.2 ET a la hora de señalar en que juzgado de lo social debe efectuarse el depósito y a falta de otra norma que aclare la cuestión. Ante la disyuntiva de tener por válido el depósito realizado ante el juzgado de lo social del lugar en que tiene su domicilio la empresa, o dar validez sólo al efectuado ante el juzgado que va a ser luego el competente para conocer de la demanda de despido porque el trabajador decide interponerla ante él, parece evidente que la alternativa lógica es la primera. Pues el art. 10.1 LPL establece dos fueros alternativos para conocer de las demandas de despido, a elección del demandante (el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado) y por ello el depósito efectuado en cualquiera de esos dos lugares, debe tener la eficacia que le otorga el art. 56.2 ET” (STS de 4 de noviembre de 2008, recurso 3932/07).

La doctrina expuesta, se establece para los casos en que el depósito se efectúa antes de la citación de la empresa para la conciliación administrativa; pues si se efectuara después, el depósito deberá realizarse en el mismo lugar en que se celebra la conciliación, ya que la presentación de la solicitud pone de manifiesto la opción del trabajador por el juzgado de lo social de ese lugar para conocer de la posterior demanda de despido (STS 30 de junio de 2011, RJ 2011/6099).

La comunicación al trabajador del reconocimiento de la improcedencia del despido y del depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social es uno de los requisitos que la norma exigía para paralizar el cómputo de los salarios de tramitación. El Estatuto de los Trabajadores no especificaba la forma en que tal comunicación debía realizarse, por lo que el Tribunal Supremo declaró que a falta de un requerimiento legal de forma específica, “el reconocimiento, (de la improcedencia), tanto puede ser expreso como tácito, y tratándose de éste último, su realidad habrá de desprenderse, sin duda razonable, de las circunstan-

¹⁵ En este sentido, ver, entre otras, STS 16-9-2015 RJ 569/2015, según la cual, “en el presente caso el error debe considerarse excusable por la dificultad jurídica existente en calificar como salarial las percepciones indemnizatorias por traslado, dificultad que evidencia que tanto el Juzgado como la Sala de Suplicación se hayan pronunciado, erróneamente, en sentido contrario al que lo hace esta sentencia. Si órganos judiciales técnicos han errado en la solución dada, debe estimarse que el error de la empresa también lo era, como en supuestos similares al de autos ha declarado esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 24-4-2000 (Rcud. 308/99), 19-6-2003 (Rcud. 3673/02), 26-1-2006 (Rcud. 3813/04) y 13-11-2006 (Rcud. 3110/05)”. O, en sentido similar, STS de 13 de marzo de 2013, RJ 2013/3609: “En primer lugar, el error de cálculo fue advertido y corregido *motu proprio* por la empresa antes de que transcurriera un mes desde la consignación judicial de la indemnización asumida. En segundo lugar, la diferencia en la cuantía es de escasa relevancia, tanto en términos absolutos como sobre todo en términos relativos (el Ministerio Fiscal la ha cifrado en el 2'65 % del total de la referida indemnización). Y en tercer lugar el referido error se refiere a un concepto retributivo al parecer polémico, que había sido objeto de sentencia colectiva dictada por un Juzgado de lo Social. A la vista de las consideraciones anteriores el error padecido por la empresa debe ser calificado como excusable”.

cias que hayan concurrido” (STS 13 de marzo de 2001, rec. 3689/1999). Así, por ejemplo se ha entendido que el trabajador ha tenido conocimiento exacto de la decisión empresarial, aunque no sea de forma directa por la empresa, cuando es el Juzgado quien se lo comunica la trabajador, lo que le facilitó poder acudir al juicio “conociendo la postura empresarial tanto respecto a la calificación del despido, como respecto a los módulos empleados para el cálculo de las cantidades a pagar” (STS de 16 de febrero de 2015, RJ 2015/569).

Asimismo, se ha considerado que tiene eficacia exoneradora del pago de los salarios de tramitación la entrega de la indemnización al trabajador mediante cheque bancario o mediante el pago directo en metálico de la indemnización una vez que el empresario reconoce la improcedencia del despido. En estos casos resulta innecesario el depósito judicial de la indemnización que ha perdido su finalidad al haber ingresado directamente la indemnización en el patrimonio del trabajador (entre otras muchas, STS 25 de marzo de 2009, RJ 2009/1847).

Pues bien, sobre esta situación ha incidido nuevamente la reforma laboral de 2012, que ha suprimido los salarios de tramitación para el caso de que el empresario opte por el pago de la correspondiente indemnización. En consecuencia, ha desaparecido del Estatuto de los Trabajadores la norma hasta ahora comentada que permitía al empresario reconocer anticipadamente la improcedencia del despido y consignar la indemnización correspondiente para paralizar el devengo de los salarios de tramitación. Sin embargo, se mantiene el derecho al cobro de los salarios de tramitación para el caso de que el empresario opte por la readmisión del trabajador. El derecho a los salarios de tramitación también se mantiene en los supuestos de despido nulo, así como en los supuestos de despidos improcedentes de representantes de los trabajadores, que conservan tal derecho tanto si optan por la readmisión como por la indemnización (art. 56.4 ET).

3.3.2. *Ámbito temporal de los salarios de tramitación*

La regla general es que los salarios de tramitación abarcan desde la fecha de despido

del trabajador hasta la de la notificación de la sentencia que declare su carácter improcedente. Sin embargo, esta regla conoce varias excepciones.

A. Realización de una actividad remunerada o percibo de una prestación de la Seguridad Social

Existe doctrina unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en materia de salarios de tramitación y posibles descuentos que puedan llevarse a cabo como consecuencia de la realización durante el periodo señalado para su percibo de otra actividad remunerada o del percibo de prestaciones de Seguridad Social.

Así la doctrina general se resume en la STS de 18 de abril de 2007 (recurso 1254/2006), en la que se afirma que “... si el trabajador ha prestado servicios para otra empresa durante la tramitación del proceso, del importe de los pertinentes salarios de trámite se han de efectuar las oportunas deducciones en virtud de las remuneraciones percibidas por ese nuevo trabajo ...”. De esta forma y con arreglo a esa doctrina, entiende el Tribunal Supremo que “la figura de los salarios de tramitación tienen una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador de uno de los perjuicios que para él derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento. Así pues, en estos casos desaparece la ‘ratio legis’, el fundamento esencial que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica y genera, esta obligación no puede existir, al menos en la cuantía coincidente” (STS 12 de marzo de 2013, RJ 2013/3650).

Por otra parte aun cuando la literalidad del artículo 56 ET se refiere la necesidad de

abono de esos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que el trabajador “hubiera encontrado otro empleo”, esta expresión que ha de entenderse no de una forma literal, sino que ha de alcanzar su contenido también a los supuestos en que el trabajador consigue durante el período de tramitación ingresos correspondientes a la actividad como trabajador por cuenta propia (STS 1 de marzo de 2004, recurso 4846/2002).

Ahora bien, no procede efectuar ningún tipo de descuento en los salarios de tramitación cuando la actividad por cuenta propia ya existía con anterioridad al despido y prosigue durante el tiempo que se corresponde con los salarios de tramitación (STS 12 de marzo de 2013, RJ 2013/3560).

B. Auto de aclaración

Otra cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo es la relativa a si la obligación de pagar salarios de tramitación, en el caso de que la sentencia que los establece haya sido objeto de aclaración, se extiende hasta la fecha de la notificación de la sentencia o hasta la de la notificación del Auto que resuelve la aclaración.

El Tribunal Supremo opta por una interpretación sistemática sobre el valor jurídico del Auto aclaratorio para resolver esta duda. El Auto de aclaración de una sentencia “no es más que una prolongación de la misma, la subsanación de una omisión o de un defecto de expresión o de un error material, y por ello forma unidad indisoluble con la sentencia que aclara, la cual no puede considerarse, en puridad, correctamente emitida hasta que dicha aclaración ha sido satisfecha”. Por ello la regla general debe ser la de que los salarios de tramitación deben extenderse hasta la notificación del Auto aclaratorio de la sentencia. Y ello puede ocurrir incluso si la aclaración es denegada, siempre que no se haya demandado la misma con voluntad dilatoria, es decir, que no concurra un fraude procesal, lo que constituiría una justificada excepción, entre otras posibles, a la citada regla general (STS 4 de noviembre de 2010, RJ 2010/8476; STS de 6 de abril de 2016, RJ 2016/1874).

3.3.3. Salarios de tramitación a cargo del Estado

En los supuestos en los que de conformidad con el art. 57 ET los salarios de tramitación son por cuenta del Estado, se ha planteado ante el Tribunal Supremo la cuestión de si serán o no con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los períodos de incapacidad temporal cuyo abono ha realizado directamente el empresario durante el periodo correspondiente al devengo de los salarios de tramitación.

Conviene recordar que, aunque el art. 56.1. b) del ET se refiere únicamente a la obligación de abonar los salarios de tramitación, lo cierto es que esa obligación de abono de los salarios de tramitación lleva consigo, para garantizar la plenitud del efecto resarcitorio, el abono de las cuotas correspondientes al periodo cubierto por aquellos salarios. Así se desprende del art. 209.6 de la LGSS, que establece que en los supuestos del art. 56 del ET -es decir en caso de condena al abono de los salarios de tramitación- “el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”.

Pero, al igual que ocurre en los supuestos normales, puede existir obligación de cotizar sin que haya obligación de abonar salarios. Esto es lo que sucede en los casos de incapacidad temporal del trabajador: no hay obligación de abonar salarios de tramitación, porque, al ser la incapacidad temporal un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, no habría salarios dejados de percibir, lo que excluye también los salarios de tramitación. Sin embargo, la obligación de cotizar continúa en virtud de lo dispuesto en el art. 106.4 de la LGSS, de manera que procede el abono de las cuotas correspondientes a una parte del periodo en que se hubieran aplicado salarios de tramitación, aunque esos salarios no se hayan abonado, como consecuencia de la situación de incapacidad temporal.

Cuando es el Estado el obligado al pago de los salarios de tramitación porque la sentencia que declara el despido improcedente

se dicta transcurridos noventa días desde la presentación de la demanda, también serán con cargo al Estado las cuotas de Seguridad Social correspondientes a dichos salarios (art. 56.5 TRLET).

La cuestión que se ha planteado ante el Tribunal Supremo es si subsiste esa obligación de abono de las cuotas de la Seguridad Social cuando como consecuencia de la incapacidad temporal no se abonan salarios de tramitación. Y la respuesta ha sido afirmativa, pues las cuotas de la Seguridad Social correspondientes al período de salarios de tramitación han continuado abonándose por la empresa porque así lo prevé la Ley, aunque no se abonen los salarios de tramitación. En consecuencia, el empresario debe ser reintegrado del importe abonado en el exceso de los 60 días por parte del Estado. “El reintegro tiene una función única que cubre los dos componentes del coste. Si uno de ellos no se aplica, no habrá que reintegrarlo, pero ello no exonera de reintegrar el otro. Es una simplificación de esta relación compleja afirmar que, como no ha habido salarios de tramitación, no debe haber reintegro de las cuotas de la Seguridad Social. Las cuotas siguen respondiendo a los salarios de tramitación y al periodo en que éstos tendrían que devengarse, aunque ese devengo no se produzca como consecuencia de la incapacidad temporal” (STS 19-1-2011, RJ 2011/918).

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado acerca de las consecuencias jurídicas, que en orden a la reclamación al Estado de salarios de tramitación por parte de las empresas, deben derivarse de la falta de prueba del importe de las retribuciones que hubieren podido percibir los trabajadores en otro empleo coincidente con el periodo de devengo de tales salarios (STS 8 de noviembre de 2006).

La doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo impone al empresario el “*onus probandi*” y nunca al Estado, pues éste -a diferencia del empleador- no tiene posibilidad de intervenir en el proceso por despido del que se deriva la reclamación salarial. Por ello, se atribuyen al empresario las consecuencias adversas de la circunstancia de no haber soportado la aludida carga pro-

batoria (STS 29 de septiembre de 2010, RJ 2010/7864).

Esta sentencia traslada además esta doctrina al supuesto en el que son los trabajadores los que reclaman al Estado los salarios de tramitación -en el caso de insolvencia de la empresa que nos los hizo efectivos-, para aplicar ese mismo criterio y razonar que, frente al Estado, son los demandantes los que tienen la carga de probar lo realmente percibido en aquel otro empleo, y de no hacerlo, deben soportar la consecuencia de ver íntegramente desestimada su reclamación.

En efecto, cuando declarada una empresa en insolvencia los trabajadores reclaman al Estado el reintegro de los salarios de trámite que exceden de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda y el día en que la sentencia declaró la improcedencia del despido, el Tribunal Supremo ha declarado que el *onus probandi* viene atribuido a los trabajadores; “y es así, tanto por aplicación de lo dispuesto en el número 2 del art. 217 de la LEC, al haber sido ellos quienes ejercitaron la acción de reclamación salarial, como a tenor de lo prevenido en el apartado 6 del propio precepto, porque también son ellos los que tienen mayor disponibilidad y facilidad probatoria al respecto: sin ninguna duda, son ellos los que mejor conocen cuál ha sido el importe de los salarios percibidos durante el período al que corresponde la detracción, y también quienes no tienen ninguna dificultad para acreditarlo, de tal manera que, si no lo han hecho, será, bien por negligencia, o bien porque la demostración les perjudica. En cualquiera de ambos casos, esta falta de demostración habrá de acarrearles las consecuencias adversas a las que se refiere el apartado 1 del citado art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, de manera que se desestimará su pretensión (STS 29 de septiembre de 2010, RJ 2010/7854).

Es la empresa la que tiene la carga de probar que el trabajador despedido ha percibido otras retribuciones que eximan o reduzcan el alcance de su obligación de pagar salarios de tramitación, “por más que en el pleito entre trabajador y empresa entre en juego la posibilidad de deducir el salario mínimo interprofesional cuando se demuestra

la prestación de servicios y se ignora la cuantía de lo percibido, que encuentra justificación en la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba en aquel procedimiento en el que ambos han sido partes. Lo que no es el caso cuando la demanda de reclamación de salarios de tramitación se dirige contra el Estado, en el que tanto el trabajador, como la empresa, tienen la carga de probar las cantidades efectivamente percibidas en otro empleo” (STS 20 de julio de 2017, RJ 2017/4170).

3.3.4. *Supuestos en los que no procede el abono de los salarios de tramitación*

Una cuestión sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo es la relativa a si la expulsión por motivos disciplinarios de un socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado, cuando tal expulsión es declarada como indebida o improcedente por sentencia firme, confiere o no derecho al aludido socio a percibir los salarios de tramitación para el caso de despido improcedente.

De conformidad con el art. 80.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, “la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria”, y el art. 80.4 señala que “los socios trabajadores tienen derecho a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa, denominados anticipos societarios que no tienen la condición de salario, según su participación en la actividad cooperativizada” (art. 80.4). La relación entre el socio trabajador y la cooperativa de trabajo asociado es, por tanto, de carácter societario. Al quedar claramente descartada la naturaleza laboral de la relación existente entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, el Tribunal Supremo concluye, necesariamente, que cuando el cese o la expulsión de uno de estos socios, con apoyo en motivos disciplinarios, se declara improcedente o indebida por sentencia judicial, el socio expulsado carece de derecho a percibir salarios de tramitación, pues nunca había percibido “salario” en sentido jurídico-laboral (SSTS 13 de julio de 2009, RJ 2009/4433).

El abono de salarios de trámite no procede tampoco en la relación laboral especial de alta

dirección salvo en caso de despido nulo por vulneración derechos fundamentales¹⁶.

Cuando el trabajador permanece en situación de incapacidad temporal en periodo coincidente con el correspondiente a los salarios de tramitación, no tiene derecho al cobro de los salarios de tramitación. “Si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia” (STS 16-9-2010, RJ 2010/7424).

Si bien el Tribunal Supremo había venido entendiendo que no procede el abono de los salarios de tramitación cuando el trabajador es despedido de forma improcedente hallándose en situación de excedencia voluntaria (STS 12 de julio de 2010, RJ 2010/6799)¹⁷, esta jurisprudencia ha sido modificada por STS de 19 de diciembre de 2011, RJ 2012/109, según la cual, “la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido”. Señala el Tribunal Supremo que “la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos

¹⁶ STS 12 de marzo de 1993, RJ 1993/2410; STS de 18 de junio de 2012, RJ 2012/8125.

¹⁷ Señalaba el Tribunal Supremo que, en esta situación el trabajador no lleva a cabo ninguna prestación efectiva de servicios, ni ocupa ningún puesto de trabajo en la empresa, ni recibe de ésta remuneración de clase alguna. Por lo tanto, no es posible condenar a la empresa al pago de los salarios de tramitación porque en situación de excedencia voluntaria no se devenga retribución.

(bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria)”.

3.3.5. *Prescripción en los supuestos de interposición tardía del incidente de no readmisión*

En los supuestos de interposición tardía de incidente de no readmisión tras la declaración en sentencia firme de despido improcedente, se ha planteado la cuestión de si esto supone la prescripción de la obligación de pagar los salarios de tramitación.

El Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de febrero de 2015, RJ 2015/1074, y 16 de septiembre de 2016, RJ 2016/5735, ha señalado que “solamente prescribe por el transcurso de tres meses desde la notificación de la sentencia aquello que tiene que ver con la acción ejercitada -incidente de no readmisión- a saber: la conversión de la obligación de readmitir en indemnización; la posible indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades prevista en el art. 279.2 b) de la LPL (hoy 281.2 b de la LRJS); y los salarios de tramitación posteriores, esto es, los devengados desde la notificación de la sentencia que declaró el despido improcedente hasta la fecha del Auto que, poniendo fin al incidente de no readmisión, declara definitivamente extinguida la relación laboral. Pero dicha prescripción de tres meses no puede alcanzar a los salarios de tramitación a que se condenó a la empresa en aquella sentencia que declaró por primera vez la improcedencia del despido, para cuya reclamación dispone el actor del plazo de prescripción de un año. Al tratarse de dos acciones diferentes y con dos plazos de prescripción diferentes -tres meses y un año, respectivamente- la declaración de que concurre la primera no puede considerarse cosa juzgada en relación con la segunda”.

3.3.6. *Imposibilidad de readmisión por cierre de la empresa o cese de la actividad empresarial*

El art. 110.1 b) LRJS reconoce al trabajador el derecho a pedir que se tenga por efectuada la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación con condena al empresario a que abone la

indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia. Se trata, así, de anticipar la extinción del vínculo prevista en el art. 286 LRJS para el caso de imposibilidad de readmisión constatada en el incidente sustanciado a tal efecto, cuando la misma no puede materializarse por cese o cierre de la empresa.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ya venía admitiendo esta posibilidad bajo la vigencia de la LPL y en aplicación de su art. 284, señalando que en estos casos que, a efectos de la indemnización se computará como tiempo de servicios el comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral y la fecha de la sentencia en que se declare extinguida la relación laboral, y, por lo que se refiere a los salarios de tramitación, procederán también los mismos desde la fecha del despido hasta la fecha de la resolución en que se efectúa la extinción de la relación laboral (STS 6 de octubre de 2009, RJ 2009/5660).

La LRJS recogió en su art. 110.1 c) este criterio doctrinal, de manera que en los supuestos de despido improcedente en los que a solicitud de la parte demandante se opta por la indemnización en la sentencia al no ser posible la readmisión, se condenaba al empresario al pago de la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, cuando procedieran, hasta dicha fecha.

Pero la reforma laboral de 2012 (primero través del RDL 3/2012 y después por la Ley 3/2012), en coherencia con la supresión de los salarios de tramitación para el supuesto de que la empresa opte por la indemnización, ha suprimido en el art. 110.1 LRJS toda mención a los mismos. Esto ha planteado en la jurisprudencia la cuestión de si a pesar de esta falta de mención expresa en la Ley deben abonarse los salarios de tramitación cuando se opta en sentencia por la indemnización ante la imposibilidad de que proceda la readmisión del trabajador por cierre de la empresa o cese de la actividad empresarial.

Señala el Tribunal Supremo que si efectuamos una interpretación estricta y literal del artículo 110.1.b) de la LRJS llegamos a la conclusión de que no procede la condena a salarios de tramitación, al no estar expresa-

mente prevista esta condena en el citado precepto para los supuestos en los que no resulta realizable la readmisión. “Ahora bien, si no se activase la solicitud en él prevista y se prosiguiese con la normal ejecución de la sentencia de despido improcedente, al constatarse posteriormente que la readmisión es imposible el Juzgado debería dictar auto dando por extinguido el contrato y condenando (entonces sí) al abono de los salarios de tramitación, además de la indemnización tomando como periodo de prestación de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto judicial (art. 286.1 LRJS)... La comparación entre las consecuencias del art. 110.1.b), aisladamente interpretado, y las de los preceptos sobre ejecución de sentencia en que no se haya activado esa solicitud conduce a un resultado incoherente. La conclusión es abiertamente insatisfactoria y disfuncional, pues parecería que se incentiva la prolongación del procedimiento: si el trabajador permanece pasivo (aunque conozca las circunstancias de la empresa) hace aumentar el tiempo tomado en cuenta para calcular indemnización y el monto de los salarios devengados. No tiene sentido lógico la eliminación de salarios de tramitación para mantenerlos en la misma hipótesis pero replanteada en un hito procesal posterior. De ahí que deba buscarse el modo de armonizar los dos bloques normativos” (STS 19 de julio de 2016, RJ 2016/4814).

Insiste el Tribunal Supremo que “la interpretación estricta, no sólo perjudicaría al trabajador injustamente despedido, que es la parte perjudicada o víctima en la situación jurídica de despido improcedente, y beneficiaría a la empresa por una decisión injusta y contraria a la Ley, es decir, beneficia a quien causa el perjuicio o victimario en la situación jurídica del despido improcedente, sino que además desincentivaría, y sería contrario a cualquier principio de economía procesal en tanto que obligaría, de hecho, a todo trabajador despedido de forma improcedente y con la empresa cerrada, a no pedir la extinción contractual al momento de la sentencia, a no anticipar la solución del conflicto y esperar a la ejecución ordinaria, previsiblemente con readmisión implícita por falta de opción empresarial, y por tanto con devengo de salarios de tramitación, a costa de una mayor dilación procesal y de un mayor esfuerzo y saturación

de la administración de justicia, innecesarios para prestar la tutela efectiva”¹⁸.

Partiendo de la literalidad del art. 110.1.b) LRJS¹⁹, la misma doctrina jurisprudencial ha sostenido que ese derecho a los salarios de tramitación “requerirá siempre y en todo caso, el cumplimiento de los dos siguientes requisitos: a) que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante; y, b) que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal”.

Ahora bien, considera el Tribunal Supremo que para el supuesto de que el Magistrado desatienda tal prescripción y acuerde una extinción contractual no pedida, “por justicia material no pueden negarse las mismas consecuencias -léase salarios de tramitación- que cuando la finalización del vínculo laboral hubiese sido expresamente pedida por la parte, puesto que ni puede admitirse que se deje a la voluntad del juzgador determinar el alcance de los derechos del trabajador despedido, ni tampoco obligarse a éste a que necesariamente combata por vía de recurso -con todo lo que

¹⁸ SSTS 21 de julio de 2016, RJ 2016/4427; 25 de septiembre de 2017, RJ 2017/4266.

Como puso de manifiesto la doctrina, F. CAVAS MARTÍNEZ: “Comentario al art. 110 LRJS”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Coord. A. V. Sempere Navarro, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 663, “cabe, no obstante, que el demandante no solicite que la sentencia declare extinguida la relación laboral - en cuyo caso la indemnización computaría hasta la fecha de la sentencia, pero no condenaría al abono de salarios de tramitación - con lo que la sentencia condenará al empresario a optar entre la readmisión o la indemnización, entendiéndose que opta por la readmisión al no comunicar el sentido de su opción en el plazo de cinco días (art. 56.3 ET), lo que sucederá normalmente si la empresa está desaparecida, en cuyo caso el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia, más lo salarios dejados de percibir desde esa fecha hasta la del auto extintivo de la relación”.

¹⁹ Art. 110.1 b) LRJS: “A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia”.

ello comporta- una decisión opuesta a los principios que informan el proceso y -sobre todo- a la debida tutela judicial; sin perjuicio, claro está, de que la parte pueda efectivamente denunciar la incongruente respuesta judicial, si a sus intereses conviniese” (STS 4 de abril de 2018, RJ 2018/1525). De este modo, para el Tribunal Supremo, aunque el trabajador no solicite la extinción de la relación laboral, si el órgano judicial la acuerda y opta por la indemnización en sentencia por no ser realizable la readmisión, el trabajador tiene derecho al cobro de los salarios de tramitación de la misma manera que si lo hubiera solicitado.

3.3.7. *Cuantía de los salarios de tramitación en el supuesto de reducción de jornada*

Otra cuestión que se ha planteado en el Tribunal Supremo es la de si declarado nulo el despido de un trabajador en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos menores al amparo de lo previsto en el art. 37.5 ET, los salarios de tramitación deben computarse teniendo en cuenta esta jornada reducida.

La disposición adicional decimonovena del TRLET, que fue introducida en el TRET de 1994 por la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva para Mujeres y Hombres, prevé que: “En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de abril de 2018, RJ 2018/3518, ha tratado de interpretar el texto legal para decidir si los salarios de tramitación deben tener cabida dentro del concepto “indemnizaciones previstas en esta Ley”, al que la norma se refiere para imponer la obligación de estar al salario real que hubiere correspondido al trabajador sin tener en cuenta la reducción de jornada.

El Tribunal recuerda su doctrina en la que reconoce la naturaleza indemnizatoria que es atribuible a los salarios de trámite, en cuanto suponen un resarcimiento para compensar el

daño ocasionado al trabajador por la pérdida de la retribución que hubiere devengado de no haber sido objeto de un despido contrario a derecho, que desde esa perspectiva jurídica y a los efectos de la cuestión de la disposición adicional en litigio merecen sin duda tal calificación.

Siendo así, considera el Tribunal Supremo que la dicción literal de la disposición adicional decimoctava ET admite una interpretación extensiva en favor de entender incluidos en ese supuesto los salarios de tramitación, en tanto que se refiere de manera genérica y en plural al “cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley”, lo que permite incluir bajo ese ámbito cualquier tipo de indemnización en la que esté en juego la cuantía del salario, y no solo la indemnización por despido vinculada en sentido estricto a la pérdida del empleo.

En sentido contrario, “no puede defenderse una interpretación restrictiva de la norma en estudio que incide en el ejercicio de facultades vinculadas a derechos laborales de tan especial naturaleza, con los que se pretende proteger la conciliación del trabajo con la vida familiar”.

4. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS

Como señala el Prof. Montoya Melgar, “la figura del despido por causas objetivas encuentra su fundamento en el propósito de liberar al empresario (privado o público: disposición adicional 16ª ET), del perjuicio que le causaría el mantenimiento de la relación laboral ante determinadas necesidades de la empresa o incumplimientos del trabajador no culpables pero que no por ello dejan de ser dañinos; desde su origen, se trata de una institución dirigida a ampliar y facilitar los despidos”²⁰.

4.1. Causas de despido objetivo

El despido por causas objetivas es un despido causal, en el sentido de que forzosamente ha de basarse en alguno de los incumplimien-

²⁰ A. MONTAYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 39ª edición, Madrid 488.

tos enumerados con carácter taxativo en el art. 52 TRLET. De esos incumplimientos, en este estudio sólo se va a hacer referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las causas objetivas atribuibles al trabajador y no a las derivadas de necesidades de funcionamiento de la empresa. Entre las causas derivadas de necesidades de funcionamiento de la empresa el art. 52 c) TRLET contempla en realidad una causa de despido: la necesidad de amortizar o suprimir, por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, un puesto o una pluralidad de puestos de trabajo cuyo número no alcance, dentro de un período de noventa días, los umbrales del despido colectivo previstos en el art. 51.1 TRLET. El art. 52 c) TRLET se remite a lo previsto en el art. 51.1 para los despidos colectivos en cuanto a la entidad de dichas causas, por ello, para evitar reiteraciones, en relación con dicha causa de despido objetivo nos remitimos al estudio que en este mismo número se recoge sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de despido colectivo.

De entre las causas de despido objetivo atribuibles al trabajador, la causa sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la última década con mayor reiteración es la relativa a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas [art. 52 d) TRLET].

El art. 52 d) TRLET no es una norma sencilla de interpretar y por ello son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto. Conforme al art. 52 d) TRLET, procede el despido objetivo “por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcancen el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses”.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el *dies ad quem* para el cómputo del plazo de doce meses, será la fecha del despido que es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo. “El precepto establece dos periodos computables: El primero respecto a las ausencias laborales de

las jornadas hábiles considerando los dos meses de los cuales debe haber un 20 % de faltas de asistencia; y el otro, el de los doce meses, de los cuales debe haber un 5 % de faltas de asistencia (...). El otro supuesto que refiere la norma, mide las ausencias de las jornadas hábiles durante el periodo de cuatro meses, en las que tiene que haber un 25 % de faltas de asistencia (...). Pues bien, el primer plazo (que denominaremos corto) de dos meses o cuatro según el caso, y el segundo plazo (que denominaremos largo) de doce meses, es claro que han de coincidir en un único periodo de doce meses, aunque el criterio para su cómputo sea distinto respecto al primero en función de las bajas computables que hubieren tenido lugar. La diferencia entre ambos periodos radica exclusivamente en el volumen de ausencias que podrá variar según se produzcan en meses consecutivos o discontinuos, pero no va a variar respecto a los meses totales de ausencias computables, que son comunes de doce meses”²¹.

Es decir, los doce meses de tiempo total a tener en cuenta es un período único que ha de computarse desde el despido hacia atrás, para tomar de esos doce meses dos de ellos consecutivos en los que se alcance el 20 % de las ausencias, en un total de faltas al trabajo que en ese mismo período de doce meses, alcance, al menos, el 5 % de las jornadas hábiles²²; o para tomar, dentro de ese período de 12 meses, cuatro meses discontinuos en los que se alcance el 25 % de las jornadas hábiles. En definitiva, “lo que no se acepta es que las ausencias al trabajo deban ser inmediatas a la decisión extintiva al no venir así impuesto por la norma, sino que lo que en él se exige es que las faltas de asistencia deban estar incluidas en el año anterior”²³.

En Sentencia de 7 de mayo de 2015 el Tribunal Supremo señaló que el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos lo serán con carácter intermitente, mientras que en relación con el 25 % de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos no existe referencia

²¹ STS 11-7-2018, RJ 2018/4037. En el mismo sentido, ver, STS 5-3-2019, RJ 2019/1204.

²² STS 28-1-2019, RJ 2019/541.

²³ STS 5-3-2019, RJ 2019/1204.

al carácter intermitente o no “por lo que deberá entenderse que en este caso cualquiera de las dos situaciones se ajusta al precepto. No sucede lo mismo en la primera opción en la que la introducción del requisito de ausencias intermitentes no deja lugar a dudas ni permite por lo tanto otro tipo de interpretación que no sea el sentido literal de las palabras”²⁴. Sin embargo, esta posición inicial del Tribunal Supremo parece que debe ser matizada tras su Sentencia de 4 de febrero de 2019.

En efecto, según señala esta Sentencia, no cabe imputar el porcentaje de las referidas ausencias en un período de tiempo inferior a los cuatro meses previstos en la norma. “La finalidad de la norma ha de ser alcanzada sobre unos lapsos temporales concretos, que en el caso de las ausencias justificadas que se proyecten sobre cuatro meses y supongan el 25 % o más de las jornadas hábiles, no sólo habrán de computarse de fecha a fecha, sino que será necesario que se incluyan esos cuatro meses en el tiempo sujeto a cómputo, pues en otro caso no se cumpliría la finalidad de la norma de que las bajas intermitentes para que realmente tengan esa condición han de analizarse en un marco de tiempo específico previsto por el legislador, no en otro inferior que podría desvirtuar ese cómputo en cuatro meses discontinuos”²⁵.

El Tribunal Supremo habla así de bajas intermitentes para referirse al porcentaje del 25 % de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos y, además, si la doctrina del Tribunal Supremo no permite imputar el porcentaje de ausencias en un período inferior a los cuatro meses es porque las ausencias deben ser intermitentes pues si pudieran ser continuas el porcentaje de las ausencias laborales de las jornadas hábiles podría alcanzarse en un período de tiempo inferior a los cuatro meses. En consecuencia, hay que entender que las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos deben serlo también con carácter intermitente.

Los cuatro meses discontinuos han de computarse no por meses naturales, sino que

como dijo la STS 9 de diciembre de 2010²⁶, la ausencia de cualquier previsión normativa al respecto determina que haya de acudirse para resolver el problema al criterio que pueda derivarse de la finalidad del art. 52 d) TRLET, y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es luchar contra el absentismo, entiende que el cómputo debe llevarse a cabo por meses de fecha a fecha y no por meses naturales.

Por último, en relación con esta causa de despido, el Tribunal Supremo²⁷ ha entendido que no cabe calificar de nulo el despido por el mero hecho de tratarse de ausencias debidas a bajas por enfermedad, pues no se trata de una causa de discriminación en el sentido de la Directiva 2000/78.

En este sentido recuerda el Tribunal Supremo que “el texto del precepto rector en la legislación nacional fue modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, excluyendo del cómputo de las faltas las ausencias que obedecían a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Con ello resulta evidente que el legislador quiso otorgar especial consideración a un supuesto distinto de las bajas por enfermedad que pueden dar lugar con base en diferentes etiologías a las ausencias reiteradas pero sin conexión con el núcleo de un tratamiento debido a una dolencia prolongada en el tiempo de la que habitualmente el cáncer es paradigma pero sin excluir otras enfermedades, si bien integrando la tipificación el término de grave”.

Recuerda el Tribunal Supremo que en la STJCE de 11 de julio de 2006 dictada en el caso Chacón Navas se afirma que el concepto de «discapacidad» no se define en la Directiva 2000/78, que tampoco remite al Derecho interno de los Estados, por lo que resulta necesaria una interpretación autónoma y uniforme de dicho término en toda la Comunidad. Para abordar esta tarea, el tribunal tiene en cuenta que, al adoptar el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Es necesario, pues, excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos. Por otra parte, la importancia que el legislador atribuye a la adopción de

²⁴ STS 7-5-2015, RJ 2015/2238.

²⁵ STS 4-2-2019, RJ 2019/654.

²⁶ RJ 2011/238.

²⁷ STS 21-9-2017, RJ 2017/4307.

las medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada “durante un largo período”. Por lo tanto, para que se pueda hablar de “discapacidad” es necesario que la probabilidad de la limitación sea “de larga duración”. No hay discapacidad “tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”, pero una enfermedad que provoque una limitación en la actividad profesional “de larga duración” sí puede ser causa de una discapacidad.

Junto a esta Sentencia, el Tribunal Supremo también cita la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto Daouidi), en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español acerca de un supuesto de despido hallándose el trabajador en situación de incapacidad temporal, con objeto de valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad elaborada en torno a la Directiva 2000/78, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias.

En el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia del Tribunal Supremo comentada²⁸, considera el Tribunal que los padecimientos del recurrente pueden ser crónicos pero no graves. Dicha gravedad no ha sido afirmada en ninguna de las instancias del procedimiento. La enfermedad en cuanto tal padecida por el trabajador y que ha dado lugar a su despido por faltas de asistencia aun justificadas no queda comprendida en el concepto de discapacidad.

4.2. Requisitos formales y procedimentales

En el despido por circunstancias objetivas el empresario ha de respetar determinados

trámites y requisitos formales recogidos en el art. 53 TRLET.

De entre estos requisitos, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la última década sobre los siguientes:

4.2.1. Error en la consignación de la indemnización

El empresario debe poner a disposición del trabajador, en el momento de la entrega de la comunicación escrita de la decisión de extinguir el contrato de trabajo, una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, equivalente a la del despido colectivo.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuáles de excusable, cuando la cantidad que el empresario pone a disposición del trabajador es inferior a la que legalmente corresponde. La doctrina que se ha dictado en los supuestos de despido reconocidos como improcedentes por el empresario, se entiende aplicable a los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

La decisión sobre la existencia o no de un error excusable posee un importante componente casuístico que atiende a las circunstancias concretas que en cada caso se producen. No obstante, lo que se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo, es lo siguiente²⁹:

- La escasa entidad del importe diferencial constituye un indicio muy relevante de que el error es poco trascendente y disculpable. Pero ese criterio solo puede invocarse como único cuando estamos ante unas operaciones aritméticas sin especial dificultad jurídica.

²⁸ Las faltas de asistencia constatadas a lo largo de doce meses en cuatro meses discontinuos, febrero, abril, octubre y noviembre de 2013 fueron 22. Dichas faltas de asistencia tuvieron como causa la enfermedad común, con los siguientes diagnósticos: “dolor en el trapecio los del mes de febrero, bronquitis y sinusitis los de abril, gastroenteritis en octubre y sin diagnósticos los días transcurridos entre el 15 y el 25 de noviembre manifestándose la dolencia en forma de pérdida de conocimiento”.

²⁹ Ver, STS 31-5-2018, RJ 2018/3245 que recoge una síntesis de la doctrina dictada sobre esta materia. Las SSTs 22-7-2015, RJ 2015/5540 y 30-6-2016, RJ 2016/4408, dan amplia cuenta de las diferentes sentencias que han ido dictándose en los últimos años y de las decisiones adoptadas en cada una de ellas.

- La indiferencia del importe y la fatal consideración como inexcusable del error jurídico padecido es aplicable pero cuando, atendidas las circunstancias, la empresa no posee justificación para haberlo cometido.

- El «error excusable» es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia. Pero más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de «justa o injusta lesión de intereses en juego». El error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo. De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar.

- Es inexcusable cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia. Y, en síntesis, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable.

En todo caso, hay que tener en cuenta que conforme al art. 122.3 LRJS, el error excusable no deja sin efecto la obligación empresarial de pagar la indemnización en cuantía correcta³⁰, siendo irrelevante que el pago de la diferencia indemnizatoria fuera o no solicitada expresamente por el trabajador. De ahí que el art. 123.1 LRJS disponga que: “Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido”.

³⁰ STS 12-4-2018, RJ 2018/2214.

4.2.2. Instrumentos válidos para entender que la indemnización ha sido puesta a disposición del trabajador

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando en el sentido de flexibilizar el requisito en orden a la clase de instrumentos susceptibles de producir una puesta a disposición simultánea a la comunicación del despido, pasando de una interpretación rígida del precepto, según la cual sólo puede entenderse cumplido si en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido, y sin solución de continuidad, sin previsión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, aquél dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley confiere, a otra más amplia, que admitió como instrumento hábil la transferencia bancaria³¹,

³¹ STS 5-12-2011, RJ 2012/1624. Con total rotundidad, la STS de 17 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4854), recogiendo toda la jurisprudencia anterior señaló que “Ahora bien este tradicional rigor en la apreciación del requisito de que tratamos no puede llevar a excluir su cumplimiento en supuestos como el de autos, de transferencia bancaria, pues si bien en alguna ocasión se ha declarado que la misma carece de previsión normativa y no resulta aceptable como método alternativo de poner la indemnización a disposición del trabajador), ello ha tenido lugar a los efectos de que el contrato se entienda extinguido en la misma fecha del despido -art. 56.2 ET, en redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre- y ha obedecido a la expresa contemplación legal de un específico procedimiento de puesta a disposición -la consignación del importe de la indemnización en sede judicial-, razonándose al efecto que «debe entenderse que el legislador ha querido garantizar de esta única forma el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o no contestar...». Pero este argumento no puede extenderse a la previsión del art. 53.1.b) ET, en que el legislador contrariamente no ha fijado método alguno para tener por cumplido el presupuesto de que tratamos, de manera que en diversas ocasiones ya hemos afirmado que la transferencia bancaria es un instrumento adecuado para hacer efectiva la puesta a disposición de la indemnización que exige el artículo 53.1. b) ET y que, cuando dicha transferencia se realiza el mismo día de la entrega de la carta extintiva, debe entenderse cumplido el requisito de la simultaneidad previsto en el citado precepto legal, aún en el supuesto en que la transferencia no se abonase en la cuenta del trabajador ese mismo día sino el siguiente (SSTS de 5 de diciembre de 2011, (RJ 2012, 1624); de 17 de diciembre de 2014, (RJ 2014, 6783); de 17 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1666); y de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5437); e incluso con mayor flexibilidad en la exigencia hemos afirmando que a los efectos de simultánea

o el cheque bancario³², cuando no consta dilación en la entrega ni discordancia en las cantidades.

La duda se ha extendido al supuesto del pagaré pues el pagaré no constituye, como el cheque, una orden o mandato de pago “a la vista”, sino una promesa de pago.

Entre los requisitos formales del pagaré se exige la indicación del vencimiento, señalando el art. 95 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque que “el pagaré” cuyo vencimiento no esté indicado se considerará “pagadero a la vista”. Esta exigencia de que el pagaré esté sujeto al señalamiento de una fecha de vencimiento, so pena de entenderse pagadero a la vista, en caso de omisión, es lo llevó a la STS de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016/756), a sugerir la validez en sí del pagaré, como documento hábil para producir un pago simultáneo, cuando se entrega con la carta de despido y no consta fecha de vencimiento.

A la misma conclusión ha llegado la STS de 21 de junio de 2016, RJ 2016/3597. En el caso examinado por esta sentencia, “el pagaré se entregó simultáneamente con la comunicación del despido, y dicho pagaré, (...) tiene como fecha de vencimiento el 20 de diciembre de 2013, el mismo día de su entrega y de la comunicación del despido. Siendo esto así, es claro que el pagaré permitía, al igual que un cheque, un pago “a la vista”, y que la actora, si en lugar de rechazarlo -pues no había dilación en la entrega, ni constan discordancias en la cantidad ni falta de provisión de fondos- lo hubiera recogido, podría haberlo hecho efectivo el mismo día, obteniendo así una puesta a disposición simultánea a la comunicación del despido, sin perjuicio de que, si por alguna circunstancia ajena a la trabajadora despedida -por ejemplo no abono por el banco por falta

puesta a disposición en el caso de despidos objetivos, la transferencia bancaria hecha un día antes del cese y de la que no consta la fecha de su recepción, cumple el requisito de puesta a disposición de la indemnización en forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita, porque “es razonable que se recibiera muy pocos días después -si no se había ya recibido-, con lo cual ha de entenderse cumplido el requisito de forma cuestionado” (STS de 5 de diciembre de 2011).

³² STS 10-5-2010, RJ 2010/2608.

de fondos disponibles, como ocurriría también con un cheque- no se efectuase la realización del pagaré, siempre tendría expedita la vía para reclamar la improcedencia del despido por no haber existido, de forma simultánea a la entrega de la comunicación del despido, una verdadera puesta a disposición de la indemnización”.

4.2.3. Puesta a disposición de la indemnización

El Tribunal Supremo ha señalado que la puesta a disposición de la indemnización debe ser simultánea a la comunicación del cese, sin que la condición de trabajador fijo discontinuo del despido introduzca ningún tipo de matización al respecto. La condición de fijo discontinuo “no introduce matización alguna respecto de los requisitos formales del despido objetivo. Fuere cual fuere la situación en el momento de la comunicación de la decisión extintiva de la empresa, la exigibilidad de la simultaneidad entre comunicación y puesta a disposición no puede ser eludida ya que es irrelevante la eventual fecha de reincorporación del trabajador, pues es una circunstancia que no se va a producir ya, precisamente a consecuencia del despido, y porque la situación de inactividad no ha impedido a la empresa comunicar tal decisión. En suma, carece de toda razonabilidad introducir por ello elementos de excepción a esa simultaneidad”³³.

El Tribunal Supremo ha insistido en señalar que el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad legalmente prevista como indemnización, tiene como finalidad que el trabajador, en el momento en que recibe esa comunicación, pueda disponer de la referida cantidad. Por ello, en el supuesto de puesta a disposición de la indemnización por transferencia bancaria si la transferencia se ordena el mismo día de la entrega de la comunicación escrita sí se entiende cumplido el requisito. Pero no siendo así, “la ausencia de la simultaneidad que exige sin matices o paliativos la norma, no puede conducir a otra solución jurídica que la prevista

³³ STS 17-3-2015, RJ 2015/1666.

en el propio artículo 53.4 del ET, esto es, la nulidad del despido así practicado porque la trabajadora no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho en el mismo momento en que se le entregó la comunicación escrita ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado³⁴.

El art. 53.1.b) ET establece la simultaneidad entre la puesta a disposición de la indemnización y la entrega de la carta de despido, sin desfase alguno, y sin que quepa retrasarla a la fecha de eficacia del despido. Por ello el Tribunal Supremo ha declarado la improcedencia del cese por incumplimiento de la obligación de puesta a disposición de la indemnización de forma simultánea a la entrega de la carta de despido, al constar el ingreso en la cuenta corriente del trabajador, por transferencia bancaria, cinco días después de la entrega de la citada carta³⁵.

4.2.4. *Subsanación de defectos*

No es aplicable al despido objetivo el trámite de subsanación de defectos previsto en el art. 110.4 LRJS para los despidos disciplinarios. Por ello, cuando se declara la improcedencia del despido por no acreditarse la falta de liquidez, justificativa de que no se ponga a disposición del trabajador la correspondiente indemnización, el empresario puede, en cualquier momento posterior, iniciar un nuevo despido alegando las mismas causas y con alegación de los mismos hechos u otros nuevos que hubieran podido producirse en ese período³⁶.

4.2.5. *Calificación y efectos*

La opción entre indemnización y readmisión corresponde al representante de los trabajadores despedido dentro del año siguiente a su cese en las funciones representativas³⁷.

Se ha planteado la cuestión de si corresponde o no al representante de los trabajadores la opción entre la indemnización o la readmisión en el supuesto de despido declarado improcedente cuando, tras la comunicación empresarial del despido objetivo, el trabajador afectado se presenta como candidato y resulta elegido representante unitario de los trabajadores antes de dictarse la sentencia de instancia. Para el Tribunal Supremo la garantía no puede operar respecto de quienes en el momento de notificación del despido no habían manifestado su intención de concurrir a las elecciones y no habían formalizado su candidatura, lo que realizan después del despido, sin que la empresa tuviera conocimiento alguno de su intención de presentarse como candidatos en la fecha de notificación de la decisión extintiva³⁸.

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo acerca de si el incumplimiento de los requisitos formales del despido objetivo en los supuestos de especial protección por motivos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, debe comportar la declaración de improcedencia del despido y no su nulidad. Para el Tribunal Supremo “debe establecerse para los despidos objetivos en estos supuestos de especial protección la misma doctrina que la fijada para los despidos disciplinarios”. La nulidad del despido objetivo como especial protección a favor de todos los trabajadores/as que se acogen al derecho a las excedencias, suspensiones y permisos legales por motivos de embarazo, maternidad, guarda legal o situaciones conexas (art. 53.4. ET), únicamente se exceptiona cuando el despido es declarado procedente “por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”, pero no cuando es declarado improcedente en los dos únicos supuestos contemplados de incumplimiento de requisitos formales o de no acreditación de la concurrencia de la causa³⁹.

³⁴ STS 17-12-2014, RJ 2014/6783.

³⁵ STS 24-2-2014, RJ 2014/2098.

³⁶ STS 10-10-2017, RJ 2017/4993.

³⁷ STS 17-4-2018, RJ 2018/1975.

³⁸ STS 22-2-2018, RJ 2018/1064.

³⁹ STS 31-3-2015, RJ 2015/1838.

RESUMEN

Este estudio analiza la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en materia de despido disciplinario y despido por causas objetivas en los últimos diez años. Se estudian las sentencias dictadas sobre las causas de despido y sobre los distintos requisitos de forma y procedimiento en ambas modalidades de despido.

En este sentido, en los supuestos de despido disciplinario se analizan, en primer lugar, las causas de despido y se destaca la flexibilización en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el requisito de contradicción exigido para admitir el recurso de casación para unificación de doctrina.

En segundo lugar, se estudian los requisitos de forma y procedimiento previstos legalmente para que el despido disciplinario sea válido. Entre estos requisitos se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de caducidad de la acción de despido, de subsanación o corrección de los defectos formales del acto de despido y las particularidades del despido de un representante de los trabajadores o de un delegado sindical.

Por lo que se refiere, en tercer lugar, a la calificación y efectos del despido se analiza con detenimiento la jurisprudencia relativa a la indemnización por despido improcedente y al modo de cálculo de dicha indemnización, así como la relativa a los supuestos de opción por la readmisión con especial alusión a los supuestos en los que resulta imposible la readmisión. Así, para el Tribunal Supremo, en caso de imposibilidad de readmitir procede la extinción contractual indemnizada, porque la norma no obliga a que el trabajador, sin su voluntad, acepte una readmisión en condiciones sustancialmente distintas que alteren el contenido esencial de la prestación.

También, en relación con la calificación y efectos del despido se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre salarios de tramitación. En esta materia se distingue la situación anterior a la reforma laboral de 2012 y la posterior. Antes de la citada reforma la ley preveía el abono de los salarios de tramitación cuando el despido fuera declarado improcedente pero el empresario tenía la opción de no pagar los citados salarios cuando en las 48 horas siguientes al despido reconociera su improcedencia y ofreciera al trabajador la indemnización legal depositándola en el Juzgado de lo Social. Esta regulación legal dio lugar a una abundante jurisprudencia relativa a los supuestos de consignación errónea o inexacta de la indemnización, al lugar en el que debía depositarse, a la comunicación al trabajador del reconocimiento de la improcedencia del despido y del depósito o al medio de pago. La reforma laboral de 2012 ha suprimido los salarios de tramitación para el caso de que el empresario opte por el pago de la correspondiente indemnización, pero mantiene el derecho al cobro de los mismos para el caso de que el empresario opte por la readmisión del trabajador. De este modo, tras concluir el análisis de la situación anterior a la reforma de 2012, se analiza el ámbito temporal de los salarios de tramitación, el pago de salarios de tramitación por el Estado, la prescripción de los salarios de tramitación en los supuestos de interposición tardía del incidente de no readmisión, la solución prevista en caso de imposibilidad de readmisión por cierre de la empresa o cese de la actividad empresarial y la cuantía de los salarios de tramitación en el supuesto de reducción de jornada.

Por lo que se refiere al despido objetivo, se analizan, en primer lugar las causas de despido con la excepción de la relativa a las causas económicas, técnicas,

organizativas o de producción. Al margen de esta causa, la causa de despido objetivo sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo con mayor reiteración en la última década es la relativa a las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas [art. 52 d) TRLET]. En este estudio se analizan las principales sentencias dictadas sobre esta causa, así como la interpretación del Tribunal Supremo en la que se afirma que en estos casos no nos encontramos ante una causa de discriminación en el sentido de la Directiva 2000/78.

En relación con los requisitos formales y procedimentales previstos legalmente, se analizan las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en materia de error en la consignación de la indemnización, donde se recoge la jurisprudencia acerca de qué supuestos pueden ser calificados de error inexcusable y cuáles de error excusable; los instrumentos válidos para entender que la indemnización ha sido puesta a disposición del trabajador, con especial alusión al pagaré al no constituir, como el cheque, una orden o mandato de pago a la vista, sino una promesa de pago; la puesta a disposición de la indemnización que debe ser simultánea a la comunicación del cese; la no posibilidad de aplicar al despido objetivo la subsanación de defectos prevista en el art. 110.4 LRJS; y, por último, la calificación y efectos.

Palabras clave: Despido disciplinario; despido por causas objetivas; jurisprudencia; indemnización; readmisión; salarios de tramitación; procedimiento.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT This study analyzes the jurisprudence of the Supreme Court on the subject of disciplinary dismissal and dismissal for objective reasons in the last ten years. The sentences handed down on the causes of dismissal and on the different requirements of form and procedure in both types of dismissal are studied.

In this sense, in the cases of disciplinary dismissal, the causes of dismissal are analyzed first and stress is placed on the flexibility in the jurisprudence of the Supreme Court in relation to the requirement of contradiction required to admit the appeal for unification of doctrine.

Secondly, the procedural and procedural requirements stipulated by law for the disciplinary dismissal to be valid are studied. Among these requirements, the jurisprudence of the Supreme Court regarding dismissal of the dismissal action, correction or correction of the formal defects of the act of dismissal and the particularities of the dismissal of a representative of the workers or of a union delegate are analyzed.

As regards, thirdly, the classification and effects of the dismissal, the jurisprudence relating to compensation for unfair dismissal and the way in which such compensation is calculated is analyzed, as well as that relating to the assumptions of option for readmission with special reference to the cases in which readmission is impossible. Thus, for the Supreme Court, in case of inability to reinstate, the indemnified contractual termination proceeds, because the rule does not oblige the worker, without his will, to accept a readmission under substantially different conditions that alter the essential content of the benefit.

Also, in relation to the qualification and effects of the dismissal, the jurisprudence of the Supreme Court on processing salaries is analyzed. In this matter, the situation prior to the labor reform of 2012 and later is distinguished. Before the aforementioned reform, the law provided for the payment of processing wages when the dismissal was declared inadmissible, but the employer had the option of not paying said wages when in the 48 hours following the dismissal it recognized its inadmissibility and offered compensation to the worker, legal depositing it in the Social Court. This legal regulation gave rise to an abundant jurisprudence concerning the cases of erroneous or inaccurate consignment of the compensation, to the place where it was to be deposited, to the communication to the worker of the recognition of the inadmissibility of the dismissal and of the deposit or the means of payment. The labor reform of 2012 has abolished the processing salaries in the event that the employer opts for the payment of the corresponding compensation, but maintains the right to collect them in the event that the employer opts for the reinstatement of the worker. In this way, after completing the analysis of the situation prior to the 2012 reform, the temporal scope of processing salaries, the payment of processing salaries by the State, the prescription of processing salaries in cases of late filing of the non-readmission incident, the solution foreseen in case of impossibility of reinstatement due to the closure of the company or cessation of business activity and the amount of processing salaries in the event of a reduction in working hours.

With regard to the objective dismissal, the causes of dismissal are analyzed, with the exception of the one related to economic, technical, organizational or production causes. Apart from this case, the cause of objective dismissal, which has been pronounced by the Supreme Court with greater reiteration in the last decade, is related to the absences of work attendance, still justified (Article 52 d) TRLET). This study analyzes the main judgments handed down on this case, as well as the interpretation of the Supreme Court in which it is stated that in these cases we are not facing a cause of discrimination within the meaning of Directive 2000/78.

In relation to the formal and procedural requirements provided for by law, the judgments of the Supreme Court issued on the matter of error in the award of compensation are analyzed, where the jurisprudence on what assumptions can be classified as inexcusable error and which error is excusable; valid instruments to understand that the compensation has been made available to the worker, with special reference to the promissory note, since it does not constitute, like the check, an order or mandate for payment at sight, but a promise of payment; the provision of the compensation that must be simultaneous to the communication of the cessation; the inability to apply to the objective dismissal the correction of defects provided for in art. 110.4 LRJS; and, finally, the rating and effects.

Keywords: Disciplinary dismissal; dismissal for objective reasons; case law; compensation; readmission; processing fees; procedure.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

El despido colectivo. Balance de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (2013-2019)*

Collective dismissal. Case Law assesment of the Supreme Court of Justice (2013-2019)

MARTÍN GODINO REYES**

1. LA REFORMA DE 2012. UN RÉGIMEN JURÍDICO DE NUEVA PLANTA

El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que desde su redacción inicial en el año 1980 únicamente había sufrido una modificación durante los siguientes quince años, contempló seis nuevas redacciones desde 1995 hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero. Fue, pues, la octava versión del precepto, que todavía ha conocido tres más hasta la actualmente vigente, procedente de la Ley 1/2014, de 28 de febrero. Pero sin duda alguna la transformación esencial de la norma, y de la institución que regula, el despido colectivo, se produjo con el citado Real Decreto Ley 3/2012, pieza angular de la denominada desde entonces, sin necesidad de mayores aclaraciones, “reforma

laboral”, y que afectó a otros muchas instituciones de nuestro ordenamiento laboral.

La nueva regulación del despido colectivo alteró prácticamente todos los elementos de su arquitectura: la definición de las causas, la regulación de lo que desde entonces ha de considerarse un modelo particular de negociación colectiva -eso sí, compartido con el que se diseña para todos los supuestos de flexibilidad interna y externa- y, sobre todo, la supresión de la intervención protagonista que hasta entonces había tenido la Autoridad Laboral a través de la técnica de la autorización administrativa -que en caso de acuerdo se devaluaba hasta un instrumento de homologación- y su sustitución por la eficacia directa del acuerdo colectivo y, en su defecto, de la decisión unilateral del empresario, en ambos casos, con o sin acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, con control judicial posterior en caso de impugnación, que se atribuye a la jurisdicción social.

Este cambio de paradigma en la regulación del despido colectivo, que únicamente contaba como elemento muy relevante de continuidad con la vigencia ya anterior de la Directiva 1998/59/CE, de 20 de julio, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros

* Todas las Sentencias que se citan a lo largo del artículo, salvo cuando se señale otra cosa, han sido dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre los años 2013 y 2019. En el texto se mencionan únicamente señalando su fecha, pero a pie de página todas las Sentencias que se citan, y otras también relevantes sobre cada una de las materias que se tratan, están identificadas de manera completa, con el número de Sentencia y el marginal que les corresponde en el Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares. Abogado.

que se refieren a los despidos colectivos, ha obligado a todos -empresas, sindicatos, asesores legales, doctrina científica- a reconstruir desde entonces las bases y respuestas a los problemas que plantea el nuevo régimen legal del despido colectivo. Y por supuesto ha obligado a los Tribunales del orden social, y en último extremo a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a elaborar un cuerpo de doctrina para resolver las múltiples dudas interpretativas que ha suscitado la nueva regulación legal en su aplicación. Aplicación de particular trascendencia e intensidad porque ha coincidido además en el tiempo con una de las peores crisis económicas que han sufrido desde hace décadas los países desarrollados, y por supuesto España, iniciada en el año 2008 y cuyos efectos todavía no han dejado de notarse del todo entre nosotros. En tal situación, el despido colectivo ha sido un instrumento central para muchas empresas como remedio último ante los efectos de la crisis económica y una institución puesta a prueba en toda su dimensión jurídica y social.

Ello explica que el objetivo de este trabajo no sea otro que el de hacer una excursión por los que consideramos pronunciamientos más relevantes que conforman la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de despido colectivo. Y que nos inclinemos por la opción metodológica de partir, cronológicamente, de las resoluciones judiciales dictadas a partir de la aplicación de la regulación del despido colectivo nacida de la reforma laboral de 2012, lo que nos lleva a iniciar el camino desde las primeras Sentencias dictadas por el Alto Tribunal interpretando la norma, en los primeros meses del año 2013. No se trata, desde luego, porque el objetivo sería tan ambicioso como inabarcable en un trabajo de esta naturaleza, de hacer un inventario de toda la doctrina sentada sobre todos los aspectos controvertidos del despido colectivo, lo que sin duda resultaría del máximo interés. Nos conformaremos, más modestamente, con glosar aquellos pronunciamientos del TS que, por su trascendencia, efectos o reiteración, han de ser incorporados al conocimiento de la norma como parte de su andamiaje fundamental si se quiere asegurar, en lo posible, una correcta aplicación de la misma por los operadores jurídicos y sociales afectados.

Contamos para ello con varias ventajas que se derivan del entramado procesal creado para el enjuiciamiento de los despidos colectivos. Al menos tres. La competencia en instancia para conocer las demandas de impugnación de los despidos colectivos se atribuye en los artículos 7 y 8 LRJS a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, lo que en sí mismo garantiza una reducción en la dispersión de la doctrina judicial en la materia. Además, se crea un procedimiento específico, obligatorio y de naturaleza colectiva para la impugnación de los despidos colectivos, regulado en el artículo 124 LRJS, que permite rastrear la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en este ámbito de manera concentrada. Por último, ya desde los primeros pronunciamientos posteriores a la reforma laboral, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decidió resolver en Pleno la práctica totalidad de los Recursos de Casación en materia de despido colectivo, lo que permite que se haya sedimentado con cierta rapidez una doctrina que puede considerarse consolidada y que resuelve una buena parte de las muchas dudas interpretativas que suscitó la regulación de la institución del despido colectivo en su versión de nueva planta.

2. EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO. UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA NORMA LEGAL, ENTRE EL TS Y EL TJUE¹

Si alguien desavisado leyera el inicio del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y se creyera su formulación literal, podría pensar que el despido colectivo es el promo-

¹ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: STS 112/2018, de 7 de febrero (RJ 2018/1033); STS 28/2018, de 17 de enero (RJ 2018/630); STS 771/2017, de 10 de octubre (RJ 2017/4757); STS 634/2017, de 14 de julio (RJ 2017/4155); STS 506/2017, de 13 de junio (RJ 2017/3009); STS 411/2017, de 10 de mayo (RJ 2017/2822); STS 409/2017, de 10 de mayo (RJ 2017/2585); STS 394/2017, de 4 de mayo (RJ 2017/2559); STS 312/2017, de 6 de abril (RJ 2017/2275); STS 848/2016, de 17 de octubre (RJ 2016/4654); STS 508/2016, de 9 de junio (RJ 2016/3319); STS 24 de junio 2014 (RJ 2014/4380); STS 26 de noviembre 2013 (RJ 2014/1219); STS 25 de noviembre 2013 (RJ 2014/36).

vido por el empresario por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción cuando en un periodo de noventa días afecta a un número de trabajadores en la empresa superior a los umbrales numéricos que señala la norma legal. Pero la lectura del precepto en su conjunto, combinada con la descripción del despido colectivo que ofrece la Directiva 1998/59 y la interpretación integradora que ha realizado el Tribunal Supremo de ambos textos, a veces para acomodarse a la doctrina sentada por el TJUE, ofrecen un panorama bastante distinto, hasta el punto de que puede decirse que el despido colectivo viene operando con una indudable vis atractiva para ampliar su espectro de actuación.

Uno de los primeros pilares en la reconstrucción del concepto de despido colectivo lo pusieron las dos Sentencias de 25 y 26 de noviembre de 2013, que acuñaron la figura del “*despido colectivo de hecho*”, para referirse a todos aquellos supuestos en los que, a pesar de no haberse seguido el procedimiento de despido colectivo, hay que considerar que el mismo se ha producido, y es nulo precisamente por omisión del procedimiento legalmente establecido, cuando el número de extinciones de contrato a iniciativa del empresario, en un periodo de noventa días, excede de los umbrales del artículo 51.1 ET, computando a tal efecto los despidos disciplinarios y objetivos declarados o reconocidos por el empresario como improcedentes. Es una doctrina realmente trascendente. Primero porque convierte en irrelevante la causa de la extinción de los contratos; basta la pluralidad de tales extinciones y que lo hayan sido a iniciativa del empresario para que hayan de computarse a efectos de determinar si realmente ha existido un despido colectivo. Se extrae así toda la potencialidad de la propia previsión contenida en el artículo 51.1 ET, al señalar que “*para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador...*”; y se alinea la previsión normativa española con lo dispuesto en la Directiva comunitaria de referencia, cuyo artículo 1 define el despido colectivo, prescindiendo completamente de las causas del mis-

mo, señalando simplemente que su existencia es el resultado de los despidos efectuados por un empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador cuando exceden de unos determinados umbrales numéricos.

Y segundo, la doctrina es trascendente porque abre la vía a la impugnación formulada por sujetos colectivos, a través del procedimiento del artículo 124 LRJS, de despidos colectivos no reconocidos ni tramitados como tales por el empresario, posibilitando con ello la declaración de nulidad del despido colectivo en su conjunto, con el reflejo que ello ha de tener en los procedimientos individuales de despido a través del valor de cosa juzgada que predica el apartado 13 de la citada norma procesal. Se convierte así el mecanismo del despido colectivo “de hecho” en un extraordinario instrumento de control por parte de los representantes de los trabajadores para evitar que los despidos “por goteo” se utilicen como cauce para eludir el preceptivo procedimiento de despido colectivo, cuya finalidad precisamente es asegurar los deberes empresariales de información y consulta con los representantes.

El segundo pilar de la reconstrucción de los contornos del despido colectivo lo puso la Sentencia de 17 de octubre de 2016 (asunto Zardoya Otis), que rectificando la propia doctrina anterior de la Sala, y haciéndose eco fundamentalmente de la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2015 (asunto Rabal Cañas), consideró que una interpretación conforme del artículo 51 ET con el artículo 1 de la Directiva 1998/59/CE, en la medida en que nuestra norma interna toma como ámbito de referencia el conjunto de la empresa y la norma comunitaria el centro de trabajo, obliga a considerar que “*deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET, tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores*”. Doctrina que se ha reiterado en las Sentencias de 6 de abril de 2017 y 7 de febrero de 2018, pero que ha servido tam-

bién para excluir de tal calificación los despidos realizados en centros de trabajo que no alcanzan el número de 20 trabajadores, pese a superarse los umbrales previstos en el artículo 51 ET computados sobre la plantilla de un solo centro de trabajo (Sentencias de 13 de junio, 14 de julio y 10 de octubre de 2017).

Siendo los citados los dos aspectos clave en la definición de los contornos del despido colectivo, la lógica que se desprende de la doctrina acuñada en su formulación ha posibilitado sucesivas ampliaciones de su campo de juego. La Sentencia de 9 de junio de 2016, tomando como base la doctrina acuñada por la propia Sala desde la Sentencia de 24 de junio de 2014 en virtud de la cual la amortización del puesto de los trabajadores de las Administraciones públicas con contrato indefinido no fijo ha de tramitarse a través de los procedimientos previstos en los artículos 51 y 52 ET, considera nulo el despido -que ha de considerarse colectivo- fundado en la amortización del puesto de trabajo cuando ha afectado a un número de trabajadores que supera los umbrales del artículo 51 ET sin haberse seguido el procedimiento legalmente previsto para ello -en el mismo sentido Sentencia de 4 de mayo de 2017-. Y por la misma razón, y con idéntica lógica, las dos Sentencias de 10 de mayo de 2017 califican como despido colectivo la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos en número superior a los umbrales del artículo 51 ET, declarando la nulidad del mismo y advirtiendo sobre la ineficacia de pactos colectivos, incluso tratándose, como en el caso, de un pacto de fin de huelga, que pretendan eliminar la necesidad de tramitar el procedimiento de despido colectivo. Nuevamente es importante señalar que resulta irrelevante que se hayan invocado o no para la falta de llamamiento razones económicas, organizativas, técnicas o de producción, aunque el Tribunal Supremo considera necesario apuntar en este caso que tales razones subyacen en la decisión empresarial de no llamar a los fijos discontinuos. En fin, tiene interés también en esta materia la Sentencia de 17 de enero de 2018, que considera como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de 23 trabajadores fundada en la pérdida de una contrata de restauración, despido que se declara nulo precisamente por no haberse seguido el procedimiento previsto en el artí-

culo 51 ET; pronunciamiento que es previo, pero compatible, con el que realiza la propia Sentencia al atribuir responsabilidad solidaria a la empresa que la ha sucedido como nuevo contratista por cuando concurren, a juicio de la Sala, los elementos necesarios para considerar que se ha producido un fenómeno de sucesión empresarial de los previstos en el artículo 44 ET.

3. LA EMPRESA Y EL GRUPO COMO ÁMBITO DEL DESPIDO COLECTIVO. UNA CUESTIÓN PENDIENTE²

A pesar de que hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, cuando la autorización/homologación del despido colectivo era competencia de la autoridad laboral, había sido práctica admitida, es verdad que sin ningún sustento legal específico, la tramitación de expedientes de regulación de empleo promovidos por grupos de empresas, no ofrece la regulación vigente rastro alguno de que siga siendo posible la tramitación de un despido colectivo por un sujeto distinto de la empresa, aunque forme parte de un grupo mercantil de empresas que cumpla los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio. Al contrario, la definición de las causas sigue tomando exclusivamente a la empresa como ámbito de apreciación de su concurrencia, y tampoco en el procedimiento de consultas aparece regla alguna que induzca a pensar que cabe la tramitación de un despido colectivo por una pluralidad de empresas, aunque formen parte del mismo grupo. Únicamente en el desarrollo reglamentario del artículo 51 ET, Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, se encuentra una referen-

² Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 1051/2018, de 12 de diciembre (RJ 2018/5960); 656/2018, de 20 de junio (RJ 2018/3276); 886/2017, de 8 de noviembre (RJ 2017/5295); 643/2017, de 19 de julio (RJ 2017/3988); 614/2017, de 12 de julio (RJ 2017/4147); 132/2017, de 15 de febrero (RJ 2017/830); 1025/2016, de 23 de noviembre (RJ 2016/6706); 29 de septiembre 2015 (RJ 2015/6313); 20 de noviembre 2014 (RJ 2014/6754); 25 de junio 2014 (RJ 2014/4385); 26 de marzo de 2014 (RJ 2014/3840); 18 de febrero 2014 (RJ 2014/1644); 28 de enero 2014 (RJ 2014/1286); 19 de diciembre 2013 (RJ 2013/8360); 25 de septiembre 2013 (RJ 2014/1204); 27 de mayo 2013 (RJ 2013/7656); 20 de marzo 2013 (RJ 2013/2883).

cia al grupo de empresas en su artículo 4, para exigir que, cuando se invoquen causas económicas, la empresa que forma parte de un grupo con obligación de formular cuentas consolidadas ha de acompañar las mismas, siempre que existan saldos deudores o acreedores entre ellas, o que cuando no haya obligación de formular cuentas consolidadas se aporten las cuentas de todas las empresas del grupo que tengan la misma actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa promotora del procedimiento. Previsión reglamentaria que, en su propia limitación, pone de relieve que el ámbito del despido y el de concurrencia de las causas sigue siendo necesariamente la empresa, aunque puedan valorarse circunstancias que afectan a otras empresas del grupo si de la documentación referida al mismo se desprende algún elemento relevante que afecte a la propia existencia de la causa económica invocada por la empresa promotora del despido.

Ha sido precisamente esa configuración legal, que toma la empresa en todo caso como centro de imputación de la norma y por tanto como único ámbito de promoción del despido colectivo, la que ha provocado la existencia de un volumen sorprendente de supuestos en los que el debate litigioso que ha tenido que resolver el Tribunal Supremo ha sido precisamente si, constatada la existencia de una pluralidad de empresas integrantes de un grupo, éstas formaban un simple grupo mercantil de empresas o realmente incurrían en el supuesto, de creación jurisprudencial, del denominado en ocasiones “*grupo patológico*” o, más correctamente porque no siempre lo es, “*grupo a efectos laborales*” o “*grupo laboral de empresas*”. Y en éste último caso, cuáles debían ser las consecuencias o efectos sobre el despido colectivo: en la apreciación de las causas, documentación preceptiva, legitimación para promoverlo y, como consecuencia de todos esos factores, calificación del mismo en caso de ser impugnado. Pues bien, el Tribunal Supremo se ha tenido que emplear a fondo para crear una doctrina que en esta materia sigue sin ser del todo segura, como veremos a continuación con cita de algunos de los pronunciamientos más relevantes, que son sólo un ejemplo de los múltiples en los que la Sala ha tenido que abordar tal cuestión.

Ya desde la primeras Sentencias dictadas en el procedimiento de impugnación del despido colectivo, de 20 de marzo y 27 de mayo de 2013, el Tribunal sentó los criterios que habían de tomarse en consideración para considerar, de forma excepcional, que las empresas integrantes de un grupo constituyen una única empresa a efectos laborales, y por tanto son centro unitario de imputación normativa, con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas ellas frente a los trabajadores. Criterios como la confusión patrimonial, prestación indistinta de trabajo, unidad de caja, uso abusivo de la personalidad u otros conceptos similares, que eran ya conocidos en la doctrina jurisprudencial anterior, han tenido que ser confrontados en su alcance y significación precisamente para decidir en cada caso si la cualidad de empresario había de atribuirse a una empresa, la que promovía formalmente el despido, o al conjunto de las integrantes del grupo. En la reseña de Sentencias que se incluye en la nota a pie de página de este apartado aparecen una buena parte de las que han abordado esta cuestión. Quizá merezca destacarse, por el resumen que ofrece de la propia Jurisprudencia de la Sala, la Sentencia de 19 de julio de 2017.

Pero parece de mayor interés, a los efectos de este balance de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, observar cómo en algunos casos relevantes ese análisis, y el resultado de esa diferenciación, ha impactado sobre distintas cuestiones que afectan al régimen del despido colectivo. Así, la Sentencia de 19 de diciembre de 2013 tiene interés porque descarta que en el caso de una Agrupación de Interés Económico reguladas como es sabido en la Ley 12/1991, de 29 de abril-, la que promueve el despido colectivo por causas económicas, deban participar en el periodo de consultas los socios de la propia AIE, que son quienes deciden iniciar el procedimiento y que responden solidariamente por mandato de la citada norma legal que las regula, por cuanto no nos encontramos ante un grupo de empresas a efectos laborales, al no concurrir los elementos necesarios para tal calificación. Además, en los supuestos en que se descarta la existencia de un grupo laboral de empresas, la conclusión es que la empresa que ha promovido el despido es la única que tiene que negociar en el periodo de consultas, formular propuestas y aportar la documenta-

ción legalmente exigida -por todas, Sentencias de 28 de enero de 2014, 29 de septiembre de 2015, 12 de julio de 2017 y 20 de junio de 2018-.

Muy importante derivación de la concurrencia entre grupo laboral de empresas y régimen del despido colectivo es que el propio grupo que se considera en tal supuesto está legitimado, como tal grupo, para promover el procedimiento de despido colectivo, lógicamente en tal caso alegando y acreditando la concurrencia de causa respecto del grupo en su conjunto. Doctrina que puede verse con toda rotundidad en la Sentencia de 25 de junio de 2014.

Lógicamente, cuando se aprecia que estamos ante un grupo de empresas a efectos laborales y quien lo ha promovido es una o varias empresas integrantes del mismo pero no todas ellas, el resultado es la declaración de nulidad del despido colectivo por ausencia del verdadero empresario, que es en tal caso el grupo -Sentencias de 2º de noviembre de 2014 y 15 de febrero de 2017-. Nulidad que es también la consecuencia en caso de no aportación de las cuentas de todas las empresas que integran el grupo a efectos laborales -Sentencia de 18 de febrero de 2014-.

Ahora bien, que el grupo de empresas no sea patológico, y que por tanto sea la empresa que promueve el despido colectivo el centro de imputación de la norma y la que ha de acreditar la concurrencia de las causas que invoca, no impide que se declare la nulidad del despido cuando, invocándose causa económica, no se aportan las cuentas consolidadas del grupo o las de cada una de las empresas con la misma actividad si no tiene obligación de consolidar, como ha señalado la Sentencia de 19 de julio de 2017. Efecto que no se predica sin embargo cuando lo que no se ha aportado es el cuaderno de transferencias entre las empresas del grupo -Sentencia de 23 de noviembre de 2016-.

Especial interés y trascendencia tiene la Sentencia de 8 de noviembre de 2017, que rectificando el criterio sostenido reiteradamente por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sostiene que aunque durante el periodo de consultas no se haya cuestionado la realidad empresarial de la empresa que promueve

el despido colectivo, cabe luego en el proceso judicial plantear la nulidad del mismo por considerar que el empresario real es un grupo laboral de empresas, y que ello no es contrario necesariamente a la buena fe. Doctrina que se aplica demás en un supuesto de conclusión con acuerdo del periodo de consultas y que causa cierta perplejidad porque rebaja los estándares de buena fe racionalmente existentes, promueve objetivamente una mayor litigiosidad y abre la puerta a silencios estratégicos durante el periodo de consultas para su invocación novedosa en el procedimiento judicial, lo que es particularmente poco entendible cuando se trata de la configuración misma, durante la negociación, de uno de los sujetos, la empresa o el grupo, a los que se reconoce o no la cualidad de parte legítima en el proceso.

4. LAS CAUSAS DEL DESPIDO Y SU CONTROL JUDICIAL³

Una de las críticas que desde algunos sectores de la doctrina se había hecho a la configuración de las causas del despido antes de la reforma laboral era que dejaba un margen de apreciación judicial demasiado amplio, que abría eventualmente el camino a valoraciones sobre hipótesis de futuro o sobre criterios de oportunidad, apreciación que, se decía desde esos sectores, debía corresponder en exclusiva al empresario.

³ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 1051/2018, de 12 de diciembre (RJ 2018/5960); 861/2018, de 25 de septiembre (RJ 2018/4275); 59/2018, de 25 de enero (RJ 2018/616); 829/2017, de 24 de octubre (RJ 2017/5248); 624/2017, de 13 de julio (RJ 2017/4148); 526/2017, de 20 de junio (RJ 2017/3007); 343/2017, de 21 de abril (RJ 2017/2689); 132/2017, de 15 de febrero (RJ 2017/830); 1090/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016/6325); 1064/2016, de 16 de diciembre (RJ 2016/6678); 1025/2016, de 23 de noviembre (RJ 2016/6706); 304/2016, de 20 de abril (RJ 2016/2024); 257/2016, de 31 de marzo (RJ 2016/2572); 20 de noviembre 2015 (RJ 2016/4121); 22 de julio 2015 (RJ 2015/6570); 24 de marzo 2015 (RJ 2015/6568); 3 de diciembre 2014 (RJ 2015/867); 2 de diciembre 2014 (RJ 2015/1254); 24 de septiembre 2014 (RJ 2014/5761); 17 de julio 2014 (RJ 2014/5743); 21 de mayo 2014 (RJ 2014/4214); 15 de abril 2014 (RJ 2014/4342); 26 de marzo 2014 (RJ 2014/2778); 18 de marzo 2014 (RJ 2014/2953); 19 de diciembre 2013 (RJ 2013/8360); 25 de septiembre 2013 (RJ 2014/1204).

Para atajar ese riesgo, la exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2012, y luego la Ley 3/2012, de 6 de julio, introdujeron una expresión que fue muy polémica y criticada, afirmando con desusada rotundidad que los precedentes normativos *«incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizaran, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas»*.

El Tribunal Supremo tuvo que enfrentarse por tanto de manera directa a delimitar el alcance del control judicial de los despidos colectivos. Y evitando conscientemente el uso de técnicas acuñadas bajo la legislación precedente, como la denominada *“conexión de funcionalidad”* -aunque curiosamente dicha expresión se rescata en la Sentencia de 13 de julio de 2017-, pero con efectos no del todo diferentes, introdujo como canon de enjuiciamiento el “juicio de razonabilidad” de la decisión empresarial, que se define como la adecuación entre la causa esgrimida y la decisión adoptada por el empresario. Tras un primer desarrollo en la Sentencia de 26 de marzo de 2014, posiblemente la Sentencia que primero y mejor plasmó una doctrina que luego no ha sido abandonada, fue la de 17 de julio de 2014, que tras invocar, para sostener la necesidad de ese juicio de razonabilidad, preceptos constitucionales (fundamentalmente el artículo 35 CE), el Convenio 158 de la OIT (artículos 4 y 9) y el artículo 7 del Código Civil sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos, considera que el mismo tiene una *“triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines -legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa. Y 3).- Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiéndose que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace refe-*

rencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores”.

La acreditación de la causa económica, organizativa, técnica o de producción que justifica el despido colectivo, en los términos en que aparecen descritas en el artículo 51 ET, y su razonable conexión con la decisión extintiva empresarial, han operado de manera inescindible en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con su correspondiente proyección sobre cada caso concreto. Así se ha apreciado la concurrencia de causa organizativa en la externalización del servicio de limpieza de un hotel por cuanto el mantenimiento de un servicio de limpieza propio, al haber disminuido el grado de ocupación de las habitaciones, producía unos costes que podían atajarse mediante la externalización, al conseguir con ésta que el coste estuviera en función de las habitaciones realmente limpiadas, y que se producía perfecta adecuación de razonabilidad entre la causa y la medida adoptada -Sentencia de 20 de noviembre de 2015-. También la disminución de una contrata se ha considerado causa organizativa y productiva que justifica el despido colectivo de manera proporcional a la reducción padecida -Sentencia de 21 de abril de 2017-. O la existencia de causa productiva por la pérdida del principal cliente de la empresa -Sentencia de 25 de enero de 2018- o por la disminución de pedidos del único cliente -Sentencia de 25 de septiembre de 2018-, en ambos casos cuando el número de extinciones contractuales es proporcional a la entidad de la disminución en los pedidos del cliente perdido o cuya demanda se ha reducido. Por eso mismo, también en un supuesto de pérdida de una contrata, el

despido colectivo se considera no ajustado a derecho porque ha afectado fundamentalmente a trabajadores que no estaban adscritos al servicio de la contrata perdida, y además prestaban sus servicios en centros en los que se habían seguido realizando contrataciones temporales y realizando habitualmente horas extraordinarias -Sentencia de 21 de diciembre de 2016-. En fin, la combinación de causas económicas, organizativas o productivas en un mismo caso acrecienta si cabe el valor y trascendencia del juicio de razonabilidad, como puede verse por ejemplo en la Sentencia de 12 de diciembre de 2018, que declara ajustado a derecho el despido colectivo realizado por el Grupo Ericsson.

Llama la atención, sin embargo, que sobre la existencia o no de la causa invocada por la empresa y el juicio de razonabilidad entre la misma y la medida extintiva adoptada por el empresario, una buena parte de las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se refieran a despidos colectivos realizados en el ámbito del sector público, que tienen un régimen jurídico específico actualmente incorporado a la Disposición Adicional 16ª ET, y todavía más en el ámbito de las Administraciones Públicas, que en la misma disposición cuenta con una definición específica de la causa económica justificativa del despido, vinculada a la *“insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”*. En tales casos el análisis por el Tribunal Supremo de las causas invocadas ha estado más pegado a las normas específicas reguladoras del servicio público en cuestión, con menor eficacia del juicio de razonabilidad para condicionar el alcance de la decisión extintiva. Véanse entre otras las Sentencias de 15 de abril y 2 de diciembre de 2014, 16 de diciembre de 2016 y 20 de junio y 24 de octubre de 2017, en las que se declaran ajustados a derecho despidos colectivos realizados en el ámbito del sector público y con invocación de la insuficiencia presupuestaria, casi siempre fruto de la propia decisión de la Administración de la que depende el ente u organismo administrativo que realiza el despido.

5. EL DESPIDO COLECTIVO COMO UN SUBTIPO ESPECÍFICO DE PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA⁴

La nueva regulación de los despidos colectivos a partir del año 2012, con algunas aportaciones relevantes incorporadas primero por el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, y luego por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, ofrece un modelo particular de negociación colectiva, relativamente limitado por razón del objeto, y que en lo sustancial es también común a todas las medidas de flexibilidad interna y externa (artículos 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET).

Como subtipo propio, el procedimiento de negociación colectiva que ha de ponerse en marcha por el empresario que promueve un despido colectivo ofrece relevantes particularidades en la definición de los sujetos negociadores, en el alcance del deber de buena fe en la negociación, en la composición de la comisión negociadora, en el alcance del deber de información y en la eficacia, contenido y aplicación de los acuerdos que puedan alcanzarse durante el mismo. El periodo de consultas en los despidos colectivos, a pesar de su denominación, que puede hacer pensar en una intervención débil o meramente consultiva por parte de los representantes de los trabajadores, se ha convertido en un procedimiento complejo y con una gran potencialidad para incorporar a los acuerdos alcanzados a

⁴ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 656/2018, de 20 de junio (RJ 2018/3276); 1035/2017, de 20 de diciembre (RJ 2017/6135); 872/2017, de 14 de noviembre (RJ 2017/5660); 867/2017, de 8 de noviembre (RJ 2017/5812); 624/2017, de 13 de julio (RJ 2017/4148); 436/2017, de 17 de mayo (RJ 2017/2805); 422/2017, de 12 de mayo (RJ 2017/3274); 380/2017, de 28 de abril (RJ 2017/2495); 381/2017, de 28 de abril (RJ 2017/2586); 370/2017, de 27 de abril (RJ 2017/3133); 371/2017, de 27 de abril (RJ 2017/2548); 357/2017, de 26 de abril (RJ 2017/3134); 334/2017, de 20 de abril (RJ 2017/2687); 688/2016, de 20 de julio (RJ 2016/3570); 395/2016, de 10 de mayo (RJ 2016/3144); 352/2016, de 28 de abril (RJ 2016/3102); 24 de noviembre 2015 (RJ 2015/6581); 22 de julio 2015 (RJ 2015/4154); 14 de mayo 2015 (RJ 2015/3111); 23 de marzo 2015 (RJ 2015/1821); 29 de diciembre 2014 (RJ 2014/6891); 22 de diciembre 2014 (RJ 2014/6792); 22 de septiembre 2014 (RJ 2014/6122); 21 de mayo 2014 (RJ 2014/3874); 26 de marzo 2014 (RJ 2014/3840); 19 de febrero 2014 (RJ 2014/2095); 18 de febrero 2014 (RJ 2014/1644); 28 de enero 2014 (RJ 2014/1286); 25 de noviembre 2013 (RJ 2014/53); 19 de noviembre 2013 (RJ 2013/8129).

su amparo una regulación muy rica en las materias tratadas y en las soluciones adoptadas, bajo la premisa finalista que los informa, pues, como señala el artículo 51.2 ET, “*deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad*”, previsión cuyo desarrollo reglamentario, en el artículo 8 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, ofrece un catálogo abierto que incluye entre las posibilidades que se ofrecen para las medidas sociales de acompañamiento múltiples opciones que pueden incorporarse al procedimiento de despido colectivo, y desde el luego al acuerdo que se alcance en el periodo de consultas, tales como la movilidad funcional, en la empresa o en el grupo, la movilidad geográfica, la inaplicación de condiciones o la modificación sustancial de condiciones de trabajo, además de otras muchas.

Por tanto, el despido colectivo se articula necesariamente a través de un proceso de negociación colectiva que, potencialmente, puede incorporar muchas más acciones y medidas que las que se derivan de la extinción del contrato de los trabajadores que vayan a ser afectados por el mismo. Y todo ello en un formato de negociación en el que se atribuye la interlocución prioritaria a las representaciones sindicales, se abre la posibilidad, que no cabe en la negociación colectiva ordinaria -admítase la licencia de denominar así al modelo de negociación de convenios colectivos regulado en el Título III del ET-, de que intervengan como sujetos negociadores representantes elegidos *ad hoc*, cuando no existe representación sindical ni unitaria constituida en la empresa o en los centros afectados, y con una severa limitación en la duración temporal de la propia negociación.

Era de esperar, pues, que en la interpretación y aplicación de este modelo particular de negociación colectiva, con el que se da cumplimiento, pero ampliando claramente las capacidades de participación de los representantes de los trabajadores, al deber de “consultar” que impone la Directiva 98/59 antes de efectuar un despido colectivo, se plantearan du-

das y discrepancias que han tenido que ser abordadas por una ya copiosa doctrina emanada de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo. No es posible, y no es nuestro propósito, dar cuenta de todas las cuestiones abordadas por el Tribunal durante estos años, ni siquiera con referencia a las Sentencias que pueden considerarse más relevantes en la materia de este epígrafe, que se citan en nota a pie de página para facilitar el acceso a las mismas, pero sí hacer un balance de los aspectos que pueden considerarse esenciales en la doctrina emanada del Tribunal.

Una de las cuestiones primeramente controvertidas en la interpretación de las exigencias en este proceso especial de negociación colectiva fue el alcance de la buena fe en la negociación, que el artículo 51.2 ET exige a las partes “con vistas a la consecución de un acuerdo”. No es una exigencia desconocida, porque también aparece en el procedimiento de negociación de convenios colectivos -artículo 89.1 ET-, pero hubo quien quiso ver en esta exigencia un contenido adicional y específico del deber de buena fe, fundamentalmente exigible al empresario, que sería el de demostrar una evolución entre su propuesta inicial en el despido colectivo y su posición final al terminar el periodo de consultas, bien en términos de número de afectados -reduciendo el mismo- como en la indemnización ofrecida -mejorándola-. Pero el Tribunal Supremo ha rechazado esta visión, acertadamente, y desde el principio -Sentencia de 27 de mayo de 2013- ha sostenido que el deber de buena fe no tiene un contenido más amplio que en los demás procesos de negociación colectiva: “*Ciertamente ha de reconocerse que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato: art. 1258 CC] y que en el campo de la negociación colectiva específica el art. 89.1ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»]; b) desde el momento en que el art. 51ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá*

versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negociada». Por ello mismo no se considera actuación contraria a la buena fe la del empresario que durante el periodo de consultas no realiza propuestas concretas distintas del mínimo legal por la negativa situación económica de la empresa -Sentencia de 20 de junio de 2018-, aunque el hecho de que se mueva repetidamente la posición por parte de la empresa, con modificaciones significativas respecto de las propuestas iniciales, se utiliza como argumento para sostener la existencia de buena fe -como ocurre en el caso resuelto por la Sentencia de 20 de diciembre de 2017-. Todo ello no ha sido óbice para, que en determinados supuestos, y precisamente sobre la base de esa configuración general de la buena fe, se haya constatado su ausencia, y por tanto se haya declarado la nulidad del despido, como en la Sentencia de 18 de febrero de 2014, porque la empresa no facilitó a la representación legal de los trabajadores la contabilidad real del grupo laboral de empresas que promovía el despido. O en la de 26 de marzo de 2014 porque se considera contrario a la buena fe la tramitación de un despido colectivo vigente un expediente de suspensión de contratos en el que se había comprometido a no realizar despidos. También en la de 29 de diciembre de 2014 porque el periodo de consultas duró únicamente una semana y porque afectó mayoritariamente a trabajadores que habían formulado demanda de extinción del contrato por impago de salarios. Ahora bien, como la buena fe es exigible a ambas partes, en un supuesto muy parecido en el que únicamente se celebró una reunión durante el periodo de consultas se considera que no puede apreciarse mala fe porque fue el representante de los trabajadores el que dio por rotas las negociaciones si la empresa no modificaba su posición inicial -Sentencia de 22 de diciembre de 2014-.

En muchas ocasiones, la exigencia de buena fe aparece conectada a un deber mucho más específico, como es el que se impone al empresario de facilitar a la representación de los trabajadores, al inicio del periodo de consultas, la información y documentación a que

se refiere el artículo 51.2 ET y los artículos 3 a 6 del RD 1483/2012, cuya interpretación y alcance ha de vincularse a la previsión mucho más general de la Directiva 98/59, que en el artículo 2 establece que el empresario deberá proporcionar durante las consultas “*toda la información pertinente*”. Desde la Sentencia de 27 de mayo de 2013 ha sido constante el Tribunal Supremo al señalar que “*no todo incumplimiento de las previsiones contenidas en aquel precepto puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada*”. Se ha admitido en consecuencia que algún documento de los legalmente exigidos se entregue iniciado ya el periodo de consultas -Sentencia de 21 de mayo de 2014-; o que alguna información pertinente se facilite de forma verbal -Sentencia de 20 de julio de 2016-. Pero esa doctrina gradualista no ha impedido que la falta de documentación exigida se haya considerado causa de nulidad del despido en muchas ocasiones, ya desde una de las primeras sentencias dictadas por el Tribunal, la de 19 de noviembre de 2013; incluso en supuestos que podrían considerarse dudosos por el tipo del documento cuya ausencia se denuncia -Sentencia de 21 de junio de 2017 sobre entrega de las cuentas provisionales de la empresa que promueve el despido o Sentencia de 26 de marzo de 2014 sobre falta del preceptivo informe técnico al invocarse causas organizativas-. Y, lo que es más importante, la invocación de la necesidad de garantizar una negociación adecuadamente informada, que la Directiva 98/59 concreta en la exigencia de que se aporte “*toda la información pertinente*”, ha posibilitado que también la ausencia de información o documentación no prevista expresamente en el artículo 51 ET ni en los artículos concordantes del Reglamento de despidos colectivos se considere también, si es pertinente, causa de nulidad del despido colectivo; en sentido contrario, si los documentos requeridos no son relevantes o pertinentes no cabe considerar vulnerado el derecho de información -Sentencias de 20 de noviembre de 2014 y 13 de julio de 2017-. Además, en tal caso la carga de demostrar que la documentación solicitada es pertinente corresponde a la representación legal de los trabajadores -Sentencias de 18 de mayo y 13 de julio de 2017-.

Ya se ha señalado que en el procedimiento particular de negociación colectiva que para la aplicación de medidas de flexibilidad interna y externa diseña la reforma laboral del 2012, y completa la Ley 1/2014, de 28 de febrero, se contiene una regulación también específica sobre la composición de la comisión negociadora que ha de intervenir en el periodo de consultas en representación de los trabajadores. Regulación que también ha planteado dudas interpretativas a las que ha debido enfrentarse el Tribunal Supremo para elaborar una doctrina que puede hoy considerarse también segura. El artículo 51 ET, con remisión en este aspecto a lo que establece el artículo 41.4 ET, establece un doble cauce para la constitución de la comisión negociadora en representación de los trabajadores: sindical si las propias secciones sindicales se atribuyen la interlocución preferente que la Ley les otorga y cuentan con la mayoría de los miembros de comités de empresa y delegados de personal de los centros afectados; o unitaria si no existe representación sindical o no se atribuye la interlocución, con la particularidad de que si no existe representación unitaria en algunos de los centros afectados por el despido colectivo se abre la participación a comisiones *ad hoc* elegidas por los propios trabajadores del centro. Pero la realidad ha desbordado en ocasiones este claro diseño dual, y se ha admitido, bien que reprochando su singularidad por no estar previsto en la Ley, una comisión de negociación híbrida entre representantes sindicales y representantes *ad hoc* -Sentencia de 22 de septiembre de 2014-, o la negociación directamente por los trabajadores del centro en una empresa de reducida dimensión -Sentencia de 23 de marzo de 2015-. Pero quizá lo más relevante, puesto que la designación de la comisión representativa de los trabajadores corresponde a sus representantes, es que se ha considerado que la defectuosa conformación de dicha comisión, si no es imputable a la empresa, no es causa de nulidad del despido colectivo, porque no cabe que la empresa quede perjudicada por una actuación incorrecta de la contraparte -entre otras, Sentencia de 20 de julio de 2016-. Y tampoco lo es el rechazo para negociar con una comisión defectuosamente constituida por exceder del número de trece miembros, aunque la empresa debería haber advertido sobre los efectos de dicho incumplimiento -Sentencia de 20 de diciembre de 2017-.

Con todo, la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo más importante en la materia que corresponde a éste epígrafe quizá sea la que analiza el valor de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas, sobre todo porque viene a completar, de manera trascendente, el muy criticado y criticable, aunque consciente, silencio de la Ley sobre el particular, que a diferencia de lo que ocurre en todos los procedimientos de flexibilidad interna, no atribuye al acuerdo ni siquiera una presunción de existencia de la causa alegada por el empresario para promover el despido colectivo.

Varias son ya de las Sentencias de la Sala que insisten en enfatizar el valor que ha de darse al acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, tanto en el reconocimiento sobre la existencia de las causas, a pesar de la falta de atribución legal de presunción de su existencia, como en el respeto al contenido de los pactos alcanzados. Sobre lo primero, el valor en sí del acuerdo colectivo en este proceso negociador, ya desde la Sentencia de 25 de junio de 2014 se ha dicho que *“la existencia de este acuerdo no significa ni que ello implique una presunción de que concurren las causas justificativas de los despidos, ni que la decisión empresarial de proceder a dichos despidos no pueda impugnarse sin tratar de invalidar previamente o, al menos, simultáneamente el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, puesto que tales previsiones contenidas en el artículo 47.1 del ET respecto de las suspensiones de contratos de trabajo derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- no figuran ni en el art. 51 del ET ni en el art. 124 de la LRJS en relación con los despidos por las mismas causas. Ahora bien, sentado esto, no es menos cierto que el juzgador podrá tener en cuenta, a la hora de apreciar la efectiva concurrencia de las causas justificadoras de los despidos alegadas por la empresa, el hecho, muy significativo, de que los representantes de los trabajadores -en este caso, el 77 % de los integrantes del banco social de la comisión negociadora- han considerado que, efectivamente, dichas causas justificadoras concurrían en el supuesto de autos”*. Resume de manera muy completa la doctrina sobre el particular la posterior Sentencia

de 17 de mayo de 2017 y la refuerzan si cabe con interesantes reflexiones sobre el nivel de conocimiento de la situación por parte de los representantes de los trabajadores las posteriores de 13 de julio y 8 de noviembre de 2017.

Sobre lo segundo, el contenido posible de los acuerdos de finalización del periodo de consultas, ésta última Sentencia citada de 17 de mayo de 2017 sintetiza y ratifica la doctrina que ya se había iniciado con la de 27 de enero de 2015, sobre la posibilidad de que en dicho acuerdo se incorporen medidas de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión de contrato o inaplicación del convenio, tanto si se han anunciado al inicio del periodo de consultas como si se han incorporado durante el propio proceso de negociador sin haber sido planteadas inicialmente. Pero además del amplísimo contenido posible del acuerdo, se ha dotado por ejemplo de eficacia al mismo para modificar, a la baja, el importe de la indemnización aplicable a los afectados por el despido colectivo respecto de la prevista en un pacto de fin de huelga precedente -Sentencia de 26 de abril de 2017 que inicia una saga de una decena de sentencias referidas al acuerdo alcanzado en el despido colectivo promovido en una empresa del Grupo PRISA-. Y también se ha considerado válido y eficaz el fraccionamiento en el pago de la indemnización previsto en el acuerdo aunque ello suponga que en el momento del despido se abona una cantidad inferior al mínimo legal de veinte días de salario por año de servicio, siempre que el monto total de la indemnización sea superior a dicho importe -Sentencias de 22 de julio de 2015, 10 de mayo de 2016 o 20 de abril de 2017-, o incluso el aplazamiento en el pago de la misma -Sentencia de 20 de julio de 2016-. Respeto al valor de los acuerdos que se manifiesta también en la aceptación de la previsión de diferencias en la indemnización a abonar en caso de adhesión voluntaria a la extinción del contrato frente a la extinción forzosa del mismo -Sentencia de 24 de noviembre de 2015-.

6. CRITERIOS DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS⁵

Como es sabido, el artículo 51.2 ET exige que en la comunicación de apertura del periodo de consultas el empresario señale “los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”. Es una información relevante porque se trata de identificar el mecanismo de vinculación entre la causa del despido, que por hipótesis tiene un importante grado de abstracción y generalidad, y los trabajadores que como consecuencia de la acreditación de dicha causa van a ser despedidos.

La Jurisprudencia también se ha ocupado de esta cuestión, aunque menos de lo que pudiera pensarse, porque en buena parte de los casos lo que se plantea precisamente es la aplicación de los criterios de afectación definidos por el empresario o recogidos en el acuerdo de finalización del periodo de consultas al caso concreto, y en tal supuesto el debate ha de llevarse a los litigios individuales derivados del despido colectivo, que raramente llegan a la casación para unificación de doctrina.

Aun así contamos con pronunciamientos relevantes, que bien merecen un repaso sumario para incorporarlos a este balance de jurisprudencia sobre el despido colectivo.

Posiblemente la Sentencia de 20 de octubre de 2015 -Caso TRAGSA-, sea la que más extensión y detalle ha prestado a la elaboración de una doctrina sobre la suficiencia de los criterios de afectación del despido colectivo que es exigible para eludir la nulidad del mismo. Doctrina que resume por inducción de los casos concretos analizados hasta ese momento por la Sala con la siguiente declaración: “la naturaleza abstracta predicable de los criterios no ha de comportar su nulidad, si con los mismos se cumple la finalidad que les es

⁵ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 7/2019, de 9 de enero (RJ 2019/432), 872/2017, de 14 de noviembre (RJ 5660); 562/2017, de 28 de junio (RJ 2017/3364); 512/2017, de 14 de junio (RJ 2017/2876); 464/2017, de 31 de mayo (RJ 2017/2972); 983/2016, de 23 de noviembre (RJ 2016/5980); 20 de octubre 2015 (RJ 2015/5210); 23 de septiembre 2014 (RJ 2014/6420).

legalmente atribuible [facilitar una adecuada negociación en el periodo de consultas] y a la par su redacción excluye -al menos en línea de principio- que en su aplicación pueda producirse arbitrariedad alguna”. Tesis que permite al Tribunal considerar suficientes los criterios utilizados en el caso (“evaluación multifactorial, tales como la formación, experiencia en el puesto, polivalencia entendida como la capacidad para asumir cambios y adaptación a otras funciones, trabajo en equipo, grado de implicación en la consecución de objetivos, cumplimiento de horarios, normas y procedimientos establecidos, absentismo, costes”), como había ocurrido ya en casos precedentes con criterios tales como “la versatilidad, recursos disponibles en la sección-departamento, coste económico y coste indemnizatorios... lo que si bien muestra cierta parquedad en la determinación no permite tampoco negar el cumplimiento del requisito...” -Sentencia de 20 de mayo de 2014-, o la “antigüedad y polivalencia” -Sentencia de 24 de marzo de 2015-.

En particular se ha considerado válido como criterio de selección, en el sector público, la afectación del personal indefinido no fijo frente al personal laboral fijo -Sentencia de 23 de noviembre de 2016-. También se ha entendido que es válida la afectación únicamente del personal fijo, con exclusión del personal temporal, puesto que ya tienen definida su propia causa y momento para la extinción del contrato -Sentencias de 20 de octubre de 2015, 28 de junio 2017 y 9 de enero de 2019-. O la exclusión como criterio de selección de los trabajadores con edad igual o superior a 50 años, eludiendo con ello el pago de la aportación al Tesoro previsto en la Disposición Adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto -Sentencia de 14 de noviembre de 2017-.

Ahora bien, si lo que se plantea es el respeto de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, el cauce adecuado es el procedimiento individual del despido y no el de impugnación colectiva del artículo 124 LRJS -Sentencia de 23 de septiembre de 2014-. Y lo mismo ocurre cuando lo que se debate no es la existencia y suficiencia de los criterios de afectación del despido colectivo sino su aplicación a los trabajadores concretamente despedidos -Sentencias de 31 de mayo y 14 de junio de 2017-.

7. EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO⁶

Como decíamos al principio, la creación de una modalidad procesal de impugnación del despido colectivo por sujetos también colectivos, unida a la decisión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de resolver en Pleno los recursos de casación contra las Sentencias dictadas en esta modalidad procesal, ha facilitado de manera extraordinaria que podamos contar hoy con una doctrina completa y estructurada sobre una institución tan relevante, por su impacto social, como es el despido colectivo.

Pero la regulación que desarrolla esa modalidad procesal, artículo 124 LRJS, cuya configuración tiene su origen también en la reforma laboral del año 2012 -aunque haya tenido modificaciones posteriores, la última a través de la Ley 1/2014, de 28 de febrero-, ha dado lugar también en su interpretación a controversias que han debido ser abordadas por el Tribunal. También aquí es procedente reseñar los rasgos más relevantes de la doctrina sentada hasta la actualidad.

Aunque el objeto genuino del proceso es la impugnación de la decisión empresarial de despedir colectivamente, y por ello la demanda ha de fundarse en algunos de los motivos previstos en el apartado 2 del artículo 124 LRJS, la interpretación sobre el alcance posible de lo que puede ser objeto de esta modalidad procesal ha sido generosa. Fundamentalmente porque se ha considerado, a partir de la Sentencia de 27 de enero de 2015, que es el procedimiento de impugnación de des-

⁶ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 916/2018, de 17 de octubre (RJ 2018/5241); 436/2017, de 17 de mayo (RJ 2017/2805); 688/2016, de 20 de julio (RJ 2016/3570); 677/2016, de 19 de julio (RJ 2016/4410); 1 de junio 2016 (RJ 2016/2516); 1 de marzo 2016 (RJ 2016/1502); 21 de enero 2016 (RJ 2016/562); 14 de octubre 2015 (RJ 2015/5339); 17 de junio 2015 (RJ 2015/4676); 22 de abril 2015 (RJ 2015/3059); 21 de abril 2015 (RJ 2015/2380); 24 de febrero 2015 (RJ 2015/1010); 28 de enero 2015 (RJ 2015/632); 27 de enero 2015 (RJ 2015/628); 27 de enero 2015 (RJ 2015/628); 29 diciembre 2014 (RJ 2014/6891); 22 de diciembre 2014 (RJ 2014/6792); 2 de diciembre 2014 (RJ 2014/6870); 20 de noviembre 2014 (RJ 2014/6836); 23 de septiembre 2014 (RJ 2014/6420); 18 de marzo 2014 (RJ/1828); 26 de diciembre 2013 (RJ 2014/1253).

pido colectivo el que ha de seguirse cuando se impugnan los puntos esenciales de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas del despido colectivo, aunque se refieran a otras materias diversas, lo que como se ha dicho es perfectamente posible en el seno de tales acuerdos -expresan de manera más contundente si cabe tal doctrina las Sentencias de 17 de mayo de 2017 y 17 de octubre de 2018-.

El apartado 1 del artículo 124 LRJS atribuye la legitimación para impugnar colectivamente la decisión empresarial de despido colectivo a los representantes de los trabajadores, advirtiéndole que en el caso de los representantes sindicales deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo. Pero también si los sujetos legitimados para impugnar no lo hacen, el apartado 3 del precepto atribuye legitimación al empresario para interponer la demanda en solicitud de que se declare ajustada a derecho la decisión empresarial. Esta formulación legal, en apariencia sencilla, ha dado lugar a bastantes pronunciamientos muy clarificadores sobre su alcance. Sobre la legitimación empresarial para interponer la demanda, lo más importante es que se ha rechazado la misma cuando el periodo de consultas ha concluido con acuerdo y no existe sujeto colectivo que se oponga a la pretensión empresarial -Sentencias de 26 de diciembre de 2013 y 1 de marzo de 2016-, descartándose así lo que constituiría una pura y clásica acción de jactancia.

Sobre la legitimación de los representantes de los trabajadores las controversias han sido más extensas. Así, se ha rechazado la legitimación de dos delegados de personal, integrantes de la comisión negociadora del despido colectivo formada por cinco miembros y de carácter híbrido, con representantes de los trabajadores y representantes *ad hoc* -interesante Sentencia de 21 de abril de 2015, en la que se razona que la legitimación para impugnar en tal caso correspondería a la propia comisión negociadora-. Sentencia que invoca como precedente la de 18 de marzo de 2014, que había reconocido legitimación activa para impugnar el despido colectivo a las comisiones representativas designadas *ad hoc* cuando no existen representantes legales de los trabajadores. También se ha negado legitimación a un sindicato de nueva creación pero por falta de acreditación de implantación suficiente en el ámbito del despi-

do -Sentencia de 17 de junio de 2015-; y al sindicato que únicamente cuenta con dos afiliados en el centro de trabajo afectado por el despido que tiene una plantilla de 135 trabajadores; e igualmente al Presidente del Comité de Empresa que no justifica que su actuación lo es en nombre del órgano colegiado -Sentencia de 21 de enero de 2016-. Pero se ha considerado implantación suficiente, y por tanto se ha reconocido legitimación para impugnar el despido colectivo, a un sindicato con el 1,92 % de representantes unitarios en la empresa, pero que había participado en la designación de los miembros de la comisión negociadora -Sentencia de 20 de julio de 2016-. Sobre legitimación adhesiva, muy importante es la doctrina contenida en la Sentencia de 28 de enero de 2015, que admite que el sindicato demandado, no firmante del acuerdo con el que finalizó el periodo de consultas, se persone y se adhiera a la demanda, aunque en tal caso su posición está subordinada a la del demandante, tanto para la continuidad del proceso como para la configuración del debate litigioso, porque no podrá *“variar el contenido de la pretensión ni hacer modificaciones sustanciales a la demanda”*.

Sobre el cómputo del plazo de caducidad de veinte días al que se refiere el artículo 124.6 LRJS, la Sentencia determinante es la de 17 de octubre de 2018, que aclara de manera incontestable cómo ha de computarse el plazo en función de que el periodo de consultas haya concluido con o sin acuerdo, concluyendo que *“en el primero de los supuestos -caso de acuerdo durante las consultas- tal plazo comienza a computarse desde la fecha del acuerdo, mientras que en el segundo supuesto -decisión empresarial sin acuerdo- tal notificación empresarial se constituye como el dies a quo desde el que comienza a computarse el plazo de caducidad”*. Ahora bien, si el objeto de la impugnación no es el despido colectivo en sí, sino un documento posterior de aclaración y subsanación de errores del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, entonces el procedimiento adecuado es el de conflicto colectivo sin sujeción al plazo de caducidad de veinte días -Sentencia de 22 de abril de 2015-. Cuando la demanda la interpone el empresario, el plazo de caducidad de veinte días se inicia desde la finalización del plazo precedente que tenían para impugnar el despido colectivo los representantes de los trabajadores, computado en la forma antes

señalada, es decir desde la comunicación a los representantes de la decisión empresarial, al haber terminado el periodo de consultas sin acuerdo -Sentencia de 1 de junio de 2016-.

Una cuestión que ha generado mucho debate y polémica en el ámbito de la práctica forense es la abordada por la Sentencia de 2 de diciembre de 2014. Desde hace muchos años, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional tiene consolidada la práctica, amparada en una recomendación unánimemente asumida como propia por todos los sujetos que habitualmente litigan ante la Sala -sindicatos, asociaciones empresariales y empresas de mayor dimensión, asociaciones de laboristas, colegios profesionales, etc.- a través de una Mesa promovida por la propia Sala para acoger las mejores prácticas en los litigios que se siguen ante la misma, de hacer uso sistemático del artículo 82.4 LRJS y requerir a las partes la aportación de la prueba documental y pericial con cinco días de antelación a la fecha señalada para la celebración de la vista oral, precisamente por entender que habitualmente se trata de una prueba a veces voluminosa y casi siempre compleja. La eficacia de tal requerimiento de aportación anticipada de la prueba impedía, a juicio de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que en el acto del juicio se aceptara la aportación de nueva prueba documental o pericial, se hubiera o no cumplido con la aportación anticipada requerida por el Tribunal. Pues bien, el Tribunal Supremo, en la Sentencia citada, concluyó que tal actuación suponía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque se había privado a la parte, en el caso concreto, del derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, por cuanto *“no se establece principio alguno de preclusión que impida su directa aportación al acto del juicio”*, como había pretendido la parte y rechazado el Tribunal de instancia. Considera el Tribunal Supremo que hay otros remedios procesales para asegurar el cumplimiento habitual del requerimiento de aportación anticipada de prueba, como la imposición de multas, la consideración como probados de los hechos que se quisieran demostrar con la prueba anticipada o el otorgamiento de plazo para que se formulen conclusiones escritas. Aunque, claramente, ninguno de tales remedios altera la certeza de que la doctrina del Tribunal Supremo en este caso da lugar a la posibilidad, y realidad, de actuaciones no conformes con la

buena fe procesal y que perjudican el equilibrio entre las partes en la celebración del juicio oral.

8. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO⁷

El artículo 247.2 LRJS, en su redacción actual, que procede también de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, señala expresamente que son susceptibles de ejecución colectiva, a través de la forma prevista en dicho precepto, las sentencias que hayan declarado la nulidad del despido colectivo. Aunque la Sentencia de 23 de marzo de 2017 ya se encargó de precisar que la sentencia que declaraba la nulidad del despido ya era susceptible de ejecución incluso antes de la modificación del artículo 247.2, por cuando contenía pronunciamientos de condena a la inmediata readmisión y al abono de los salarios de tramitación ya desde la redacción del artículo 124 LRJS procedente de la Ley 3/2012.

En todo caso, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular es reducida, seguramente porque en los supuestos de nulidad del despido colectivo el empresario ha venido dando cumplimiento a la sentencia sin necesidad de impetrar su ejecución judicial forzosa. Por eso merece algún detenimiento la Sentencia de 18 de enero de 2017, que se enfrenta a la ejecución del despido nulo en el Caso Coca-Cola -que había sido a su vez confirmado por la Sentencia de 20 de abril de 2015-, y que ofrece interesante doctrina sobre su alcance y límites.

Lo primero que advierte la Sentencia es que, a diferencia de la exigencia general que se desprende de los artículos 157.1 y 160.3 LRJS para los procesos de conflicto colectivo, en el despido colectivo no es necesario *“que para poder ejecutar dichas sentencias haya que exigir que en la demanda, y consiguientemente en la sentencia, deban constar la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados”*. Precisión de extraordinaria importancia que permite afirmar

⁷ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 824/2017, de 19 de octubre (RJ 2017/5038); 254/2017 (RJ 2017/1804); 37/2017, de 18 de enero (RJ 2017/1904).

al Tribunal a continuación que *“las sentencias que declaran la nulidad del despido colectivo pueden ser ejecutadas a través de la modalidad específica de ejecución colectiva, si así se solicita por los sujetos legitimados y concurren circunstancias concretas que la hagan factible. En este sentido, una vez dictada la orden general de ejecución, además de los trámites previstos en tal norma que resulten de aplicación, puede exigirse a la ejecutante que concrete -si no lo estuvieran ya- los trabajadores afectados por el despido; y a la ejecutada la concreción de las condiciones en que se ha llevado a cabo la readmisión; para que, si se comprueban discrepancias, celebrar el oportuno incidente en el que se determine la forma en que ha llevado a cabo la ejecución y las medidas procedentes, todo ello con los auxilios instrumentales previstos en el artículo 247 LRJS que resulten necesarios en cada caso”*. Es decir, que en el propio proceso de ejecución es donde se concretarán los datos, características y requisitos que permitan individualizar a los afectados y las circunstancias de la readmisión consecuente a la declaración de nulidad. Ahora bien, la propia Sentencia delimita el ámbito de las cuestiones que pueden ser objeto de debate en el seno de esa individualización necesaria para la ejecución de la sentencia colectiva que ha declarado nulo el despido, al señalar que *“todo ello referido, claro es, a la propia existencia de la obligación contenida en el título ejecutivo: la readmisión o a las circunstancias trascendentales que pudieran tener relevancia directa en el cumplimiento de la obligación que se ejecuta, como pueden ser las relativas al salario -elemento principal del contrato- determinante de los salarios de tramitación y del que pudiera depender, además, una eventual condena a salarios de sustanciación devengados durante el incidente de ejecución y las relativas, igualmente, al puesto de trabajo o las funciones a desempeñar tras la reincorporación”*; excluyendo sin embargo del posible debate en el proceso colectivo de ejecución *“otras condiciones accesorias al cumplimiento de la obligación que se ejecuta como, en el presente caso, sería la antigüedad que -aunque importante por cuanto que condicionaría la cuantía de la indemnización caso de que la ejecución tuviera que resolverse con la extinción de los contratos, lo que en estos momentos procesales no se plantea- afecta de manera muy indirectamente, en las actuales circunstancias, al cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo...”*.

Se trata de una doctrina muy trascendente, sobre la que el Tribunal ha vuelto, para reiterarla, en la Sentencia de 19 de octubre de 2017, aunque en este caso a propósito de la ejecución de un acuerdo alcanzado en conciliación judicial, en el seno del procedimiento de impugnación del despido colectivo del artículo 124 LRJS, habiendo reconocido la empresa en dicho acuerdo de conciliación la nulidad del despido impugnado.

9. DESPIDO COLECTIVO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES⁸

El artículo 124.11 LRJS señala que la Sentencia que resuelva la impugnación del despido colectivo declarará nula la medida empresarial cuando *“se haya efectuado en vulneración de los derechos fundamentales”*, previsión coherente con el número 2 del mismo precepto que permite fundar la demanda en el hecho de que *“la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas”*. Ya la Sentencia de 20 de septiembre -aunque luego anulada por incongruencia apreciada en incidente de nulidad de actuaciones-, consideró que había de declararse la nulidad del despido -aunque parcial- teniendo en cuenta *“la vinculación o conexión causal entre la declaración y convocatoria de la huelga acordadas por el comité intercentros y la reacción empresarial de convertir el despido colectivo de parte de la plantilla en el despido colectivo de la totalidad de los empleados”*. Y la Sentencia que finalmente resuelve el litigio, de 18 de julio de 2014, mantiene esa misma tesis, al entender que la decisión de extinguir todos los contratos de trabajo de los centros afectados constituye una respuesta directa a la declaración de huelga. Es decir, se considera nulo el despido cuando la propia decisión empresarial de despedir tiene una finalidad de retorsión frente al ejercicio de un derecho fundamental como la huelga. Doctrina que,

⁸ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 872/2017, de 14 de noviembre (RJ 2017/5660); 624/2017, de 13 de julio (RJ 2017/4148); 526/2017, de 20 de junio (RJ 2017/3007); 688/2016, de 20 de julio (RJ 2016/3570); 20 de abril 2015 (RJ 2015/1249); 23 de febrero 2015 (RJ 2015/2012); 18 de julio 2014 (RJ 2014/4277); 29 de enero 2014 (RJ 2014/4343); 20 septiembre 2013 (RJ 2013/7744).

en supuesto prácticamente idéntico de despido colectivo subsiguiente a convocatoria de huelga, reitera la Sentencia de 23 de febrero de 2015.

Pero la Sentencia de 20 de abril de 2005 -Caso Coca-Cola- da un paso más, muy evidente pero cuestionable en todo caso -y lo hace el Voto Particular con el que cuenta la Sentencia-, porque en el caso resuelto la nulidad por vulneración del derecho fundamental de huelga no se produce porque la decisión de despido sea una respuesta a la huelga, ni tampoco porque el alcance o contenido de las medidas propuestas por la empresa se hayan visto afectadas por la huelga convocada o, ni siquiera, porque se haya alegado que las medidas para atenuar los efectos del despido hayan sido afectadas en algún extremo por la convocatoria de huelga. La nulidad se declara porque durante la celebración del periodo de consultas, y durante una huelga convocada ya iniciado el mismo, se ha producido la sustitución de trabajadores huelguistas por parte de trabajadores de otras empresas del grupo. Considera el Tribunal que, con tal actuación empresarial, se produjo *“la neutralización de los efectos del conflicto...”* y, por tanto, *“una irrupción directa, una quiebra del necesario equilibrio de la negociación, privando a los trabajadores de los efectos que la huelga pudiera tener en ese proceso, que por tal motivo se vio evidentemente alterado por la actuación empresarial, de manera que el despido colectivo resultante se efectuó, utilizando la misma preposición que se contiene en el artículo 124.11 LRJS, “en vulneración de derechos fundamentales”, en éste caso el de huelga del art. 28.2 CE”*. La vulneración del derecho fundamental ya no se produce con la decisión del despido colectivo, o con la alteración de su alcance o finalidad, sino durante y con ocasión del periodo de negociación del despido colectivo, lo que condiciona y traslada a éste, por su capacidad de influir en su resultado, la proclamada nulidad.

Como era de esperar, la posición del Tribunal Supremo ha facilitado que la declaración de huelga durante la tramitación del periodo de consultas, o la invocación de otros derechos fundamentales como vulnerados durante su desarrollo, se hayan convertido en una cierta *“práctica”* negociadora. Que sin embargo no ha tenido una respuesta igual de generosa por el Tribunal, lo que ha evitado el efecto multiplicador que la Sentencia del caso Coca-Cola

podía desplegar. Así ocurre en la Sentencia de 20 de julio de 2016 -caso Panrico-, a pesar de alegarse, y probarse, que el despido afectaba sobre todo a los trabajadores de un centro de trabajo en el que se había convocado una huelga. Solución desestimatoria que se extiende a los supuestos resueltos en las Sentencias de 20 de junio, 13 de julio y 14 de noviembre de 2017, en las que se había denunciado también vulneración de los derechos fundamentales a la no discriminación, huelga y libertad sindical respectivamente, si bien es cierto que en todos los casos se rechaza que se haya producido la vulneración del derecho fundamental invocado.

10. SUCESIÓN DE EMPRESA Y DESPIDO COLECTIVO⁹

La Sentencia de 17 de febrero de 2014 inició una serie muy larga de resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, algunas de las cuales se citan en la nota a pie de página, en las que se declaró la nulidad de los despidos colectivos promovidos por los Consorcios de las denominadas Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico de la Junta de Andalucía, por entender el Tribunal que constituía un fraude de ley la tramitación de despidos colectivos cuya finalidad era evitar la sucesión de empresa que estaba prevista en una Ley autonómica, en virtud de la cual los trabajadores de esos Consorcios debían integrarse en el Servicio Andaluz de Empleo. Esa doctrina se extendió, ya en el ámbito privado y de aplicación del propio artículo 44 ET, en la Sentencia de 18 de febrero de 2014, que declara igualmente nulo por fraude de ley el despido colectivo promovido por la empresa titular de una estación de servicio que inmediatamente después del despido se transmite a otro empresario. Y todavía se mantuvo en la Sentencia de 20 de junio de 2017, estimando la nulidad del despido porque se pretendió eludir con el mismo la sucesión de empresa entre la empresa que lo promovió y una sociedad civil creada

⁹ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 7/2019, de 9 de enero (RJ 2019/432); 879/2018, de 2 de octubre (RJ 2018/5063); 687/2016, de 20 de julio (RJ 2016/4431); 527/2017, de 20 de junio (RJ 2017/3704); 24 marzo 2015 (RJ 2015/1823); 23 de septiembre 2014 (RJ 2014/6420); 18 de febrero 2014 (RJ 2014/2769); 19 de febrero 2014 (RJ 2014/3269); 17 de febrero 2014 (RJ 2014/2070).

por dos de sus socios para continuar la actividad de aquella, condenando además solidariamente a cedente y a cesionario.

Pero esta doctrina quiebra de manera evidente, aunque sin replanteamiento expreso por parte de la anterior por parte de la Sala, a partir de la Sentencia de 2 de octubre de 2018, con algún precedente mucho menos claro en la Sentencia de 20 de julio de 2016, al señalar el Tribunal que no cabe *“acumular indebidamente a una acción por despido colectivo otra de sucesión de empresa que escapa al objeto propio de este procedimiento”*, porque el proceso de despido colectivo ha de limitarse a calificar la decisión extintiva, lo que *“impide plantear en el mismo otras cuestiones, como la posible sucesión de empresa producida tras tomarse y notificarse la decisión extintiva, máxime si no ha mediado un contrato mercantil entre cedente y cesionario en ese sentido”*. En realidad, y aunque el problema se enfoca desde el punto de vista de la imposibilidad de acumulación de acciones, el resultado que provoca es que para la calificación del despido parece resultar ya intrascendente un eventual fenómeno de sucesión de empresa inmediatamente posterior a la tramitación del despido, siempre que no estuviera ya pactado antes, que deviene así en inatacable por tal razón. Pero es una doctrina que parece consolidada y que ha reiterado la más reciente Sentencia de 9 de enero de 2019.

11. APORTACIÓN AL TESORO POR EL DESPIDO DE TRABAJADORES DE 50 O MÁS AÑOS¹⁰

La Disposición Adicional 16ª de la Ley 27/2011, conocida como “enmienda Telefónica” por el caso que, parece, dio lugar a la iniciativa del legislador, estableció la obligación empresarial de realizar una aportación al Tesoro en el caso de empresas con beneficios que promovieran despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años. La regulación inicial se ha visto modificada por el Real Decreto Ley

3/2012, la Ley 3/2012 y el Real Decreto Ley 5/2013, siempre ampliando el ámbito de afectación de la norma y su capacidad recaudadora, y está reglamentariamente desarrollado en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre.

Aunque dada la naturaleza y alcance de la norma no ha generado una masiva litigiosidad, sí ha de darse cuenta de algunos pronunciamientos relevantes en la materia por parte de nuestra Sala de lo Social del Tribunal Supremo, bien que referidas casi siempre a las mismas cuestiones como objeto del pleito.

La principal sin duda es la interpretación de uno de los requisitos que hacen nacer la obligación de realizar aportación al Tesoro como consecuencia del despido de trabajadores de 50 o más años de edad, como es *“que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo”* o *“que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha”* -Disposición Adicional 16ª Ley 27/2011, apartado 1, letra c)-. Pero el Tribunal Supremo ha entendido que la dicción del precepto obliga a considerar sin duda alguna que está obligada a realizar la aportación la empresa que obtuvo beneficios los dos años anteriores al inicio del despido colectivo aunque el grupo de empresas del que forma parte arrojara pérdidas en el mismo periodo -Sentencias de 1 de febrero de 2019 y 29 de marzo de 2017-; y lo mismo en el caso contrario, empresa con pérdidas pero que forma parte de un grupo de empresas con beneficios -Sentencia de 31 de octubre de 2017-.

Esta última Sentencia citada aborda además dos temas adicionales del máximo interés. Primero, que la aportación al Tesoro que regula el precepto tiene la naturaleza de derecho de naturaleza pública no tributario, y que por tanto el plazo de prescripción para reclamar es de cuatro años desde que pudo practicarse la liquidación, que es la finalización del año al que corresponde la misma. Segundo, que *“la unidad de referencia para la determinación del número*

¹⁰ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 84/2019, de 1 de febrero (RJ 2019/842); 490/2018, de 9 de mayo (RJ 2018/2699); 855/2017, de 31 de octubre (RJ 5154/2017); 263/2017, de 29 de marzo (RJ 2017/1807).

ro de trabajadores despedidos en los supuestos en los que la empresa forme parte de un determinado grupo empresarial habrá de estarse al total de trabajadores y beneficios del grupo de empresas”, interpretación que amplía objetiva y subjetivamente el ámbito de la responsabilidad empresarial, teniendo en cuenta que no se computan únicamente los trabajadores afectados por el despido colectivo sino también, en la empresa o en el grupo, los trabajadores “cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo” -apartado 2 de la DA 16ª Ley 27/2011-.

12. CONEXIÓN ENTRE EL DESPIDO COLECTIVO Y LOS DESPIDOS INDIVIDUALES DERIVADOS DEL MISMO. CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO INDIVIDUAL A LOS TRABAJADORES Y A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO INDIVIDUAL DERIVADO DEL DESPIDO COLECTIVO¹¹

No quedaría completo este balance de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el despido colectivo sin abordar en este último epígrafe una cuestión

que ha generado muy relevantes dudas interpretativas, como son, entre otras, el contenido, destinatarios y alcance de la comunicación empresarial de los despidos individuales derivados del despido colectivo. Y ello a pesar de la simplicidad del mandato del artículo 51.4 ET que establece de manera laconica que *“alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá ya notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1”*.

Posiblemente la cuestión fundamental en esta materia era resolver si la carta individual de despido debía incorporar una detallada explicación sobre los criterios de selección acordados o fijados por el empresario y su proyección sobre el trabajador despedido. El parecer del Tribunal se fijó, de forma hasta ahora definitiva, en la Sentencia de 15 de marzo de 2016 -caso Bankia-. Comienza señalando la Sentencia que *“la expresión causa utilizada por el art. 53.1.a) ET debe interpretarse como alusiva a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal como ha sido reiteradamente entendido por esta Sala”*, para concluir, en consecuencia, que no es necesaria la reproducción en la carta de despido de los criterios de selección y tampoco de la concreta aplicación de los criterios al personal afectado, no sólo porque es una exigencia *“ausente en el artículo 53.1 ET y en la remisión legal que al mismo hace el art. 51.4, de manera que su exigencia desbordaría el mandato legal”*, sino además porque se trataría de un formalismo innecesario cuando los criterios han sido objeto de negociación y acuerdo por los representantes de los trabajadores, proyectando la eficacia jurídica de sus actos en la esfera de sus representados, para lo que se hace una interesante invocación sobre el alcance de la figura del mandato legal representativo. Esta trascendente doctrina se ha reiterado desde entonces por el Tribunal, entre otras, en Sentencias de 20 de abril, 21 de junio, 14 de julio y 21 de diciembre de 2016, 12 de septiembre de 2017 y 8 de febrero de 2018.

Ahora bien, las propias Sentencias citadas dejan claro que la no exigencia de que la comunicación individual de despido reproduzca los criterios de selección ni la aplicación de los

¹¹ Sentencias más relevantes del Tribunal Supremo: 998/2018, de 29 de noviembre (RJ 2018/6026); 802/2018, de 20 de julio (RJ 2018/4034); 789/2018, de 19 de julio (RJ 2018/4343); 699/2018, de 2 de julio (RJ 2018/3847); 225/2018, de 28 de febrero (RJ 2018/1124); 160/2018, de 15 de febrero (RJ 2018/760); 124/2018, de 8 de febrero (RJ 2018/727); 105/2018, de 7 de febrero (RJ 2018/893); 95/2018, de 6 de febrero (2018/890); 669/2017, de 12 de septiembre (RJ 2017/4049); 512/2017, de 14 de junio (RJ 2017/2876); 464/2017, de 31 de mayo (RJ 2017/2972); 399/2017, de 5 de mayo (RJ 2017/2970); 357/2017, de 26 de abril (RJ 2017/3134); 318/2017, de 7 de abril (RJ 2017/2029); 1105/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016/6195); 985/2016, de 23 de noviembre (RJ 2016/5876); 957/2016, de 16 de noviembre (RJ 5647); 659/2016, de 14 de julio (RJ 2016/3826); 633/2016, de 7 de julio (RJ 2016/4080); 251/2016, de 30 de marzo (RJ 2016/4659); 8 de marzo 2016 (RJ 2016/1591); 2 de julio de 2014 (RJ 2014/4218).

mismos al caso concreto, no significa en absoluto que los criterios de selección aplicados no puedan ser objeto de debate en el proceso individual de despido; y ello, considera el Tribunal, sin padecimiento alguno del derecho de defensa del trabajador, que puede solicitar los datos que considere necesarios bien como acto preparatorio antes de la presentación de la demanda o como solicitud de aportación documental una vez interpuesta la misma, para poder combatir así eficazmente los criterios de selección aplicados por la empresa. De manera que el incumplimiento de los criterios de selección de los trabajadores afectados acordados o fijados por el empresario tras el periodo de consultas es razón suficiente para declarar la improcedencia del despido del trabajador -Sentencia de 6 de febrero de 2018, que a su vez invoca como precedentes las de 31 de mayo y 14 de junio de 2017-; o incluso la nulidad si el despido afecta a una trabajadora embarazada y no se ha justificado debidamente por el empresario el criterio que se ha seguido para la afectación en particular de dicha trabajadora -Sentencia de 20 de julio de 2018, que se hace eco de la Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018-.

También ha sido objeto de unificación de doctrina, a partir de la Sentencia de 8 de marzo de 2016, el debate sobre la exigencia en los despidos individuales derivados de un despido colectivo de notificar aquellos a los representantes de los trabajadores, exigencia que se contiene en el artículo 53.1.c) ET para los despidos a que se refiere el artículo 52 c) ET. Y la respuesta del Tribunal ha sido inequívoca, considerando que *“la literalidad de los artículos expuestos no arroja duda alguna que pudiera resolverse invocando criterios teleológicos o analógicos. La copia del escrito de preaviso (que en realidad alude a la carta de despido) debe entregarse a los representantes de los trabajadores en el supuesto del despido objetivo (artículo 52.c), que es diverso del examinado en el caso, prototípico despido*

colectivo”. Doctrina mantenida después sin fisuras por el Tribunal Supremo en múltiples Sentencias que reiteran la misma doctrina, una buena muestra de las cuales se encuentra recogida en la nota a pie de página que se incluye en este epígrafe.

En fin, todavía en lo que se refiere a los despidos individuales derivados de un despido colectivo, y en este caso a propósito de los límites del enjuiciamiento de aquellos despidos, es de la máxima relevancia la doctrina iniciada con la Sentencia de 2 de julio de 2018, luego reiterada en la más reciente de 9 de noviembre del mismo año. Se resuelve en la misma si, en el caso de un despido colectivo concluido con acuerdo en el periodo de consultas, puede revisarse en los procesos de impugnación de los despidos individuales derivados del mismo la concurrencia de las causas justificativas del despido invocadas por la empresa y asumidas por los representantes de los trabajadores. Y la respuesta que da la Sala es que no cabe tal revisión de las causas del despido colectivo. No es lugar para reproducir la extensa argumentación que se ofrece para llegar a tal conclusión, que no ha sido unánime porque la Sentencia cuenta con un Voto Particular suscrito por cinco Magistrados de la Sala, pero sí para señalar que sin duda se trata de una doctrina que potencia la eficacia de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas del despido colectivo, otorgando al mismo, de hecho, una virtualidad tan importante como la que tendría la atribución a tales acuerdos de una presunción de existencia de las causas, que como es sabido se reconoce a los que se alcanzan en los procedimientos de flexibilidad interna pero no en el de despido colectivo. Y es seguramente en el marco de esa loable voluntad de protección del acuerdo alcanzado en un procedimiento tan relevante de negociación colectiva en el que hay que entender una argumentación que, desde el punto de vista del dato positivo, no es alcanzable de manera evidente.

RESUMEN

La reforma laboral del año 2012 supuso una reformulación muy notable de la institución del despido colectivo en España. Todos los elementos esenciales de su construcción se alteraron entonces, desde la definición de las causas hasta la regulación del periodo de consultas. Pero sobre todo desapareció la tradicional intervención protagonista de la Autoridad Laboral, sustituida a partir de entonces por un control judicial posterior a la decisión empresarial. Esa transformación del modelo explica que el Tribunal Supremo haya tenido que construir, con poco soporte en los precedentes anteriores, un cuerpo de doctrina sobre casi todas las cuestiones, y han sido muchas, que han resultado controvertidas en la interpretación y aplicación del nuevo diseño legal. Por ello el propósito de este estudio es hacer un recorrido por los principales problemas abordados por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo durante los años transcurridos desde aquella reforma en materia de despido colectivo, haciendo un balance global de cada una de las materias más relevantes e intentando ofrecer una fotografía de la jurisprudencia que hoy puede considerarse suficientemente consolidada en cada una de ellas.

La intervención de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente activa en algunas materias, precisamente las que habían generado más controversia desde la aprobación de la reforma legal. Así ha ocurrido con la delimitación sobre las causas del despido colectivo y el alcance del control judicial sobre la existencia de las mismas y su relación con la medida propuesta por el empresario. También en el juego, muy complejo, entre la institución del grupo de empresas a efectos laborales, de creación jurisprudencial, y los efectos múltiples de que se aprecie su existencia sobre distintos aspectos de la regulación del despido colectivo -comisión negociadora, documentación necesaria, constitución de la relación procesal en caso de impugnación del despido- y fundamentalmente sobre la propia calificación del mismo. En otras ocasiones ha sido el impacto de la doctrina del TJUE al interpretar la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos la que ha obligado al Tribunal a hacer un esfuerzo notable para acomodar a aquellas directrices la interpretación de nuestra norma interna, como ha ocurrido con la propia noción de despido colectivo, su vinculación o no con las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o la delimitación del ámbito de trabajadores para considerar que nos encontramos realmente ante un despido de tal naturaleza.

Cuestión también que ha dado lugar a una doctrina copiosa es el comportamiento de las partes durante el periodo de consultas, la obligación de buena fe en el seno del mismo, la aportación de documentación necesaria para que pueda hablarse de una negociación informada y alcance; y valor del acuerdo que pueda alcanzarse a la finalización de dicho periodo. Sobre tales cuestiones la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido especialmente clarificadora, como podrá verse en este artículo. También el procedimiento de impugnación de despidos colectivos, regulado en el artículo 124 LRJS, ha planteado numerosos interrogantes sobre legitimación, caducidad del plazo para interponer la demanda, posibilidad de formulación de la misma por el propio empresario, conexión con la vulneración de derechos fundamentales, ejecución de la sentencia de despido nulo y otros aspectos de interés, que han dado lugar a una Jurisprudencia de necesario conocimiento.

Palabras clave: Despido colectivo; periodo de consultas; grupo de empresas; buena fe; criterios de selección; comunicación individual del despido.

ABSTRACT

The labor reform of 2012 meant a very remarkable rewording of the regulation of collective dismissals in Spain. All the essential elements of their legal construction were then altered, from the definition of the causes to the regulation of the consultation period. Above all, however, the traditional leading intervention of the Labor Authority no longer exists, being replaced by a judicial control subsequent to the business decision. This transformation explains why the Supreme Court had to create - with limited support in previous precedents- a doctrine on almost all issues that have been controversial in the interpretation and application of the new legal design, and there have been many. Therefore, the purpose of this study is to go through the main problems addressed by the Social Chamber of the Supreme Court since the existence of said reform, making a global balance of each of the most relevant matters and aiming to offer a global picture of the case law that today can be considered sufficiently consolidated regarding each of those matters.

The intervention of the Jurisprudence of the Supreme Court has been especially active in some matters, precisely those that had generated more controversy since the approval of the legal reform. This has been the case with the delimitation of the causes of collective dismissal and the scope of judicial control over their existence and their relationship to the measure proposed by the employer. Furthermore, in the very complex issue between the group of companies for labor purposes, defined as such by case law, and the multiple effects of its existence on different aspects of the regulation of collective dismissal -negotiating commission, documentation required, constitution of the procedural relationship in the event of a challenge to the dismissal- and fundamentally on the very qualification of the same. In other instances it has been the impact of the doctrine of the European Court of Justice in interpreting Directive 98/59 on collective redundancies that has forced the Court to make a remarkable effort to adapt the interpretation of our internal regulations to those guidelines, as in the case of the consideration of collective redundancy itself, whether or not it is related to economic, technical, organizational or production causes or the delimitation of the scope of employees in order to consider that we are really dealing with a redundancy of this nature.

A question that has also given rise to an extensive doctrine is the behavior of the parties during the consultation period, the obligation of good faith within it, to provide the necessary documentation with the purpose of having an informed negotiation and the scope and value of the agreement that can be reached at the end of said period. Case law of the Social Chamber of the Supreme Court has been particularly clarifying on such matters, as will be seen in this article. Also, the procedure for challenging collective dismissals, regulated in article 124 Regulating Law of Social Jurisdiction, has raised numerous questions regarding legitimacy, expiration of the period for filing the claim, the possibility of filing the claim by the employer, connection with the breach of fundamental rights, execution of the sentence of null dismissal and other aspects of interest, which have given rise to a case law of obligatory knowledge.

Keywords: Collective dismissal; consultation period; group of companies; in good faith; selection criterion; individual communication of the dismissal.

La libertad sindical en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Freedom of association in the High Court Jurisprudence

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido más de cuarenta años desde que se aprobó la Constitución de 1978 (CE) y casi treinta y cinco desde que se promulgó la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), norma de desarrollo del derecho proclamado en el art. 28.1 CE. A partir de ese momento, contando ya con un texto infraconstitucional regulador de la institución, la intervención de los órganos judiciales se ha intensificado para dar respuesta a los numerosos problemas suscitados a partir del ejercicio de un derecho cuyos contornos, tanto en la CE como en la LOLS, son sumamente amplios e imprecisos, y que por su configuración como derecho proactivo (instrumento para la consecución de otros derechos) está más expuesto que otros derechos fundamentales a padecer ataques dirigidos a entorpecer, condicionar o menoscabar su ejercicio. De ahí que a estas alturas contemos ya con un profuso acervo jurisprudencial en materia de libertad sindical e instituciones colectivas conexas, debiendo conjugarse las aportaciones del Tribunal Supremo

(TS) (fundamentalmente de la Sala Cuarta pero también, en algunos temas, de la Sala de lo Contencioso-administrativo e incluso de la Sala Militar) con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC).

Como certeramente indicó en su día García Murcia, la intervención del TS en esta materia ha venido a cumplir, además de la finalidad inmediata y ordenada por el art. 24.1 CE de resolver los pleitos correspondientes, ejerciendo su papel de garante del Estado de Derecho, una finalidad homogeneizadora de doctrinas discrepantes de los órganos judiciales inferiores (mediante el recurso de casación para la unificación de doctrina) y, en tercer lugar, ha tenido por objeto proporcionar criterios de interpretación y aplicación de la norma y sentar doctrina en la materia, contribuyendo de manera decisiva a la construcción dogmática de la libertad sindical¹. Junto a aspectos clásicos que integran el que podemos denominar “núcleo duro” de la institución y sobre los que existe una jurisprudencia ya muy consolidada -titularidad del derecho, discriminación por motivos sindica-

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

¹ GARCÍA MURCIA, J., “Prólogo” a la obra de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La libertad sindical en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ibidem, Madrid, 1997, pág. 9.

les (despidos, sanciones...), representatividad sindical, implementación de la acción sindical en la empresa, derecho de las organizaciones sindicales a la negociación colectiva...-, en los últimos tiempos el TS ha tenido que pronunciarse sobre litigios derivados de nuevas modalidades de ejercicio de determinadas facultades sindicales o de reacción frente a las mismas, como el derecho a recibir y distribuir información utilizando las TICs existentes en la empresa (correo electrónico corporativo, intranet...) o sobre el recurso al llamado “esquirolaje tecnológico” para minimizar el impacto de la huelga, así como sobre el impacto de la externalización productiva y la disminución de plantillas en el modelo legal de designación de delegados sindicales a través de acuerdos que rebajan las exigencias de la LOLS. Y sigue habiendo cuestiones que precisarían de un desarrollo jurisprudencial más acabado, como la imputación de responsabilidades patrimoniales por vulneración de la libertad sindical (aunque en el tema de la determinación del monto indemnizatorio se han producido notables avances) o la delimitación de la responsabilidad de las organizaciones sindicales en caso de daños o perjuicios con ocasión de una huelga.

Con todo, se impone indicar que, por razones de limitación de espacio y para evitar solapamientos con otros estudios incluidos en este mismo monográfico, no será objeto de análisis la jurisprudencia acuñada a propósito de otras instituciones colectivas, conexas con la libertad sindical, como el derecho de huelga, la representación unitaria en la empresa, el planteamiento de conflictos colectivos o, destacadamente, la negociación colectiva, a salvo (y solo en esta última materia por parecer imprescindible) los aspectos estrictamente relacionados con la legitimación de los sindicatos para intervenir en las comisiones negociadoras o aplicativas de los convenios colectivos. Asimismo, el presente estudio se centra en el análisis de la dimensión sustantiva del derecho a la libertad sindical, dejando fuera -salvo algunas referencias colaterales- el tratamiento de los esenciales aspectos procesales de la institución.

Dado el elevado número de criterios jurisprudenciales, se ha optado por una exposición quintaesenciada de los mismos, procurando,

eso sí, que su formulación refleje con la mayor fidelidad posible la postura acogida en cada caso por el Tribunal, resaltando el núcleo o la esencia de ésta; tratándose de un resumen o síntesis de jurisprudencia, puede obtener el lector la impresión de que la doctrina no está completamente formulada. En caso de duda, lo más seguro es consultar directamente la fuente, esto es, la resolución en la que se recoge el criterio concernido, cuyas señas de identidad se vierten en nota a pie de página.

Por último, en esta ocasión se ha optado por otorgar todo el protagonismo a la jurisprudencia; de ahí que la doctrina del TS se presente a los lectores tal cual es, prescindiendo de los comentarios y valoraciones doctrinales habituales en este tipo de trabajos.

2. CONTENIDO “ESENCIAL” Y CONTENIDO “ADICIONAL” DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

El derecho de libertad sindical tiene un contenido complejo, integrado por un haz de derechos y facultades que pueden ser clasificados como derechos de organización y de actividad sindical; a su vez, éstos pueden tener el carácter de derechos individuales (titularidad de los trabajadores) y colectivos (titularidad de los sindicatos).

El derecho de libertad sindical en un plano individual comprendería el derecho a constituir sindicatos o de afiliarse al sindicato de elección (aspecto organizativo), así como el derecho a adherirse y participar en las actividades promovidas por el sindicato (aspecto funcional). En un plano colectivo, junto a los aspectos organizativos enumerados en el art. 28.1 CE, estarían también los derechos de actividad, esto es, los derechos relativos a los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones de representación y tutela de los intereses de los trabajadores.

Al mismo tiempo, la doctrina constitucional y, siguiendo sus pasos, la jurisprudencia, han establecido la fundamental distinción entre el “*contenido esencial*” y el “*contenido adicional*” de la libertad sindical, verdadera

piedra angular de toda la construcción dogmática sobre la libertad sindical. Mientras que el contenido esencial estaría conformado por aquellas facultades y derechos que dimanar directamente de los arts. 7 y 28 de la CE, el accidental se integra a partir de la ampliación de este catálogo por fuentes jurídicas infraconstitucionales, en particular el legislador y la propia autonomía colectiva, creando derechos que pueden ser alterados o suprimidos libremente por no afectar al contenido esencial de la libertad sindical pero que, una vez reconocidos, forman parte del contenido amplio de la misma, los cuales habrán de ejercitarse en los términos que haya dispuesto la ley o el convenio, y sin que los mismos puedan traspasar los límites que impone el respecto a aquel núcleo esencial del derecho fundamental².

De acuerdo con una extensa doctrina del TC, las facultades y derechos recogidos en el art. 2.2 LOLS constituyen el contenido mínimo e indisponible del derecho de libertad sindical. Aquí se integra el derecho de autoorganización del sindicato, el derecho a desarrollar una actividad sindical en las empresas y realizar allí sus funciones representativas, el derecho a presentar candidaturas en elecciones a representantes de los trabajadores en las empresas, el derecho a la negociación colectiva, y el derecho de huelga o la promoción de conflictos.

Forman parte del contenido adicional de la libertad sindical: el derecho a la constitución de secciones sindicales y la designación de delegados sindicales (art. 8 y 10 LOLS), el derecho a permisos retribuidos de los representantes sindicales que, estando en situación de activo en una empresa, participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos (art. 9.2 LOLS), a los que han de añadirse las facultades específicamente reconocidas a favor de los sindicatos más representativos o de los que acreditan una mínima representa-

tividad (arts. 6, 7 y 9.1 LOLS), como las que se refieren a la participación institucional o a los cargos sindicales. Pero también deben incluirse en el contenido adicional, porque así lo ha señalado el TC, el derecho al crédito de horas retribuidas -que es de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva-³ o el derecho de las organizaciones sindicales a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas⁴.

El contenido del derecho no se agota en este doble plano, esencial y adicional, de fuente legal y convencional, toda vez que pueden existir derechos sindicales que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral (liberalidad) del empresario⁵, los cuales pueden ser suprimidos unilateralmente siempre que tal supresión no obedezca a una motivación antisindical⁶.

La jurisprudencia sostuvo inicialmente que la pretensión deducible a través de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales y libertades públicas es únicamente “la lesión del “contenido esencial” del derecho en su configuración constitucional o en las normas ordinarias de desarrollo que concretan esa delimitación, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales, a las que el art. 176 se refiere como “fundamentos diversos” a la tutela del correspondiente derecho fundamental (principio de cognición limitada)”⁷. Posteriormente, la Sala Cuarta del TS ha matizado que tanto en la CE como en la LOLS aparecen normas que forman parte del contenido esencial del derecho y otras que añaden manifestaciones contingentes del mismo. El contenido constitucional comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce

² STC 76/2001, de 26 de marzo, relativa a la promoción de elecciones en la empresa, con abundante cita doctrinal; también adoptan dicha distinción las posteriores SSTC 121/2001, de 4 de junio; 18/2002, de 30 de enero y 64/2016, de 11 de abril, entre otras. En la jurisprudencia, pueden verse las SSTS de 22 junio 1992 (rec. 1806/1991), 13 julio 1994 (rec. 1039/1993) y 28 diciembre 1998 (rec. 4786/1997).

³ STC 241/2005, de 10 de octubre, FJ 3.

⁴ STC 200/2006, de 3 de junio, FJ 3.

⁵ STS de 12 noviembre 2002, rec. 1185/2001.

⁶ STC 269/2000, de 13 de noviembre.

⁷ SSTS de 6 octubre 1997 (rec. 660/1997); 14 y 24 noviembre 1997 (rec. 697/1997 y rec. 1116/1997).

la LOLS, y ambos entran dentro del ámbito del proceso de tutela. El contenido adicional en sentido estricto, que no está en la Constitución, ni en la LOLS, queda fuera del proceso de tutela. En concreto, aunque la libertad sindical protege la actividad de los sindicatos, ello no puede suponer la constitucionalización de todo el Derecho Colectivo del Trabajo y el acceso al proceso de tutela de todos los litigios sobre estas materias; habrá que ponderar en cada caso lo que constituye una lesión de la actividad sindical en sí misma y lo que son litigios que afectan a la interpretación de las normas ordinarias⁸.

3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

3.1. Colectivos excluidos: Fuerzas Armadas y Guardia Civil

El art. 28.1 CE reconoce el derecho de “todos” a sindicarse libremente, incluidos los funcionarios públicos, que serán, por tanto, titulares del derecho a la libertad sindical, pero acto seguido, en el mismo art. 28.1 y en el art. 103.3º, la propia Constitución permite que por ley se establezca las peculiaridades del ejercicio de la libertad sindical por los funcionarios públicos, admitiendo incluso la exclusión de este derecho para algunos colectivos concretos.

Así, por un lado, dispone el art. 28.1 CE que “la ley podrá limitar o exceptuar” el ejercicio del derecho de libertad sindical “a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar”, habiendo optado el art. 1.3 LOLS por excluir del ejercicio del derecho de libertad sindical a “los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar”⁹.

⁸ SSTs de 14 y 18 julio 2006 (rec. 5111/2004 y rec. 1005/2005).

⁹ El art. 7 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas les prohíbe expresamente ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrán fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejer-

La jurisprudencia ordinaria ha precisado que el artículo 28.1 CE no solo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier asociación reivindicativa que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, pues bastaría con rehuir la denominación de “sindicato” y acogerse al derecho de asociación reconocido en el art. 22.3 CE para soslayar la previsión del art. 28 CE en relación con el art. 1.3 LOLS y poder desarrollar, no solo en fraude de ley sino también de la CE, una acción que puede ser tan perturbadora para el funcionamiento de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato¹⁰. Sin embargo, el TC ha corregido al TS, declarando que el mero hecho de que una asociación persiga la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales no la convierte en un sindicato, y sin que quepa calificar a una “Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena de Servicio Activo” de asociación reivindicativa por el mero hecho de incluir en sus estatutos una referencia a “la realización de gestiones para conseguir cuantos beneficios sean posibles”¹¹.

Respecto de la Guardia Civil, la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, prohíbe el derecho de sindicación (art. 11) y el derecho de huelga (art. 12) y contempla el derecho de asociación (art. 9). Se ha pretendido por parte de miembros de este cuerpo el registro, depósito y publicación de estatutos sindicales, por entender que no es eficaz la reserva que el art. 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, sobre el derecho de sindicación, se contiene en el instrumento de ratificación por parte de España, pretensión que ha sido desestimada por el TS, para el que dicha reserva es totalmente eficaz al venir referida a la propia Constitución, sin verse afectada por normas de inferior rango

cio del derecho de huelga. Sí tienen reconocido el derecho de asociación, pero sus asociaciones no podrán llevar a cabo actividades sindicales ni vincularse con sindicatos. La Orden DEF/321/2011, de 18 de noviembre, regula el Registro de Asociaciones Profesionales de las Fuerzas Armadas.

¹⁰ STS (Cont.) de 30 junio 1999, rec. 6035/1993.

¹¹ STC 219/2001, de 31 octubre.

que limitan tal derecho¹². En reiteradas ocasiones se ha confirmado que la pertenencia, apoyo y proselitismo a favor del fenómeno asociativo sindical, justifican la imposición de sanción disciplinaria, incluida la expulsión del Cuerpo de la Guardia Civil por vulneración del deber de neutralidad política y sindical que este Cuerpo debe mantener, más allá de reconocerle el derecho a formar asociaciones conforme al art. 22 CE¹³.

3.2. Limitación de la libertad sindical del personal civil no funcionario en establecimientos militares

La disposición adicional 3ª LOLS, modificada por LO 9/2011, de 27 de julio, establece que el derecho de actividad sindical reconocido en el art. 2.1 d) LOLS -que es parte integrante del contenido mínimo del derecho a la libertad sindical- para el personal civil que preste servicios en unidades, buques y demás establecimientos militares, deberá ejercerse con respeto al principio de neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas, ajustándose a las normas que regulan la actividad sindical de los empleados públicos.

En relación con la redacción original de la disposición adicional 3ª LOLS, que prohibía el ejercicio de este derecho de actividad sindical en el interior de los establecimientos militares, el TC entendió legítima esta limitación legal, cuya finalidad sería la preservación de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas¹⁴. En aplicación de la referida doctrina, el TS ha abundado en el carácter puramente locativo o geográfico de esta restricción del derecho a la actividad sindical, “que no impide el ejercicio de ese derecho que los sindicatos o sus representantes decidan realizar en lugares distintos al interior de los Establecimientos Militares”, así como en su alcance restringido al contenido mínimo del derecho a la actividad sindical contemplado en el apartado d) del núm. 2 de la LOLS (derecho a la negociación colectiva, ejercicio del dere-

cho de huelga, planteamiento de conflictos y presentación de candidaturas a elecciones sindicales), no siendo factible extender aquella restricción a otros supuestos de actividad o de acción sindical no comprendidos en tal precepto¹⁵.

3.3. Trabajadores autónomos, desempleados y pensionistas

Solamente los trabajadores asalariados y los funcionarios públicos tienen reconocido el derecho a fundar sindicatos según el art.1.2 LOLS. Se excluyen de esta dimensión fundacional del derecho a la libertad sindical los desempleados y pensionistas de jubilación o incapacidad, así como los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los cuales, según establece el art. 3.1 LOLS, no podrán crear sindicatos para “la tutela de sus intereses singulares”. A estos colectivos les cabe: a) afiliarse a organizaciones sindicales previamente constituidas por trabajadores asalariados; b) constituir organizaciones específicas de trabajadores autónomos, parados o jubilados, a través del derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, y sin que sus asociaciones puedan acceder a las facultades y derechos reservados a los sindicatos. Así, se ha apreciado de oficio la falta de legitimación activa de la Asociación de Empleados, Jubilados y Pensionistas de la Caja de Ahorros de Valencia para plantear una demanda de conflicto colectivo, porque no se trata de un sindicato ni encaja en ninguno de los supuestos de legitimación activa del art. 152 LRJS¹⁶.

3.4. Libertad sindical y representación unitaria de los trabajadores

La existencia de un doble canal de representación de los trabajadores, unitario y sindical, alimentó en su momento la duda acerca de si los órganos colectivos que conforman la representación unitaria -delegados de personal, comités de empresa- son titulares del derecho a la libertad sindical. La cuestión ha sido abordada por el TC en diversos pronunciamientos, acuñando una doctrina ya muy

¹² STS de 22 junio 2016, rec. 158/2015.

¹³ SSTS (Militar) de 1 febrero 1993 (rec. 28/1992) y 15 marzo 1996 (rec. 245/1995).

¹⁴ STC 101/1991, de 13 de mayo.

¹⁵ STS de 11 junio 1997, rec. 3863/1996.

¹⁶ STS de 3 junio 1996, rec. 1814/1995.

consolidada. Con arreglo a la misma¹⁷, el órgano de representación unitaria no es titular del derecho de libertad sindical, de modo que no pueden, en el nudo ejercicio de sus funciones representativas, ser sujetos pasivos de lesiones a la vertiente colectiva de este derecho, cuya titularidad tanto la CE como la LOLS atribuyen en exclusiva a los sindicatos, único sujeto colectivo expresamente constitucionalizado (como se afirmó tempranamente en la STC 118/1983, de 13 diciembre). Interpretación ésta que ha permeado inmediatamente a la jurisprudencia ordinaria¹⁸, siendo determinante en este sentido la distinción entre la actividad sindical propiamente dicha que desarrolla el sindicato y la actividad desplegada por los órganos de representación unitaria, “sindical” en sentido amplio pero cuyo fundamento no es constitucional sino exclusivamente legal.

Cosa distinta será que el representante persona física (delegado de personal o miembro del comité de empresa) pueda demandar a su empresario por lesión del derecho de libertad sindical pero en su vertiente estrictamente individual; o pueda demostrarse la conexión existente entre la actitud empresarial impeditiva u obstativa del regular ejercicio y cumplimiento de los derechos y funciones legalmente atribuidas a los representantes y la pertenencia o militancia del representante perjudicado a/en un determinado sindicato. Así, se ha sostenido que tiene legitimación para promover el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical el representante que a título individual reclama frente a la negativa de la empresa a la utilización del crédito horario sindical, y ello desde el momento en que no se insta en la demanda el reconocimiento del derecho al desempeño de las labores de representación de los trabajadores que le atribuye el artículo 68. e) ET, sino que se funda en el art. 28 CE y en la propia LOLS, por vulneración del derecho a la acción sindical en la empresa que le reconoce su art. 2.1.d)¹⁹. Como ha señalado

el TC, “cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE”²⁰, lo que legitima la posibilidad de canalizar la pretensión por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales con acceso posterior al recurso de amparo.

4. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

4.1. Protección frente a las conductas empresariales

Establece el art. 12 LOLS que serán nulas y sin efectos “las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato”. Idéntica prohibición se contiene en los arts. 4.2.c) y 17 ET. El art. 28.2 LISOS tipifica tales conductas como infracciones administrativas muy graves.

A título meramente ejemplificativo, se ha considerado contrario al principio de igualdad del art. 14 CE y al derecho de libertad sindical, la actitud de un Ayuntamiento de condicionar la firma de pactos individuales a la baja en el Sindicato Profesional de la Policía Local²¹. No es contrario, en cambio, al derecho a la libertad sindical la decisión de la empresa de proponer a los trabajadores no afiliados la adhesión a un pacto de eficacia limitada, o incluso a afiliados a sindicatos distintos del firmante de dicho acuerdo o pacto²²; o un trato salarial diferente, si no se aportan indicios suficientes de que el motivo sea la afiliación sindical, máxime si el régimen salarial en cuestión ya regía antes de la afiliación y afectaba a su vez a otros trabajadores²³; ni la remisión

¹⁷ Entre muchas, SSTC 74/1996, de 30 abril; 95/1996, de 29 mayo y 191/1996, de 26 noviembre.

¹⁸ SSTs de 17 julio 1996 (rec. 598/1996), 16 marzo 1998 (rec. 1884/1997), 19 enero 2004 (rec. 617/2003) y 10 diciembre 2013 (rec. 82/2013).

¹⁹ STS 30 junio 2011, rec. 3511/2010. Asimismo, STS de 19

diciembre 2013, rec. 555/2013.

²⁰ STC 100/2014, de 23 de junio, FJ 4.

²¹ STS (Cont.) de 19 mayo 1995, rec. 6826/1990.

²² SSTs de 17 julio 1995 (rec. 262/1995) y 10 junio 1998 (rec. 294/1998).

²³ STC 214/2011, de 29 octubre.

por la empresa de comunicaciones a los representantes sindicales imputándoles un incumplimiento, pues ello forma parte de la libertad de expresión y opinión empresarial²⁴; ni el descuento salarial aplicado por error y sin intención maliciosa a quienes no participaron en una huelga, cantidades que fueron posteriormente reintegradas a los trabajadores²⁵; o que la empresa haya propuesto a todos los trabajadores de su plantilla la adhesión a un pacto de eficacia limitada y no solo a los afiliados a los sindicatos firmantes²⁶.

Lesiona el derecho a la libertad sindical la utilización de datos sensibles de los trabajadores (un listado informatizado de los afiliados a un sindicato), proporcionados con una concreta finalidad, para otra radicalmente distinta, sin haber solicitado permiso ni obtenido autorización para ello²⁷.

4.2. Protección frente al sindicato

Aunque tradicionalmente las principales lesiones a la libertad sindical provienen de los poderes públicos o de los empresarios, se ha subrayado que el agresor de la libertad sindical también puede ser el propio sindicato: bien denegando la afiliación; bien separando o expulsando al afiliado de manera arbitraria o sin respetar en cuanto al fondo otras libertades o derechos o prescindiendo del procedimiento regular, establecido en los estatutos, para la adquisición y pérdida de la condición de afiliado²⁸; bien atentando contra el derecho a la libertad sindical de otros sindicatos²⁹.

En el caso de que se utilice la vía del procedimiento de tutela de la libertad sindical, el plazo para accionar sería el correspondiente a la acción prevista para los actos sustantivos sobre los que se concrete la lesión del derecho de libertad sindical (art. 179.2 LRJS). En este supuesto, el criterio del TS es que, a falta de previsión estatutaria, el plazo aplicable a estos supuestos habrá de ser el plazo de un año que viene determinado en el art. 59 ET, por cuanto, a pesar de ser un plazo que no está referido en dicho precepto a la relación entre sindicato y afiliado, debe aceptarse como plazo general para las acciones atinentes a la rama social del derecho³⁰.

5. CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SINDICATO

La vertiente colectiva del derecho de organización sindical comprende los siguientes derechos (art. 2.2 LOLS): 1) la redacción de sus estatutos sindicales y reglamentos; 2) la organización de sus actividades internas y la formulación de su programa de acción; 3) la constitución de federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como la facultad de afiliarse y retirarse de las mismas; 4) el derecho a no ser suspendida ni disuelta sino mediante resolución firme de la Autoridad Judicial, fundada en incumplimiento grave de las leyes. Sobre todas estas prerrogativas existe jurisprudencia definitiva de su alcance y régimen protector.

5.1. El procedimiento fundacional de los sindicatos: los estatutos sindicales y su control de legalidad

El sindicato es una asociación libre de trabajadores, que debe respetar el principio democrático en su estructura y funcionamiento [arts. 7 y 28.1 CE; art. 2.2.a) LOLS].

El procedimiento de constitución del sindicato se lleva a cabo a en dos fases: la elaboración y formalización de los estatutos sindicales, por un lado, y, por otro, el depósito y publicidad de los mismos.

dicato que las realizó.

³⁰ STS de 6 julio 2000, rec. 3222/1999.

²⁴ STS de 16 abril 1999, rec. 3483/1998.

²⁵ STS de 20 diciembre 1996, rec. 2989/1995.

²⁶ STS de 17 julio 1995, rec. 262/1995.

²⁷ STS de 8 abril 2014, rec. 19/2013.

²⁸ STS de 8 abril 2014, rec. 19/2013.

²⁹ STS de 22 diciembre 2016, rec. 201/2015, resuelve que no se vulnera el derecho de libertad sindical en un artículo de opinión publicado en la página web de otro sindicato, en el que se analiza el comportamiento del sindicato actor, teniendo en cuenta el escenario de enfrentamiento y confrontación entre ambos, tratándose de juicios de valor amparados por el derecho a la libertad de expresión. La STS de 15 diciembre 2016 (rec. 287/2015) no aprecia vulneración de los derechos fundamentales al honor y a la libertad sindical en las críticas exageradas a sindicato rival, vertidas en hojas informativas distribuidas a los trabajadores durante la campaña electoral sindical, al estar amparadas en la libertad de expresión del sin-

Los estatutos sindicales constituyen la plasmación del derecho de autoorganización del sindicato. Deben ser, a su vez, reflejo del principio democrático que debe regir la organización y el funcionamiento del sindicato. Como recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 186/1992, de 16 de noviembre, “el primero de los derechos que el art. 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical atribuye a las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical es el de “redactar sus estatutos y reglamentos”, de forma que, salvo supuestos manifiesta y claramente antidemocráticos, es la adecuación a las normas estatutarias lo que debe analizar el órgano judicial como canon de tutela de los derechos sindicales y de participación de los afiliados en el seno de una determinada organización sindical”. Al calor de esta doctrina constitucional, la jurisprudencia ha precisado que tanto la actuación de los órganos del sindicato como de sus afiliados deben someterse a las reglas estatutarias, que constituirán el centro de referencia en el control judicial de la vida interna del sindicato, hasta el punto de limitarse el control jurisdiccional de los actos y decisiones adoptados por los órganos del sindicato a la comprobación del sometimiento a las normas estatutarias que el propio Sindicato se ha otorgado democráticamente para regular las relaciones de convivencia en su propio seno y que se erigen en salvaguardia de los derechos de los afiliados frente a cualquier actuación irregular o arbitraria de los órganos de dirección³¹.

Los estatutos deben tener un contenido mínimo legal (art. 4.2 LOLS) cuya razón de ser es posibilitar la elemental identificación física o personal y orgánica y funcional del nuevo sujeto: denominación de la organización sindical; domicilio y ámbito funcional y territorial de actuación del sindicato; órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de sus cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos; requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados; régimen de modificación de los estatutos sindicales; ré-

gimen de fusión y disolución del sindicato; régimen económico de la organización sindical.

En cuanto a la denominación del sindicato, la misma “no podrá coincidir ni inducir a confusión con otra legalmente registrada” [art. 4.2.a) LOLS]. Para la jurisprudencia, evitar la coincidencia o la confusión es obligación que recae sobre el sindicato que solicita el registro posteriormente³². La finalidad es que el nombre de un sindicato o las demás denominaciones que use el mismo en sus escritos y publicaciones no confunda a los trabajadores sobre su verdadera personalidad jurídica³³. La jurisprudencia considera relevante a estos efectos los siguientes elementos: a) el parecido en la denominación de los sindicatos³⁴; b) el parecido de las siglas con las que se dan a conocer³⁵. Abiertamente se infringe el art. 4.2.a) LOLS cuando un sindicato utiliza las mismas siglas y logotipo de otro legalmente registrado³⁶.

Por el contrario, no se viola el art. 4.1.a) LOLS cuando se utilizan términos genéricos en la denominación de los sindicatos (sindicato, profesional, policía, municipal) que son de uso común y no se los puede apropiar nadie, a los que se añade un nombre propio (España, Cataluña) que los diferencia e indica su ámbito de actuación³⁷. Asimismo, cuando un sindicato amplía su campo de actuación, puede mantener su denominación histórica completada, añadiendo segundos nombres o denominaciones adicionales, siendo irrelevante

³² STS de 25 mayo 2000, rec. 3275/1999.

³³ SSTs de 25 junio 2003 (rec. 140/2002) y 26 julio 2011 (rec. 206/2010).

³⁴ La STS de 7 julio 1981 (RJ 1981/3050) estimó que dicha regla se violaba en el caso de la “UGT Histórica” porque inducía a confusión con UGT. La STS de 4 noviembre 1997 (rec. 2713/1996) estima violado el art. 4.2.a) LOLS cuando el nuevo sindicato (Sindicato de Médicos Estatutarios de Cataluña) viene a ostentar una denominación que puede valorarse como genérica en relación con la del sindicato ya existente (Sindicato de Médicos de Cataluña), pudiendo ser tomado por una sección o parte de aquél. STS de 29 septiembre 1999 (rec. 441/1999) acoge por este motivo la demanda del sindicato demandante («Sindicato Autónomo de Banca y Ahorro de las Islas» -SABEI-) contra el «Sindicato Autónomo de Trabajadores de Ahorro de las Islas» (SATTEI).

³⁵ STS de 16 diciembre 2002, rec. 84/2002.

³⁶ STS de 30 enero 2013, rec. 41/2012.

³⁷ STS de 25 octubre 2016, rec. 129/2015.

³¹ SSTs de 21 junio 1999 (rec. 3854/1997) y 4 febrero 2000 (rec. 905/1999).

que la denominación deje de corresponderse exactamente con su ámbito de representación actual, y sin que se impongan exigencias de veracidad en las denominaciones por aplicación analógica de la normativa mercantil sobre denominaciones comerciales³⁸.

Frente a la pretensión de un sindicato contra una resolución administrativa que rechazó su petición de no publicación de los estatutos de un nuevo sindicato, porque su denominación inducía a confusión y suponía el incumplimiento del art. 4.2.a) LOLS, observa el TS que esta petición excede la competencia del Registro de depósito y publicidad, puesto que no es competencia de éste calificar el contenido formal y sustancial de los extremos señalados en el art. 4.2 LOLS, y particularmente la cuestión de si el nombre con que comparece el sindicato induce a confusión con otro ya constituido previamente y si los emblemas con que se muestra son de la pertenencia exclusiva del ya constituido³⁹.

Los datos referidos al domicilio y ámbito de actuación del sindicato son relevantes a efectos de establecer la legitimación procesal del sindicato. Así, en materia de conflictos colectivos o de intervención en el proceso de tutela de la libertad sindical en defensa del interés colectivo, el sindicato debe demostrar disponer de un ámbito de actuación igual o más amplio que el ámbito en el que se concreta el interés colectivo que se pretende defender judicialmente⁴⁰.

³⁸ Así lo estima la STS de 25 mayo 2000 (rec. 3275/1999) en el supuesto del "*Sindicat de Treballadors i Treballadores de l'Ensenyament del País Valencià*", que amplía su campo de actuación más allá de los enseñantes y adiciona a su denominación "Intersindical Valenciana".

³⁹ STS (Cont.) de 20 enero 1999, rec. 4707/1992.

⁴⁰ La legitimación activa en los procesos sobre conflictos colectivos de ámbito superior a la empresa se reconoce a los sindicatos y asociaciones empresariales "cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto" [art. 154 a) y b) LRJS]. Con esta regla, que expresa el principio de correspondencia entre el ámbito del conflicto y el ámbito de actuación de los sujetos colectivos que lo promueven, la Ley incorpora al plano procesal la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional a partir de STC 70/1982, de 29 de noviembre, confiriendo legitimación a los sindicatos para incoar procedimientos de conflicto colectivo, que recoge, por lo demás,

Por ello, cuando en un proceso de conflicto colectivo el demandante es un sindicato de cuadros, su legitimación activa solo alcanza a los cuadros de la empresa (de acuerdo con la definición de tales contenida en los estatutos) y no a todos los trabajadores⁴¹. También se ha rechazado la legitimación de un sindicato de una categoría de trabajadores (p. ej., el Sindicato de Oficiales de la Marina Mercante) para demandar en el proceso judicial de tutela de la libertad sindical en representación del interés colectivo de todos los trabajadores eventuales afectados en la negociación del convenio de la empresa, porque según sus estatutos dicho sindicato es de una categoría de trabajadores y no es un sindicato transversal⁴².

Observa la jurisprudencia que los estatutos o su modificación pueden ser impugnados, no solo por razones materiales, en ejercicio de un control de su contenido por no ajustarse a la estructura organizativa creada a la legalidad vigente o a principios básicos democráticos, sino que se pueden censurar también por motivos de forma, basados en que el acuerdo de aprobación o modificación adolece de falta de los presupuestos necesarios para la formación de una voluntad corporativa válida⁴³. La impugnación de los estatutos o la de su modificación se sustanciará a través de la modalidad procesal regulada en los arts. 173-175 LRJS, mientras que el adecuado será el procedimiento ordinario cuando lo que se ataca son actos de funcionamiento interno del sindicato⁴⁴.

el artículo 2.2 LOLS.

⁴¹ STS de 12 julio 1997, rec. 4335/1996.

⁴² STS de 2 febrero 2000, rec. 245/1999.

⁴³ STS de 21 marzo 1994, rec. 43/1993.

⁴⁴ En STS de 13 marzo 2003 se declara que es el procedimiento ordinario el adecuado, y no el de impugnación de estatutos sindicales, en un supuesto en el que nueve «mossos de esquadra» afiliados a la «Unió de policia de Catalunya» reclamaron contra su expulsión, remoción de sus cargos y suspensión de militancia, e instaron la nulidad de las reuniones del órgano al que pertenecían y de los acuerdos en tales reuniones adoptados, por haberse producido, unas y otros, en su ausencia. Por consiguiente, se entiende que los actores no impugnaban tanto la modificación estatutaria decidida en aquellas reuniones, cuanto la actividad interna de los órganos sindicales.

5.2. Organizaciones sindicales complejas

La libertad para constituir “Federaciones” y “Confederaciones”, esto es, formas organizativas de gran complejidad por ser de segundo o tercer grado, no empece a que cada asociación disponga de su propia personalidad jurídica, con su denominación, sus órganos de dirección y gestión y capacidad de obrar, aunque al integrarse en las estructuras organizativas superiores (territoriales o de sector) se someten a las normas estatutarias de estas últimas, e incluso adoptan la denominación de éstas. De esta forma, constituyen una pirámide de personas jurídicas coordinadas funcionalmente y con una capacidad de obrar condicionada por las reglas previstas en sus estatutos, pero sin que la “afiliación federativa” implique apoderamiento automático a la organización adherida para representar todo tipo de intereses de la organización adherente⁴⁵. En particular, en lo que concierne a entidades u organismos sindicales como las uniones territoriales, su integración en organizaciones sindicales más complejas o su implantación como organismos o articulaciones de las mismas conlleva naturalmente no solo derechos, sino también obligaciones o deberes asociativos, que se encargan de especificar los estatutos y reglamentos sindicales⁴⁶.

5.3. Funcionamiento interno del sindicato

Para la jurisprudencia, el art. 7 CE y, en cierta medida, el art. 4.2.c) LOLS, obligan a que la vida interna de las organizaciones sindicales se ajuste a unas exigencias mínimas de participación de los afiliados en la elección de sus cargos, en la deliberación directamente o por medio de representantes en la adopción de los acuerdos y decisiones más importantes, y en el debate sobre sus actividades y sus programas de acción⁴⁷. Pero la democracia interna de las entidades representativas de defensa de los intereses de los trabajadores y empresarios

no obliga a adoptar un determinado modelo de organización⁴⁸. Más allá del respeto a un principio democrático en la organización interna y en la participación de los afiliados, y más allá de la observancia del principio de no discriminación, el sindicato es libre para regular aspectos concretos como las causas de inelegibilidad o de destitución de cargos, representación de corrientes internas, etc.

El TC ha interpretado que la garantía del derecho de autoorganización sindical exige que el control judicial se limite a verificar la aplicación regular de las normas estatutarias, de forma que, salvo que se trate de estatutos sindicales manifiesta y claramente antidemocráticos, la valoración por el órgano judicial debe atenerse a la adecuación de la conducta impugnada a las normas estatutarias como canon de tutela y preservación de los derechos sindicales del trabajador afiliado⁴⁹. En aplicación de esta doctrina, el TS ha desestimado el recurso planteado por varios afiliados de una Federación Estatal frente a la decisión de la Ejecutiva Confederada de imponer una gestora en la Federación⁵⁰. Del mismo modo, al revisar el ejercicio de la potestad sancionadora de los órganos estatutarios sobre los afiliados, procede examinar si se han observado las normas estatutarias (en cuanto a órgano competente, procedimiento, garantías...) que el sindicato se ha otorgado democráticamente para regular las relaciones de convivencia en su propio seno, y que se erigen en salvaguardia de los derechos de los afiliados frente a cualquier actuación irregular o arbitraria de los órganos de dirección⁵¹.

Serán competentes los tribunales laborales para conocer de las controversias sobre la vida interna del sindicato [art. 2.k) LRJS], y el procedimiento a seguir será el ordinario, aunque, si se estima violada la libertad sindical u otro derecho fundamental, podrá acudir-se el procedimiento de tutela de los arts. 177 y sigs. LRJS. Así, se ha reconocido el derecho del afiliado a reclamar la tutela judicial frente

⁴⁵ SSTs de 15 julio 1991 (rec. 1347/1990) y 11 diciembre 1991 (rec. 1469/1990).

⁴⁶ STS de 18 septiembre 2001, rec. 193/2001.

⁴⁷ SSTs de 7 febrero 1995 (rec. 2577/1994) y 18 septiembre 2001 (rec. 193/2001).

⁴⁸ STS de 7 febrero 1995, rec. 2577/1994.

⁴⁹ STC 186/1992, de 16 noviembre.

⁵⁰ STS de 23 diciembre 1997, rec. 1804/1997.

⁵¹ SSTs de 21 junio 1999 (rec. 3854/1997) y 14 septiembre 2010 (rec. 40/2010).

a acuerdos de un órgano sindical si demuestra disponer de un interés legítimo⁵². Al igual que en el supuesto de reclamación por lesión de derechos de elección de cargos, y en ausencia de plazo específico, debe aplicarse a este tipo de reclamaciones que enfrentan a sindicato y afiliados el plazo de prescripción de un año del art. 59.1 ET⁵³.

No se ha apreciado vulneración del derecho a la libertad sindical en la remoción de la secretaria general de un sindicato por auto-disolución de la ejecutiva, de acuerdo con lo establecido en la norma estatutaria; al cabo, el litigio se reduce a una discrepancia sobre la interpretación de las reglas de los estatutos⁵⁴. Por lo demás, las normas estatutarias o congresuales de un sindicato no son disposiciones susceptibles de fundamentar la infracción legal en un recurso extraordinario de casación⁵⁵.

En cuanto a la disolución, y consiguiente relevo en sus funciones, de los órganos directivos de una unión territorial, la jurisprudencia la ha caracterizado como “una de las decisiones más graves que pueden adoptarse en la vida interna de una organización sindical”, cuya licitud o posibilidad jurídica depende de que tal medida cumpla con el mandato constitucional (art. 7 CE) y legal [arts. 2.1.a), 2.1.c) y 4.2.c) LOLS] de atenuamiento a las reglas sobre funcionamiento democrático del sindicato. A falta de reglas expresas en la legislación sindical, y en aplicación de los principios que informan el ordenamiento jurídico de los sindicatos y de las asociaciones, el TS ha señalado que deben exigirse los siguientes requisitos a tales actos de disolución o sustitución de funciones: a) que estén previstos en los estatutos sindicales; b) que los hechos o situaciones que los justifiquen tengan gravedad y trascendencia; y c) que el acuerdo de disolución o sustitución de funciones se lleve a

efecto a través de un procedimiento adecuado. Si no se cumplen estos requisitos, y sin perjuicio de que nos encontremos en el ámbito del “funcionamiento interno” de los sindicatos, se produce violación o lesión directa de la libertad sindical de los afiliados y cargos sindicales afectados⁵⁶.

Están prohibidos los actos de injerencia del empresario en el derecho de autoorganización. Se deben estimar actos lesivos de la libertad sindical las actuaciones empresariales orientadas a impedir u obstaculizar el ejercicio del derecho de organización o de actividad de los sindicatos dentro de la empresa. En particular, el art. 13, pár. 2º, LOLS proscribire la constitución y fomento de sindicatos “amarillos”, al considerar una injerencia empresarial “fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial”, o bien “sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo propósito de control”.

Aunque las ayudas económicas de las empresas a los sindicatos no son en sí mismas reprobables, los tribunales observan con enorme recelo su justificación. La concesión por las empresas de subvenciones a determinados sindicatos (p. ej., firmantes de un convenio o acuerdo colectivo), que se apoya en criterios puramente discrecionales y supone una distinción entre sindicatos no sustentada en criterios objetivos y razonables, se estima una actitud contraria al principio de igualdad entre los sindicatos y una clara injerencia empresarial contraria al principio de libertad sindical, sancionable por la vía del art. 13 LOLS⁵⁷. En la misma línea, se ha ratificado la declaración de nulidad de una cláusula convencional que establecía un fondo para la mejora de la acción sindical de los sindicatos con mayor implantación (a distribuir por una comisión paritaria integrada por los firmantes del convenio) y, a su vez, otorgaba a los sindicatos firmantes del convenio que no tuvieran la consideración de sindicato con mayor nivel de implantación el derecho a un mayor número de trabajadores liberados, y ello por tratarse de una ventaja otorgada solo a de-

⁵² En STS 11 octubre 2000 (rec. 1437/2000) se estima legítima la acción ejercida por el afiliado de USO frente al acuerdo de la Comisión Ejecutiva Confederal, al consistir dicho acuerdo en su cese como cargo sindical.

⁵³ SSTS de 2 abril 1999 (rec. 4225/1998) y 6 julio 2000 (rec. 3222/1999).

⁵⁴ STS de 26 septiembre 2018, rec. 158/2016.

⁵⁵ STS de 10 noviembre 2016, rec. 12/2016.

⁵⁶ STS de 18 septiembre 2001, rec. 193/2001.

⁵⁷ SSTS de 22 octubre 1993 (rec. 2273/1992) y 21 abril 2010 (rec. 167/2009).

terminados sindicatos por razón de su implantación en la empresa o su condición de firmantes del acuerdo⁵⁸. En el mismo sentido, se ha declarado la nulidad del precepto del convenio que distribuía el número de trabajadores liberados sindicales entre los sindicatos firmantes del convenio sin atender a la representación obtenida en las elecciones sindicales⁵⁹.

La jurisprudencia ha matizado que no toda contribución económica o acción de fomento de la actividad sindical por parte de la empresa es relevante a estos efectos; es necesario probar al menos la existencia de indicios sobre una intención de dominación empresarial de los sindicatos o el objetivo de debilitación de las organizaciones no afines a los intereses empresariales. Por ello, no presenta problemas de validez una cláusula convencional que atribuye una compensación económica a los sindicatos firmantes del acuerdo, frente a los no firmantes del mismo, en atención a la superior actividad que aquellos desarrollan en el seno de las comisiones en las que se integran, y de las que los últimos se autoexcluyen *de motu proprio*, de suerte que la financiación que la empresa lleva a cabo se vincula directamente con los gastos que necesariamente comporta la participación en aquellas comisiones⁶⁰.

Por otro lado, el hecho, poco frecuente, de un sindicato independiente en la empresa que en poco tiempo consigue una notable afiliación y un sobresaliente éxito electoral, puede ser el resultado de la manipulación empresarial -lo que sería censurable jurídicamente-, pero igualmente puede ser el resultado de la eficacia y acierto en la dirección y actividad del sindicato⁶¹.

6. EL DERECHO INDIVIDUAL DE AFILIACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

La libertad de afiliación puede verse condicionada mediante la suscripción de acuerdos

colectivos que suponen el reconocimiento por la empresa de prerrogativas únicamente para los afiliados a los sindicatos firmantes del acuerdo (cláusulas de seguridad sindical). En estos casos, la ausencia de una justificación objetiva y razonable para la diferenciación en el tratamiento entre afiliados y no afiliados a dichos sindicatos se estima como violación de la libertad sindical de los perjudicados. Así, carece de fundamento razonable que se conceda solamente a los trabajadores afiliados a los sindicatos más representativos el derecho a participar en determinado número de asambleas al año de 20 minutos de duración durante la jornada laboral, al margen de las que pueda convocar el comité de empresa; e igualmente se estima injustificado que se otorgue preferencia a los afiliados a aquellos sindicatos en el acceso a los planes de formación en la empresa, concluyendo que tal discriminación "alcanza a los propios trabajadores de la empresa en función de su afiliación sindical, que provoca una inadmisibles inducción para que se afilien a los sindicatos que les proporcionan mayores ventajas"⁶². También se atenta a la libertad sindical afiliativa cuando la misma prerrogativa es reconocida a los afiliados a sindicatos con representación en el Comité Intercentros, que a la postre son también los sindicatos representativos⁶³.

No puede apreciarse la existencia de trato peyorativo a los representantes de un determinado sindicato, en la aplicación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo -reducción de jornada-, habiéndose acreditado que la empresa cumplió con los criterios de selección fijados en el Acuerdo alcanzado con la representación de los trabajadores y que los mismos no fueron impugnados⁶⁴. En cambio, sí se ha declarado nula la reducción de jornada por vulneración de la libertad sindical al afectar la medida mayoritariamente a los trabajadores que se negaron a adherirse al nuevo convenio colectivo de la empresa firmado por dos organizaciones sindicales y no por el sindicato impugnante⁶⁵.

⁵⁸ SSTs de 15 julio 2005 (rec. 178/2003), 15 de noviembre de 2005 (rec. 90/2004) y 9 diciembre 2005 (rec. 183/2003).

⁵⁹ STS de 18 septiembre 2007, rec. 82/2005.

⁶⁰ STS de 23 abril 2013, rec. 19/2012.

⁶¹ STS de 9 febrero 1996, rec. 2429/1994.

⁶² STS de 18 enero 1995, rec. 4147/1992.

⁶³ STS de 11 octubre 1999, rec. 4524/1998.

⁶⁴ STS de 19 marzo 2018, rec. 22/2017.

⁶⁵ STS de 8 noviembre 2016, rec. 266/2015.

7. LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

7.1. Criterios para su determinación, prerrogativas y tipología de sindicatos más representativos

El legislador español ha optado por la promoción del hecho sindical mediante la construcción de un sistema centralizado y selectivo de representaciones profesionales, que refuerza la posición de las organizaciones de amplia base territorial (estatal, autonómica) y funcional (sindicatos intercategoriales). Como es suficientemente conocido, la técnica utilizada por el legislador español para proceder a esta selección y especial consideración de determinadas organizaciones sindicales y empresariales ha sido el instituto de la *representatividad*.

El Tribunal Constitucional ha manifestado reiteradamente que la existencia de sindicatos más representativos, con la consiguiente atribución a los mismos de una posición jurídica singular que se traduce en determinadas prerrogativas de las que no disfrutaban otros sindicatos, deriva del principio de promoción del hecho sindical, que enlaza con el art. 7 de la Constitución y que ha servido de apoyo para consagrar la mayor representatividad sindical como mecanismo para conseguir la más eficaz defensa de los intereses de los trabajadores, que se vería perjudicada por una excesiva atomización sindical⁶⁶. La reiterada doctrina del Tribunal Constitucional al respecto establece que los sindicatos pueden recibir determinadas facultades de los poderes públicos y que es posible introducir diferencias entre los sindicatos para asegurar la efectividad de la actividad que se les encomienda, siempre que estas diferencias se introduzcan con arreglo a criterios objetivos que aseguren que en la selección no se van a producir diferenciaciones caprichosas y arbitrarias, porque, en tal caso, la diferenciación supondría contradicción del principio de igualdad de trato recogido en el art. 14 CE y quebraría el libre e igual disfrute del derecho reconocido en el art. 28.1 CE⁶⁷.

Por lo demás, y una vez aceptada la constitucionalidad de la opción legislativa, la articulación del modelo de mayor representatividad sindical ha suscitado una rica y variada problemática, fundamentalmente, en torno a la definición del criterio de medición de la misma. Como se sabe, de entre los diversos criterios que podrían haber sido utilizados para medir la mayor representatividad -y la representatividad, sin más- de un sindicato, el legislador español optó en su día por el de *audiencia electoral*, medido por el número de delegados de personal, miembros de comité de empresa y de los órganos electivos de las Administraciones Públicas [arts. 6.2.a) y 7.1.a) LOLS]. Respecto de este criterio de audiencia, el Tribunal Constitucional ha estimado que “nada puede oponerse a esta forma de medición que parte de una relación entre el carácter del órgano y el interés que en él ha de representarse” (STC 98/1985).

En consecuencia, la atribución de derechos y funciones a los sindicatos representativos y la diferenciación entre sindicatos por los poderes públicos se admite cuando se den dos condiciones: 1) cuando sea razonable y proporcionada al fin que se persigue con la diferenciación; 2) cuando los criterios que se empleen en la diferenciación sean criterios objetivos que eviten toda parcialidad en la selección de los sindicatos. A la vista de estos criterios, no toda reducción de la capacidad de obrar sindical atenta al núcleo de la libertad sindical, solo las restricciones que resultan arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley⁶⁸.

La LOLS atribuye en su art. 6.3 ciertas prerrogativas a las organizaciones sindicales más representativas, el alcance de las cuales ha sido modulado por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia.

El TC ha considerado que el criterio de mayor representatividad es un criterio objetivo y razonable para establecer la participación de los representantes de los trabajadores en los organismos internacionales y realizar tareas de representación institucional⁶⁹, para la intervención en la negociación colectiva

⁶⁶ SSTC 98/1985, FJ 7; 75/1992, FJ 3.

⁶⁷ SSTC 20/1985, de 14 febrero; 75/1992, de 14 mayo; o 228/1992, de 14 diciembre.

⁶⁸ STS de 19 septiembre 2006, rec. 153/2005.

⁶⁹ STC de 22 julio 1982.

de eficacia general⁷⁰, para la atribución de determinadas facultades como la posibilidad de promover elecciones sindicales⁷¹, gozar del derecho de excedencia forzosa para los trabajadores que desempeñen cargos sindicales⁷², o contar con delegados sindicales en determinadas condiciones⁷³. Por su parte, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre diferencias de trato de sindicatos, por mor de su mayor o menor representatividad e implantación en la empresa, en materias de atribución de locales sindicales⁷⁴ o de reconocimiento de un sobrecrédito horario a sindicatos más representativos para compensar el mayor coste, en ocupación y medios, que le supone intervenir en la negociación colectiva de determinada Administración Pública por el número de trabajadores a los que ocupa y la extensión territorial sobre la que se asienta, que justifica la concesión de determinados instrumentos de auxilio a aquellos sindicatos que gozan de mayor implantación⁷⁵. Únicamente podrá calificarse como ilícito el acuerdo si se privará a otros sindicatos (minoritarios) de alguna de las facultades o derechos que integran su derecho a la libertad sindical⁷⁶. Así, se ha considerado que el criterio de la mayor representatividad conculca la libertad sindical cuando se utiliza como criterio exclusivo y excluyente para determinar el acceso de las centrales sindicales a unas subvenciones públicas cuya finalidad es susceptible de incardinarse dentro de los fines de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que la CE atribuye a todos los sindicatos sin exclusión, y ello porque este tipo de subvenciones tiene incidencia en el orden competitivo entre los sindicatos⁷⁷.

Se ha precisado que la legitimación de las organizaciones sindicales más representativas para la promoción de elecciones sindicales [art. 6.3.e) LOLS] alcanza a la promoción de elecciones para delegados de personal en em-

presas o centros de trabajo entre seis y diez trabajadores, sin perjuicio de la facultad que a estos trabajadores les otorga el art. 62.1 del ET⁷⁸.

En cuanto al derecho de los sindicatos más representativos a “participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos de trabajo” [art. 6.3.d) LOLS], el TS ha señalado que los acuerdos colectivos sobre esta materia formalizados por la vía del art. 83.2 y 3 ET están reservados a los sindicatos más representativos estatales y de Comunidad Autónoma, no pudiendo aplicarse lo establecido el art. 7.2 LOLS; en consecuencia, no puede reconocerse el derecho a participar en su negociación a los sindicatos suficientemente representativos en un ámbito concreto⁷⁹. En sentido opuesto a esta doctrina se había manifestado la STS (Cont.) de 19 junio 1998 (rec. 6313/1995), que aplicando el art. 7.2 LOLS estima la demanda de USO contra el Plan para el Empleo y la Reactivación Económica de La Rioja de 1993, donde se contiene un acuerdo de creación del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje suscrito por UGT y CCOO, que lo excluye.

Tendrá la consideración de más representativo a nivel estatal aquel sindicato que acredite una especial audiencia electoral que se concreta en la obtención en este ámbito del 10 % o más del total de delegados de personal o miembros de comités de empresa o Juntas de personal, calculado este porcentaje sobre el total de representantes tanto en el sector privado como en el sector público, según dispone el art. 6.2.a) LOLS⁸⁰.

Para ser sindicato más representativo de Comunidad Autónoma, debe acreditarse una audiencia electoral del 15 % de representantes legales de los trabajadores con, además, un número mínimo de ellos no inferior a 1500 representantes, y no estar federado o confederado con organizaciones sindicales de ámbito estatal (art. 7.1 LOLS). Para el TC, “no es irrazonable exigir de los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma

⁷⁰ STC 73/1984, de 27 junio.

⁷¹ STC 164/1993, de 18 mayo.

⁷² STC 263/1994, de 3 octubre.

⁷³ STC 188/1995, de 18 diciembre.

⁷⁴ STS de 3 febrero 1998, rec. 888/1997.

⁷⁵ STS de 20 enero 2004, rec. 129/2002.

⁷⁶ STS de 25 julio 2013, rec. 21/2013.

⁷⁷ SSTS (Cont.) de 14 julio 2005 (rec. 7517/1999) y 3 octubre 2007.

⁷⁸ STS de 10 marzo 2004, rec. 2/2003.

⁷⁹ SSTS 9 julio 1998 (rec. 3201/1997), 22 septiembre 1998 (rec. 5037/1997) y 30 enero 1999 (rec. 1477/1998).

⁸⁰ STS de 15 noviembre 1989.

unas condiciones adicionales que garanticen su relevancia no solamente en el interior de la respectiva Comunidad, sino también en relación con el conjunto nacional y que eviten al mismo tiempo las distorsiones que resultarían de la atribución de los mismos derechos a sindicatos de distinta implantación territorial y que representen a un número muy distinto de trabajadores, según la población laboral de las respectivas Comunidades Autónomas⁸¹.

Los sindicatos más representativos de la Comunidad Autónoma no pueden estar federados o confederados a organizaciones de nivel estatal. Con base en este requisito, se ha desestimado que la organización extremeña de la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) pueda ser reconocida como organización más representativa de la Comunidad de Extremadura a efectos de participación institucional, aunque en dicho ámbito haya obtenido mayor número de delegados que UGT y CC.OO., por estar integrada en una organización de ámbito estatal⁸².

En el nivel autonómico, la representatividad exigida ha de proyectarse necesariamente sobre el ámbito de una Comunidad Autónoma, aunque la actuación se extienda a más de una, siempre que no se trate de una proyección territorial susceptible de considerarse de nivel o vocación estatal⁸³.

No es posible alterar por norma de rango inferior a la LOLS los requisitos para ser calificado como sindicato más representativo. Así, se ha declarado nula la Orden de la Consejería de la Presidencia y Administración Pública de la Junta de Galicia de 30 de septiembre de 1988 por alterar los requisitos para ser considerado sindicato más representativo de Comunidad Autónoma a los efectos de la aplicación del art. 39.1 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre constitución del Consejo Gallego de la Función Pública⁸⁴.

La condición de sindicato más representativo también se puede obtener por “irradiación”.

En virtud de este criterio, toda organización afiliada, federada o confederada a un sindicato más representativo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma tendrá reconocida en su ámbito concreto de actuación la condición de sindicato más representativo, y por ello puede ejercer, dentro de ese ámbito, los derechos y facultades reconocidos a los sindicatos más representativos en el art. 6.3 LOLS, sin necesidad de probar en su ámbito geográfico o funcional el nivel de audiencia electoral de que dispone [arts. 6.2.b) y 7.1.b) LOLS].

Para el TC, el fundamento de la irradiación está en “la potenciación de las organizaciones de amplia base territorial (estatal o comunitaria) y funcional (intersectorial), que asegure la presencia en cada concreto ámbito de actuación de los intereses generales de los trabajadores”⁸⁵.

La jurisprudencia sobre esta materia es escasa, debido esencialmente al hecho de que no es frecuente en nuestro modelo de relaciones laborales el empleo de la “irradiación” para adquirir las facultades propias de los sindicatos más representativos. El TS ha tenido ocasión de aplicar esta figura ante la pretensión de la Federación Estatal de Servicios Públicos de la UGT de negociar un convenio colectivo en el sector del espectáculo taurino, a pesar de la falta de representatividad del sindicato en ese ámbito sectorial (menos del 1 %). Para el TS, la cualidad de sindicato más representativo de la Confederación UGT a nivel estatal le otorga la capacidad de negociación de cualquier convenio, al margen del grado de representatividad que ostente en el ámbito del mismo, e incluso le posibilita la negociación del convenio en ausencia de otros sindicatos con representantes en el sector⁸⁶.

7.2. Cómputo de los representantes de personal en supuestos de prórroga o cambio de afiliación sindical

Los delegados de personal y miembros de comité con mandato prorrogado no se computan a efectos de la fijación de la representatividad (disp. adic. 4ª LOLS).

⁸¹ STC 98/1985, de 29 de julio.

⁸² STS de 15 noviembre 1989.

⁸³ STS (Cont.) de 1 diciembre 2003, rec. 7907/2000.

⁸⁴ STS (Cont.) de 21 octubre 1999.

⁸⁵ STC 98/1985, de 29 julio.

⁸⁶ STS de 4 junio 1999, rec. 3755/1998.

Por otro lado, los trabajadores pueden concurrir a las elecciones a órganos de representación unitaria bajo determinadas siglas sindicales, de forma que la atribución de resultados lo es necesariamente al sindicato cuyas siglas amparó la candidatura dentro de la que iba el representante elegido. En el caso de coaliciones sindicales, los resultados electorales se reconocen a la coalición, sin que las posteriores divisiones o escisiones de la organización afecten a la representatividad, de forma que los sindicatos escindidos de la organización (desafiliación o desfederación) o de la coalición electoral no podrán beneficiarse de los resultados de ésta⁸⁷. La jurisprudencia también ha precisado que no tiene repercusión sobre la inicial atribución de un determinado nivel de representatividad el hecho de que se produzcan coaliciones posteriores⁸⁸.

Aparte de estos fenómenos, es posible el cambio de afiliación sindical de los representantes unitarios durante su mandato, en cuyo caso se ha suscitado la cuestión de si ese cambio de militancia sindical incide en la representatividad de los sindicatos afectados. El art. 12.3 del RD 1844/1994 dispone que el cambio de afiliación sindical del representante no altera la atribución de resultados electorales. Para el TS, la finalidad que persigue este precepto es que la atribución de la representatividad por el resultado de las elecciones no se altere por cambios derivados de las decisiones individuales sobre la afiliación, garantizando de este modo la estabilidad de los niveles de representatividad durante un periodo determinado; y ello es aplicable tanto a los supuestos de alteración de una afiliación sindical previa como a aquellos en los que lo que se produce es un cambio desde la no afiliación a la afiliación⁸⁹.

Aunque el cambio de afiliación sindical del representante no afecta a su mandato representativo de cara a los trabajadores de la empresa o centro de trabajo representados (art. 67.3 ET), en algún supuesto la jurisprudencia ha admitido la extinción del mandato cuando

éste viene fijado en el reglamento interno del comité o cuando se pacta en convenio colectivo⁹⁰.

7.3. Participación institucional y representatividad sindical

Existe una abundante jurisprudencia sobre esta materia que ha servido para matizar el alcance del contenido del derecho del art. 6.3.a) LOLS. Los criterios jurisprudenciales de aplicación de la representatividad en materia de participación institucional son los siguientes:

1) Los sindicatos más representativos no pueden ser excluidos de organismos públicos estatales o de Comunidad Autónoma que tengan prevista la participación institucional de los sindicatos, aunque se trate de un ámbito concreto dentro de la Administración estatal o de la Comunidad Autónoma. Así, se ha declarado nulo el precepto del Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña que reserva la participación institucional en los Consejos Escolares Territoriales a los sindicatos del territorio catalán, lo que supone una restricción no admitida por la LOLS⁹¹. En este sentido, se ha calificado como supuesto de participación institucional reservada a los sindicatos más representativos el Plan para el Empleo y la Reactivación Económica de La Rioja⁹², o el Pacto por la Educación en Andalucía⁹³.

2) El TS ha contribuido igualmente a delimitar con claridad las actividades de participación institucional y de negociación colectiva, lo que ofrece mayor dificultad cuando tales actividades han de desarrollarse en el ámbito de una Administración pública. Los criterios de diferenciación son, en primer lugar, el carácter y función de cada una de ellas. Y así, mientras que la participación institucional se traduce en la defensa de intereses generales ante los poderes públicos, la negociación colectiva persigue la defensa de intereses específicos de trabajadores de un sector o empresa. Por otro lado, el instrumento de regulación también es diverso, ya que la participación institucional queda in-

⁸⁷ STS de 26 octubre 1999, rec. 4610/1998.

⁸⁸ STS de 3 octubre 2001, rec. 3904/2000.

⁸⁹ SSTs de 17 octubre 1994 (rec. 3079/1993); 6 junio 1997 (rec. 9320/1990) y 21 octubre 1997 (rec. 423/1996).

⁹⁰ STS de 26 diciembre 1989.

⁹¹ STS de 17 octubre 1997, rec. 3427/1990.

⁹² STS (Cont.) de 19 junio 1998, rec. 6313/1995.

⁹³ STS de 18 abril 2000, rec. 1155/1999.

cardinada en la previsión contenida en el art. 129.1 CE y, en cuanto afecta a la organización administrativa, está reservada a la ley y no es, en principio, materia propia de la negociación colectiva⁹⁴. Abundando en esa diferencia, se califica como participación institucional, y no como ejercicio del derecho a la negociación colectiva, la firma de un Acuerdo meramente programático con la Administración Pública⁹⁵.

En determinados supuestos, las comisiones creadas dentro de la concertación social pueden tener naturaleza de participación institucional y en ese caso no es admisible la exclusión de un sindicato representativo en un órgano de participación institucional por el hecho de que dicho sindicato no haya firmado el pacto o acuerdo que sirve de base a la creación de la participación institucional⁹⁶. Si los acuerdos o pactos entre la Administración Pública y determinados sindicatos se traducen en la creación de órganos públicos, capaces de participar en informes o decisiones administrativas, debe garantizarse el derecho de participación institucional de los sindicatos representativos, aunque no hayan llegado a acuerdos o pactos anteriores con la Administración⁹⁷.

3) El principio de igualdad se resiente en todos aquellos casos en que se discrimina a una asociación sindical, privándola, limitando o condicionando su derecho de acceder en condiciones de igualdad a los organismos representativos de los derechos de los trabajadores, o de alcanzar la situación de “organización más representativa”, pero no cuando, determinada ya esa condición, sea a través de un procedimiento electoral o de otro medio cualquiera, se limita la participación de las asociaciones sindicales en los órganos de la Administración mediante la utilización de un criterio de carácter objetivo, sea éste el de la mayor representatividad a nivel estatal u otro semejante, siempre que todas las organizaciones sindicales hayan gozado de la misma oportunidad de alcanzar dicho status⁹⁸.

⁹⁴ STS de 22 mayo 2011, rec. 1995/2000.

⁹⁵ SSTs de 30 junio 1998 (rec. 4221/1997) y 18 abril 2000 (rec. 1155/1999).

⁹⁶ STS de 19 enero 2000, rec. 235/1998.

⁹⁷ SSTs (Cont.) de 10 mayo 1990 (ECLI: ES:TS:1990:3681) y 29 mayo 1990 (ECLI: ES:TS:1990:4077).

⁹⁸ STS (Cont.) de 9 diciembre 1998 (rec. 528/1995), que por

7.4. Derechos de los cargos electivos sindicales de organizaciones más representativas

El art. 9.1 LOLS establece una serie de derechos cuyos titulares son “quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal, de las organizaciones más representativas”. Jurisprudencialmente se ha precisado que por cargo electivo sindical ha de considerarse quien desarrolla una función representativa en un órgano del sindicato, para cuyo desempeño se recibe mandato mediante votación mayoritaria de acuerdo con los estatutos sindicales⁹⁹. Los permisos reconocidos a estos cargos sindicales en el art. 9.1 LOLS son distintos de los permisos retribuidos que el art. 9.2 LOLS establece para los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa, habiendo precisado la jurisprudencia que este derecho se reconocerá en la medida necesaria para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, pero no comporta una liberación o exoneración total de la obligación de trabajar mientras dure la negociación del convenio¹⁰⁰.

8. LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Conforme al art. 2.2.d) LOLS, los derechos de actividad sindical que se reconocen al sindicato “en la empresa y fuera de ella” comprenden “en todo caso” el derecho a negociar convenios colectivos, a ejercitar el derecho de huelga, a

las razones expuestas desestima la pretensión de USO de integrarse en el Consejo de Cooperación al Desarrollado, creado por el RD 795/1995, de 19 de mayo, por no ser sindicato más representativo a nivel estatal.

⁹⁹ STS de 25 octubre 1999, rec. 1363/1999. Esta sentencia rechaza la pretensión de CC OO en relación con el disfrute del permiso de uno de sus representantes para participar en el colegio electoral a través del que se procederá a la elección de los miembros del Consejo Regional de la Federación Regional de Alimentación. Estima el TS que, por muy importante que sea la actividad para la vida interna del sindicato, no supone el desarrollo de una función representativa de un órgano permanente del sindicato.

¹⁰⁰ STS de 26 enero 2017, rec. 73/2016.

plantear conflictos individuales y colectivos y a presentar candidaturas a los órganos de representación unitaria de los trabajadores, en el sector privado y en las Administraciones públicas, “en los términos previstos en las normas correspondientes”. Son éstas facultades que integran el contenido esencial de la libertad sindical colectiva. A propósito de todas ellas se han hecho importantes concreciones por parte la jurisprudencia, poniéndolas en relación con el derecho a la libertad sindical. En este ensayo nos limitaremos a comentar la jurisprudencia que se ha generado en torno al derecho de negociación colectiva en tanto que vertiente o manifestación de la actividad sindical colectiva.

La participación en la negociación de convenios colectivos del Título III (arts. 82 y ss.) del ET se reconoce a los sindicatos más representativos y representativos de los arts. 6 y 7 LOLS en sus respectivos niveles, en los términos fijados en el art. 87 ET.

Aunque la negociación colectiva no constituye por sí misma un derecho fundamental, cuando se ejerce por los sindicatos se integra inmediatamente en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional, como medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7 y 28 CE. Así lo tiene declarado el TC¹⁰¹, cuyas manifestaciones fueron inmediatamente acogidas por el TS¹⁰².

Téngase en cuenta que algunas de las actividades que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical pueden estar reguladas por la ley con vistas a su ejercicio efectivo, como ocurre con la negociación colectiva o la huelga. Siendo parte del contenido esencial de la libertad sindical, no se puede decir que constituyan derechos de creación legal, pero se han de ejercitar de acuerdo con la ley, que puede ofrecer márgenes más o menos amplios y que puede distinguir entre sindicatos por razones justificadas (como el grado de representatividad).

¹⁰¹ SSTC 118/1983, de 13 de diciembre; 45/1984, de 27 marzo 1984; 98/1985, de 29 de julio; 208/1993, de 28 junio y 80/2000, de 27 de marzo, entre otras.

¹⁰² SSTs 17 octubre 1994 (rec. 3079/1993), 14 marzo 1995 (rec. 1577/1994) y 23 octubre 1995 (rec. 2054/1994).

Son numerosísimos los pronunciamientos del TS que han examinado y calificado conductas constitutivas de presuntas vulneraciones del derecho a la libertad sindical en su manifestación o vertiente de derecho a la negociación colectiva, respondiendo a reclamaciones de organizaciones sindicales que habían sido excluidas de la mesa de negociación colectiva o de comisiones creadas por el convenio. En relación con esta segunda práctica, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional¹⁰³ y de la Sala Cuarta del TS¹⁰⁴, lo decisivo va a ser el carácter negociador o no de las comisiones creadas. Han de diferenciarse las comisiones “negociadoras” de las meramente “aplicativas”. Lo que se impide a las partes del convenio colectivo es que puedan establecer comisiones con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas a otros sindicatos con legitimación para negociar, bajo pretexto de que no lo han firmado, pues la no suscripción o firma de un convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo. Pero, más allá de este límite, las partes del convenio colectivo pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones *ad hoc*, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio¹⁰⁵.

Así, y por citar solo algunos ejemplos recientes, no se ha apreciado vulneración de los derechos a la libertad sindical y de negociación colectiva en la falta de convocatoria de un sindicato a las reuniones del Comité Es-

¹⁰³ SSTC 73/1984, de 27 de junio; 39/1986, de 31 de marzo; 184/1991, de 30 de septiembre o 213/1991, de 11 noviembre. En estas sentencias el TC establece la doctrina de que, si bien las comisiones «negociadoras» son de libre creación, la libertad de las partes se ve restringida en la medida en que no resulta posible atribuir funciones modificadoras de condiciones de trabajo a comisiones «cerradas» o de composición restringida, excluyendo a aquellos sindicatos que tengan legitimación para negociar.

¹⁰⁴ SSTs de 11 julio 2000 (rec. 3314/1999), 30 abril 2001 (rec. 2887/2000), 8 junio 2001 (rec. 4627/2000), 13 marzo 2002 (rec. 1196/2001) y 13 julio 2015 (rec. 221/2014).

¹⁰⁵ STS 19 octubre 2004, rec. 176/2003.

tatal de Seguridad y Salud creado al amparo de un convenio colectivo que aquél no firmó, en consideración a que los acuerdos alcanzados en el seno de dicho comité no tienen una función reguladora sino limitada a concretar previsiones contenidas en el convenio colectivo¹⁰⁶; tampoco cuando se excluye a un sindicato no firmante del convenio colectivo de la comisión de estudio y análisis para una futura negociación colectiva¹⁰⁷, o de la comisión de seguimiento del Plan de Igualdad de Oportunidades previsto en el convenio colectivo (aunque posteriormente se adhiriera al mismo)¹⁰⁸, o no es convocado a la reunión de corrección de errores posterior a la firma del convenio ni a la que tuvo lugar por mandato de la Autoridad Laboral¹⁰⁹; tampoco cuando un sindicato se autoexcluye del proceso de constitución de unas comisiones de trabajo del comité de empresa, por no tener la condición de comisiones negociadoras y porque en este caso la limitación del derecho de acción sindical solo es imputable al propio sindicato que libremente decidió autoexcluirse¹¹⁰. Al no tratarse propiamente de negociación colectiva, la exclusión de un sindicato en la negociación de un Acuerdo marco carente de contenido regulador de condiciones laborales (pues limita a plasmar determinados principios de cara a la futura negociación) no vulnera su derecho a la libertad sindical¹¹¹. Por el contrario, se vulnera el derecho de un sindicato que no forma parte de la comisión paritaria del convenio colectivo pero tiene legitimación negocial cuando dicha comisión ha negociado materias no contempladas en el convenio colectivo, ha desarrollado otras e incluso ha impuesto algún criterio a la comisión negociadora¹¹². Merece ser destacada la STS de 15 marzo 2018 (rec. 59/2017) porque contiene un buen resumen de las consideraciones que la Sala Cuarta del TS ha efectuado respecto del derecho de los sindicatos a participar en las comisiones de simple administración del convenio colectivo: “a) la exclusión de un Sindicato no firmante

del Convenio para formar parte de cualquiera de las comisiones de «administración» del mismo, es totalmente legítima y no vulnera la libertad sindical, en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional; b) son las concretas circunstancias del supuesto [cometido de la comisión; número de miembros integrantes; funcionalidad o disfuncionalidad de una mayor representatividad, etc.] las que en su caso -sobre la base del primordial dato de que el Sindicato no haya querido suscribir el Convenio Colectivo- habrán de evidenciar si la exclusión de la organización que se haya negado a firmar pudiera no ofrecer justificación objetiva y razonable; c) aunque sea indudable que esta doctrina tiene claro fundamento en la potenciación de la negociación colectiva y en la lógica exigibilidad de coherencia en la conducta [no parece congruente que pretenda administrar un pacto quien ni tan siquiera lo ha aceptado], a la par que tampoco puede negarse -por ser doctrina constitucional y reiterado criterio de esta Sala- que la actuación de las comisiones no negociadoras no “hayan de restringirse... a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo”, de todas formas, a la hora de decidir acerca del carácter negociador o no de una determinada comisión, el derecho fundamental de libertad sindical impone que el criterio interpretativo haya de ser necesariamente favorable al ejercicio de aquel derecho; o lo que es igual, en los supuestos de dudosa calificación -tan frecuentes en la rica casuística que la realidad ofrece- la incertidumbre sobre aquella naturaleza [normativa o aplicativa] ha de resolverse a favor de su consideración negociadora, de la que debe hacerse -por ello- una interpretación extensiva, favoreciendo así el derecho de libertad sindical y la participación del Sindicato no suscriptor del Convenio en una comisión que presenta visos negociadores”¹¹³.

Desde otra perspectiva, se infringe el derecho a la libertad sindical, en la vertiente de derecho a la negociación colectiva de las

¹⁰⁶ STS de 19 octubre 2004, rec. 176/2003.

¹⁰⁷ STS de 17 septiembre 2004, rec. 105/2003.

¹⁰⁸ STS de 30 mayo 2018, rec. 147/2017.

¹⁰⁹ STS de 19 julio 2018, rec. 112/2017.

¹¹⁰ STS de 12 febrero 2013, rec. 37/2012.

¹¹¹ STS de 8 febrero 2012, rec. 214/2010.

¹¹² STS de 13 julio 2015, rec. 221/2014.

¹¹³ La STS de 15 marzo 2018 declara que no es válida la exclusión del sindicato USO de una comisión aplicativa del convenio colectivo en razón a no haber firmado la prórroga del convenio en cuya negociación sí participó y suscribió.

representaciones de los trabajadores, la suscripción masiva de pactos individuales con el propósito de dejar sin efecto los mandatos del convenio colectivo o de eludir la negociación colectiva, conforme a reiterada doctrina constitucional¹¹⁴. Pero no ocurre así cuando el proceso de negociación colectiva sigue abierto y, ante la falta de acuerdo entre las partes, la empresa suscribe directamente con los trabajadores pactos individuales al margen del convenio colectivo denunciado, que no son ilegales ni abusivos¹¹⁵; ni cuando la empresa acuerda el abono prorrateado de las pagas extraordinarias, sin que el convenio colectivo lo hubiera prohibido expresamente¹¹⁶.

Se vulnera el derecho a libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva cuando la empresa trata directamente con los trabajadores afectados los objetivos legales del período de consultas de un expediente de regulación de empleo, prescindiendo de los interlocutores sociales (en este caso, ofreciendo a los trabajadores afectados una adhesión extraordinaria al convenio no estatutario, premiando la misma con la exclusión del ERTE de los trabajadores adheridos)¹¹⁷. También lo vulnera la empresa que, en trámite de mediación preprocesal previo a la impugnación judicial de medidas de flexibilidad interna adoptadas ante la falta de acuerdo en el período de consultas, procede a negociar de nuevo dichas medidas con las secciones sindicales mayoritarias, excluyendo al resto de secciones sindicales legitimadas en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones¹¹⁸; o cuando las partes que han negociado en un determinado ámbito pretenden salirse del mismo para suscribir a conveniencia, sin dar participación a un sindicato mayoritario que intervino en la negociación del convenio pero no llegó a firmarlo, un pacto de empresa sobre ampliación de derechos sindicales al que los

suscribientes pretenden otorgar eficacia limitada¹¹⁹; o cuando se excluye a un sindicato no firmante del convenio colectivo de la comisión de seguimiento del Protocolo sobre bolsa de empleo temporal (sector sanitario) que nació de esa norma, el cual no es un mero acto de administración o interpretación de lo previsto en el convenio, sino un texto con normas de procedimiento y criterios de selección que rebasan ese concepto para entrar de lleno en el campo normativo con sustantividad propia y proyección directa sobre los trabajadores¹²⁰.

Vulnera el derecho a la libertad sindical en su manifestación de derecho a la actividad sindical la negativa o el rechazo a que un sindicato más representativo o suficientemente representativo participe en un proceso de negociación¹²¹. Para la jurisprudencia resulta evidente la vulneración del derecho a la libertad sindical colectiva cuando se excluye a un sindicato con suficiente audiencia electoral (más del 10 %) de la Mesa de negociación de la enseñanza privada concertada en la Comunidad Valenciana, si bien no procede la condena al pago de indemnización de daños y perjuicios por no apreciarse dolo o conducta negligente en las partes presentes en la Mesa y, además, en el pasado el sindicato demandante no impugnó la composición de la Mesa, lo que supuso un aparente asentimiento de hecho, sin relevancia jurídica en el ámbito de la representatividad¹²².

No vulnera el derecho a la libertad sindical la exclusión de la Confederación Intersindical Galega de la mesa negociadora de convenio de una sociedad estatal, por no tratarse de un convenio sectorial sino de empresa, sin que se hayan vulnerado las normas sobre legitimación negociadora del art. 87 ET; y es que la exclusión de la comisión negociadora de un sindicato solo supone un atentado al derecho de libertad sindical cuando sea una decisión contraria a la ley o claramente arbitraria e injustificada¹²³. Tampoco vulnera este derecho la inadmisión de la

¹¹⁴ SSTs de 18 abril 1994 (rec. 408/1993), 12 abril 2010 (rec. 139/2009), 11 diciembre 2015 (rec. 65/2015) y 11 octubre 2016 (rec. 68/2016), asumiendo doctrina reflejada en SSTC 105/1992, de 1 julio; 208/1993, de 28 junio; 107/2000, de 5 mayo; 225/2001, de 26 noviembre y 238/2005, de 26 septiembre.

¹¹⁵ STS de 7 octubre 2004, rec. 189/2003.

¹¹⁶ STS de 12 abril 2011, rec. 136/2010.

¹¹⁷ STS de 24 julio 2014, rec. 135/2013.

¹¹⁸ STS de 22 julio 2015, rec. 130/2014.

¹¹⁹ STS de 29 enero 2004, rec. 8/2003.

¹²⁰ STS de 16 julio 2004, rec. 177/2003.

¹²¹ SSTs de 19 septiembre 2000 (rec. 4375/1999) y 8 junio 2001 (rec. 4627/2000).

¹²² STS de 11 abril 2003, rec. 1160/2001.

¹²³ STS de 6 mayo 2004, rec. 25/2003.

firma extemporánea de un convenio colectivo por sindicato que se había negado a firmar en la fecha acordada por la comisión negociadora, cambiando de parecer una vez concluida la negociación¹²⁴; igual que no cabe apreciar vulneración del derecho a la negociación colectiva del sindicato que, habiendo sido debidamente convocado a la reunión constitutiva de la comisión negociadora del convenio colectivo, decide voluntariamente autoexcluirse o retirarse de la negociación¹²⁵. Sorprendentemente, se ha considerado que lesiona el derecho de libertad sindical la no participación de una organización sindical que formaba parte de la comisión negociadora del periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y que está legitimada para negociar el convenio colectivo, en una comisión de seguimiento no prevista en el convenio colectivo, aun cuando la exclusión de la misma fuera por voluntad propia, con fundamento en que la citada comisión ejercía funciones “negociadoras” y no meramente “administradoras” del convenio¹²⁶.

La jurisprudencia ha precisado que el incumplimiento de lo previsto en el convenio colectivo no constituye un atentado al derecho de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva. Un conflicto sobre la aplicación o la interpretación de un convenio colectivo no afecta, en principio, a la libertad sindical, con independencia de que el eventual incumplimiento se funde o no en una discrepancia interpretativa razonable o se presente como un desconocimiento abierto o injustificado; la libertad sindical solo estará comprometida cuando el incumplimiento de las normas convencionales se proyecte sobre las facultades que integran la libertad sindical (derechos sindicales)¹²⁷; asimismo, la eficacia normativa del convenio queda plenamente garantizada frente a un incumplimiento por los cauces del proceso ordinario o del proceso de conflicto colectivo¹²⁸.

9. LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

9.1. Constitución y prerrogativas de las secciones sindicales. El derecho de información sindical en la empresa

Como es suficientemente conocido, la participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español discurre a través de un doble canal de representación. Si bien, en principio, el ET da preferencia a la representación unitaria, encomendada, como se sabe, a los comités de empresa y delegados de personal, éste deja abiertas, sin embargo, las puertas a “otras formas de participación” (art. 61). Ésta es la vía legal que permite la introducción del sindicato como alternativa de participación de los trabajadores en la empresa, a través del reconocimiento de las secciones y delegados sindicales, lo que tendrá lugar, primero, a través de la negociación colectiva, en base a las previsiones contenidas en el AMI-1980 y en el AI-1983 y, posteriormente, mediante la inclusión de las mismas en la LOLS¹²⁹.

La jurisprudencia ha observado que las secciones sindicales tienen un doble carácter o condición, como instancias organizativas internas dentro de la estructura del sindicato, pero al mismo tiempo con proyección externa, en el ámbito de la empresa o del centro de trabajo, o incluso del grupo de empresas¹³⁰ o en una agrupación de centros de trabajo que se hubiera constituido a fin de estructurar la representación unitaria de los trabajadores¹³¹. Por su parte, el TC ha dejado claro que no se trata de entes sindicales autónomos o diferentes del propio sindicato al que pertenecen, y que las controversias entre las mismas o entre ellas y el sindicato constituirán cuestiones de mera legalidad estatutaria, esto es, cuestiones que atañen al funcionamiento interno del sindicato¹³².

¹²⁴ STS de 23 mayo 2000, rec. 948/1999.

¹²⁵ SSTs de 9 abril 2003 (rec. 109/2002), 28 junio 2005 (rec. 128/2004), 24 julio 2007 (rec. 144/2007), 23 junio 2014 (177/2013), 4 noviembre 2015 (rec. 177/2013), 21 abril 2017 (rec. 84/2016) y 26 abril 2017 (rec. 195/2015).

¹²⁶ STS de 5 mayo 2016, rec. 179/2015.

¹²⁷ STS de 20 noviembre 2015, rec. 260/2014.

¹²⁸ SSTs de 26 julio 1995 (rec. 2675/1994), 24 enero 1996 (rec. 629/1995) y 11 junio 2003 (rec. 145/2002).

¹²⁹ El art. 8.1.a) LOLS establece el derecho de los trabajadores afiliados a constituir, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato.

¹³⁰ STS de 27 junio 1994, rec. 3902/1992.

¹³¹ STS de 21 junio 2016, rec. 182/2015.

¹³² Por todas, STC 121/2001, de 4 de junio.

El TS se ha pronunciado frecuentemente sobre el alcance y limitaciones de los derechos atribuidos en el art. 8.2 LOLS a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tenga presencia en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal. Así, sobre el derecho a la utilización de un local adecuado para la realización de actividades sindicales, vinculado con el derecho de reunión sindical¹³³, sin que tenga apoyo legal la condición de exclusividad, incluso en supuestos en que el local sea puesto a disposición para su uso compartido por los representantes unitarios y sindicales, bastando con que sea adecuado para el respectivo ejercicio de su actividad representativa¹³⁴. El local puesto a disposición de las secciones sindicales puede ser provisional (por las obras que se están realizando en el edificio), estando garantizado el acceso al mismo por cualquiera de aquéllas¹³⁵. La jurisprudencia ha validado el criterio de proporcionalidad, según los resultados electorales, a efectos de reparto de los espacios y locales sindicales en la empresa¹³⁶. No procede reconocer autónomamente los derechos otorgados por el art. 8 LOLS a un sindicato que no tiene carácter de más representativo ni ha participado en las elecciones a representantes de los trabajadores, pues puede disfrutar de ellos a través de la Confederación de Sindicatos en la que está integrado y que sí participó como tal en el proceso electoral¹³⁷.

En cuanto al derecho de los trabajadores afiliados a distribuir información sindical bajo determinadas condiciones y a recibir la información que le remita su sindicato [art. 8.1.b) y c) LOLS], la penetración de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones productivas ha alterado sustancialmente la modalidad de ejercicio de estos derechos, existiendo ya numerosos pronunciamientos sobre las condiciones de uso

del correo electrónico y de la intranet corporativa de la empresa para difundir información sindical. A este respecto, la jurisprudencia, siguiendo la pauta marcada por el TC¹³⁸, ha establecido los siguientes criterios:

- a) Los sindicatos no tienen derecho a transmitir información sindical y laboral a través del correo electrónico de la empresa (e-mail corporativo) cuando la utilización de este medio, para el ejercicio del derecho de información, conlleva costes adicionales significativos para la empresa y se perjudica el fin específico empresarial para el que fue instalado, si bien no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación¹³⁹.
- b) La empresa no está obligada a implantar un sistema de comunicación electrónica inexistente, con unos costes significativos para la misma, para dar satisfacción al derecho de información sindical¹⁴⁰.
- c) No vulneran el derecho de libertad sindical las limitaciones impuestas por la empresa sobre su utilización para evitar el colapso del sistema informático, si las mismas son proporcionadas y no impide el uso del derecho a transmitir información sindical¹⁴¹; ni el hecho de que la empresa exija, para la utilización de la cuenta de correo electrónico con fines sindicales, la designación de una persona («owner») que asuma la administración de la cuenta, responsabilizándose de la custodia y distribución de los correos¹⁴²; tampoco el establecimiento de un sistema de filtro o

¹³⁸ La jurisprudencia constitucional sobre el uso de medios electrónicos de propiedad de la empresa para la difusión de información sindical o laboral por parte de los representantes de los trabajadores, ha sido recogida con amplitud de argumentos en la STC 281/2005, de 7 de noviembre, girando en torno a dos ejes temáticos; uno relativo a la repercusión en la materia del derecho de libertad sindical y el otro concerniente a los criterios de ponderación de intereses a aplicar en el enjuiciamiento de estas cuestiones.

¹³⁹ SSTs de 22 junio 2011, rec. 153/2010.

¹⁴⁰ STS de 17 mayo 2012, rec. 2002/2011.

¹⁴¹ STS de 3 mayo 2011, rec. 114/2010.

¹⁴² STS de 16 febrero 2010, rec. 57/2009.

¹³³ SSTs de 2 junio 1997 (rec. 4016/1996) y 3 febrero 1998 (rec. 888/1997).

¹³⁴ SSTs de 29 diciembre 1994 (rec. 934/1994) y 24 septiembre 1996 (rec. 3170/1995).

¹³⁵ STS de 14 julio 2016, rec. 199/2015.

¹³⁶ STS de 25 septiembre 2000, rec. 4487/1999.

¹³⁷ STS de 3 mayo 2011, rec. 169/2010.

bloqueo para evitar la remisión/recepción de correos masivos que podría colapsar el sistema¹⁴³.

- d) La circunstancia de que el ejercicio de ese derecho haya pasado -en la era de las tecnologías de la infocomunicación- del tablón de anuncios al tablón virtual de la utilización de las estructuras informáticas y telemáticas de la empresa, en manera alguna puede comportar que ese derecho on-line pueda actuarse sin cumplir las exigencias razonables que se impongan por la empresa o vengan determinados por su sistema informático¹⁴⁴.
- e) La negativa de la empresa a publicar en la intranet corporativa comunicados sindicales con base en el contenido de los mismos (por no ser del agrado de la empresa y sus directivos), sin que conste acreditada la existencia de un perjuicio para la empresa por la utilización de dichos medios (costes adicionales, riesgo de colapso informático, virus...), constituye una inaceptable censura contraria a la libertad de expresión y de transmisión de informaciones sindicales¹⁴⁵.
- f) La empresa no puede supeditar el uso sindical de las listas de distribución corporativa a la previa autorización empresarial y conocimiento del contenido del correo, siendo nula la cláusula del convenio colectivo que así lo establece¹⁴⁶.
- g) Incurre en discriminación sindical la empresa que de forma injustificada niega el uso del correo electrónico a un determinado sindicato, cuando ha reconocido ese mismo derecho a otros sindicatos y no consta que su utilización suponga un gravamen o incremento de costes para empresa ni que perjudique el normal desarrollo de la actividad productiva¹⁴⁷.
- h) No se puede negar el acceso de una sección sindical a la lista de distribución de correo

electrónico de todos los trabajadores de la empresa con el único pretexto de que no disponen de ellas las restantes secciones sindicales, cuando ninguna de ellas lo ha solicitado¹⁴⁸.

En cuanto a las facultades atribuidas a las secciones sindicales por la legislación ordinaria, fundamentalmente el Estatuto de los Trabajadores (negociación colectiva, participación en los períodos de consulta para adopción de medidas de flexibilidad interna, despidos colectivos...), varias prácticas han sido calificadas como antisindicales:

- Vulnera el derecho de libertad sindical la empresa que, en trámite de mediación preprocesal previo a la impugnación judicial de medidas de flexibilidad interna adoptadas sin acuerdo en el periodo de consultas, procede a negociar de nuevo dichas medidas con las secciones sindicales mayoritarias, excluyendo al resto de secciones sindicales presentes en aquellas consultas¹⁴⁹.

- Se infringe el derecho de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva cuando, estando constituida la comisión negociadora con los sindicatos, la empresa no permite a una sección sindical designar a sus propios delegados, al aceptar la presencia de unos trabajadores que fueron expresamente desautorizados por el sindicato y que no ostentan su representación; la consecuencia es la nulidad del convenio colectivo de empresa¹⁵⁰.

- Se considera conducta antisindical la falta de convocatoria de la sección sindical de empresa, que ostenta la representatividad exigible, a la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo¹⁵¹.

9.2. Delegados sindicales: designación y prerrogativas

Sobre las exigencias para ostentar derecho a nombrar delegado sindical por parte de las secciones sindicales también se ha pronuncia-

¹⁴³ STS de 24 marzo 2015, rec. 118/2014.

¹⁴⁴ STS de 13 septiembre 2016, rec. 206/2015.

¹⁴⁵ STS de 26 abril 2016, rec. 113/2015.

¹⁴⁶ STS de 24 julio 2017, rec. 245/2016.

¹⁴⁷ STS de 21 febrero 2019, rec. 214/2017.

¹⁴⁸ STS de 14 julio 2016, rec. 199/2015.

¹⁴⁹ STS de 22 julio 2015, rec. 130/2014.

¹⁵⁰ STS de 10 mayo 2016, rec. 164/2015.

¹⁵¹ STS de 6 junio 2018, rec. 149/2017.

do el TS, particularmente en relación con la exigencia legal (art. 10.1 LOLS) de presencia del sindicato en el comité de empresa¹⁵²; de un determinado umbral de plantilla -250 trabajadores- y el ámbito de referencia para su cómputo, donde la jurisprudencia ha pasado con buen criterio de considerar que el cómputo de plantilla debía referirse a cada centro de trabajo de forma independiente y no al conjunto de la empresa¹⁵³, a entender que la LOLS confiere al sindicato la facultad de decidir el ámbito de constitución de la sección sindical, y si opta válidamente por constituir la representación a nivel de empresa y no de centros de trabajo, ese mismo ámbito (de empresa) es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegados sindicales, para desarrollar sus competencias y para optar a los derechos que la norma les confiere (incluido el crédito horario)¹⁵⁴; sobre la forma de cómputo a estos efectos de los trabajadores fijos discontinuos y temporales, aplicando por analogía lo dispuesto para los representantes unitarios en el art. 72 ET¹⁵⁵; sobre las posibilidades de la negociación colectiva de reducir el umbral numérico que permite el nombramiento de delegado sindical manteniendo las prerrogativas de la LOLS¹⁵⁶; sobre el derecho a nombrar delegados sindicales en empresa con varios centros de trabajo en la misma provincia, que cuentan con un comité de empresa conjunto de ámbito provincial y que, en su totalidad, superan los 250 trabajadores¹⁵⁷; sobre los efectos de la disminución en el número de trabajadores sobre el derecho a designar delegados sindicales y el derecho de la empresa a controlar los presupuestos «ex»

art. 10.3 LOLS en orden a la asunción de las cargas y costes que le suponen las correlativas ventajas y prerrogativas de determinados delegados sindicales, pudiendo denegar el reconocimiento de tales ventajas de incumplirse tales presupuestos¹⁵⁸; también sobre la pérdida de delegados sindicales y de las ayudas económicas correspondientes por reducción en el número de centros de trabajo (buques de empresa) con la reducción consiguiente del número de delegados de personal de los que derivaba el de delegados sindicales según lo pactado en convenio y en acuerdo colectivo de garantías sindicales¹⁵⁹.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de interpretar en múltiples ocasiones el alcance de los apartados 1 y 3 del art. 10 LOLS, distinguiendo la doble vertiente y dualidad de planos en que actúan las secciones y los delegados sindicales -como “instancias organizativas internas del sindicato” y como “representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa”¹⁶⁰-, reconociendo -al calor de la doctrina constitucional- el derecho de todos los sindicatos a constituir secciones sindicales, cualquiera que sea el tamaño laboral de la empresa, y a designar portavoces de las mismas, si bien la empresa únicamente tiene la obligación de reconocer a los delegados sindicales las garantías y derechos ex art. 10.3 LOLS de concurrir los presupuestos del art. 10.1 LOLS y con relación a un número concreto de delegados en atención a la dimensión de su plantilla¹⁶¹. De este modo, se ha consagrado jurisprudencialmente la distinción entre delegados sindicales “con privilegios” o “en sentido propio” y delegados sindicales “sin privilegios” (también denominados portavoces, representantes, delegados internos, delegados

¹⁵² SSTs de 15 febrero 1990 y 28 noviembre 1997 (rec. 1092/1997).

¹⁵³ SSTs de 20 julio 2000 (rec. 1000/2000); 10 abril 2001 (rec. 1548/2000), 13 junio 2001 (rec. 1564/2000) y 5 septiembre 2006 (rec. 1643/2005).

¹⁵⁴ SSTs de 18 julio 2014 (rec. 91/2013), 23 septiembre 2015 (rec. 253/2014), 21 junio 2016 (182/2015), 3 febrero 2017 (rec. 39/2016), 10 mayo 2017 (rec. 88/2016), 6 junio 2017 (rec. 216/2016), 29 noviembre 2017 (rec. 7/2017), 25 enero 2018 (rec. 30/2017) y 8 febrero 2018 (rec. 274/2016).

¹⁵⁵ STS de 26 abril 2010, rec. 1777/2009.

¹⁵⁶ SSTs de 14 julio 2006 (rec. 5111/2004), 14 febrero 2007 (rec. 4447/2005), 17 junio 2014 (rec. 157/2013) y 18 octubre 2016 (rec. 244/2015).

¹⁵⁷ SSTs de 30 abril 2012 (rec. 47/2011) y 23 septiembre 2015 (rec. 253/2014).

¹⁵⁸ STS de 11 abril 2001, rec. 1672/2000.

¹⁵⁹ STS de 23 mayo 2012, rec. 172/2011.

¹⁶⁰ SSTC 61/1989, de 3 abril; 84/1989, de 10 mayo; 173/1992, de 29 octubre; 292/1993, de 18 octubre; 201/1999, de 8 noviembre.

¹⁶¹ Entre muchas, replicando la doctrina de la STS de 15 febrero 1990 (recurso en interés de ley), SSTs de 21 marzo 1995 (rec. 1328/1994), 10 noviembre 1998 (rec. 2123/1998) y 22 septiembre 1999 (rec. 3872/1998).

privados...)¹⁶², pero todos ellos vinculados al derecho a la libertad sindical, con anclaje en la doctrina constitucional que reconoce a todo sindicato la posibilidad de nombrar representantes internos con fundamento en su facultad de autoorganización, aunque con distinta condición y sin los derechos y atribuciones de los delegados sindicales en caso de no cumplirse los requisitos que establece el art. 10.1 LOLS (aunque sí accederán a los derechos previstos en el art. 8.1 LOLS); diferenciación de estatutos que no lesiona el art. 28 CE pues la designación de delegados sindicales con atribución de determinadas prerrogativas no forma parte del contenido esencial sino adicional de la libertad sindical, pudiendo crearse por normas infraconstitucionales, con las exigencias y efectos que éstas decidan establecer¹⁶³.

Respecto del alcance del derecho del delegado sindical a obtener la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, cuando el delegado no forme parte de éste, y más allá de la casuística generada por la identificación de comportamientos concretos que lo infringen¹⁶⁴, se ha precisado que es un derecho autónomo de los delegados sindicales aunque el sindicato de pertenencia tenga representación en el comité de empresa¹⁶⁵, que no es exigible que el empresario amplíe dicha información más allá de lo expresado por la ley¹⁶⁶, así como que ésta confiere el referido derecho al propio delegado y no al sindicato de pertenencia¹⁶⁷. Se ha rechazado la existencia de un derecho del delegado sindical a asistir a las reuniones del Comité Intercentros¹⁶⁸, pero no así el derecho al ejercicio de acciones judiciales¹⁶⁹.

En materia de garantías, el TC ha desautorizado la interpretación efectuada por

el Tribunal Supremo, conforme a la cual, únicamente en aquellos supuestos en que la pérdida de la condición representativa se produce por la causa natural del transcurso del tiempo es aplicable la regla que contiene el art. 68 c) LET, de modo que el delegado sindical que es destituido por su organización y que no tiene señalado plazo concreto de duración a su mandato quedaría excluido de dicha garantía por asimilación al caso de revocación de un representante unitario¹⁷⁰; según el TC, esta interpretación comporta una restricción injustificada y desproporcionada en el libre ejercicio del derecho de libertad sindical, por lo que debe reconocerse al delegado sindical el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización en caso de despido declarado improcedente, cuando el mismo ha sido precedido de la destitución del delegado sindical dentro del año anterior, estableciendo así una diferencia entre la destitución del delegado sindical por su sindicato y la revocación del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores¹⁷¹.

La jurisprudencia ha observado que la tolerancia empresarial con algunos comportamientos de un representante sindical no supone que se le haya reconocido la cualidad de delegado pese a no cumplirse los requisitos legales o convencionales para serlo¹⁷².

Lesiona el derecho a la libertad sindical la resolución unilateral por la empresa de un Acuerdo de mejora de derechos sindicales como represalia a la actitud reivindicativa de un determinado sindicato, privando al mismo de dos delegados sindicales institucionales¹⁷³ (al incluir en despido colectivo a uno de los dos delegados e ignorar la condición de delegado sindical al amparo de la LOLS al segundo) y dejando de abonar las subvenciones acordadas¹⁷⁴.

¹⁶² SSTs de 26 junio 2008 (rec. 18/2007) y 12 julio 2016 (rec. 361/2014).

¹⁶³ Además de las anteriores, SSTs de 20 julio 2000 (rec. 1000/2000), 25 enero 2001 (rec. 2742/2000) y 5 febrero 2001 (rec. 2342/2000).

¹⁶⁴ Véase, entre otras, STS de 16 febrero 2017, rec. 90/2016).

¹⁶⁵ STS de 29 marzo 2011, rec. 145/2010.

¹⁶⁶ STS de 11 marzo 1999, rec. 3331/1998.

¹⁶⁷ SSTs de 20 abril 1998, rec. 1521/1997.

¹⁶⁸ STS de 6 octubre 2001, rec. 4648/2000.

¹⁶⁹ STS (Cont.) de 2 septiembre 1997, rec. 2400/1994.

¹⁷⁰ STS 29 diciembre 1998, rec. 4473/1997.

¹⁷¹ STC 229/2002, de 9 diciembre.

¹⁷² STS de 5 septiembre 2006, rec. 1643/2005.

¹⁷³ El art. 10.2 LOLS establece que, bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados sindicales establecido en la escala que contiene dicho precepto.

¹⁷⁴ STS de 26 enero 2017, rec. 54/2016.

10. FINANCIACIÓN DE LOS SINDICATOS Y PATRIMONIO SINDICAL

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la jurisprudencia considera contrarias al derecho de libertad sindical las cláusulas de los convenios colectivos que otorgan compensaciones económicas a los sindicatos firmantes del mismo, en detrimento de los que legítimamente se opusieron a su firma en uso de su libre actividad y estrategia sindical. Tampoco se aceptan las cláusulas convencionales que conceden fondos para la mejora de la acción sindical a los sindicatos con mayor nivel de implantación, con exclusión de los sindicatos menos representativos, sin una justificación objetiva para ello¹⁷⁵. No obstante, como también se vio, sí que se considera válida la cláusula del convenio que atribuye ayudas económicas únicamente a los sindicatos que firmaron el convenio colectivo, cuando las mismas tienen por finalidad sufragar los gastos derivados de la superior actividad que desarrollan éstos en las comisiones de gestión del mismo¹⁷⁶.

La práctica específica de la subvención económica estatal solo a los sindicatos más representativos por vía presupuestaria ha sido censurada por el TC, al estimar que la mera atribución de una subvención a los sindicatos en apoyo de su función institucional no podía quedar limitada a los sindicatos más representativos, puesto que en ese caso se estaría discriminando al resto de los sindicatos sin justificación, además de suponer una presión indirecta a los trabajadores para que se afilien a un determinado sindicato. De manera que el TC estima que la atribución de ayudas sólo podría apoyarse en un criterio de proporcionalidad según el grado de “representatividad” de las organizaciones sindicales o los costes que pueda suponerles la participación en el ejercicio de funciones públicas o cualquier otro extremo que se justifique como no discriminatorio¹⁷⁷.

Estos criterios, en opinión jurisprudencial, no violan el principio de libertad sindical ni el

principio de igualdad entre las organizaciones, siempre que se respeten las siguientes reglas:

- Si las ayudas se atribuyen con carácter exclusivo y excluyente a los sindicatos más representativos, o fijan cuantías desproporcionadas entre unos y otros sindicatos, pueden estimarse contrarias al principio de libertad sindical y al principio de igualdad entre sindicatos.
- La correcta distribución de los recursos requiere la observancia, al menos, de dos condicionamientos básicos: la transparencia en la dirección finalista de las dotaciones y la proporcionalidad entre el fin objetivo marcado en la ley y los medios facilitados para su consecución.
- Debe existir una justificación objetiva y una proporcionalidad entre objetivos de las ayudas y los criterios de diferenciación, como puede ser la mayor o menor carga organizativa necesaria para la eficaz puesta en marcha de las actividades para las que se concede la ayuda.
- Que no se constituyan en una vía encubierta para facilitar una ejecución presupuestaria discrecional en beneficio de los sindicatos más representativos.

De no darse estos requisitos, la medida de financiación pública podría ser calificada como una actitud de injerencia administrativa contraria al principio de libertad sindical¹⁷⁸.

Otra vía relevante para dotar de infraestructuras a los sindicatos y patronales ha sido la cesión de los bienes inmuebles patrimoniales públicos que conforman el Patrimonio Sindical Acumulado (básicamente el patrimonio inmobiliario de la Organización Sindical franquista que posteriormente pasó al Organismo Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, en virtud del D-Ley 19/1976). La materia se regula actualmente en la Ley 4/1986, de 8 de enero, del Patrimonio Sindical Acumu-

¹⁷⁵ STS de 9 diciembre 2005, rec. 183/2003.

¹⁷⁶ STS de 23 abril 2014, rec. 19/2012.

¹⁷⁷ SSTC 20/1985, de 14 febrero; 26/1985, de 22 febrero; 147/2001, de 27 junio.

¹⁷⁸ SSTS (Cont.) de 9 diciembre 1992 (rec. 10061/1990), 30 septiembre 1993 (rec. 5581/1991) y 19 febrero 2001 (rec. 5298/1995).

lado¹⁷⁹, desarrollada por el RD 1671/1986, de 1 agosto. Distinto es el denominado “patrimonio sindical histórico”, integrado por los bienes que fueron incautados a las organizaciones sindicales en virtud de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 febrero 1939, y que hubieron de ser reintegrados a dichas organizaciones -o a sus legítimos sucesores- o fueron objeto de compensación pecuniaria, en el marco de la disposición adicional cuarta de la Ley 4/1986.

Sobre esta materia también la jurisprudencia ha fijado algunos criterios. Así, se ha precisado que Ley 4/1986 resulta aplicable a todas las entidades que tenían el carácter sindical en el momento de la incautación de sus bienes y que continuaban teniéndolo en la fecha de su entrada en vigor, motivo por el cual se desestima la pretensión de una entidad que, aunque tuvo la consideración de organización sindical en la IIª República, en el momento de reclamar tiene la consideración de mera asociación civil y aparece inscrita como tal¹⁸⁰. Asimismo, se considera que el derecho a la reintegración o restitución de bienes y derechos del patrimonio sindical histórico queda circunscrito solo a las organizaciones sindicales, no alcanzando a las entidades con personalidad jurídica vinculadas, asociadas o afiliadas a éstas, por lo que se rechaza la restitución del patrimonio sindical a la Federación Local Obrera de Sindicatos de La Coruña de la CNT, al no tratarse de una organización sindical autónoma e independiente

sino vinculada a la Confederación Nacional de Trabajo (CNT)¹⁸¹.

Otro tema polémico ha sido la participación de los sindicatos en la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical Acumulado, creada para asesorar al Ministerio competente en la asignación de tales bienes inmuebles. Esta Comisión está formada por representantes de la Administración del Estado, de los sindicatos y de las organizaciones patronales representativas. El TC anuló parte del art. 6.2 de la Ley 4/1986, observando que no se justifica la intervención exclusiva en la misma de las organizaciones que, con arreglo a la citada Ley, resultan más representativas, excluyendo a las que no reúnan esta condición. Para el Ato Tribunal, no es rechazable la utilización del criterio de la representatividad para determinar las organizaciones con derecho a participar en la Comisión, pero sin excluir de la misma a organizaciones que tengan una suficiente implantación y representatividad, aunque no sea mayoritaria¹⁸². Con anterioridad, el TS había estimado contrario al derecho de libertad sindical el Acuerdo de 29 enero 1986 suscrito entre la Administración, la CEOE, CCOO y UGT, sobre criterios de distribución del Patrimonio Sindical Acumulado, por implicar la exclusión de la CNT de las reuniones donde se trataba lo referente al reparto de los bienes, anulando todas las reuniones y acuerdos adoptados sin su intervención¹⁸³.

¹⁷⁹ La preferencia del art. 3 de la Ley 4/1986 a favor de sindicatos -y asociaciones empresariales- más representativos fue llevada ante el TC, que sin embargo la consideró adecuada porque la cesión de bienes de titularidad pública forma parte del contenido adicional, no excluye a los restantes sindicatos (no preferenciados) y porque representa una opción de política legislativa orientada a “promocionar el hecho sindical o incrementar la fuerza de los sindicatos existentes” (STC 183/1992).

¹⁸⁰ STS (Cont.) de 29 junio 2000, rec. 676/1993.

¹⁸¹ STS (Cont.) de 21 julio 2016, rec. 517/2008.

¹⁸² STC 183/1992, de 16 noviembre.

¹⁸³ SSTs (Cont.) de 7 octubre 1987 y 12 enero 1998 (rec. 847/1994).

RESUMEN

La libertad sindical, derecho fundamental de perfiles sumamente amplios e imprecisos tanto en la Constitución Española (art. 28) como en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), ocupa un lugar destacado entre las resoluciones de los jueces y tribunales, existiendo ya un extenso acervo de jurisprudencia y de doctrina constitucional que han contribuido a la construcción dogmática de esta institución, tanto en su dimensión individual como colectiva.

Los criterios establecidos por el TS (precedentes sobre todo de su Sala de lo Social, pero también, en algunos temas, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo e, incluso, de la Militar) han estado muy influidos, como no podía ser de otro modo, por la jurisprudencia constitucional, a la que debe reconocerse el mérito de haber puesto en circulación buena parte de los criterios que rigen en esta materia, si bien hay otras muchas cuestiones en las que ha sido el TS el que ha sentado doctrina y fijado los criterios para la interpretación y aplicación de las normas.

Entre los temas más “afianzados” y en los que la Jurisprudencia del TS se muestra especialmente tributaria de la doctrina constitucional se encuentra la distinción entre el contenido esencial y adicional del derecho a la libertad sindical, verdadera piedra angular en la construcción dogmática de este derecho. Algo parecido ocurre con la delimitación subjetiva del derecho a la libertad sindical, donde el TS ha reafirmado la constitucionalidad de la exclusión del colectivo de las FF. AA. y del Cuerpo de la Guardia Civil y confirmado la imposición de sanciones disciplinarias en casos de pertenencia, apoyo y proselitismo sindical; ha abundado en la configuración estrictamente locativa o geográfica de la restricción del derecho de actividad sindical para el personal civil en el interior de los establecimientos militares; y se ha negado a los órganos de representación unitaria la titularidad del derecho de libertad sindical, con alguna importante matización para el supuesto de que se reclame no el desempeño de las labores de representación sino en calidad de afiliado o con fundamento en el art. 28 CE y en la propia LOLS.

Aunque tradicionalmente las principales lesiones a la libertad sindical provienen de los poderes públicos o de los empresarios, la jurisprudencia nos muestra ejemplos de infracciones en los que el agresor a la libertad sindical es un sindicato, bien denegando la afiliación o expulsando a un miembro de la organización prescindiendo del procedimiento y de las garantías contenidas en los estatutos, bien atentando contra el derecho a la libertad sindical de otros sindicatos.

Materia litigiosa ha sido también el procedimiento fundacional de los sindicatos, el contenido de los estatutos sindicales -con curiosos litigios sobre coincidencia de denominaciones y/o siglas- y su control de legalidad, habiendo señalado la jurisprudencia que tanto la actuación de los órganos de los sindicatos como de sus afiliados han de someterse a las reglas estatutarias y que, salvo casos manifiestos de inconstitucionalidad en la redacción de los estatutos, ese debe ser el canon de tutela en el control judicial sobre el funcionamiento interno del sindicato, que habrá de ajustarse a principios democráticos. El art. 7 CE obliga a que la vida interna de las organizaciones sindicales se ajuste a unas exigencias mínimas de participación de los afiliados en la elección de sus cargos, en la deliberación directamente o por medio de representantes en la adopción de los acuerdos más importantes, y en el debate sobre sus actividades y programas de acción.

En cuanto a la disolución y consiguiente relevo en sus funciones de órganos del sindicato, la jurisprudencia la ha caracterizado como una de las decisiones más graves que pueden adoptarse en la vida interna de una organización sindical, cuya licitud dependerá de que tal medida cumpla con el mandato constitucional y legal de respeto a unas reglas sobre funcionamiento democrático.

Otro asunto que ha dado lugar a cierta litigiosidad es el relativo a la suscripción de acuerdos colectivos que reconocen ventajas únicamente a los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes del pacto. La jurisprudencia ha observado que estos acuerdos son nulos por falta de una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato entre afiliados y no afiliados; la misma calificación para las decisiones de empresa sobre flexibilidad interna que afectan mayoritariamente a trabajadores que se niegan a adherirse a un convenio colectivo firmado por determinadas organizaciones sindicales.

Una fuente inagotable de litigios ha sido la determinación de la representatividad de los sindicatos con vistas a la participación institucional, la negociación colectiva de convenios de eficacia general, la posibilidad de promover procesos electorales en las empresas, la participación en sistemas extrajudiciales de solución de conflictos laborales, contar con determinadas prerrogativas para sus cargos (excedencia forzosa y permisos para el desempeño de funciones sindicales) o la obtención de subvenciones públicas. La singular posición jurídica de los sindicatos más representativos ha sido reiteradamente avalada por el TC, y la jurisprudencia no ha hecho otra cosa que sumarse a esta calificación, añadiendo de cosecha propia algunos criterios muy interesantes sobre atribución de representatividad en los casos de prórroga o cambio de afiliación sindical de los representantes electos y sobre la diferenciación entre participación institucional (reservada legalmente a los sindicatos más representativos) y negociación colectiva (abierta a otros sindicatos).

El TS ha tomado contacto frecuentemente con el tema de la negociación colectiva como vertiente o manifestación de la actividad sindical colectiva, calificando comportamientos constitutivos de presuntas vulneraciones del derecho a la libertad sindical en respuesta a reclamaciones de organizaciones sindicales que habían sido excluidas de la negociación colectiva o de comisiones creadas por un convenio colectivo que no habían suscrito. La clave, observa la jurisprudencia, radica en el carácter negociador o meramente ejecutivo de dichas comisiones y en el hecho de la que exclusión presente o no una justificación objetiva y razonable.

Otro ámbito en el que la jurisprudencia ya tiene una doctrina muy acabada es el de la constitución de secciones sindicales y sus prerrogativas en caso de pertenecer a sindicatos más representativos o con presencia en los órganos de representación unitaria, en el sector privado o en el público (utilización de local para reuniones, tablón de anuncios...). En los últimos años han aparecido criterios jurisprudenciales del mayor interés y utilidad sobre el derecho de acceso a medios electrónicos e informáticos de la empresa para distribuir información sindical, precisando el alcance del derecho, requisitos y limitaciones, así como sobre la forma de cómputo del volumen de empleo en la empresa o el centro de trabajo para la designación de delegados sindicales que se adaptan a las nuevas realidades productivas. Más antigua es la jurisprudencia, siguiendo al TC, que distingue entre delegados sindicales “con privilegios” y delegados sindicales “sin privilegios”.

Los expuestos son solo algunos de los asuntos sobre libertad y régimen sindical de los que se ha ocupado la jurisprudencia y que se abordan en este ensayo. Transcurridos más de cuarenta años desde la promulgación de la CE, el balance global de la Jurisprudencia del TS en esta materia es sin duda positivo, ha-

biendo contribuido de manera muy destacada, junto con el TC, a la elaboración de conceptos y a delimitar el alcance y contenido de este derecho fundamental.

Palabras clave: Libertad sindical; jurisprudencia; sindicatos; actividad sindical.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT Trade union freedom, fundamental right with extremely broad and imprecise profiles, recognized in the Spanish Constitution (Article 28) and Organic Law of 2 August 1985), occupies a prominent place among resolutions of judges and courts, so it exists an extensive wealth of jurisprudence and constitutional doctrine that have contributed to the dogmatic construction of this institution, both in its individual and collective dimension.

The criteria established by the Supreme Court (coming mainly from its Social Chamber, but also, in some cases, from its Contentious-Administrative Chamber and, even, from the Military Chamber) have been very influenced by constitutional jurisprudence, that has established good part of the criteria in this matter. However, in other many questions it has been the TS the one that has seated doctrine and criteria for the interpretation and application of law.

Among the aspects in which the jurisprudence is especially tributary of constitutional doctrine, it is the distinction between the essential and additional content of the trade union freedom, principal axis in the dogmatic construction of this right. Concerning to the subjective delimitation of this right, the Supreme Court has validated the constitutionality of the exclusion relative to Armed Forces and Civil Guard, and confirmed the imposition of disciplinary sanctions in cases of union membership, support and proselytism; also it has insisted on the strictly locative configuration of the restriction of the right to develop collective activities by personnel inside military establishments.

Although the most frequent attacks to trade union freedom come from public authorities or employers, jurisprudence also contains examples in which aggressor is a trade union, either denying membership or expelling a member of the trade union, either attacking the freedom of association of other trade unions.

Jurisprudence has also focused on the content of the trade union statutes and their legality control. Judges and courts have indicated that organs of the trade unions and their members must submit to the statutory rules, as canon of tutelage in the judicial control over the internal functioning of the trade union, which will have to adjust to democratic principles. The CE (art. 7) requires that the internal life of trade unions be adjusted to minimum requirements of democratic participation in the election of their directive organs, deliberation in order to the adoption of most important agreements and discussion about its activities and action programs.

Regarding to the dissolution of directive organs of the trade union and consequent relief in their functions, jurisprudence has characterized it as one of the most serious decisions that can be adopted in the internal life of a trade union, whose legality will depend on whether such measure complies with the constitutional and legal mandate of respect for some rules on democratic functioning.

Another issue that has given rise to some litigation is related to the signing of collective agreements that recognize advantages only to workers affiliated to the unions that have signed the agreement. The jurisprudence has observed that these agreements are null because they have not an objective and reasonable justification for the differential treatment between members and unaffiliated; the same rating for company decisions on internal flexibility affecting mainly workers who refuse to adhere to a collective agreement signed by some trade unions.

An inexhaustible source of litigation has been the determination of trade union representativeness in order to institutional participation, collective bargaining with general effectiveness, possibility of promoting electoral processes in com-

panies, participation in extrajudicial conflicts resolution systems, or to obtain public subsidies. The singular position of the most representative trade unions has been repeatedly endorsed by the Constitutional Court, and the jurisprudence has assumed this qualification, adding some very interesting criteria on attribution of representativeness in the cases of extension or change of union affiliation of elected representatives and on the differentiation between institutional participation (legally reserved to most representative trade unions) and collective bargaining (open to other labour unions).

The Supreme Court has frequently examined conflicts related to collective bargaining as a manifestation of trade union activity, describing behaviors constituting alleged violations of the right to trade union freedom in response to complaints made by trade unions that had been excluded from collective bargaining or commissions created by a collective agreement that had not subscribed. The key, observes the jurisprudence, lies in the negotiator or merely executive character of these commissions and if exclusion has or not an objective and reasonable justification.

Jurisprudence also has a very consolidated doctrine about the constitution of union sections and their prerogatives belonging to more representative unions or having presence in works councils (local meeting, bulletin board...). In latest years, very interesting and useful jurisprudential criteria have been made about the right to access to electronic and computer media at the company to distribute trade union information, specifying the scope of the right, its requirements and limitations. Jurisprudence has also set doctrine about alternative methods to compute the volume of employment in the company or the work center in order to the designation of union delegates, adapting to the new productive realities. Older is the jurisprudence, following the TC, which distinguishes between union delegates "with privileges" and union delegates "without privileges".

The exposed above are some of the issues about trade union freedom which have been examined by jurisprudence. Forty years after the entry into force of the CE 1978, the overall balance of the Supreme Court activity on this matter is undoubtedly positive, having contributed very prominently, together with the TC, to the elaboration of concepts and to delimit the scope and content of this fundamental right.

Keywords: Freedom of association, jurisprudence; trade unions; trade union activity.

La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Representation and involvement of workers in the company, in the light of the Case Law of the Supreme Court

DIEGO ÁLVAREZ ALONSO**

El sistema español de representación y participación de los trabajadores, al que desde luego hay que añadir en la actualidad el establecido para las empresas de dimensión europea, plantea indudablemente múltiples cuestiones abiertas a la interpretación jurídica, tanto por su complejidad general como por la concreta formulación de las correspondientes reglas o previsiones legales. Sobre muchas de ellas ha proyectado luz -y quizá también alguna sombra- el Tribunal Supremo, máximo intérprete de nuestro ordenamiento en el nivel de la jurisdicción ordinaria. Pues bien, el propósito de este trabajo es precisamente dar cuenta de esa labor interpretativa y contribuir a realizar un balance de ella, recorriendo el conjunto del sistema normativo sobre representación y participación en la empresa, aunque no con vocación de descripción exhaustiva del entramado legal, sino haciendo parada exclusivamente allí

donde hay jurisprudencia significativa¹. Por lo demás, es cierto que en la hermenéutica en torno a la normativa sobre representación de los trabajadores y acción sindical en la empresa ha sido asimismo muy importante la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, hay que precisar que el específico objeto de estudio aquí elegido es la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que las referencias a la jurisprudencia constitucional se limitarán a las ineludibles por su interacción con aquella.

1. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES: CONSTITUCIÓN, ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS REPRESENTATIVOS

El componente de mayor tradición dentro de ese sistema español de representación y participación de los trabajadores es la deno-

* Este trabajo contiene resultados de investigación en el marco del Proyecto del Plan Nacional de I+D+I "LA Jurisprudencia del Tribunal Supremo EN MATERIA LABORAL Y SOCIAL: AMBITO FUNCIONAL, TRAYECTORIA Y APORTACIONES MAS SIGNIFICATIVAS" (Ref. DER-2016-80327-P).

** Profesor Contratado. Doctor (acreditado TU) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

¹ Para una extensa y exhaustiva exposición en torno al modelo español de representación de los trabajadores en la empresa, PALOMO VÉLEZ, R. I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 39-745.

minada representación unitaria, a la que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido desde distintas perspectivas. Una de ellas ha sido el ámbito sobre el que se estructura tal modalidad de representación, que es primordialmente el centro de trabajo, entendido, según precisa el propio legislador, como “unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral” (art. 1.5 ET). Pese a que la regulación legal sobre órganos de representación utiliza reiteradamente la ambivalente expresión “empresa o centro de trabajo” (entre otros, arts. 62.1, 63.1 y 66.2 ET), y aun cuando el órgano representativo más sobresaliente se denomina literalmente “comité de empresa” (y no “comité de centro”), una interpretación sistemática de este marco normativo permite colegir que, en la disyuntiva entre establecer la representación en el nivel de la empresa en su conjunto o en el de cada concreto centro, la opción por la que el legislador se ha decantado claramente es la segunda².

Así se desprende también de la interpretación por parte de la jurisprudencia, que ha reforzado esa férrea circunscripción de la unidad electoral y del ámbito de actuación de la representación unitaria al centro de trabajo singularmente considerado, tal vez incluso con mayor ahínco que en la literalidad de las previsiones legales, aun cuando ello podría no ser lo más conveniente y adecuado a la fisiología del tejido empresarial predominante en nuestro país en la actualidad. En cualquier caso, según el Tribunal Supremo, “en el sistema legal de representación de los trabajadores la regla general, confirmada por la única excepción prevista en el art. 63.2 ET para un supuesto especial, es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica”³. Así se deduce de distintos preceptos del Estatuto de los trabajadores como “los arts. 63, donde,

pese a que el órgano de representación se denomina «comité de empresa», es obligada su constitución «en cada centro de trabajo»; 67, que sólo autoriza a promover elecciones a los «trabajadores del centro de trabajo» y obliga a precisar en la comunicación de la promoción de elecciones «el centro de trabajo» en que se van a celebrar; 68, que al regular el crédito horario lo atribuye al «delegado de personal de cada centro de trabajo»; 74, que vuelve a hablar de las elecciones «en centros de trabajo»; y 76.5 que alude a «las candidaturas en el centro de trabajo en el que se hubiere celebrado la elección». En el mismo sentido, se cita “el Reglamento de Elecciones aprobado por el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre -y antes por el RD 1311/1986, de 13 de junio - en el que es igualmente constante la mención del centro de trabajo como unidad básica”⁴.

Ciertamente, el Alto Tribunal reconoce que “tanto el art. 62.1 el Estatuto, como otros muchos preceptos de dicha Ley y de la normativa de desarrollo, aluden disyuntivamente a «la empresa o centro de trabajo». Ahora bien, precisa al respecto que “una interpretación lógica y sistemática de la expresión «empresa o centro de trabajo» que en tantas ocasiones aparece en el Estatuto de los Trabajadores”, a la luz de las previsiones antes mencionadas que toman como referencia inexcusable el centro de trabajo, “lleva a la conclusión de que la norma utiliza la conjunción disyuntiva en función del último significado y no del primero; y lo hace con la exclusiva finalidad de separar o diferenciar los conceptos de empresa y centro de trabajo que no siempre son coincidentes físicamente”. En conclusión, “lo que el precepto pretende en definitiva al citar ambos términos, es distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple, entendiendo por tales aquellas en que la empresa [...] asienta físicamente su actividad sobre un único centro de trabajo, y las de estructura más compleja o múltiple, que la desarrollan en varios centros”, dando cabida a ambos tipos de organizaciones en la literalidad de su regulación. Pero de ello no se desprende una facultad de opción alternativa por la empresa o centro para la promoción de la elección y la constitución de la representa-

² CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Trotta, 1992, pp. 43-56; SÁEZ LARA, C., “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 58, 2005, pp. 321-323.

³ Sentencias TS 31 enero 2001, r. 1959/2000; 19 marzo 2001, r. 2012/2000; 20 febrero 2008, r. 77/2007; 28 mayo 2009, r. 127/2008; 14 julio 2011, r. 140/2010; 7 febrero 2012, r. 114/2011, y 11 febrero 2015, r. 2872/2013. Como antecedente más remoto, Sentencia TS 18 junio 1993, r. 1576/1991.

⁴ Sentencia TS 31 enero 2001, r. 1959/2000.

ción unitaria, que debe hacerse en todo caso sobre cada concreto centro de trabajo como unidad electoral y demarcación representativa⁵. En las empresas simples o unicelulares que cuentan con un solo centro, dicha unidad será obviamente coincidente asimismo con la empresa en su conjunto, que es lo que vendría a explicar el uso de la expresión “empresa o centro” en el art. 62.1 ET, pero, por ello mismo, no cabría interpretarla en el sentido de deducir la facultad de los promotores de optar entre cada centro por separado o la agrupación de varios o de todos ellos como ámbito de constitución de la representación unitaria, posibilidad que ha sido tajantemente negada por el Tribunal Supremo en doctrina reiterada⁶.

Por consiguiente, la constitución, estructura, composición y elección de los órganos de representación colectiva se articula siempre con referencia a cada centro de trabajo autónoma o separadamente considerado, salvo en el supuesto excepcional en que expresamente se prevé la agrupación de varios centros para la formación de un “comité conjunto” (art. 63.2 ET), o en el de creación de un comité “intercentros” como órgano representativo de todos los centros de trabajo de la empresa, cuyos miembros son no obstante designados “de entre los componentes de los distintos comités de centro”, e indirectamente a partir de los resultados en la elección de estos (art. 63.3 ET)⁷. A partir de esa toma en consideración del centro de trabajo -y no la empresa en su conjunto- como punto de partida, como subraya nuevamente la jurisprudencia, “el Legislador no se ha inclinado por un sistema de representación uniforme, sino que se ha decantado por uno dual en el que los órganos se ordenan en función del número de trabajadores existentes en la unidad electoral”. Así, la legislación “dedica el art. 62 ET a las unidades de tamaño reducido, empresas o centros de trabajo de hasta 49 trabajadores, para las que crea órganos de representación individuales, y el art. 63 a las de un número superior a las que dota ya de órganos colegiados”. De este modo, en función de las dimensiones de la plantilla del centro de trabajo, se elegirán delegados de personal

en los centros de más de 10 y menos de 50 trabajadores, o también en los de entre seis y diez si así lo deciden los trabajadores por mayoría, quedando desprovistos de cualquier forma de representación los centros de menos de 6 empleados (art. 62 ET)⁸; mientras que se elegirá un comité de empresa en los centros de 50 o más asalariados (art. 63 ET)⁹. Cabe hacer notar que en ello observa el Tribunal Supremo “dos ordenaciones diferentes del sistema, cada una de ellas completa y suficiente por sí misma para resolver todos los problemas que se puedan presentar en su respectiva esfera de aplicación”¹⁰. Ello vedaría la extrapolación analógica o aplicación extensiva de las reglas propias de cada una de ellas a la otra, con consecuencias como las que a continuación se refieren.

A partir de las anteriores premisas legales e interpretativas, la jurisprudencia ha ratificado que los centros de trabajo de menos de seis trabajadores nunca tendrán representación unitaria estable de ninguna clase. En varias ocasiones, en el caso de empresas que globalmente cuentan con una plantilla numerosa en el conjunto del territorio nacional o de una misma provincia, pero diseminada en pequeños centros de trabajo con un número muy reducido de trabajadores (generalmente inferior a seis, u ocasionalmente entre seis y diez), se ha planteado la posibilidad de agrupar varios centros para la designación de un “delegado de personal conjunto”, operando una suerte de analogía a partir de la regulación del comité de empresa conjunto del artículo 63.2 ET. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo niega taxativamente esa opción. La fundamentación jurídica al respecto se basa en las consideraciones antes reproducidas en torno a la fijación del centro de trabajo como única unidad electoral y de representación permitida para la designación de delegados de personal, de acuerdo con

⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Instituciones de participación y, en especial, delegados de personal”, *REDT*, n. 100, Tomo II, 2000, pp. 1249-1253.

⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “El comité de empresa y sus competencias”, cit., pp. 1255-1269.

¹⁰ Sentencias TS 31 enero 2001, r. 1959/2000; 19 marzo 2001, r. 2012/2000; 20 febrero 2008, r. 77/2007; 28 mayo 2009, r. 127/2008, y 7 febrero 2012, r. 114/2011.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “El comité de empresa y sus competencias”, *REDT*, n. 100, Tomo II, 2000, pp. 1257-1258.

una regulación legal imperativa indisponible para los trabajadores y para los promotores del proceso electoral. El único supuesto en el que excepcionalmente se admite en la ley la agrupación de centros, el de la formación del comité conjunto, se ubica en el marco de regulación relativo a los “comités de empresa”, no en el referido a los “delegados de personal”, que, como se ha dicho, se consideran por la jurisprudencia como ordenaciones normativas diferenciadas cuyos contenidos no siempre son extrapolables entre una y otra¹¹.

Además, la previsión de agrupación de centros de trabajo se encuentra referida explícita y exclusivamente al supuesto en que la suma del censo de los situados en una misma provincia (o municipios limítrofes) alcanza el umbral propio del comité de empresa (50 trabajadores). Por ello, no puede aplicarse por vía de analogía a un supuesto diferente, como es el de centros que en conjunto no suman los cincuenta trabajadores requeridos para el comité conjunto, pero que, en un nivel distinto, se pretendería agrupar para alcanzar el umbral exigido para la designación de delegado de personal. Esa aplicación extensiva o análoga no sería factible en la medida en que, según señala el Alto Tribunal, no cabe apreciar laguna jurídica ni identidad de razón entre los supuestos para los que se demandaría un tratamiento similar, sino una opción de política legislativa que incorpora reglas que impiden tal interpretación. En este sentido, la agrupación de pequeños centros para la elección de un delegado conjunto no puede hacerse porque, de una parte, de la legislación se desprende taxativamente que en ningún caso contarán con representación unitaria los de menos de seis trabajadores, con independencia del volumen total de plantilla de la empresa considerada globalmente, y, de otra parte, en los de entre seis y diez trabajadores podrá elegirse un delegado, pero sólo por decisión mayoritaria que corresponde en exclusiva a los trabajadores del centro de trabajo afectado, sin que tal decisión pueda adoptarse o desplegar efectos más allá de ese estricto ámbito¹².

Tal y como la interpretación de la jurisprudencia deja entrever, la habitual carencia de representación unitaria de los trabajadores en los centros de trabajo de pequeño tamaño, conforme a nuestra regulación tradicional en la materia, se explica por una opción legislativa que procura moderar los costes y cargas impuestos a la empresa, y que, por otra parte, parece considerar innecesaria la instauración de estructuras representativas allí donde, por las reducidas dimensiones de la unidad productiva, cabría pensar en una interlocución directa entre los trabajadores y el titular o la dirección de la empresa¹³. Ahora bien, el resultado podría ser insatisfactorio no sólo desde el punto de vista del derecho de los trabajadores a la representación y defensa colectiva de sus intereses, que queda obviamente mermado para aquellos que presten servicios en centros pequeños, sino también porque, desde el punto de vista de los intereses de la empresa, la ausencia de representación unitaria puede ser un indeseable obstáculo a la negociación colectiva de nivel empresarial o para la adopción de determinadas medidas en clave de flexibilidad interna (modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, reducciones de jornada o suspensiones de contrato por causas económicas, técnicas organizativas o de producción, y descuelgue o inaplicación del convenio colectivo). Téngase en cuenta que la clásica exigencia legal de un periodo de consultas o incluso de un acuerdo con la representación unitaria de los trabajadores para la adopción de buena parte de estas medidas venía a dificultar o impedir indirectamente acometerlas allí donde no estuviera constituida dicha representación, bien por razón del tamaño de los centros de trabajo concernidos o por la falta de promoción del correspondiente proceso electoral¹⁴.

Esa laguna se ha paliado en parte mediante la representación a través de comisiones designadas *ad hoc* implantada a partir

¹¹ Sentencias TS 31 enero 2001, r. 1959/2000; 19 marzo 2001, r. 2012/2000; 20 febrero 2008, r. 77/2007; 28 mayo 2009, r. 127/2008, y 7 febrero 2012, r. 114/2011.

¹² Sentencias TS 31 enero 2001, r. 1959/2000; 19 marzo 2001, r. 2012/2000, y 14 julio 2011, r. 140/2010.

¹³ SÁEZ LARA, C., “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, cit., p. 326; CASTRO ARGÜELLES, M. A., “Participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 108, 2014, p. 342.

¹⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n. 67, 2002, pp. 111-127.

de la reforma laboral de 2010 para el desarrollo de los preceptivos procesos de consulta con ocasión de decisiones empresariales sobre descuelgue, modificación sustancial de condiciones de trabajo o reestructuración de plantillas. Sobre esta peculiar forma de representación también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, sobre todo para hacer dos precisiones: por un lado, que las comisiones representativas de los trabajadores constituidas a tales efectos deben actuar de manera colegiada; por otro, que la legitimación que ostentan para el ejercicio de acciones judiciales corresponde a la comisión como tal, y no a cada uno de sus miembros individualmente¹⁵.

2. EL “COMITÉ CONJUNTO” COMO FORMA ESPECIAL DE REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

El único caso en que el órgano ordinario de representación colectiva del personal se constituye desbordando el estricto ámbito del centro de trabajo es el del “comité de empresa conjunto”. De conformidad con el artículo 63.2 ET, como excepción puntual a la norma general, el comité conjunto se establece a partir de la agrupación de dos o más centros de trabajo, situados en la misma provincia o municipios limítrofes, que por separado no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto sí sumen para alcanzar dicho umbral, de manera que, a través de esa agregación justificada por la proximidad geográfica, aquellos centros pasarían a contar con una representación de mayor entidad, en forma de órgano colegiado, en lugar de los delegados de personal que les corresponderían tomándolos por separado. El problema interpretativo de mayor envergadura en este punto, sobre el que la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones, es el de determinar qué centros de trabajo son los que pueden -y debenser agrupados para la formación del comité conjunto. De entrada, cabría plantearse si la agrupación debe incluir a todos los centros de trabajo que cumplan los requisitos para ello, o si los promotores del correspondiente proceso

electoral tienen algún margen para agrupar selectivamente algunos centros, dejando otros al margen. No obstante, el problema de mayor enjundia es determinar si la agrupación debe abarcar a todos los centros de trabajo de una misma provincia (o municipios limítrofes) que no alcancen los cincuenta trabajadores por separado, pero sí en conjunto, o si, por el contrario, deben quedar excluidos los centros con una plantilla igual o inferior a diez trabajadores, que -de acuerdo con las reglas generales- normalmente no contarían con representación unitaria.

Esta última cuestión se suscita en varios litigios en torno a la validez del preaviso electoral realizado por organizaciones sindicales agrupando centros de trabajo de pequeñas dimensiones situados en una misma provincia para la elección de un comité conjunto, a lo que la empresa concernida se opone instando la nulidad de dicho preaviso por haberse incluido indebidamente en tal agrupación centros de trabajo que no superan el umbral de los diez trabajadores. La tesis empresarial en estos procesos es que nuestro modelo legal excluye de cualquier clase de representación unitaria a los centros de menos de seis empleados, y que, en los de entre seis y diez, la única forma de representación posible es la del delegado de personal, pero sólo cuando así lo decidan los trabajadores del propio centro afectado por mayoría. De ello se deduciría implícitamente que estos centros no podrían ser tomados en consideración en la agrupación para la elección del comité de empresa conjunto. En sentido opuesto, las organizaciones sindicales promotoras de la elección sostenían que el artículo 63.2 ET no establece un mínimo de trabajadores por centro de trabajo para proceder a agruparlos en la constitución de un comité conjunto, de suerte que no cabría excluir a los centros de trabajo pequeños en virtud de una interpretación restrictiva sin apoyo en la literalidad de la regulación legal, frente a la que debería prevalecer la interpretación más favorable al derecho de representación de los trabajadores en la empresa.

Pues bien, el Tribunal Supremo avala la posición empresarial, considerando que no cabe incluir en la agrupación para la formación del comité de empresa conjunto los centros que no superen el umbral de los diez

¹⁵ Sentencia TS 21 abril 2015, r. 311/2014.

trabajadores, y entendiendo por tanto que es nulo el preaviso de elecciones que así lo hiciera¹⁶. La fundamentación en este sentido parte de la doctrina previamente sentada para negar la posibilidad de agrupar centros de pequeño tamaño con el fin de designar un “delegado de personal conjunto”, a la que antes se ha hecho referencia. No obstante, se hace una discutible extrapolación de aquella para aplicarla a un supuesto en rigor bien distinto, el de la formación del comité conjunto, figura que -a diferencia de aquel delegado por agregación- cuenta con una regulación expresa en la ley. Así, reiterando aquella línea interpretativa precedente, se afirma que “la unidad electoral es el centro de trabajo y [...] que tal afirmación no admite más excepciones que las expresamente establecidas por la norma”, siendo las explícitas previsiones sobre el comité conjunto la excepción que confirma la regla general. Se insiste en que “permitir la agrupación de centros de tamaño reducido por voluntad de los sindicatos promotores [...] sería tanto como despojar a los trabajadores de los centros que ocupan entre 6 y 10, de la facultad soberana que les otorga el art. 62 ET de ser ellos los únicos que pueden decidir por mayoría si celebran o no elecciones, para imponérselas desde fuera, aun en contra de su voluntad”. Siguiendo este hilo argumental, se añade que “si el objetivo inspirador del art. 62.1 [inciso segundo] ET es la «no imposición de la figura del delegado de personal a los trabajadores contra su voluntad», [...] con mayor motivo ha de rechazarse la pretensión de imponerles una figura -Comité de Empresa- que necesariamente habrá de ser ajena al personal del propio centro de trabajo y estar más alejada de su intermediación o intereses singulares, por afectar a pluralidad de centros ubicados por toda la provincia”. Se aduce también que “carece de todo sentido sostener que el legislador no consiente la agrupación -por parte sindical- de centros de más de seis trabajadores y menos de diez para poder elegir Delegado de Personal [nivel representativo de elección personal], tal como se ha argumen-

tado por la Sala en precedentes resoluciones e incluso admite la parte recurrente, y que muy contrariamente se defienda la posible [...] agrupación de esos mismos centros de trabajo para obtener la elección de Comité de Empresa [...]”. De ello se infiere “la conclusión de que si bien es innegable que el art. 63.2 no explicita que los centros agrupables para obtener elección de Comité de Empresa hayan de tener más de diez trabajadores [se limita a referir los centros «cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen»], de todas formas esa cifra censal se obtiene de una interpretación sistemática de ambos preceptos [arts. 62.1 y 63.2], al rechazarse una consecuencia -opuesta- que lleva al absurdo ya indicado [negar lo menos y admitir lo más]”¹⁷.

A ello se agregan finalmente algunas consideraciones que responden al primero de los interrogantes antes formulados, señalando que la agrupación de centros para la formación del comité conjunto debe incluir a todos los susceptibles de ser agrupados, sin que sean admisibles preavisos electorales selectivos que incorporen a conveniencia algunos centros de trabajo y excluyan a otros. En este sentido, se subraya que “el agrupamiento previsto en el art. 63.2 ET no es una «mera posibilidad» en manos de los convocantes sino que se les impone de forma obligatoria”. En coherencia con ello, “nunca sería admisible que la acotación de los electores pueda quedar sometida a la discrecional voluntad del Sindicato promovente, que en el caso concreto de autos preavisa del proceso electoral agrupando tan sólo la mitad de los centros de trabajo existentes en la provincia de Barcelona, sin que conste razón alguna -más que la oportunidad, es de suponer- para excluir del conjunto a los restantes centros, pues no hay que olvidar que la posibilidad de acumular centros para obtener el censo electoral mínimo, tal como regula la excepción -de obligatoria aplicación- el art. 63.2 ET, imperativamente comporta la agrupación de «todos» los centros de menos de 50 trabajadores; el texto de la norma es inequívoco”¹⁸.

¹⁶ SÁEZ LARA, C., “Comité conjunto y comité intercentros en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 688-690.

¹⁷ Sentencias TS de 20 febrero 2008, r. 77/2007; 28 mayo 2009, r. 127/2008; 7 febrero 2012, r. 114/2011, y 11 febrero 2015, r. 2872/2013.

¹⁸ Sentencias TS de 20 febrero 2008, r. 77/2007; 28 mayo

Esa interpretación aquí recogida es difícilmente objetable en lo que se refiere a la imposibilidad de realizar agrupaciones selectivas o a conveniencia de los centros de trabajo para la formación del comité conjunto. Quizá también en lo que se refiere a la imposibilidad de agrupar para el comité conjunto los centros de menos de seis trabajadores, que el diseño de nuestro modelo legal de representación parece haber querido excluir de cualquier mecanismo de representación permanente. Sin embargo, más discutible es que se niegue la posibilidad de agrupación a los centros de entre seis y diez empleados, que en modo alguno cabe deducir que hayan sido excluidos por el legislador de manera absoluta de la formación de estructuras representativas. La interpretación que exige que los centros a agrupar tengan más de diez trabajadores supone la creación judicial de un umbral mínimo no previsto en la ley, y que seguramente habría estado explícitamente recogido en el texto de la norma si hubiera sido voluntad del legislador establecerlo. Se trata de una solución, por lo menos, *extra legem*, si no *contra legem*. Para justificarla, el Alto Tribunal alude, un tanto hiperbólicamente, a la preservación de la “facultad soberana” que el art. 62.1 ET otorga a los trabajadores de centros de entre seis y diez empleados “de ser ellos los únicos que pueden decidir por mayoría si celebran o no elecciones”¹⁹. Sin embargo, lo cierto es que reiterada jurisprudencia constitucional, que el propio Tribunal Supremo cita, ha interpretado que ello no significa que los trabajadores deban decidir en una asamblea, de manera expresa y previa, la celebración de elecciones para elegir un delegado. Por el contrario, dicha doctrina señala que esa decisión puede adoptarse de forma expresa o tácita, *a priori* o *a posteriori*, y que el requisito puede entenderse cumplido cuando, una vez puesto en marcha el proceso electoral, los trabajadores expresan a la postre su anuencia con su participación mayoritaria en dichas elecciones²⁰. Así, igualmente podría

entenderse que los trabajadores de los centros de entre seis y diez trabajadores aprueban su agrupación en el censo para la formación de un comité conjunto cuando lo avalasen *a posteriori* participando mayoritariamente en el proceso electoral correspondiente. De este modo, su “voluntad soberana” quedaría perfectamente salvaguardada, en mayor medida de lo que resulta de una interpretación que, en realidad, viene a despojarles de la facultad de decidir sobre su integración en la representación conjunta. A partir de ahí, no habría razón para la exclusión de estos empleados de los centros de entre seis y diez trabajadores de esa posibilidad de agrupación con otros para la elección de un comité conjunto, a través de la imposición de un umbral mínimo de trabajadores sin explícito sustento legal. Esta sería una interpretación más favorable al derecho de los trabajadores a la representación colectiva, seguramente más acorde al espíritu de la jurisprudencia constitucional en la materia y que, por cierto, respaldaría lo que, hasta la aparición de la comentada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, había sido una práctica de relaciones laborales habitual y pacífica en muchas empresas y sectores (por ejemplo, el de banca)²¹.

3. EL COMITÉ INTERCENTROS

Aunque se trata de un órgano de representación de segundo grado cuya constitución no es legalmente necesaria, el comité intercentros ha dado lugar a un abundantísimo cuerpo de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que se tratará de compendiar

2009, r. 127/2008; 7 febrero 2012, r. 114/2011, y 11 febrero 2015, r. 2872/2013.

¹⁹ Sentencias TS de 20 febrero 2008, r. 77/2007; 28 mayo 2009, r. 127/2008; 7 febrero 2012, r. 114/2011, y 11 febrero 2015, r. 2872/2013.

²⁰ Sentencias TC 36/2004, 62/2004, 64/2004, 66/2004, 103/2004, 175/2004, 60/2005, 70/2006, y 71/2006. GUERRERO

PADRÓN, T., “La doctrina jurisprudencial sobre elecciones sindicales en las microempresas”, *Temas Laborales*, n. 79, 2005, pp. 123-144.

²¹ Igualmente en sentido crítico con esta jurisprudencia, CABEZA PEREIRO, J., “Al paso de la jurisprudencia del TS relativa a las unidades electorales, después de la Sentencia de 20 de febrero 2008”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 2008, pp. 569-591; PALOMO VÉLEZ, R. I., *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 64-66. En cambio, a favor de esta doctrina del Tribunal Supremo, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “A vueltas con las elecciones sindicales en centros de entre seis y diez trabajadores: prohibición de acumulación selectiva de centros para la constitución de un comité de empresa, a propósito de la STS de 20 de febrero de 2008 (Rec. 77/2007)”, *Tribuna Social*, n. 216, 2008, pp. 48-55.

a continuación²². Con toda probabilidad, ello se debe a las circunstancias contextuales que en torno al comité intercentros suelen darse, en cuanto al tamaño de la empresa, el nivel de representación en que se desenvuelve, el grado de sindicalización y, en muchos casos, la indeterminación de las soluciones normativas para resolver ciertos problemas prácticos, que confluyen en un escenario propicio para el conflicto, tanto frente a la empresa como intersindical.

Siendo el comité intercentros un órgano que sólo existe en la medida en que haya sido creado por convenio colectivo, cabría preguntarse por su pervivencia tras la denuncia de dicho convenio. La definitiva expiración de la vigencia del convenio sin que otro posterior continúe dándole soporte podría determinar, en efecto, el decaimiento de esta estructura representativa. No obstante, hay que tener en cuenta que el respaldo jurídico a su constitución y funcionamiento se mantiene durante los periodos de prórroga y ultraactividad del convenio. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, considerando que las cláusulas sobre el comité intercentros forman parte del contenido normativo que sigue siendo de aplicación tras la denuncia del convenio²³.

²² Un estudio monográfico de jurisprudencia y doctrina judicial en la materia en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. / CRISTÓBAL RONCERO, R., "Comité intercentros: tendencias jurisprudenciales", *Actualidad Laboral*, n. 6, 2004, pp. 675-688; asimismo, SÁEZ LARA, C., "Comité conjunto y comité intercentros en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo", cit., pp. 691-701. Para una valoración crítica, MOLINA NAVARRETE, C., "El comité intercentros y el modelo estatutario de representación de los trabajadores: balance a la luz de una equívoca evolución jurisprudencial", en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 702-722.

²³ En este sentido, se señala que tales cláusulas "forman parte del contenido normativo del convenio por las siguientes razones: 1) regulan materias directamente conectadas con los derechos colectivos de los trabajadores, como son los concernientes a la creación y existencia de un órgano de representación unitaria en el seno de la empresa con unas concretas competencias y atribuciones, que se proyectaran sobre los trabajadores y empresa; 2) se trata por ello de normas orgánicas que configuran estructuras estables para la gestión de las funciones que expresamente se le conceda en el convenio colectivo en que se acuerda su creación; 3) estas estructuras estables (Comité Intercentros), son órganos representativos y colegiados del conjunto de los trabajadores, en cuanto a las

En cuanto a la constitución del comité intercentros, aunque podría pensarse que se trata de un órgano previsto para operar normalmente en el nivel de empresa, la jurisprudencia ha entendido que puede establecerse también para un grupo de empresas, siempre que así se prevea en un convenio colectivo legítimamente negociado en tal ámbito²⁴. Entrando ya en el terreno de su composición, el artículo 63.3 ET prescribe que sus miembros, en número máximo de trece, "serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro", y que "se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente". No se precisa sin embargo el procedimiento de elección ni el criterio para realizar la distribución proporcional, lo que ha obligado a los tribunales a pronunciarse con frecuencia en conflictos sobre estos extremos. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que la composición legalmente establecida de un máximo de 13 miembros asignados según la regla de proporcionalidad en función de los resultados electorales es indisponible y no puede ser modificada, ni siquiera por el convenio colectivo, por mucho que este ostente la potestad de crear o no el comité intercentros y regular su funcionamiento²⁵. No obstante, el convenio sí podría regular la forma de atribución de los puestos en el comité, siempre que en la composición resultante quede respetado

funciones expresamente concedidas, aunque de representación de segundo grado y; 4) el carácter normativo, de la cláusula impugnada, también aparece en la propia voluntad de los negociadores del convenio, cuando su artículo 67, atribuye al Comité «Intercentros», entre otras atribuciones (la representación de los trabajadores, en el ámbito sindical y de contratación colectiva y todas las que establece la legislación vigente), no sólo la facultad de seguimiento «del actual colectivo», sino también, «y de la negociación del próximo» y, cuando el artículo 70 establece «el Comité Intercentros es el órgano responsable de la negociación colectiva con la empresa, de solicitar la declaración de conflicto colectivo si fuera necesario y de proponer a los trabajadores las medidas oportunas para llevar a buen término las negociaciones, sin perjuicio de los derechos reconocidos a las secciones sindicales», pues esta facultad de negociar sólo cabe, si la cláusula tiene carácter normativo" (Sentencia TS 1 diciembre 2003, r. 138/2002).

²⁴ Sentencias TS 27 abril 1995, r. 2858/1993, y 16 junio 2014, r. 175/2013.

²⁵ Sentencias TS 4 diciembre 2000, r. 4558/1999; 3 noviembre 2015, r. 334/2014, y 15/2018 de 15 febrero.

el principio de proporcionalidad²⁶. Aunque, en ocasiones, la exigencia de proporcionalidad se ha interpretado con flexibilidad. En esta línea, se acepta que el número de miembros del comité, que no puede aumentarse a más de trece, sí que puede reducirse, aun cuando ello afecte a la proporcionalidad del reparto. No obstante, ello será admisible cuando se haga de modo no arbitrario, por razones justificadas de mayor operatividad o en razón de la dimensión de la empresa y número total de representantes, y sin el propósito de excluir a las minorías²⁷. Asimismo, ante la falta de detalle de la regulación legal en este punto, el convenio podría fijar una fecha precisa de referencia para el cómputo de los resultados electorales a tomar en consideración para la constitución del comité intercentros, y también para la periódica actualización o renovación de su composición. En este caso, los cambios producidos a resultados de los subsiguientes procesos electorales surtirían efecto para la recomposición del comité en esa fecha de referencia, y no de manera inmediatamente posterior a la conclusión del proceso electoral²⁸.

Sobre la atribución proporcional de los puestos, la jurisprudencia entiende que esta ha de hacerse en función del número de representantes electos por cada candidatura en las elecciones de los centros de trabajo, y en ningún caso por el número de votos obtenidos²⁹. Pese a la defectuosa referencia de la literalidad de la ley a “la proporcionalidad de los sindicatos”, se ha aclarado que, para la composición del comité intercentros, deben considerarse todas las candidaturas, las sindicalizadas y las no sindicalizadas, sin que se pueda excluir a las candidaturas “independientes”³⁰, corrigiendo así interpretaciones ju-

diciales anteriores, de acuerdo con las críticas doctrinales formuladas al respecto³¹. Tampoco cabe excluir con otros criterios a los sindicatos minoritarios, por ejemplo, requiriendo umbrales mínimos de representatividad o votos obtenidos en el conjunto de los centros de trabajo de la entidad empleadora, lo que carece de sustento legal³². El cómputo a efectos de reparto proporcional debe realizarse tomando las candidaturas tal y como concurrieron a las elecciones en cada centro de trabajo, sin que quepan alianzas sobrevenidas entre distintos sindicatos o candidaturas a efectos de mejorar la representación obtenida en el comité intercentros³³. En este sentido, las candidaturas “independientes” o no sindicalizadas deben computarse por separado, sin que puedan agruparse a efectos de obtener o incrementar su presencia en este órgano³⁴. Siguiendo esa misma línea de reflejo estricto de los resultados electorales tal y como se produjeron en su momento, no se tienen en cuenta para la asignación de miembros en el comité intercentros los cambios de afiliación de los representantes tras su elección, aun cuando se hubieran producido antes de la constitución del órgano³⁵, ni tampoco las fusiones o federaciones entre sindicatos posteriores a los correspondientes procesos electorales³⁶. Tras la ruptura de una coalición o alianza sindical con posterioridad a las elecciones, y que da lugar al abandono de las siglas bajo las que se concurrió, el reparto proporcional de puestos deberá continuar basándose en los candidatos que resultaron electos por cada una de las candidaturas originarias, con independencia del cambio de “marca” sindical³⁷. En otro orden de cosas, se

proporcionalidad en la composición del comité intercentros”, *Temas Laborales*, n. 65, 2002, pp. 171-180.

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Comité intercentros y representación de “independientes””, *Relaciones Laborales*, n. 2, 1991, pp. 1-4.

³² Sentencia TS 4 diciembre 2000, r. 4558/1999.

³³ Sentencia TS 3 octubre 2001, r. 3566/2000.

³⁴ Sentencia TS 3 octubre 2001, r. 3566/2000.

³⁵ Sentencias TS 3 octubre 2001, r. 3904/2000.

³⁶ Sentencia TS 14 mayo 2002, r. 1237/2001.

³⁷ Sentencia TS 7 julio 1999, r. 3828/1998. GARCÍA ROMERO, B., “Incidencia del cambio de afiliación sindical en la composición del comité intercentros: STS 7 julio 1999; RJ 1999, 5788”, *Aranzadi Social*, n. 3, 1999, pp. 2928-2935; VALLE MUÑOZ, F. A., “El cambio de afiliación sindical del representante unitario y su problemática jurídico-laboral”, *Actualidad Laboral*, Vol. II,

²⁶ Sentencia TS 11 abril 2006, r. 22/2003.

²⁷ Sentencia TS 16 junio 2014, r. 175/2013.

²⁸ Sentencia TS 2 octubre 2014, r. 244/2013.

²⁹ Sentencias TS 9 julio 1993, r. 1340/1992; 10 octubre 1994, r. 450/1994; 4 diciembre 2000, r. 4558/1999; 3 octubre 2001, r. 3566/2000, y 16 junio 2014, r. 175/2013. LAHERA FORTÉZA, J., “El principio de proporcionalidad en la composición del comité intercentros (Comentario a las SSTs 3 de octubre de 2001, Rcs. 3566/2000 y 3904/2000)”, *Relaciones Laborales*, Vol. I, 2002, pp. 855-860.

³⁰ Sentencias TS 10 diciembre 1993, r. 1964/1992, y 3 octubre 2001, r. 3566/2000. JUNCO CACHERO, M. S., “El principio de

ha admitido que un sindicato nombre para los puestos del comité intercentros que proporcionalmente le corresponden a personas afiliadas a un sindicato distinto, siempre y cuando cumplan con el requisito de ser representantes electos en los órganos de representación unitaria de nivel de centro de trabajo³⁸.

Con respecto al funcionamiento interno, hay un buen número de sentencias del Tribunal Supremo que tratan de ofrecer solución para una serie de conflictos habituales en un campo particularmente problemático. Aunque los criterios aplicados no siempre son del todo claros y uniformes, cabe deducir algunas pautas generales que, además, pueden en muchos casos exportarse y ser aplicadas no sólo en el caso del comité intercentros, sino también en lo que se refiere al funcionamiento de los comités de empresa ordinarios, como de hecho sucede, según se verá en un apartado posterior. Una primera e importante apreciación es que negar la participación en las reuniones al representante de un sindicato con derecho a ello supone vulneración de la libertad sindical³⁹. Además, resulta nula la reunión del comité intercentros celebrada sin respetar el número de representantes de cada sindicato que lo componen, por haberse impedido a uno de ellos integrarse en el comité, reuniendo los requisitos al efecto⁴⁰. De otra parte, varias decisiones se refieren al funcionamiento del comité no sólo en pleno, sino también en comisiones, siendo la composición de estas, con inclusión de unos sindicatos y exclusión de otros, terreno propicio para el conflicto intersindical. La jurisprudencia admite que la composición de las comisiones no tiene que respetar siempre y en todo caso el criterio de proporcionalidad en función de los resultados electorales, pues, de ser así, podía llegarse al absurdo de tener que incluir en ellas un número demasiado elevado de representantes que las aproximaría a la composición del plenario y reduciría la operatividad que normalmente se busca con el trabajo en grupos más reducidos⁴¹. Así pues, los sindicatos no tienen nece-

sariamente que contar con representación en todas y cada una de las comisiones que se formen. No obstante lo anterior, la composición de las comisiones no puede diseñarse con el propósito o el efecto de excluir por completo a las minorías⁴². Por lo demás, cabe distinguir según el tipo de comisión de que se trate y las funciones que tenga atribuidas. Así, deberá observarse estrictamente la proporcionalidad en función de resultados electorales cuando se desarrollen funciones negociadoras o decisorias⁴³, pero no necesariamente en caso de funciones meramente administrativas, interpretativas o preparatorias, o bien sujetas en último término a la decisión del pleno⁴⁴. Finalmente, también se ha esclarecido que no es aplicable en el caso del comité intercentros la previsión del artículo 10.3 de la Ley orgánica de libertad sindical, conforme a la que los delegados sindicales tienen derecho de asistir, con voz pero sin voto, a las reuniones del comité de empresa, sin perjuicio de que tal derecho pueda concederse en el convenio colectivo correspondiente⁴⁵.

En lo relativo a las competencias y facultades de los comités intercentros, habrá que estar a lo que disponga el convenio colectivo por el que se crean, teniendo en cuenta que legalmente se precisa, además, que “no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo que acuerde su creación” (art. 63.3, último párrafo). Con ello, parece haberse querido resolver la problemática de la distribución de las respectivas competencias entre los comités de centro y el intercentros, con una solución abierta a la negociación colectiva, pero también con una cláusula legal de cierre que denota una posición favorable a las unidades descentralizadas, y de reticencia hacia el órgano establecido al nivel de toda la empresa⁴⁶. No obstante, la jurisprudencia ha venido a

flexibiliza la aplicación de la proporcionalidad para la composición del plenario, dando cabida a razones de operatividad y dimensión empresarial.

⁴² Sentencia TS 24 diciembre 1993, r. 1006/1992.

⁴³ Sentencia TS 24 diciembre 1993, r. 1006/1992.

⁴⁴ Sentencia TS 16 mayo 1994, r. 3086/1992.

⁴⁵ Sentencia TS 6 octubre 2001, r. 4358/2000.

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La representación de los trabajadores a nivel de empresa”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 1993, pp. 5-6.

2006, pp. 1446-1450.

³⁸ Sentencia TS 7 mayo 2007, r. 154/2005.

³⁹ Sentencia TS 29 abril 2014, r. 58/2013.

⁴⁰ Sentencia TS 861/2017 de 6 noviembre.

⁴¹ Incluso, en Sentencia TS 16 junio 2014, r. 175/2013, se

flexibilizar en cierta medida la aplicación de esa regla aparentemente tan taxativa. En efecto, pese a que tal vez la finalidad de aquella previsión era precisamente preservar las atribuciones de la representación de centro de trabajo frente a una eventual “usurpación” de competencias por parte del comité intercentros, lo cierto es que se ha admitido que este último pueda sustituir a los respectivos comités de empresa o delegados de personal en todas aquellas cuestiones que trasciendan del interés particular de un concreto centro de trabajo o establecimiento, por ejemplo, en la adopción de acuerdos sobre distribución irregular de jornada y calendario laboral llamados a desplegar efectos generales sobre toda la empresa en su conjunto⁴⁷.

De otra parte, el convenio colectivo puede atribuir al comité intercentros la condición de sujeto legitimado para la negociación colectiva en el nivel de empresa⁴⁸. Pero, además, aun cuando tal facultad no haya sido recogida previamente de modo expreso en el convenio colectivo, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido a establecer una suerte de presunción a favor de dicha legitimación del comité intercentros para la negociación de ámbito empresarial⁴⁹. Adicionalmente, se ha entendido que el comité intercentros puede negociar para toda la empresa en su conjunto, que será lo más normal, pero también para una parte significativa de esta, con exclusión de otros centros, sin que ello comporte necesariamente extralimitación en sus funciones, ni quiebra de las reglas de legitimación o de las exigencias de correspondencia con respecto al ámbito para el que se negocia⁵⁰. En cualquier caso, la legitimación para la negociación colectiva de empresa en nuestro sistema es dual, estando habilitadas al efecto tanto la representación unitaria como las secciones sindicales, pudiendo los interlocutores optar libremente por cualquiera de las dos posibilidades, y no siendo aceptable que pretenda arrogársela en exclusiva el comité intercentros. Ahora bien, dicha doble legitimación, unitaria y sindical, no es acumulativa, sino alternativa y exclu-

yente, de suerte que no es posible la negociación de un convenio de empresa por las dos representaciones al mismo tiempo. En este sentido, iniciada la negociación con las secciones sindicales a instancia de la empresa, no puede después injerirse el comité intercentros con la finalidad de alterar las mayorías en la parte social, pues ello es lesivo de la libertad sindical de las secciones perjudicadas por esta clase de maniobras⁵¹.

4. ELECCIÓN, MANDATO REPRESENTATIVO Y REVOCACIÓN DE LOS REPRESENTANTES UNITARIOS

Los procesos de elección y revocación de los representantes unitarios también han tenido alguna presencia en las decisiones del Tribunal Supremo. Un primer aspecto al que se ha referido su doctrina es el relativo a la delimitación del correspondiente cuerpo electoral, a partir de lo dispuesto en el artículo 69 del Estatuto de los trabajadores. Aunque según este precepto los delegados de personal y los miembros del comité de empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo (art. 69.1 ET), hay que tener en cuenta que la condición de electores corresponde a los trabajadores mayores de dieciséis años con al menos un mes de antigüedad en la empresa, y la de elegibles únicamente a trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad (art. 69.1 ET). La jurisprudencia explicita asimismo que no pueden ser considerados ni electores ni elegibles los “prejubilados”, cuya relación laboral con la empresa se encuentra ya extinguida, por más que pudieran verse afectados por algunas de las decisiones negociadas por las representaciones unitarias con la empresa (mejoras voluntarias de protección social, beneficios sociales, ventajas particulares para antiguos empleados, etc.)⁵².

⁴⁷ Sentencias TS 7 abril 2004, r. 28/2003.

⁴⁸ Sentencia TS 9 diciembre 2004, r. 35/2004.

⁴⁹ Sentencia TS 25 julio 2000, r. 509/2000.

⁵⁰ Sentencia TS 23 septiembre 2003, r. 142/2002.

⁵¹ Sentencia TS 8 octubre 2009, r. 161/2007.

⁵² Sentencia TS 1 junio 2004, r. 128/2003.

Un segundo aspecto tratado por la jurisprudencia es el relativo a la promoción de elecciones. Conforme al artículo 67.1 del Estatuto de los trabajadores, “podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario”⁵³. No obstante, tal previsión debe complementarse sistemáticamente en atención a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley orgánica de libertad sindical, donde, adicionalmente, se atribuye la facultad de promoción de elecciones a los sindicatos más representativos de comunidad autónoma, en el territorio que les es propio, y también a las organizaciones sindicales que hayan obtenido previamente el 10 por 100 o más de representantes unitarios en un ámbito territorial y funcional específico, dentro de ese concreto espacio. La consiguiente pluralidad de entidades capacitadas para promover el proceso electoral plantea el problema de concurrencia de diversos preavisos de elecciones por parte de sujetos distintos en un mismo ámbito. Tal problema cuenta con expresa solución legal, considerándose válida “la primera convocatoria registrada” (art. 67.2 ET), según un criterio de prioridad temporal que ha sido aplicado por el Tribunal Supremo en la resolución de alguna controversia⁵⁴. No obstante, esa preferencia del preaviso anterior en el tiempo se aplica “excepto en los supuestos en los que la mayoría sindical de la empresa o centro de trabajo con comité de empresa haya presentado otra fecha distinta, en cuyo caso prevalecerá esta última” (asimismo, art. 67.2 ET). A mayor abundamiento, nuestro alto Tribunal ha indicado que del párrafo tercero del artículo 67.2 del Estatuto de los trabajadores y del artículo 2.3 del Real Decreto 1844/1994 “se deriva que tiene preferencia la convocatoria electoral promovida por la mayoría sindical, [...] que se da, incluso, cuando el acuerdo mayoritario es posterior”⁵⁵.

La literalidad del artículo 62.1 ET, conforme al que “podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran estos por mayoría”, ha dado lugar a un problema particular relacionado con la promoción de elecciones. Al configurarse la elección de delegado de personal como opcional y reservada a la aprobación mayoritaria por los propios trabajadores del centro, se planteaban dudas sobre la licitud de la promoción efectuada “desde fuera” por el sindicato, sin una previa decisión expresa en tal sentido de los empleados concernidos. Corrigiendo doctrina judicial en sentido contrario, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional entendieron que no es posible invalidar el preaviso sindical de elecciones en estos casos por la razón apuntada de falta de una decisión mayoritaria adoptada previamente por los trabajadores en asamblea, pues ello comportaría una vulneración de la libertad sindical, al venir a despojar a los sindicatos de la facultad de promoción de elecciones que les atribuye el artículo 6 de la Ley orgánica de libertad sindical en los centros de pequeñas dimensiones. Así, la única interpretación constitucionalmente admisible es que “el requisito de la decisión mayoritaria previsto en el art. 62.1 LET, inciso 2º, es imprescindible, sí, pero, en el aspecto temporal, puede ser anterior o posterior a la promoción de las elecciones y, en el terreno formal, puede ser expresa o tácita, siendo de destacar como supuesto claro de decisión tácita el de la participación de la mayoría de los trabajadores en la votación”⁵⁶.

Cuestión dudosa era si la empresa, en caso de promoverse la celebración de elecciones por sujeto no legitimado o faltando los requisitos que condicionarían la validez del proceso, puede negarse a su celebración y obstaculizar su desarrollo, o viene obligada a consentirlo y facilitarlo, sin perjuicio de impugnarlo ante los órganos jurisdiccionales. Al respecto, el Tribunal Supremo responde optando por la

⁵³ Asimismo, arts. 2, 3 y 4 del 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.

⁵⁴ Sentencia TS 11 abril 1991, r. 1033/90.

⁵⁵ Sentencia TS 2 junio 2008, r. 100/2007.

⁵⁶ Sentencia TC 36/2004. En el mismo sentido, Sentencias TC 62/2004, 64/2004, 66/2004, 103/2004, 175/2004, 60/2005, 70/2006, y 71/2006. Asimismo, Sentencia TS 10 marzo 2004, r. 2/2003. GUERRERO PADRÓN, T., “La doctrina jurisprudencial sobre elecciones sindicales en las microempresas”, cit., pp. 123-144.

primera interpretación: “ante una promoción de elecciones manifiestamente ilegal, es lícita la oposición empresarial a la celebración de las mismas, sin que pueda estimarse que lesiona la libertad sindical la conducta de la empresa que no facilita la celebración de elecciones, sino que obstaculiza el proceso electoral y se opone al mismo por no adaptarse su iniciación a los requisitos legales y reglamentarios que condicionan su validez, pues, cual establece el artículo 67-2 del Estatuto de los Trabajadores y corrobora el artículo 4 del Reglamento Electoral aplicable, aprobado por el RD 1844/1994, de 9 de septiembre, el incumplimiento de determinados requisitos establecidos en el citado artículo 67-1 y en los artículos 1 y 2 del Reglamento conlleva la falta de validez del proceso electoral, lo que hace lógico que la empresa se oponga al mismo cuando el proceso nace viciado de nulidad por no adaptarse a las normas que lo regulan”⁵⁷. Las circunstancias en que esto puede suceder se ilustran en el caso resuelto al señalar que “la recurrente no estaba legitimada, [...] para promover elecciones en centros de trabajo de nueva creación, [...] pues o se refería a un centro de trabajo inexistente o se instaba por quien no estaba legitimado para promoverlo, razón por la que objetiva y legalmente estaba fundada la oposición de la empresa a que se celebraran elecciones que carecerían de validez”, añadiéndose además que existía un acuerdo mayoritario entre las organizaciones sindicales para la promoción generalizada de elecciones con un calendario distinto, lo que justificaría no atender a al preaviso electoral minoritario y posterior en el tiempo”⁵⁸.

Expresamente señala la ley que “los sindicatos con capacidad de promoción de elecciones tendrán derecho a acceder a los registros de las Administraciones Públicas que contengan datos relativos a la inscripción de empresas y altas de trabajadores, en la medida necesaria para llevar a cabo tal promoción en sus respectivos ámbitos.” (art. 67.1 ET). Una vez que la elección ya ha sido promovida, se imponen a la empresa ciertas obligaciones de hacer para facilitar su desarrollo. Así, “cuando se trate de elecciones a delegados de perso-

nal, el empresario [...] remitirá a los componentes de la mesa electoral el censo laboral, que se ajustará, a estos efectos, a modelo normalizado” (art. 74.2 ET). Por otra parte, “cuando se trate de elecciones a miembros del comité de empresa, constituida la mesa electoral solicitará al empresario el censo laboral y confeccionará, con los medios que le habrá de facilitar este, la lista de electores” (art. 74.3 ET). Estas previsiones han sido objeto de interpretación estricta, negando la obligación de la empresa de publicitar el preaviso electoral y proporcionar los censos a los sindicatos que han promovido o tienen intención de promover elecciones. Se señala que “la empresa no tiene obligación alguna de publicar el preaviso de elecciones, pues su obligación al respecto se limita, tal como resulta del artículo 74 del Estatuto de los Trabajadores, a dar traslado en plazo de siete días, a los trabajadores que deban constituir la mesa electoral y a los representantes de los trabajadores, de la comunicación hecha por los promotores de su propósito de celebrar elecciones, poniéndolo simultáneamente en conocimiento de los promotores”. Asimismo, que “el artículo 74 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario, si se trata de elecciones a Delegados de personal, la obligación de remitir a los componentes de la mesa electoral el censo laboral, que deberá ajustarse al modelo normalizado, siendo función de la mesa electoral hacer público a los trabajadores dicho censo”; o bien, según ese mismo artículo, “en el supuesto de que se trate de elecciones a miembros del Comité de empresa, constituida la mesa electoral, ésta solicitará al empresario el censo laboral, quien habrá de facilitarlo, procediendo la mesa a confeccionar la lista de electores y a hacerla pública en los tablones de anuncios, mediante su exposición durante un tiempo no inferior a setenta y dos horas”. Se concluye pues que, “de tal precepto no resulta obligación alguna del empresario de facilitar el censo laboral a los promotores de las elecciones”⁵⁹.

⁵⁹ Sentencia TS 20 mayo 2008, r. 84/2007. Asimismo, con más parca argumentación, la Sentencia TS 8 abril 2010, r. 76/2009, considera que no es obligación de la empresa constituir la mesa electoral ni proporcionar al sindicato promotor el censo laboral.

⁵⁷ Sentencia TS 2 junio 2008, r. 100/2007.

⁵⁸ Asimismo, Sentencia TS 2 junio 2008, r. 100/2007.

De todas formas, también se ha señalado que es lícito un acuerdo sobre el desarrollo de elecciones en la empresa en el que se prevé que el censo se entregará no sólo a las mesas, sino también a los sindicatos, lo que no resulta contrario a los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales⁶⁰. Además, estos derechos tampoco impiden darle al censo una mayor difusión o publicidad que mera la exposición en el tablón de anuncios legalmente exigida⁶¹. De otro lado, con criterio más expansivo que algunas decisiones anteriores, una sentencia declara nula la decisión de la comisión mixta de un convenio de negar la entrega de una copia del censo electoral a todos los sindicatos concurrentes a las elecciones, sustituyéndola por su depósito en la secretaría de la sede de aquella, en contra de lo que hasta entonces había sido la práctica habitual⁶². En cualquier caso, una vez promovidas las elecciones, los empleadores -de naturaleza privada o pública- tienen la obligación de permitir la constitución de las mesas electorales y entregarles el censo laboral (art. 74.2 y 3 ET), y la negativa a proporcionarlo puede comportar vulneración de la libertad sindical. Así, por ejemplo, la Administración General del Estado ha sido condenada por lesión de dicho derecho fundamental, al haberse negado de modo contumaz a entregar los censos para la realización de las elecciones para constituir la representación unitaria correspondiente a su personal laboral en el exterior⁶³.

En otro orden de cosas, se ha aclarado que la fecha de referencia en la que queda fijado el censo a tomar en consideración es la del preaviso de elecciones, y no la de constitución de mesa electoral⁶⁴. En cuanto a su ordenación, como dispone el artículo 71.1 del Estatuto de los trabajadores, “en las empresas de más de cincuenta trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados”. Se trata de una regla general que admite adaptación “por convenio colecti-

vo, y en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa”, pudiendo establecerse “un nuevo colegio” a tal fin. Sin embargo, no es posible lo contrario, es decir, unificar el censo en un solo colegio, pues el Tribunal Supremo ha declarado que la constitución de, al menos, dos colegios electorales en las empresas de más de cincuenta trabajadores constituye un mandato imperativo no susceptible de ser alterado por el convenio colectivo mediante la imposición de un colegio único⁶⁵.

Se ha considerado tiempo de trabajo efectivo y remunerado el dedicado por los trabajadores al desempeño de las funciones propias de su condición de miembros de las mesas electorales, si bien se deniega el derecho a retribución como horas extraordinarias o descanso compensatorio del tiempo invertido que exceda de la jornada laboral ordinaria, aun cuando esa prolongación venga dada por la necesidad de atender la votación en varios turnos⁶⁶. En los casos en que los trabajadores no presten su actividad en un mismo lugar fijo con carácter habitual, el acto de la votación podrá efectuarse a través de una mesa electoral itinerante, que se desplazará a para facilitar la votación de dichos empleados (art. 7 del Real Decreto 1844/1994). A propósito de ello, se ha esclarecido que no vulnera la ley un acuerdo en el que se prevé que las mesas itinerantes procedan a efectuar un recuento previo de los votos emitidos en ellas, con la exclusiva finalidad de allanar el escrutinio global y definitivo, cuando dicho recuento preliminar está previsto que se realice una vez cumplido el horario de la votación y terminada ésta, sin incidencia en el secreto del voto ni en el resultado del resto de las mesas, y, en último término, se encuentra sometido a la supervisión definitiva de la mesa central⁶⁷.

En relación con la conclusión del proceso electoral, tal y como legalmente se establece, la atribución de resultados se hará a favor de las personas más votadas, de acuerdo con un sistema mayoritario puro, en el caso de los delegados de personal (art. 70 ET), y median-

⁶⁰ Sentencia TS 27 septiembre 2007, r. 78/2006.

⁶¹ Asimismo, Sentencia TS 27 septiembre 2007, r. 78/2006.

⁶² Sentencia TS 19 junio 2012, r. 120/2011.

⁶³ Sentencia TS 17 diciembre 2013, r. 109/2012.

⁶⁴ Sentencia TS 1059/2017 de 21 diciembre.

⁶⁵ Sentencia TS 760/2018 de 12 julio.

⁶⁶ Sentencia TS 24 septiembre 2008, r. 103/2007.

⁶⁷ Sentencia TS 30 mayo 2007, r. 56/2006.

te el sistema de representación proporcional de las listas cerradas, según el respectivo respaldo obtenido, en lo relativo al Comité de empresa (art. 71 ET). Esa atribución proporcional de resultados a cada lista no varía por el cambio de afiliación de los representantes posterior a la elección⁶⁸. Tampoco puede ser alterada por las fusiones entre sindicatos posteriores al proceso electoral⁶⁹. Finalmente, las reclamaciones en materia electoral se resuelven mediante un sistema arbitral (art. 76 ET)⁷⁰, habiéndose precisado por el Tribunal Supremo los requisitos en cuanto a la representatividad sindical necesaria para participar en la designación de los árbitros llamados a resolver estas disputas. En este sentido, podrán participar en la designación de árbitros en cualquier ámbito funcional y territorial, o para todos ellos en su conjunto, los sindicatos más representativos, o los sindicatos más representativos de comunidad autónoma, en su ámbito territorial propio. Mientras que los sindicatos con un 10 % de representatividad en un ámbito funcional y territorial específico, pero que carecen de la mayor representatividad, podrán participar en el nombramiento de árbitros allí donde cuentan con esa suficiente representatividad, pero no para el conjunto de sectores de actividad⁷¹.

Tal y como se establece en el artículo 67 del Estatuto de los trabajadores, los representantes unitarios ostentan un mandato representativo cuya duración será de 4 años, entendiéndose que se mantienen en funciones en el ejercicio de sus atribuciones y provistos de las garantías propias de su condición hasta tanto no se hubieren promovido o celebrado nuevas elecciones⁷². Ahora bien,

ese ejercicio de la representación en funciones termina en todo caso con la celebración de un nuevo proceso electoral y la consiguiente recomposición de los órganos de representación, sin que la renovación pueda quedar paralizada por la simple impugnación de las elecciones, lo que no las invalida *per se*, pues tal consecuencia únicamente podrá producirse con el pronunciamiento del órgano competente al efecto⁷³. Cabe entender que el mandato representativo cesa, perdiéndose la condición de representante, por diversas causas como muerte del representante, baja en la empresa, expiración del mandato y constitución de la nueva representación tras las elecciones, dimisión o revocación decidida por los trabajadores representados (art. 67.3 ET)⁷⁴, aunque hubiera sido deseable una regulación más precisa de las causas y formas de su extinción⁷⁵. En cambio, no se pierde la condición de representante por cambio de afiliación a una organización sindical distinta, pues la función representativa se entiende atribuida a las concretas personas electas, y no a disposición de la organización bajo cuyas siglas hubieran concurrido al proceso electoral⁷⁶. Tampoco se extingue ni se suspende el mandato representativo por incapacidad temporal del representante. En esta situación, el representante se mantiene en el ejercicio de sus funciones -que podrá seguir desarrollando en la medida en que su estado se lo permita- y en el disfrute de las prerrogativas y garantías inherentes, sin que la empresa pueda negarle el acceso al centro de

⁷³ Sentencia TS 404/2016 de 11 mayo.

⁷⁴ MELLA MÉNDEZ, L., "Composición, promoción de elecciones y mandato electoral del comité de empresa", *REDT*, n. 100, Tomo II, 2000, pp. 1304-1316; PALOMO VÉLEZ, R. I., "La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores", cit., pp. 664-678; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "El mandato de los representantes de los trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 723-733.

⁷⁵ SALA FRANCO, T., "La representación de los trabajadores en la empresa", *Relaciones Laborales*, n. 15-16, 1990, p. 49.

⁷⁶ Sentencia TS 18 septiembre 1989. No obstante, se trata de un tema en el que ha habido distintas posiciones doctrinales, y en el que cabría introducir matices o precisiones legales, como se expone en VALLE MUÑOZ, F. A., "El cambio de afiliación sindical del representante unitario y su problemática jurídico-laboral", cit., pp. 1432-1437.

⁶⁸ Sentencia TS 21 octubre 1997, r. 423/1996. VALLE MUÑOZ, F. A., "El cambio de afiliación sindical del representante unitario y su problemática jurídico-laboral", cit., pp. 1430-1437.

⁶⁹ Sentencia TS 14 mayo 2002, r. 1237/2001.

⁷⁰ CRISTÓBAL RONCERO, M. R., "Las reclamaciones en materia electoral", *REDT*, n. 100, Tomo II, 2000, pp. 1383-1400.

⁷¹ Sentencia TS 17 junio 2002, r. 502/1999.

⁷² BRIONES GONZÁLEZ, C., "La duración del mandato representativo de los representantes del personal en los órganos de representación unitaria en la empresa", *Relaciones Laborales*, n. 23, 1992, pp. 12-28; PALOMO VÉLEZ, R. I., "La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores", *REDT*, n. 147, 2010, pp. 661-695.

trabajo justificándolo en la baja por enfermedad del trabajador⁷⁷.

De entre las causas legales de cese, probablemente las más conflictivas sean la dimisión y la revocación. Respecto de la dimisión, la jurisprudencia ha precisado que no surte efectos hasta su comunicación al empresario, a la administración y a los trabajadores representados, con publicación en el tablón de anuncios (en los términos del art. 67.5 ET), manteniéndose entretanto el disfrute de las garantías inherentes al ejercicio de la función representativa, que son oponibles frente a sanciones o despidos durante ese periodo⁷⁸. En cuanto a la revocación de los representantes, esta sólo podrá hacerse “por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de estos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto” (art. 67.3 ET). La referencia literal a la revocación a instancia de “los electores” se debe interpretar en el sentido de que la asamblea revocatoria no ha de convocarse agrupando a la totalidad de la plantilla del centro de trabajo, sino que ha de hacerse por colegios de electores, llamando a tomar la decisión de revocación a aquél por el que el representante fue concretamente elegido⁷⁹. El precepto señala asimismo que “esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses”. Esta prohibición de la revocación durante la elaboración del convenio, según se ha señalado por el Tribunal Supremo, opera desde la comunicación escrita de la parte promotora a la contraparte solicitando el inicio de la negociación⁸⁰. También se aclara que la revocación puede ser parcial o total, alcanzando a uno, a varios o a la totalidad de los representantes, así como a los suplentes o sustitutos, si los trabajadores consideran que la actividad conjunta de todos ellos en sus respectivas funciones es ineficaz o insatisfactoria⁸¹. En otro orden de cosas, la exigencia de comunicación del proceso de revo-

cación a la oficina pública electoral por parte de sus promotores, con diez días de antelación [en los términos del art. 1.1.c) del Real Decreto 1844/1994], no opera como presupuesto de validez de la decisión revocatoria, que resulta efectiva aun cuando este requisito no se acredite cumplido⁸². Asimismo, aunque la presidencia de la asamblea de trabajadores corresponde de ordinario a la representación unitaria, se aclara que los representantes con respecto a los que se pretende la revocación pueden renunciar a presidir la asamblea revocatoria⁸³.

Particularmente controvertida podría ser la incidencia de diversas vicisitudes en la relación laboral o cambios que supongan alteración en la fisonomía de la plantilla o del centro de trabajo sobre el mantenimiento, extinción, variación o recomposición de la representación⁸⁴. El artículo 67.1 del Estatuto de los trabajadores, en su último párrafo, ofrece una solución legal expresada a propósito de ciertas situaciones que pudieran suponer un desajuste entre la estructura o composición de los órganos representativos y el volumen de la plantilla representada. Así, “podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla”. Mientras que, para las “disminuciones significativas de plantilla”, habrá que estar a lo dispuesto en los convenios colectivos, que “podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores” en estos supuestos, o “en su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. De otra parte, el cambio de la titularidad de la empresa no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes, que mantendrán sus funciones, derechos y garantías, siempre que la unidad productiva correspondiente conserve su autonomía, tal y como se desprende de la normativa sobre sucesión de empresa (art. 44 ET y art. 6 de la Directiva 2001/23/CE) y de la jurisprudencia⁸⁵.

⁷⁷ Sentencia TS 8 abril 2006, r. 1365/2005.

⁷⁸ Sentencia TS 26 marzo 1991, r. 1094/90.

⁷⁹ Sentencia TS 27 diciembre 2011, r. 1253/2011.

⁸⁰ Sentencia TS 1 junio 1990.

⁸¹ Sentencia TS 2 octubre 2012, r. 3046/2011.

⁸² Sentencia TS 15 junio 2006, r. 5500/2004.

⁸³ Sentencia TS 19 enero 2004, r. 4179/2002.

⁸⁴ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “El mandato de los representantes de los trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cit., pp. 724-727.

⁸⁵ Sentencias TS 10 diciembre 2013, r. 635/2012 y 12 di-

Más problemático es el caso de los traslados. Aunque no hay previsión legal explícita en la materia, pudiera pensarse que si el representante es trasladado de modo definitivo a un centro distinto de aquel en el que fue elegido y en el que permanecen los electores representados, la adscripción al censo y la conexión representativa se pierden, y sería lógico que se cesase en la condición representativa. Con carácter general, así lo ha entendido la jurisprudencia⁸⁶. Ahora bien, puede suceder que el traslado no sólo afecte al representante, sino a la totalidad o a una parte significativa del centro de trabajo en el que resultó elegido, en cuyo caso quizá no quepa extraer la consecuencia anterior con total automatismo, pues podría tener sentido la preservación del mandato representativo, al menos temporalmente, si se mantiene la identidad de la unidad trasladada y la correspondencia entre representados y representantes. Por lo demás, dar carta de naturaleza sin cortapisas al traslado como causa de extinción de la representación podría abrir la puerta a maniobras empresariales de utilización de las posibilidades de reorganización empresarial con el espurio propósito o efecto de desactivar el ejercicio de la función representativa o mermar sus estructuras, lo que el legislador trata de impedir, por ejemplo, al regular la prioridad de permanencia de los trabajadores, tanto en relación con extinciones o suspensiones de la relación de trabajo [art. 68.b) ET] como específicamente en lo relativo a la movilidad geográfica (art. 40.7 ET). En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que el traslado no supone necesariamente en todo caso, de manera automática, la pérdida de la condición de representante, concluyendo que esta debería mantenerse en un supuesto de traslado de una parte sustancial de la plantilla de un centro de trabajo a un lugar distinto, pero conservándose en gran medida la identidad

de la unidad productiva y de los empleados que la integran⁸⁷.

No obstante, el tema también ha sido abordado por la jurisprudencia constitucional, ofreciendo una solución no del todo coincidente. La sentencia en cuestión aborda un caso en que una compañía traslada su producción, clausurando uno de sus centros y reubicando a sus empleados. Uno de los miembros de la representación unitaria del antiguo centro clausurado reivindica el uso de su crédito horario, a lo que la empresa se opone alegando que, tras la adscripción al nuevo centro y la desaparición del anterior, había dejado de ostentar la condición legal de representante de los trabajadores. El Tribunal Constitucional deniega el amparo considerando que, al no existir una previsión legal o en convenio que garantizase el mantenimiento de la condición de representante legal de los trabajadores tras el cierre de centros laborales y traslado de trabajadores, no puede pervivir tal condición, aun cuando persista la relación laboral entre el empleador y los trabajadores trasladados. De este modo, “a falta de una previsión infraconstitucional (contenido adicional de la libertad sindical) que atribuya expresamente el derecho pretendido”, el cese en el reconocimiento por la empresa de la condición representativa y del derecho al crédito horario a resultados del traslado no resulta contrario al derecho de libertad sindical, siempre que las decisiones empresariales en este proceso de reorganización “no sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley”, lo que no se advierte en el caso de autos⁸⁸. En definitiva, el traslado y la desaparición del centro de trabajo originario comportarían válidamente la extinción del mandato representativo, salvo que pudiera evidenciarse algún componente específico de arbitrariedad o comportamiento antisindical en la actuación de la empresa. Se trata no obstante de una interpretación controvertida, que tal vez hubiera podido introducir matices. Por ejemplo, incorporando la exigencia de hacer una valoración sobre si, tras el traslado, se mantendría o no la iden-

ciembre 2014, r. 11/2012. TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los efectos de la transmisión de empresa sobre el mandato de los representantes los trabajadores: especial referencia a la sucesión de contratos y falta de representación social en el nuevo empleador”, *Revista de Derecho Social*, n. 51, 2010, pp. 99-112; PALOMO VÉLEZ, R. I., “La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores”, cit., pp. 678-683.

⁸⁶ Sentencias TS 1 de junio de 1990; 28 junio 1990, y 379/2017 de 28 abril.

⁸⁷ Sentencia TS 5 diciembre 2013, r. 278/2013.

⁸⁸ Sentencia TC 64/2016, con Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la Magistrada Adela Asua Batarrita.

tividad de la unidad de origen y la correlación representativa entre representante y representados, lo que podría dar sentido a la continuidad del mandato representativo, por lo menos de manera interina, en tanto se producen las elecciones para la designación de nuevos órganos de representación en el centro de destino⁸⁹.

La cuestión reaparece en una sentencia posterior del Tribunal Supremo que, haciendo recepción de la doctrina constitucional que se acaba de comentar⁹⁰, avala la extinción del mandato representativo y la pérdida de la condición de representantes por desaparición de los centros de trabajo en los que aquellos fueron elegidos, pasando los trabajadores de dichos centros a una situación de trabajo a domicilio o teletrabajo, y siendo adscritos a otro centro de trabajo distinto que contaba ya con sus propios representantes, todo ello según lo

⁸⁹ Así se sostiene en el Voto Particular a la Sentencia TC 64/2016 que formula el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la Magistrada Adela Asua Batarrita, y que vale la pena transcribir parcialmente: "[...] durante el período necesario para la nueva designación de la representación de los trabajadores en el centro de destino debe asegurarse el mantenimiento de los derechos de la actividad representativa de los sindicatos por medio de sus representantes. Esta premisa comporta, a los efectos analizados, la continuidad de la condición de representantes unitarios de las personas elegidas en el centro de origen siempre y cuando exista lo que podríamos llamar "coincidencia predominante entre electos y cuerpo electoral", es decir, siempre que no se desnaturalice la representación entre quienes fueron electores y representantes electos y quienes integren la nueva unidad productiva, como en el presente caso acontecía. Solo así se garantiza la dimensión funcional del derecho fundamental cuando no existe órgano de representación constituido en la unidad de destino y concurre, además, aquella coincidencia entre el cuerpo electoral y los representantes electos en los supuestos en los que la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos conserve su autonomía con ocasión de la rearticulación de su estructura orgánica en distintas unidades productivas. Bajo esas circunstancias, debió otorgarse el amparo interesado. En efecto, al centro de Parets del Vallés fueron trasladados, exclusivamente, trabajadores del centro de Palau de Plegamans, donde los recurrentes habían sido elegidos miembros del Comité de empresa en las elecciones de 10 de junio de 2011. Así pues, en tanto se procediera a articular la nueva representación, el vínculo habilitante de la pervivencia del mandato era incuestionable, al no existir trabajadores ajenos al centro de origen que quebraran la representatividad de los recurrentes, rompiendo aquella coherencia entre el cuerpo electoral y los representantes electos".

⁹⁰ Esto es, Sentencia TC 64/2016.

acordado con el comité intercentros en el marco de un procedimiento de despido colectivo y reestructuración empresarial⁹¹. A dicha solución se opone un voto particular discrepante, en el que se estima que se debería haber mantenido la continuidad de los representantes en el ejercicio de sus funciones, toda vez que la adscripción de los trabajadores a otro centro de trabajo se realizó "de un modo, meramente administrativo o de organización interna en la empresa, puesto que la desaparición de tres centros de trabajo y la adscripción de sus trabajadores al centro de trabajo de Madrid no ha implicado modificación geográfica o funcional alguna con respecto a los trabajadores que prestaban servicios en los centros que han sido cerrados". Así las cosas, el paso a la condición de trabajadores a domicilio o teletrabajadores no supondría alteración del substrato objetivo y subjetivo o electoral de al que estaba referida la representación, o del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, de manera que la desaparición de los centros de trabajo originarios no debería haberse considerado como causa suficiente para la finalización del mandato representativo, que hubiera podido subsistir, al menos, hasta la elección de una nueva representación⁹².

En cualquier caso, aun cuando el parecer mayoritario de la Sala se pronuncia a favor de la extinción del mandato representativo y la pérdida de la condición de representantes en el caso de autos, lo hace de una forma matizada, intentando compendiar la doctrina anterior y estructurarla en torno a una regla general con posibles excepciones. Así, como criterio clave, se señala que "la conservación del mandato representativo re-

⁹¹ Sentencia TS 379/2017 de 28 abril. DE LAS HERAS GARCÍA, A., "La adscripción del teletrabajador y la representación legal de los trabajadores: Una asignatura pendiente (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 379/2017, de 28 de abril)", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 413-414, 2017, pp. 202-207; GARCÍA CAMPÁ, S., "La noción de centro de trabajo ¿varía según se constituya o extinga la representación legal de los trabajadores?: El caso de los teletrabajadores", *NREDT*, n. 202, 2017, pp. 289-310.

⁹² Voto Particular que formula la Magistrada Doña Rosa María Viroles Piñol. En esa línea se manifiesta también GARCÍA CAMPÁ, S., "La noción de centro de trabajo ¿varía según se constituya o extinga la representación legal de los trabajadores?: El caso de los teletrabajadores", cit., pp. 299-305.

quiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes”. De ello se deriva, como regla general, “que el mantenimiento de la condición de miembro del comité de empresa requiere de la subsistencia del centro de trabajo para el que se fue elegido”, de manera que “la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”⁹³. Ahora bien, tal regla general admite excepciones, configuradas del siguiente modo: “en primer lugar, la prevista legalmente en los supuestos de transmisión de empresa en que el centro de trabajo quede afecto a una transmisión empresarial y desaparezca, pero mantenga su autonomía, supuesto en el que la propia norma -artículo 44.3 ET- determina el mantenimiento de la representación”; “en segundo lugar, cuando el cierre obedece a un fraude de ley o a una maquinación que tengan por objeto el cierre del centro para conseguir, precisamente, la finalización *ante tempus* del mandato representativo de los trabajadores”; por último, “en tercer lugar, en el supuesto [...] en el que parte de los representantes del centro donde fueron elegidos fue trasladado a otro centro, situado en la misma localidad, al que fue trasladada también parte de la plantilla, centro que no tenía representantes de los trabajadores”, y en el que “la Sala admitió que los representantes pudieran mantener su representación, pero hasta que se promovieran nuevas elecciones o concurriese una causa legal de extinción”⁹⁴. En definitiva, el Tribunal Supremo deja así sentada una importante doctrina según la cual el traslado del representante o la desaparición del centro de trabajo originario entrañarán normalmente el cese en la función representativa, pero sin que sea siempre así necesariamente, en la medida en que se identifican distintos supuestos de mantenimiento de aquella, atendiendo a la posible pervivencia de la correlación entre representantes y representados, e incluso al escrutinio sobre posibles maquinaciones empresariales

⁹³ Como precedentes en este sentido, se citan las Sentencias TS 1 de junio de 1990, y 28 junio 1990. Asimismo, Sentencia TC 64/2016.

⁹⁴ Este es el sentido de la Sentencia TS 5 diciembre 2013, r. 278/2013.

tendientes a desmembrar la representación de los trabajadores⁹⁵.

5. ATRIBUCIONES Y FUNCIONAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN UNITARIA

La representación unitaria cuenta con un amplísimo abanico de competencias que, como cabría esperar, ha dado lugar a una multitud de sentencias del Tribunal Supremo. En una panorámica general y sin ánimo de exhaustividad, cabría señalar que nuestro Alto Tribunal ha tratado de los derechos de información, consulta y codecisión de los representantes a propósito de las siguientes materias⁹⁶: situación económica de la empresa⁹⁷; contratos celebrados y entrega de copia básica⁹⁸; subcontratación, precisándose que la información a transmitir comprende la referente al número de trabajadores ocupados en la empresa en relación con las empresas contratistas y subcontratistas, así como a las asistencias técnicas y encomiendas de gestión concertadas, pero no la concerniente a la identidad de los trabajadores, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato y categoría profesional⁹⁹; jornada y horas extraordinarias¹⁰⁰; calendario laboral, que requiere para ser válido el informe previo de la representación¹⁰¹; planes de igualdad¹⁰²; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo¹⁰³; suspensiones colectivas de los

⁹⁵ Sentencia TS 379/2017 de 28 abril. GARCÍA CAMPÁ, S., “La noción de centro de trabajo ¿varía según se constituya o extinga la representación legal de los trabajadores?: El caso de los teletrabajadores”, cit., pp. 289-310.

⁹⁶ Para un balance de la jurisprudencia sobre este específico campo, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El alcance de la interpretación jurisprudencial más reciente en materia de los derechos de información previstos en el artículo 64 ET”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 734-751.

⁹⁷ Sentencia TS 9 octubre 2015, r. 322/2014.

⁹⁸ Sentencia TS de 11 diciembre 2003, r. 63/2003.

⁹⁹ Sentencia TS 20 junio 2012, r. 176/2011.

¹⁰⁰ Sentencias TS de 11 diciembre 2003, r. 63/2003, y 25 abril 2006, r. 147/2005.

¹⁰¹ Sentencia TS 18 noviembre 2014, r. 2730/2013.

¹⁰² Sentencia TS 832/2018 de 13 septiembre.

¹⁰³ Sentencias TS 22 noviembre 2010, r. 19/2010; 9 junio 2015, r. 143/2014; 816/2016 de 5 octubre; 342/2017 de 21 abril, y 670/2018 de 26 junio.

contratos de trabajo¹⁰⁴; reestructuraciones de plantilla y ceses¹⁰⁵; extinción de contratos por causas objetivas¹⁰⁶; despidos colectivos¹⁰⁷; asimismo, sanciones disciplinarias¹⁰⁸.

En lo que se refiere al ámbito en el que han de ejercitarse las competencias reconocidas y sobre el que cabe proyectar la acción de los representantes, la interpretación del Tribunal Supremo ha sido bastante rígida, tendiendo a circunscribirla de modo muy riguroso al ámbito concreto en el que los órganos de representación resultaron elegidos, normalmente cada centro de trabajo singularmente considerado. Tal es el caso de la facultad de “ejercer acciones administrativas o judiciales”, dentro del “ámbito de sus competencias” (art. 65.1 ET), lo que la jurisprudencia ha entendido de manera estricta, esto es, como impedimento a que se lleven adelante aquellas cuyos efectos pudieran trascender más allá del centro de trabajo al que corresponde la representación. Así, es doctrina reiterada la que declara la falta de legitimación de la representación unitaria de centro de trabajo para ejercitar acciones de conflicto colectivo a propósito de la interpretación y aplicación de convenios colectivos, aun los del nivel de empresa, cuyo ámbito de aplicación trasciende del centro de trabajo al que pertenece la representación accionante, afectando también a otros centros¹⁰⁹.

La rigidez también puede apreciarse en la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo a propósito de algunas reglas legales de irradiación de las competencias de la representación unitaria de los trabajadores más allá del ámbito en que fue elegida. Así ha sucedido, concretamente, en relación con las

previsiones que a tal efecto contiene la legislación de las ETT, y en particular a propósito de la acción ejercitada por el comité de una empresa usuaria en defensa de la igualdad de trato a los trabajadores en misión cedidos por una ETT, en lo relativo a los descansos durante la jornada y su consideración como tiempo de trabajo efectivo y remunerado¹¹⁰. En este litigio, a partir de una interpretación restrictiva de la referencia del precepto legal a las “reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral”, se concluye que el comité de empresa de la usuaria carece de legitimación activa para ejercitar la acción a favor de los trabajadores de la ETT, por considerar que “las cuestiones relativas al sistema retributivo de los trabajadores en misión deben ventilarse con la empresa de trabajo temporal y no con la empresa usuaria”¹¹¹. La solución es cuestionable, de entrada, porque la reclamación no se refería al “sistema retributivo”, sino más bien al disfrute de los descansos (aunque también, pero no exclusivamente, a su carácter remunerado o no). Pero, sobre todo, porque tiende a socavar el efecto extensivo del radio de acción de la actividad representativa pretendido por el legislador.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre algunos aspectos relativos al funcionamiento orgánico de la representación unitaria, esclareciendo o complementando las reglas legales sobre la materia. Con respecto a los delegados de personal, la ley señala que estos “ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos” (art. 62.2 ET)¹¹². Esta regla

¹⁰⁴ Sentencias TS 27 mayo 2015, r. 160/2014; 16 septiembre 2015, r. 139/2014, y 747/2018 de 11 julio.

¹⁰⁵ Sentencias TS 626/2017 de 13 julio, y 292/2018 de 14 marzo.

¹⁰⁶ Sentencia TS 569/2017 de 29 junio; 844/2017 de 25 octubre, y 1023/2017 de 19 diciembre.

¹⁰⁷ Sentencias TS 19 noviembre 2014, r. 183/2014; 20 noviembre 2014, r. 114/2014; 1073/2016 de 20 diciembre, y 872/2017 de 14 noviembre.

¹⁰⁸ Sentencia TS 17 mayo 1988.

¹⁰⁹ Sentencias TS 30 septiembre 2008, r. 90/2007; 2 julio 2012, r. 2086/2011; 257/2018 de 7 marzo, y 934/2018 de 25 octubre.

¹¹⁰ La situación de fondo que se planteaba era que los trabajadores directamente contratados por la usuaria Fujitsu tenían derecho a un descanso de 15 minutos para el bocadillo y de cuatro periodos de 10 minutos durante la jornada, todos ellos computables y retribuidos como tiempo de trabajo. Por el contrario, los 32 trabajadores puestos a disposición por una ETT, si bien gozan del descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo y remunerado como tal, no sucedía lo mismo con los otros periodos de 10 minutos durante la jornada, de los que disfrutaban sólo dos (por los cuatro de los trabajadores de la usuaria) que ni computaban ni se remuneraban como tiempo de trabajo efectivo.

¹¹¹ Sentencia TS 9 julio 2012, r. 2563/2011.

¹¹² BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R., “La actuación mancomunada de los delegados de personal en el Estatuto de los Traba-

ha sido objeto de crítica doctrinal, al dar pie a entender que las actuaciones requerirían la adopción de los acuerdos correspondientes por unanimidad, y no por el método más simple y operativo de la decisión por mayoría¹¹³. No obstante, no sólo por evidentes razones de operatividad, sino también con fundamento en la interpretación sistemática de este marco normativo, y reparando -entre otras cosas- en la opción legal de instituir los delegados siempre en número impar (uno o tres), cabe defender con solidez la aplicabilidad del criterio de decisión mayoritaria, al que apuntan implícitamente diversas previsiones legales¹¹⁴. En cualquier caso, de la referencia legal al ejercicio mancomunado de la representación se ha deducido por la jurisprudencia que la interposición de demanda frente a la empresa en representación del conjunto de la plantilla requiere el concurso de todos los delegados, y que, en caso de ser tres delegados, no podría uno solo de ellos ejercitar acciones judiciales en nombre de todos los trabajadores¹¹⁵. En relación con el comité de empresa, también se aclara que su representación en el ejercicio de acciones judiciales y la defensa de sus derechos y atribuciones legales, como por ejemplo a propósito de la puesta a disposición de un local para sus actividades (art. 81 ET), corresponde, en principio, al órgano colegiado como tal (art. 65.1 ET), y no a cada una de las diferentes organizaciones sindicales allí representadas tomadas por separado, que carecerán de legitimación activa al efecto, salvo que expresamente se haya delegado en ellas para esa finalidad¹¹⁶.

Una de las cuestiones más litigiosas en el terreno del funcionamiento del comité de empresa es la del establecimiento en su seno de delegaciones y comisiones en las que no se incorpora a todas las organizaciones representadas en el pleno. En un primer momento, el Alto

Tribunal entendió que la composición de las comisiones, como la del pleno, debía responder estrictamente a la regla de proporcionalidad de acuerdo con los resultados electorales obtenidos en las elecciones¹¹⁷. Sin embargo, con criterio más flexible abierto a considerar la mayor operatividad del trabajo en grupos más reducidos, se evolucionó posteriormente hacia una aplicación matizada de la exigencia de proporcionalidad. De una parte, entendiendo que la proporcionalidad debe observarse más estrictamente en las comisiones que desarrollen funciones de negociación con la empresa o decisorias, pero no resulta tan necesaria en relación con las comisiones o grupos de trabajo que simplemente lleven a cabo tareas administrativas, técnicas o preparatorias, o cuya actuación quede supeditada a la supervisión o aprobación final por el pleno¹¹⁸. De otra parte, poniendo de relieve que lo más importante no es la búsqueda de una proporcionalidad matemática, que a veces es difícil de lograr, sino que, desde una perspectiva general, la formación de la voluntad del órgano en la adopción de decisiones refleje las preferencias de los representados constatadas en el proceso electoral, excluyendo la arbitrariedad, y también la marginación injustificada de las minorías¹¹⁹. Desde otro punto de vista, también se ha considerado admisible la elección de delegados y miembros de comisiones por mayoría simple, en votación celebrada en el pleno y según lo previsto en el reglamento de funcionamiento interno del comité, siendo legítima la exclusión de un sindicato minoritario resultante de tal procedimiento de designación¹²⁰. Por lo demás, esta jurisprudencia se entrelaza con la ya antes comentada sobre similares asuntos, pero específicamente a propósito del comité intercentros¹²¹. Aun estando referidas a órganos distintos, todas estas sentencias deben considerarse conjuntamente como parte de un mis-

jadores", *REDT*, n. 6, 1981, pp. 149-170.

¹¹³ SALA FRANCO, T., "La representación de los trabajadores en la empresa", cit., p. 49.

¹¹⁴ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., "La actuación mancomunada de los delegados de personal en el Estatuto de los Trabajadores", cit., pp. 162-166; AGUILERA IZQUIERDO, R., "Instituciones de participación y, en especial, delegados de personal", cit., p. 1253.

¹¹⁵ Sentencia TS 25 febrero 2015, r. 36/2014.

¹¹⁶ Sentencia TS 27 septiembre 2004, r. 167/2003.

¹¹⁷ Sentencia TS 6 abril 1993, r. 2154/1991.

¹¹⁸ NAVARRO NIETO, F., "La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia", *Relaciones Laborales*, n. 8, 1998, pp. 44-53.

¹¹⁹ Sentencias TS 24 septiembre 1991, r. 312/1991; 20 octubre 2011, r. 23/2011; 12 febrero 2013, r. 37/2012.

¹²⁰ Sentencia TS 4 noviembre 2009, r. 4450/2007.

¹²¹ Sentencias TS 24 diciembre 1993, r. 1006/1992; 16 mayo 1994, r. 3086/1992; 6 octubre 2001, r. 4358/2000; 29 abril 2014, r. 58/2013; 16 junio 2014, r. 175/2013, y 861/2017 de 6 noviembre.

mo cuerpo de doctrina judicial, pues así lo hace el propio Tribunal Supremo en muchas de las aquí citadas.

La competencia de los representantes de informar a sus representados [art. 64.7.e) ET], sus derechos de expresión e información [art. 68.d) ET] y, en general, el manejo de la información recibida de la empresa en virtud de sus derechos de información consulta y co-decisión (principalmente, art. 64 ET), han de acomodarse a los límites que se desprenden de la regulación del deber de sigilo (art. 65.2 a 5 ET)¹²². Aunque se trata de un tema potencialmente conflictivo, no hay hasta la fecha más que una sentencia del Tribunal Supremo al respecto. En ella se matiza el alcance del deber de sigilo, estableciendo que para que un documento sea confidencial no basta con que así lo señale la empresa, sino es necesario que objetivamente lo sea por acreditadas razones de fondo¹²³, criterio que ha sido objeto de recepción legal posteriormente en el artículo 65.2 del Estatuto de los Trabajadores¹²⁴. En este punto, es probablemente de mayor relevancia la doctrina del Tribunal Constitucional, donde se señala que el deber de sigilo hay que entenderlo de modo ponderado, debiendo armonizarse tanto con los derechos fundamentales de libertad de información [art. 20.1.d) CE] y libertad sindical (art. 28.1 CE), como con el derecho-deber de los representantes de informar a sus representados. A ello hay que añadir que la atribución de confidencialidad a un documento requiere una explícita indicación de la empresa en tal sentido (art. 65.2 ET), y que no existe una presunción general de sigilo en relación con los documentos obtenidos al margen de su entrega oficial por la empresa sin de signo expreso sobre su carácter reservado¹²⁵.

¹²² BOZA PRO, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 190-450; DURÉNDEZ SÁEZ, I., "Capacidad y sigilo profesional de los órganos de representación unitaria", *REDT*, n. 100, Tomo II, 2000, pp. 1271-1291.

¹²³ Sentencia TS 13 diciembre 1989.

¹²⁴ Art. 65.2 ET: "Los miembros del comité de empresa y este en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado".

¹²⁵ Sentencia TC 213/2002.

Más allá de lo relativo al deber de sigilo, también podría subrayarse que la doctrina del Tribunal Supremo ha empezado a poner coto a la práctica cada vez más habitual de intentar negar la transmisión de ciertas informaciones a la representación de los trabajadores alegando la posible afectación a los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales de los trabajadores. Varias sentencias rechazan la apelación a tales derechos con la finalidad de obstaculizar el flujo informativo hacia los representantes. Así, se ha declarado que el derecho a la intimidad no puede vedar el conocimiento por los representantes sobre las retribuciones abonadas a los trabajadores¹²⁶. En el ámbito de las administraciones públicas, en línea similar, se ha señalado que no puede negarse el conocimiento por las representaciones de los trabajadores de los listados de ocupación de puestos de trabajo, con identificación precisa de las personas ocupantes, pretextando un acceso indebido a datos personales que contravendría supuestamente la normativa en la materia, lo que no ocurre cuando la solicitud de esos listados es pertinente y justificada en relación con las funciones reconocidas a los representantes¹²⁷. Igualmente, se confirma el derecho de los representantes de acceder a las listas de miembros de las bolsas de empleo, identificados individualmente, para comprobar que se guarda el turno de llamamientos por orden de puntuación, lo que no viola la normativa de protección de datos¹²⁸.

6. LA REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

La labor interpretativa del Tribunal Supremo ha sido crucial para el esclarecimiento de algunas dificultades exegéticas que plantea la regulación de la representación sindical en la empresa, especialmente en lo que se refiere a determinadas cuestiones clave. En primer lugar, la relativa a la determinación del ámbito en el que puede constituirse la sección sindical, que hipotéticamente pudiera ser el

¹²⁶ Sentencia TS 3 mayo 2011, r. 168/2010.

¹²⁷ Sentencia TS 111/2018 de 7 febrero.

¹²⁸ Sentencia TS 21 diciembre 2015, r. 56/2015.

de la empresa en su conjunto, el de cada centro de trabajo o incluso el de varios centros agrupados por razones geográficas o de otro tipo, o el de un grupo de empresas, sin que la literalidad de la ley (“empresa o centro de trabajo”, art. 8.1 LOLS; “en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo”, art. 10.1 LOLS) permita deducir de manera absolutamente concluyente si hay una delimitación legal preestablecida, o si, por el contrario, se trata de una facultad de libre opción en manos del sindicato o sus afiliados en la empresa. En segundo lugar, en estrecha relación con ello, la fijación del ámbito de designación y de actuación de los delegados sindicales a los que se refiere el artículo 10 de la Ley orgánica de libertad sindical y, sobre todo, el de referencia para verificar la concurrencia o no de los requisitos -más de 250 trabajadores y presencia en la representación unitaria- exigidos para tal nombramiento, que nuevamente podría ser el de empresa o el de centro de trabajo (u otro distinto incluso), siendo la opción que se tome por una u otra posibilidad decisiva en cuanto a la posibilidad misma de contar o no con un delegado, en relación con el número total de delegados a elegir o en lo relativo al crédito horario a disposición de estos representantes. En tercer lugar, a su vez en conexión con lo anterior, los criterios interpretativos para aplicar cada uno de esos requisitos necesarios para el nombramiento de delegado sindical, y los parámetros para determinar el número de delegados que corresponden a cada sección sindical, así como el número de horas asignadas a cada representante en concepto de crédito horario. Por último, las condiciones y términos en que corresponde a las secciones el disfrute de facilidades como el uso de un local o del tablón de anuncios¹²⁹.

En lo que se refiere en el ámbito en el que puede constituirse la sección sindical, empresa o centro de trabajo, se aprecia en la jurisprudencia una compleja evolución. En una primera etapa, se mantuvo un criterio flexible, entendiendo que se trataba de una

facultad de libre opción para el sindicato, que podría elegir entre el centro de trabajo o la empresa en su conjunto en ejercicio de su autonomía organizativa, únicamente condicionada por lo que al respecto se estableciera en los estatutos sindicales correspondientes¹³⁰. Se admitió también la constitución de la sección sindical en el grupo de empresas¹³¹. Con este criterio abierto, se permitía al sindicato elegir el ámbito que le fuera más conveniente en orden a sus posibilidades de nombrar delegado, o de obtener un mayor número de estos, en relación con el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por el artículo 10 de la Ley orgánica de libertad sindical, y singularmente el de superación del umbral de los 250 trabajadores ocupados. De todos modos, también se precisó que un sindicato autónomo no puede designar delegado optando por el ámbito estatal, lo que se pretendía simplemente con la finalidad de obtener una posición más ventajosa para ese propósito, pese a que se carecía de una actividad sindical real con dicho alcance territorial¹³².

Sin embargo, en una segunda etapa, se adopta un criterio más restrictivo. Sin negar que forma parte de la autonomía organizativa del sindicato la facultad de decidir si la sección sindical se constituye en el nivel de empresa o en el de centro de trabajo, se señala que es cuestión distinta la del marco de referencia en el que ha de verificarse el cumplimiento de las exigencias de número de trabajadores empleados y presencia en los órganos de representación requeridas para el nombramiento de delegados sindicales, y en el que han de determinarse las garantías y facilidades que les corresponden. Respecto de esto último, se señala que la posibilidad de acudir a la empresa o al centro de trabajo no es algo que queda al arbitrio del sindicato, sino que ello debe estar en función de la tipología y ordenación de los órganos de representación unitaria de los trabajadores que efectivamente se hubiera instituido en el entorno empresarial en el que se pretende el nombramiento de uno o

¹²⁹ Un estudio monográfico anterior sobre la jurisprudencia y doctrina judicial en torno a muchas de estas cuestiones en AGUILERA IZQUIERDO, R. / DE NIEVES NIETO, N., “Delegados sindicales: tendencias jurisprudenciales”, *Actualidad Laboral*, n. 44, 2003, pp. 765-784.

¹³⁰ Sentencias TS 15 julio 1996, r. 3432/1995, y 28 noviembre 1997, r. 1092/1997.

¹³¹ Sentencia TS 27 junio 1994, r. 3902/1992.

¹³² Sentencia TS 21 noviembre 1994, r. 3191/1993.

varios delegados sindicales¹³³. Se establece así una suerte de exigencia de observar un cierto paralelismo entre el ámbito en que operan las representaciones sindicales y el propio de las representaciones unitarias, de suerte que el marco elegido para aquellas no resulte arbitrario, sino coherente con la estructura y las dinámicas de relaciones laborales en la empresa¹³⁴. En este sentido, se establece que dichos requisitos deben estar referidos a un centro de trabajo concreto, rechazando las prácticas sindicales de “espiguo” en busca simplemente de lo más conveniente para acceder al nombramiento de uno o más delegados¹³⁵. Adicionalmente, se precisa que ambos requisitos deben darse de manera conjunta en el mismo centro de trabajo, sin que pueda nombrarse delegado sindical cuando el centro en el que el sindicato tiene representación en el comité no supera los 250 trabajadores, aunque dicho umbral sí se alcance en otros centros de la empresa¹³⁶.

En una tercera etapa, el criterio vuelve a flexibilizarse un tanto, permitiendo la constitución de la sección sindical y la designación de delegados en ámbitos intermedios entre el centro de trabajo y la empresa en su conjunto. Así, se considera válida la constitución de la sección sindical y la designación de delegados en el ámbito provincial, agrupando varios centros, cuando ello es coherente con el ámbito en el que opera también la representación unitaria, en la forma de un comité de empresa conjunto resultante asimismo de una idéntica agrupación de centros en la misma provincia. En este caso, el requisito de superar el umbral de los 250 trabajadores puede entenderse cumplido sumando los de los distintos centros de trabajo, y el de presencia en el órgano de representación por referencia al comité con-

junto¹³⁷. Más recientemente, siguiendo la misma doctrina, se estima igualmente válido el ámbito autonómico como marco de referencia para constitución de la sección sindical y el nombramiento de delegados, mediante la consideración agregada de centros¹³⁸.

Finalmente, en la etapa actual, se ha rectificado por completo la doctrina anterior, volviendo en cierto modo al punto de partida inicial: es el sindicato, en ejercicio de su autonomía organizativa, el que elige el ámbito en el que se constituyen las secciones sindicales, y también, como corolario de ello, el de designación de los delegados sindicales, quedando por tanto en manos de la organización sindical la selección del contexto de referencia para la comprobación de los presupuestos necesarios y la determinación del número de delegados a nombrar, así como para la fijación del crédito horario que les corresponde. Tras una primera sentencia que opera como punto de inflexión¹³⁹, seguida de alguna otra en la misma línea¹⁴⁰, el cambio de criterio se evidencia aún más claramente un tiempo después en otra sentencia que compendia la evolución experimentada por esta jurisprudencia¹⁴¹. Estas resoluciones se pronuncian en términos que vale la pena transcribir: “En definitiva, corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical”; en consecuencia, “si ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en

¹³³ SÁEZ LARA, C., “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, cit., pp. 323-325.

¹³⁴ Sentencias TS 10 noviembre 1998, r. 2123/1998; 9 junio 2005, r. 132/2004; 18 noviembre 2005, r. 32/2005; 14 julio 2006, r. 5111/2004; 14 febrero 2007, r. 4477/2005, y 26 octubre 2007, r. 42/2007. MERINO SEGOVIA, A., “Derecho a nombrar delegados sindicales de empresa con las garantías del artículo 10.3 LOLS. Comentario a la STS de 10 de noviembre de 1998”, *Revista de Derecho Social*, n. 7, 1999, pp. 141-152.

¹³⁵ Sentencias TS 14 julio 2006, r. 196/2005, y 5 septiembre 2006, r. 1643/2005.

¹³⁶ Sentencia TS 15 marzo 2004, r. 116/2003.

¹³⁷ Sentencias TS 24 noviembre 2009, r. 36/2009; 30 abril 2012, r. 47/2011; 14 marzo 2014, r. 119/2013; 23 septiembre 2015, r. 253/2014; 541/2016 de 21 junio, y 192/2017 de 7 marzo.

¹³⁸ Sentencia TS 952/2017 de 29 noviembre.

¹³⁹ Sentencia TS 18 julio 2014, r. 91/2013.

¹⁴⁰ Sentencias TS 30 enero 2015, r. 3221/2013, y 23 septiembre 2015, r. 253/2014.

¹⁴¹ La evolución de esta jurisprudencia ha sido descrita por el propio TS en algunas de sus sentencias, como la 541/2016, de 21 junio.

su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo¹⁴². Este giro de la jurisprudencia se encuentra ya definitivamente consolidado en la actualidad, a través de una importante serie de decisiones posteriores en idéntico sentido¹⁴³.

En todo caso, en el ámbito que se elija para la designación delegados, deberán concurrir los requisitos relativos a un número de trabajadores superior a 250 y presencia del sindicato en los órganos de representación unitaria. Si no se dan los requisitos legales, la sección puede nombrar un representante o portavoz, pero la empresa no estará obligada a reconocerle los derechos y garantías de los artículos 10 de la Ley orgánica de libertad sindical y del artículo 68 del Estatuto de los trabajadores, en particular, el crédito horario, si bien su actividad estará protegida por el contenido esencial del derecho de libertad sindical¹⁴⁴. En la misma línea, se ha concluido que esos portavoces de la sección sin explícito amparo legal no pueden invocar el derecho de audiencia al delegado sindical con ocasión de despidos o sanciones a sus afiliados (art. 10.3 LOLS), que únicamente es aplicable cuando existan delegados de secciones legalmente reconocidos conforme al art. 10 de la Ley orgánica de libertad sindical¹⁴⁵, y, por cierto, sólo para medidas de carácter colectivo o naturaleza disciplinaria, no con respecto a otras formas de extinción individual de la relación de trabajo¹⁴⁶. Ahora bien, los referidos portavoces "*sui generis*" al margen del artículo 10 de la Ley orgánica de libertad sindical sí

pueden instar el procedimiento de conflicto colectivo en nombre de la sección sindical a la que representan¹⁴⁷. En fin, la jurisprudencia también ha subrayado que no se adquiere la condición de delegado del artículo 10 de la Ley orgánica de libertad sindical ni el derecho a disfrutar de las garantías legales que le son propias por la mera tolerancia empresarial en el disfrute de estas, sin que se acredite una voluntad inequívoca en cuanto a su reconocimiento por parte de la empresa¹⁴⁸.

Por otro lado, con respecto a los delegados designados de acuerdo con el artículo 10 de la Ley orgánica de libertad sindical, su reconocimiento por la empresa y el disfrute de los derechos y garantías inherentes pueden legítimamente cesar si, de manera sobrevenida, dejan de cumplirse los presupuestos para su nombramiento, por ejemplo, por disminución del número de trabajadores a menos de 250¹⁴⁹. A propósito de este concreto requisito, también se ha esclarecido que para el cálculo del número de integrantes de la plantilla puede aplicarse analógicamente el artículo 72 del Estatuto de los trabajadores, en cuanto a las reglas especiales de cómputo de trabajadores temporales y fijos-discontinuos¹⁵⁰. También se ha dictaminado que el convenio colectivo puede reducir el elevado umbral legal a una cifra inferior a la de 250 trabajadores¹⁵¹. En lo que se refiere a la exigencia de que el sindicato haya obtenido presencia en los órganos de representación unitaria, se ha aclarado que si el ámbito de referencia es el de la empresa en su conjunto, no es necesario que se tenga representación en todos y cada uno de sus centros de trabajo¹⁵².

Por último, en cuanto a las atribuciones y los medios de acción que la Ley orgánica de libertad sindical confiere a las representaciones sindicales en la empresa, también pueden extraerse algunas pautas importantes de la

¹⁴² Sentencia TS 541/2016 de 21 junio, con cita, a su vez, de Sentencia TS 18 julio 2014, r. 91/2013.

¹⁴³ Sentencias TS 649/2016 de 12 julio; 864/2016 de 18 octubre; 914/2016 de 27 octubre; 22/2017 de 11 enero; 102/2017 de 3 febrero; 405/2017 de 10 mayo; 486/2017 de 6 junio; 828/2017 de 24 octubre; 952/2017 de 29 noviembre; 61/2018 de 25 enero, y 129/2018 de 8 febrero. MARTÍNEZ MORENO, C., "Puntos críticos en la jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo", en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.), *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social*, Gobierno del Principado de Asturias. Consejería de Empleo, Industria y Turismo, 2018, pp. 49-50.

¹⁴⁴ Sentencias TS 15 febrero 1990, y 2 marzo 2016, r. 141/2014. Asimismo, Sentencia TC 84/1989.

¹⁴⁵ Sentencias TS 483/2018 de 9 mayo, y 791/2018 de 19 julio.

¹⁴⁶ Sentencia TS 23 mayo 1995, r. 2313/1994.

¹⁴⁷ Sentencia TS 21 marzo 1995, r. 1328/1994.

¹⁴⁸ Sentencia TS 5 septiembre 2006, r. 1643/2005.

¹⁴⁹ Sentencia TS 11 abril 2001, r. 1672/2000.

¹⁵⁰ Sentencia TS 26 abril 2010, r. 1777/2009.

¹⁵¹ Sentencias TS 15 marzo 2004, r. 116/2003; 17 junio 2014, r. 157/2013; 649/2016 de 12 julio; 864/2016 de 18 octubre, y 828/2017 de 24 octubre.

¹⁵² Sentencias TS 28 noviembre 1997, r. 1092/1997, y 61/2018 de 25 enero.

jurisprudencia. Cabría destacar, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las más destacables en cuanto a la puesta a disposición de un tablón de anuncios [art. 8.2.a) LOLS] y un local para la acción sindical [art. 8.2.c) LOLS]. Ambos derechos se condicionan legalmente a la presencia del sindicato en los órganos de representación, y la disponibilidad de local, adicionalmente, a que la empresa o centro de trabajo tenga más de 250 trabajadores. En virtud de ello, se ha entendido que no es contraria al derecho de libertad sindical la decisión empresarial que deniega la puesta a disposición de local justificada en que ninguno de los centros de trabajo supera los 250 trabajadores, y que sólo concede el uso de tablón de anuncios en el único centro en que el sindicato obtuvo representación del comité, con exclusión de los restantes¹⁵³. En cuanto a los medios y recursos atribuidos a las secciones o las condiciones de su disfrute, que pueden ampliarse mediante pacto colectivo o decisión unilateral del empresario, pueden establecerse algunas diferencias entre las secciones de cada uno de los distintos sindicatos, a partir de criterios objetivos como el de su respectiva representatividad, si bien con el límite de que no comporten arbitrariedad, propósitos antisindicales o distinciones de trato injustificadas¹⁵⁴.

7. FACILIDADES Y GARANTÍAS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Como cabría esperar, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha arrojado luz sobre

un buen número de cuestiones interpretativas suscitadas por las reglas legales sobre facilidades y garantías de los representantes de los trabajadores. En el terreno de las facilidades, por ejemplo, resulta decisiva su interpretación sobre el alcance de la obligación de puesta a disposición de local para la representación unitaria y, de otro lado, las representaciones sindicales. En este punto, las cargas legalmente impuestas al empresario no son exactamente iguales en uno y otro caso, habida cuenta de las diferencias, sutiles pero importantes, en la regulación respectiva sobre esta cuestión (art. 81 ET para la representación unitaria, y art. 8.2 LOLS para las secciones sindicales). Así, en el caso de las secciones sindicales, la puesta a disposición de local se condiciona a que se trate de empresas o centros de más de 250 trabajadores y a que el sindicato en cuestión haya obtenido presencia en los órganos de representación unitaria. Ahora bien, si se cumplen estas condiciones, es imperativo para la entidad empleadora proporcionar el local. La empresa no puede negarse aduciendo falta de disponibilidad de espacios o ausencia de las condiciones materiales necesarias para ello en sus instalaciones. En este sentido, la interpretación y aplicación de la regulación contenida en el artículo 8.2.c) de la Ley orgánica de libertad sindical no es asimilable a la del art. 81 del Estatuto de los trabajadores, donde, diversamente, la puesta a disposición de local para la representación unitaria no se condiciona directamente a un número mínimo de trabajadores, pero se sujeta a que las características de la empresa o centro de trabajo lo permitan¹⁵⁵. Ahora bien, la legislación no obliga a garantizar que cada sección sindical disponga de un local propio para su uso en exclusividad, sino que se admite un uso compartido entre varias secciones sindicales, o incluso entre las representaciones sindicales y la representación unitaria, incluido el comité intercentros¹⁵⁶. Además, no

¹⁵³ Sentencia TS 2 marzo 2016, r. 141/2014.

¹⁵⁴ Sentencias TC 7 TC 20/1985, 7/1990, 32/1990, 228/1992 y 188/1995. GARCÍA MURCIA, J., "Representación sindical en la empresa y criterios de representatividad: un apunte de jurisprudencia", *REDT*, n. 80, 1996, pp. 1049-1070; GARCÍA MURCIA, J., "Designación de delegados sindicales, criterios de representatividad y otros aspectos de la libertad sindical" (Sentencia 188/1995, de 18 de diciembre), en ALONSO OLEA, M./MONTAÑA MELGAR, A., (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIII, Civitas, 1996, pp. 254-260; LUJÁN ALCARAZ, J., *La acción sindical en la empresa*, CES, 2003, pp. 88-91 y 253-255; ÁLVAREZ ALONSO, D., "El contenido adicional de la libertad sindical: sentencia TC 145/1999, de 22 de julio", en AA. VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.), *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2014, pp. 224-229.

¹⁵⁵ Sentencia TS 15 febrero 2012, r. 67/2011. ARGÜELLES BLANCO, A. R., "Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios", *Actualidad Laboral*, n. 22, 2000, pp. 370-372.

¹⁵⁶ Sentencias TS 29 diciembre 1994, r. 934/1994; 24 septiembre 1996, r. 3170/1995; 3 febrero 1998, r. 888/1997; 22 mayo 2006, r. 98/2005; 15 febrero 2012, r. 67/2011, y 667/2016 de 14 julio.

son necesariamente discriminatorias ni contrarias a la libertad sindical las diferencias entre las secciones de distintos sindicatos en cuanto a los términos y condiciones del uso de locales (por ejemplo, en exclusiva para unas y compartido para otras, o con mayores dimensiones y medios en unos casos que en otros), siempre y cuando estas se basen en razones objetivas, justificadas y no arbitrarias¹⁵⁷. Por lo demás, la exigencia legal de que el local sea “adecuado” no supone necesariamente que deba ser dotado de medios informáticos¹⁵⁸.

Similares pautas se han establecido en relación con el uso del tablón de anuncios, que no necesariamente ha de ser uno propio de uso exclusivo y singular para cada sección sindical, sino que puede ser compartido, siendo legítimo establecer diferencias al efecto entre unas y otras secciones en función de criterios de representatividad, u otros de carácter objetivo, siempre que no entrañen arbitrariedad o diferencias de trato injustificadas¹⁵⁹. De otra parte, las referencias legales al tablón de anuncios han sido interpretadas en sentido literal estricto, como referidas al tablón físico, y no a un “tablón virtual”, no siendo posible fundar en ellas el derecho de las representaciones colectivas a disponer de medios electrónicos de transmisión de información laboral o sindical, aunque, si tales medios preexisten en la empresa, ha de permitirse un uso ponderado de ellos con dicha finalidad, al amparo del derecho de libertad sindical¹⁶⁰.

Por su parte, el de los derechos de libertad de expresión e información de los representantes es un terreno en el que hay escasas

sentencias reseñables del Tribunal Supremo, correspondiendo el predominio de la interpretación en la materia al Tribunal Constitucional¹⁶¹. En la jurisprudencia ordinaria, aparece como curiosa excepción a lo dicho una singular sentencia que, con interpretación laxa del presupuesto de contradicción a efectos de recurso de casación para unificación de doctrina, y algo restrictiva de los márgenes de la libertad de expresión de los representantes, entiende no amparados por este derecho ciertos calificativos sobre la dirección y otras organizaciones sindicales que no se aprecian como justificados y relativizados por el contexto de conflicto laboral, sino como vejatorios y lesivos de la honorabilidad de los aludidos¹⁶². No obstante, esa doctrina parece haber sido corregida o matizada en sentencias posteriores¹⁶³. Así, acogiendo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se afirma que la libertad de expresión comprende el derecho a la crítica, incluso cuando esta pueda resultar desabrida o molesta, o inquietar o disgustar a aquellos contra quienes se dirige, encontrando su límite únicamente en el ultraje o la ofensa gratuita¹⁶⁴. De acuerdo con ello, se considera amparada por el derecho de libertad de expresión la difusión de mensajes mediante pancartas, octavillas y correos electrónicos donde se califican de “terrorismo empresarial” ciertas prácticas de la entidad empleadora, ya que, en su contexto de conflictividad laboral, ese grueso calificativo puede relativizarse y entenderse referido a esas actuaciones de la empresa que el sindicato pretende denunciar por ser constitutivas de tráfico ilegal de trabajadores¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Sentencias TS 8 noviembre 1994, r. 1163/1993; 3 febrero 1998, r. 888/1997, y 25 septiembre 2000, r. 4487/1999.

¹⁵⁸ Sentencia TS 17 junio 2010, r. 68/2009.

¹⁵⁹ Sentencias TS 15 febrero 1995, r. 1408/1994; 25 septiembre 2000, r. 4487/1999, y 2 marzo 2016, r. 141/2014. GARCÍA MURCIA, J., “Representación sindical en la empresa y criterios de representatividad: un apunte de jurisprudencia”, cit., pp. 1049-1070.

¹⁶⁰ En este sentido, Sentencia TS 26 noviembre 2001 y Sentencia TC 281/2005, que anula la anterior, matizando y corrigiendo parcialmente su criterio. ALZAGA RUIZ, I., “El uso por parte de la representación sindical de los medios informáticos propiedad de la empresa (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre)”, *REDT*, n. 132, 2006, pp. 1047-1064.

¹⁶¹ Entre otras, Sentencias TC 120/1983, 88/1985, 6/1988, 126/1990, 6/1995, 186/1996, 1/1998, 57/1999, 90/1999, 241/1999, 20/2002, 213/2002, 185/2003, 198/2004, 181/2006 y 203/2015.

¹⁶² Sentencia TS 20 abril 2005, r. 6701/2003.

¹⁶³ Sentencias TS de 15 diciembre 2016, r. 287/2015, y 172/2017, de 28 febrero.

¹⁶⁴ Sentencias TC 6/1988, 105/1990, 190/1992, 204/1997, 192/1999, 6/2000 y 20/2002. Sentencias TEDH *Handyside contra Reino Unido*, núm. 5493/72, de 7 de diciembre de 1976; *Castells contra España*, núm. 11798/85, de 23 de abril de 1992, y *Fuentes Bobo contra España*, núm. 39293/98, de 29 de febrero de 2000.

¹⁶⁵ Sentencia TS 172/2017, de 28 febrero. MARTÍNEZ MORENO, C., “Puntos críticos en la jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo”, cit., pp. 51-52.

Respecto del expediente contradictorio para la imposición de sanciones [art. 68.a) ET], que ha de seguirse en relación con las impuestas por faltas graves o muy graves¹⁶⁶, con independencia de la causa motivadora de la acción disciplinaria¹⁶⁷, se precisa que en él serán oídos el interesado y toda la representación a que perteneciere en su conjunto¹⁶⁸. La exigencia legal no debe entenderse satisfecha con la mera notificación de la apertura del expediente, sino que es necesaria la comunicación del expediente íntegro o de la propuesta conclusiva del mismo¹⁶⁹, debiendo en todo caso cumplirse con las condiciones de audiencia y contradicción¹⁷⁰. El incumplimiento de esta garantía determina la nulidad de la sanción impuesta¹⁷¹. Ahora bien, el expediente contradictorio no equivale a un proceso jurisdiccional ni a un procedimiento administrativo sancionador, y no son necesariamente exigibles las garantías propias de estos, aunque sí podrían establecerse a través de la negociación colectiva. En defecto de esta clase de previsiones específicas, no es necesario el nombramiento de un instructor o secretario¹⁷², ni la formalización de la práctica de la prueba como en el proceso judicial¹⁷³, ni rige tampoco la presunción de inocencia¹⁷⁴. A la empresa le basta con ofrecer la posibilidad de defensa al interesado y la de audiencia a la representación en su

conjunto¹⁷⁵, sin que la incomparecencia o el silencio de aquel o de esta paralicen indefinidamente la imposición de la sanción¹⁷⁶. La garantía del expediente previo alcanza a los representantes elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de éste¹⁷⁷, también a los representantes electos antes de tomar posesión de sus cargos, e incluso a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el proceso electoral¹⁷⁸, si bien se ha negado esta aplicación extensiva al suplente de una candidatura¹⁷⁹.

A propósito del derecho de opción entre readmisión o extinción indemnizada en caso de despido improcedente (art. 56.4 ET)¹⁸⁰, se ha entendido aplicable no sólo durante el mandato del representante, sino también en el año posterior al cese¹⁸¹. Se extiende a los candidatos durante el proceso electoral¹⁸², pero no a trabajadores despedidos antes de la presentación de candidaturas, sin que la empresa tuviera conocimiento alguno de su intención de presentarse¹⁸³. No obstante, sí se aplica a

¹⁶⁶ CARRATALÁ TERUEL, J. L., "Representación unitaria de los trabajadores: el expediente contradictorio en supuestos de sanción grave y muy grave", *Tribuna Social*, n. 1, 1991, pp. 31-33; SEMPERE NAVARRO, A. V., "Las garantías de los miembros del comité de empresa", *REDT*, n. 100, Tomo II, 2000, pp. 1320-1325; GARCÍA MURCIA, J., "Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina", en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 784-787.

¹⁶⁷ Sentencia TS 18 febrero 1997, r. 1868/1996.

¹⁶⁸ Sentencias TS 12 marzo 1983, y 28 febrero 1985.

¹⁶⁹ Sentencias TS 9 febrero 1988; 30 abril 1991, r. 1172/90.

¹⁷⁰ Sentencia TS 18 febrero 1991, r. 759/90.

¹⁷¹ Sentencias TS 18 septiembre 1982; 30 septiembre 1982; 9 octubre 1982; 2 marzo 1983; 22 diciembre 1983; 3 octubre 1988; 7 noviembre 1988; 19 junio 1989, y 18 febrero 1991, r. 759/90.

¹⁷² Sentencia TS 18 marzo 1991, r. 1006/90.

¹⁷³ Sentencias TS 23 enero 1990, y 94/2016 de 11 febrero.

¹⁷⁴ Sentencia TS 22 enero 1991, r. 737/90.

¹⁷⁵ Sentencias TS 25 enero 1990, y 5 febrero 1990.

¹⁷⁶ Sentencias TS 18 diciembre 1984; 28 febrero 1985; 7 octubre 1986; 27 mayo 1987, y 16 octubre 1991, r. 610/1990.

¹⁷⁷ Sobre el tema, desde una posición crítica opuesta al criterio jurisprudencial de extender la garantía al año posterior al cese como representante, FERNÁNDEZ ARTIACH, P., "Alcance temporal de la garantía formal de expediente contradictorio de los representantes unitarios", *Relaciones Laborales*, n. 14, 1998, pp. 22-27. En esa misma línea parece situarse la Sentencia TS de 14 febrero 1997, r. 1422/1996, pero las consideraciones sobre este tema aparecen a mero título de *obiter dicta*, sin que se entre en el fondo del asunto por falta del presupuesto de contradicción.

¹⁷⁸ Sentencias TS 25 octubre 1990, 20 noviembre 1990, y 18 febrero 1997, r. 1868/1996.

¹⁷⁹ Sentencia TS 15 marzo 1993, r. 2788/1991. SEMPERE NAVARRO, A. V., "Las garantías de los miembros del comité de empresa", cit., p. 1319.

¹⁸⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V., "Las garantías de los miembros del comité de empresa", cit., pp. 1330-1331; GARCÍA MURCIA, J., "Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina", cit., pp. 788-790.

¹⁸¹ Sentencias TS 20 marzo 1997, r. 4206/1996; 19 mayo 2009, r. 180/2008, y 199/2018 de 22 febrero. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "El derecho de opción en caso de despidos improcedentes de exdelegados sindicales", *Temas laborales*, n. 69, 2003, pp. 35-55.

¹⁸² Sentencia TS 2 diciembre 2005, r. 6380/2003.

¹⁸³ Sentencias TS 20 junio 2000, r. 3407/1999, y 199/2018 de 22 febrero.

una candidatura electoral no presentada formalmente antes del despido, siempre que el proceso electoral esté ya iniciado, la empresa conozca la condición de candidato del afectado y haya resultado elegido tras el cese¹⁸⁴. En cuanto al delegado sindical, se mantiene el derecho de opción tras su destitución por el sindicato, que no se considera equiparable a la revocación o dimisión del representante unitario¹⁸⁵. En lo relativo a la prioridad de permanencia en los casos de suspensiones, extinciones de contratos y otras medidas de reestructuración [art. 68.b) ET]¹⁸⁶, se ha esclarecido que la garantía no alcanza a la terminación de contratos temporales¹⁸⁷, ni tampoco a la extinción del contrato en prácticas¹⁸⁸. En cuanto al marco de referencia en que rige la prioridad, se ha establecido que no se limita a un centro de trabajo, sino que se extiende a todo el ámbito de representación del trabajador, empresa o centro de trabajo, por lo que puede operar frente a un trabajador empleado en un centro distinto¹⁸⁹. Además, se ha interpretado que se aplica a los elegidos como representantes después de la adopción de la medida, pero antes de su ejecución¹⁹⁰.

Especialmente abundante es la jurisprudencia en torno a las muy diversas cuestiones interpretativas que plantea el derecho al “crédito de horas mensuales retribuidas” para el ejercicio de funciones de representación [art. 68.e) ET], del que pueden disfrutar tanto los miembros de comités de empresa o delegados de personal como los delegados sindicales (por remisión del art. 10.3 LOLS)¹⁹¹. Tratándose de horas “retribuidas”, pero en las que no se produce ocupación ni desempeño efectivo del puesto de trabajo asignado, ha resultado pro-

blemático determinar si la retribución correspondiente debe incluir o no ciertos conceptos específicos vinculados a las características de dicho puesto, a las circunstancias de realización de la actividad laboral o a la compensación de ciertos gastos. Inicialmente, se excluyeron de la retribución de las horas para el ejercicio de funciones de representación los complementos ligados a la compensación de gastos, como el plus de transporte¹⁹², y también los pagos extrasalariales, como las dietas de manutención¹⁹³. Sin embargo, esta línea de jurisprudencia ha sido modulada posteriormente, a la luz de la doctrina constitucional sobre “garantía de indemnidad sindical” e “indemnidad retributiva” de los representantes¹⁹⁴. Según esta, “el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical”. De acuerdo con ello, es ilícita la denegación al representante de los complementos a que hubiera tenido derecho en caso de realización efectiva del trabajo, “por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, lo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta dicho menoscabo, sino que se proyecta asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos”¹⁹⁵. Siguiendo esta orientación, el Tribunal Supremo ha declarado que la retribución correspondiente al crédito horario no puede excluir complementos de productividad que se abonan de ordinario y suponen un componente importante de la remuneración habitual de los trabajadores en activo¹⁹⁶. Asimismo, en relación con los complementos por transporte y desplazamientos, de

¹⁸⁴ Sentencia TS 28 diciembre 2010, r. 1596/2010.

¹⁸⁵ Sentencia TC 229/2002. Sentencia TS 28 abril 2003, r. 4473/1997.

¹⁸⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Las garantías de los miembros del comité de empresa”, cit., pp. 1325-1328; GARCÍA MURCIA, J., “Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina”, cit., pp. 795-797.

¹⁸⁷ Sentencias TS 8 octubre 1984, y 17 julio 1989.

¹⁸⁸ Sentencia TS 17 febrero 1990.

¹⁸⁹ Sentencia TS 30 noviembre 2005, r. 1439/2004.

¹⁹⁰ Sentencia TS 30 octubre 1989.

¹⁹¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Las garantías de los miembros del comité de empresa”, cit., pp. 1334-1339.

¹⁹² Sentencia TS 20 mayo 1992, r. 1634/1991, y 9 de mayo de 2001, r. 1855/2000.

¹⁹³ Sentencia TS 2 octubre 2007, r. 3627/2006.

¹⁹⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G. / FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., “El crédito de horas de los representantes de los trabajadores en la doctrina del Tribunal Supremo”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, pp. 770-772.

¹⁹⁵ Sentencias TC 191/1998, 30/2000, 173/2001, 92/2005, 241/2005, 326/2005, 151/2006 y 200/2007.

¹⁹⁶ Sentencia TS 25 febrero 2008, r. 1304/2007.

acuerdo con la doctrina revisada, se considera que no pueden excluirse en el pago de las horas retribuidas para funciones de representación. A estos efectos, se afirma que “es irrelevante que exista o no el desplazamiento real a la empresa, pues lo decisivo es que el representante de los trabajadores no sufra un potencial efecto disuasorio para decidir sobre la realización o no de sus funciones sindicales, ante la posible minoración de sus retribuciones”. Ello ha de ser así porque “tal menoscabo iría contra la garantía de indemnidad retributiva [...] en virtud de la cual estos representantes de los trabajadores, cuando hacen uso del crédito horario, tienen derecho a percibir estos conceptos retributivos, igual que si realmente hubieran asistido en esta ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicados por el desempeño de su cargo representativo”¹⁹⁷.

También puede ser problemático el cómputo del número de horas disponibles para funciones de representación, especialmente cuando se pretende la acumulación en la figura del “liberado”. En este sentido, se ha señalado que el crédito horario sólo se devenga por meses de trabajo, y no ha lugar por los correspondientes a vacaciones¹⁹⁸, aunque la aparentemente tajante posición del Tribunal Supremo al respecto parece querer matizar o flexibilizar en alguna decisión reciente de la doctrina judicial de duplicación¹⁹⁹. Tampoco cabe asignar el disfrute del crédito horario con la retribución de las horas correspondientes a los trabajadores representantes durante el período en que se encuentren de baja por enfermedad, ya que dicho crédito se imputa a su jornada laboral²⁰⁰. Además, las horas no utilizadas correspondientes a un determinado mes, en principio, no pueden ser usadas para meses posteriores, pues serían estrictamente mensuales y no reservables²⁰¹, si bien podría ser posible establecer un pacto en sentido dis-

tinto mediante la negociación colectiva, como sucede a veces en la práctica. Desde otra perspectiva, para la determinación de las horas a disposición, es también importante tener en cuenta que las horas dedicadas por los representantes unitarios a la negociación colectiva de empresa no se imputan al crédito horario del artículo 68.e) del Estatuto de los trabajadores, de manera que la dedicación a esta actividad no merma el tiempo disponible para otras funciones. Para la negociación colectiva en la empresa, se extenderán a los representantes unitarios los permisos retribuidos específicos del artículo 9.2 de la Ley orgánica de libertad sindical, sin descuento sobre su crédito de horas general²⁰².

En lo relativo a los delegados sindicales, al depender el número de horas para funciones representativas del número de trabajadores en el ámbito de representación correspondiente, en función de la escala del artículo 68.e) del Estatuto de los trabajadores, la opción que se haya efectuado entre el centro de trabajo o la empresa en su conjunto (u otras posibles) a la hora de constituir la sección sindical y nombrar aquellos delegados resulta decisiva para determinar el crédito horario disponible. Pues bien, rectificando doctrina anterior, en el marco de la evolución de la jurisprudencia sobre el ámbito de constitución las secciones sindicales que se ha descrito en el apartado precedente, se establece que, si se ha elegido constituir la sección sindical en el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 del Estatuto de los trabajadores para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada representante debe hacerse “interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo”²⁰³.

¹⁹⁷ Sentencia TS 18 mayo 2010, r. 733/2009.

¹⁹⁸ Sentencias TS 23 marzo 2015, r. 49/2014; 95/2017 de 1 febrero, y 31/2018 de 18 enero.

¹⁹⁹ Sentencia TSJ Comunidad Valenciana 26 marzo 2019, según noticia recogida por Europa Press, <https://www.europa-pres.es/comunitat-valenciana/noticia-tsjcv-ratifica-ford-al-mussafes-no-puede-recortar-credito-horario-sindical-vacaciones-20190412155331.html>.

²⁰⁰ Sentencia TS 9 noviembre 1998, r. 1594/1998.

²⁰¹ Sentencia TS 9 noviembre 1998, r. 1594/1998.

²⁰² Sentencia TS 23 diciembre 2005, r. 831/2005. SOLÀ MORNELL, X., “Crédito horario específico de los representantes unitarios para la negociación colectiva: comentario a la STS de 23 de diciembre de 2005 (Rso. núm. 832/2005)”, *Iustlabor*, n. 1, 2007, formato electrónico.

²⁰³ Sentencia TS 18 julio 2014, r. 91/2013. Asimismo, Sentencias TS 405/2017 de 10 mayo, y 486/2017 de 6 junio. MIÑARRO YANINI, M., “La representación sindical se “independiza” de la unitaria: el crédito horario de los delegados sindicales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de

Puede otorgarse un crédito horario adicional, con carácter suplementario a los mínimos legales, por decisión unilateral de la empresa, como liberalidad adoptada por propia voluntad, siendo lícito que esas horas añadidas se repartan entre los representantes de los distintos sindicatos en función de sus respectivos resultados electorales²⁰⁴. Por supuesto, también puede establecerse crédito horario añadido mediante pacto colectivo, siendo válida su distribución a partir de criterios de representatividad, y legítima la concesión de un mayor número de horas a los sindicatos más representativos, siempre que ello se haga con justificación objetiva y razonable, sin arbitrariedad o exclusión de los sindicatos minoritarios²⁰⁵. Sin embargo, se han estimado contrarias a la libertad sindical las diferencias de trato entre sindicatos que no estén debidamente justificadas con arreglo a criterios fundados en elementos objetivos y utilizados de manera razonable y proporcionada, premisa de alcance más general que se ha proyectado también sobre el derecho a nombrar delegados sindicales que puedan disponer de horas para sus funciones de representación y, en su caso, acumularlas²⁰⁶. Asimismo, no cabe que el convenio colectivo establezca previsiones menos favorables que las legales, o que introduzca requisitos limitativos del acceso al crédito horario no previstos en la ley, como la exigencia de una representatividad de, al menos, el 10 %²⁰⁷. Tampoco es admisible una forma pactada de cómputo y distribución del crédito horario que, al tomar en consideración el porcentaje de jornada de los trabajadores a tiempo parcial, reduzca el número de horas disponibles por debajo del mínimo mensual legalmente establecido²⁰⁸.

En cuanto a las condiciones en que ha de ejercerse el disfrute del crédito horario, se exige simplemente "previo aviso y justificación", remitiendo por lo demás a los términos

establecidos legalmente, esto es, la fijación de las horas disponibles con carácter mensual [art. 68.e) ET], o bien a lo dispuesto en los convenios colectivos [art. 37.3.e) ET]. En cualquier caso, la jurisprudencia ha interpretado restrictivamente esos requerimientos, posicionándose a favor de un alto grado de autonomía de los representantes en cuanto a su manera de disponer del crédito de horas, y poniendo coto a prácticas empresariales o pactos colectivos que pudieran constreñirla en exceso²⁰⁹. Así, por ejemplo, se ha declarado que no es lícita la cláusula de un convenio colectivo que sujeta el disfrute del crédito horario a ciertos periodos mínimos coincidentes con la jornada diaria del trabajador representante, limitación a la libre disponibilidad de este derecho que la ley no autoriza²¹⁰. En cuanto a las actividades a que se puede dedicar el crédito horario y la justificación sobre su uso, ya desde hace tiempo, se ha entendido que la utilización de estas horas debe ser contemplada con criterio amplio y flexible²¹¹. En apoyo de esa flexibilidad en cuanto a la forma de valorar la utilización del crédito horario, el Tribunal Supremo llega a afirmar lo siguiente: "la complicación de la vida moderna y la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar no sólo en lugares múltiples sus tareas, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación familiar y personal que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas, que les concedió el artículo 68.e), pues éste es para el ejercicio de sus funciones, pero no para ejercerlas con un horario, que pueda controlar el empresario"²¹².

Como corolario de lo anterior, la doctrina del Tribunal Supremo ha restringido enormemente las posibilidades de que el empresario

18 de julio de 2014, rec. núm. 91/2013)", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 381, 2014, pp. 163-167; MARTÍNEZ MORENO, C., "Puntos críticos en la jurisprudencia laboral y social del Tribunal Supremo", cit., pp. 49-50.

²⁰⁴ Sentencia TS 12 noviembre 2002, r. 1185/2001.

²⁰⁵ Sentencia TS 20 enero 2004, r. 129/2002.

²⁰⁶ Sentencia TS 18 septiembre 2007, r. 82/2005.

²⁰⁷ Sentencia TS 26 noviembre 2002, r. 1056/2002.

²⁰⁸ Sentencia TS 15 julio 2014, r. 236/2013.

²⁰⁹ GARCÍA MURCIA, J., "Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina", cit., pp. 791-794.

²¹⁰ Sentencias TS 25 mayo 2006, r. 21/2005; 8 noviembre 2010, r. 144/2009, y 15 julio 2014, r. 236/2013.

²¹¹ Sentencia TS 2 octubre 1989.

²¹² Sentencias TS 2 noviembre 1989, y 21 septiembre 1990, r. 157/90.

supervise la utilización del crédito horario por el representante y, en su caso, le imponga alguna sanción disciplinaria por su uso irregular o abusivo²¹³. Expresamente se ha señalado que las facultades empresariales en este sentido han de interpretarse restrictivamente²¹⁴. Además, se ha subrayado que no puede someterse a “vigilancia especial” o “vigilancia singular” la actividad del representante en uso de su crédito de horas²¹⁵. En lo relativo al buen o mal uso de dichas horas por el representante, se ha establecido una “presunción de probidad” o de utilización legítima, solo destruible mediante prueba fehaciente en contrario que acredite de modo indubitado el empleo de ese tiempo en cuestiones ajenas a las funciones representativas²¹⁶. Es más, conductas de esta clase meramente ocasionales no justifican la reacción disciplinaria de la empresa, puesto que la jurisprudencia sólo considera sancionable el uso irregular manifiesto, en provecho propio o para actividades abiertamente contrarias al buen desarrollo de la acción representativa, y que sea, adicionalmente, reiterado en el tiempo²¹⁷. No obstante, ello hace muy difícil, pero no imposible, que el representante sea objeto de sanción disciplinaria, incluso de despido, por el uso inadecuado del crédito horario. Así lo acredita una sentencia en que se valida la decisión empresarial en tal sentido, e incluso el recurso a un detective privado como medio para probar los incumplimientos, lo que, atendidas las circunstancias del caso,

no se considera contrario a la doctrina que proscribiera el sometimiento del representante a vigilancia singular²¹⁸.

Un último asunto conflictivo en torno al crédito horario es el de la posibilidad de acumulación de las horas de distintos representantes en uno o varios de ellos, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración, dando lugar a la figura popularmente conocida como liberado [art. 68.e) ET, último párrafo]. Tal acumulación, según dispone la literalidad de la ley, “podrá pactarse en convenio colectivo”, habiéndose entendido por la jurisprudencia que sirve a tal efecto el negociado conforme al Título III del Estatuto de los trabajadores, pero también el convenio extraestatutario²¹⁹. La acumulación puede hacerse en el nivel provincial, en correspondencia con el ámbito en que se ha constituido un comité conjunto²²⁰. Por otro lado, al ser el crédito horario derecho personal del representante, la cesión puede hacerse para la acumulación en otro representante de una organización sindical distinta²²¹. En otro orden de cosas, también se ha dado respuesta al problema de cómo incide la situación de huelga sobre los “liberados” por acumulación del crédito horario. Sobre el particular, se ha afirmado que lesiona la libertad sindical y el derecho de huelga la negativa de la empresa a reconocer la condición de huelguistas y practicar el descuento retributivo correspondiente a los representantes liberados, cuando estos así lo solicitan²²².

En fin, en los casos de fusiones societarias, deben mantenerse las condiciones pactadas en acuerdos de empresa entre los representantes de los trabajadores y los órganos rectores de las sociedades a la postre fusionadas o absorbidas sobre crédito horario. Así se desprende de una sentencia referida a un acuerdo entre el comité intercentros y la dirección de una caja de ahorros (Cajastur) luego fusionada con otras para la creación de una nueva entidad financiera (Liberbank),

²¹³ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Las garantías de los miembros del comité de empresa”, cit., pp. 1337-1338; GARCÍA MURCIA, J., “Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina”, cit., pp. 791-794.

²¹⁴ Sentencia TS 21 enero 1991, r. 3592/89.

²¹⁵ Sentencias TS 29 septiembre 1989; 6 junio 1990, y 15 octubre 2014, r. 1654/2013. Expresando ciertas reservas sobre tan contundente formulación, GARCÍA MURCIA, J., “Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al despido: el tránsito hacia la unificación de doctrina”, cit., pp. 792-794.

²¹⁶ Sentencias TS 13 junio 1990; 14 junio 1990; 28 junio 1990; 12 febrero 1990; 13 mayo 1990; 21 septiembre 1990; 21 enero 1991, r. 3592/89, y 15 octubre 2014, r. 1654/2013. SÁEZ LARA, C., “Control y sanción por el empresario del uso abusivo del crédito horario sindical (A propósito de las sentencias del TS de 13 y 14 de junio de 1990)”, *Relaciones Laborales*, n. 23, 1990, pp. 25-33.

²¹⁷ Sentencias TS 2 noviembre 1989; 27 noviembre 1989; 5 diciembre 1989; 21 enero 1991, r. 3592/89, y 15 octubre 2014, r. 1654/2013.

²¹⁸ Sentencia TS 13 marzo 2012, r. 1498/2011.

²¹⁹ Sentencia TS 19 julio 1996, r. 2553/1995.

²²⁰ Sentencia TS 10 diciembre 2003, r. 27/2003.

²²¹ Sentencia TS 17 junio 2002, r. 1241/2001.

²²² Sentencia TS 6 abril 2004, r. 40/2003.

sobre acumulación heterogénea del crédito horario, y que permitía a los representantes disponer de una bolsa acumulada de horas de distinta procedencia (crédito reconocido a representantes unitarios, a los delegados de prevención y por otros títulos distintos). Se da además la notoria singularidad de que se trataba de un acuerdo tácito, sin plasmación por escrito, aunque con evidencia de aceptación en la práctica. Pues bien, el Tribunal Supremo considera que “si los representantes de los trabajadores provenientes de Cajastur tenían reconocido, en virtud de acuerdo tácito con la empresa, el derecho a la acumulación heterogénea de horas, dicho derecho ha de ser respetado por Liberbank SA, como sucesora, entre otras, de dicha entidad de ahorros, en aplicación de lo establecido en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores”. Frente a lo alegado por la empleadora, subraya además que “no se trata de una condición más beneficiosa unilateralmente concedida por la empresa, sino de un verdadero acuerdo existente entre la entidad y los representantes de los trabajadores, siquiera sea un acuerdo tácito, por lo que la nueva entidad, al subrogarse en los derechos y obligaciones de la anterior, ha de asumir asimismo este acuerdo”²²³.

8. REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La representación y participación de los trabajadores en la empresa cuenta con una presencia notable en el Derecho de la Unión Europea. Al margen de las previsiones de carácter general referidas a esa materia (dentro del Tratado de Funcionamiento o de la Carta de Derechos Fundamentales), la Unión Europea ha proporcionado un marco general de información y consulta a través de la Directiva 2002/14/CE y ha dado directrices para la implantación de comités de empresa europeos y de otras formas de “implicación” de los trabajadores en las organizaciones productivas de dimensión europea²²⁴. Entrando en el análisis de

la jurisprudencia en este terreno, puede decirse que la recaída en torno a la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, es escasa y poco significativa. La del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea se limita a analizar algunas cuestiones puntuales de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte de los estados de sus obligaciones de transposición²²⁵. Quizá lo más relevante que de ella puede extraerse es que la traslación al ámbito nacional puede hacerse tanto por ley como por la vía de la negociación colectiva, y que, en todo caso, cualquier medida adoptada para adaptar el derecho interno a la Directiva, sea mediante la ley o mediante convenio colectivo, deberá respetar el nivel mínimo de protección previsto en aquella²²⁶. También, que, sin perjuicio de lo anterior, se ha entendido que la Directiva no exige que se conceda a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido, si bien los estados miembros pueden adoptar disposiciones más favorables al respecto²²⁷. En la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, la presencia de la Directiva 2002/14 es prácticamente marginal, limitada a citas colaterales o a la indicación de que el alcance de los derechos de información y consulta a que aquella se refiere no es otro que el establecido en la normativa española interna²²⁸.

Algo más interesante, aunque tampoco excesivamente abundante, es la jurisprudencia

Consejo, de 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (versión refundida), que sustituye a la anterior Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en la sociedad europea, y Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, sobre implicación de los trabajadores en la sociedad cooperativa europea.

²²⁵ Sentencias TJCE/TJUE 18 enero 2007, C-385/05; 5 julio 2007, C-317/06; 11 febrero 2010, C-405/08, y 15 enero 2014, C-176/12.

²²⁶ Sentencia TJUE 11 febrero 2010, C-405/08.

²²⁷ Asimismo, Sentencia TJUE 11 febrero 2010, C-405/08.

²²⁸ Sentencias TS 30 noviembre 2009, r. 129/2008; 13 octubre 2011, r. 210/2010; 93/2019 de 6 febrero, y 148/2019 de 27 febrero.

²²³ Sentencia TS de 22 abril 2015, r. 152/2014.

²²⁴ Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del

cia en torno al comité de empresa europeo. El Tribunal de Justicia Europeo, además de dictar alguna sentencia de incumplimiento por falta de transposición²²⁹, ha interpretado y reforzado el alcance de las obligaciones de las empresas y grupos en cuanto al suministro de la información necesaria para la constitución del comité de empresa europeo, procurando poner coto a los intentos de obstaculizar el procedimiento apelando al carácter separado o independiente de las respectivas entidades implicadas, o a la situación de la dirección central en un estado distinto, o incluso fuera del territorio de los estados miembros²³⁰. Por su parte, el Tribunal Supremo se ha referido directamente al comité de empresa europeo en unas pocas ocasiones. La primera vez, para señalar que el establecimiento de un comité europeo mediante acuerdo anterior a la Directiva 94/95 y a su transposición mediante la Ley 10/1997 debe quedar al margen de sus previsiones²³¹. Dentro ya de ese marco normativo, se ha esclarecido que la designación de los miembros nacionales en el comité de empresa europeo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, se hará por acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o por acuerdo mayoritario de estos. No sería por tanto aplicable el criterio de atribución proporcional a los sindicatos de acuerdo con los resultados electorales, por analogía con lo previsto para el comité intercentros o los comités de centro de trabajo, y ello implica que no resulta ilegítima la exclusión de algunos de aquellos mediante un acuerdo válidamente adoptado conforme al citado artículo 27 de la Ley 10/1997²³². A tal efecto, el Tribunal Supremo reitera un argumento -en cierta medida discutible- que sitúa al comité de empresa europeo al margen del sistema español de representación unitaria de los trabajadores, como un

órgano de naturaleza distinta, y regido por otras pautas normativas. Así, se afirma que el comité de empresa europeo no ha de sujetarse a la composición prevista para el comité intercentros, ni a las reglas sobre negociación de convenios colectivos, puesto que “no es un órgano de representación unitaria y no hay precepto alguno en la normativa española o comunitaria que permita sostener que la composición en lo que al banco social respecta de aquél órgano haya de ser proporcional al resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa”²³³. En la misma línea, se dice que “el esquema jurídico del Comité de Empresa previsto en el Título II del Estatuto de los Trabajadores, con capacidad para la negociación colectiva de condiciones de trabajo y productividad en el ámbito de la empresa, no resulta aplicable al Comité de Empresa Europeo”²³⁴. Además, se ha subrayado que el comité de empresa europeo no está legitimado para negociar un convenio colectivo a escala europea, sino que es un órgano representativo para la participación, información y consulta de los trabajadores²³⁵.

Quizá la sentencia más interesante de la serie dedicada al comité de empresa europeo sea la última, que compendia la doctrina anterior al respecto, y aborda una cuestión curiosa y problemática²³⁶. En ella se trata sobre la designación del representante en el comité de un grupo de empresas de dimensión comunitaria (ThyssenKrupp AG) que correspondería a la filial española. Ese único puesto se lo disputan dos sindicatos (CCOO y UGT) igualados en audiencia electoral o respaldo de los trabajadores, al haber quedado empatados en número de representantes unitarios tras las últimas elecciones en los centros de trabajo radicados en España. El sindicato UGT reivindica para sí el nombramiento del miembro español del comité europeo y su suplente, esgrimiendo el acuerdo de designación alcanzado con los representantes adscritos a ELA, y que desbordaría la situación de empate al contar con el respaldo de

²²⁹ STJCE 21 octubre 1999, C-430/98.

²³⁰ Sentencia TJCE 29 marzo 2001, C-62/99; 13 enero 2004, C-440/00; 15 julio 2004, C-349/01.

²³¹ Sentencia TS 20 diciembre 1997, r. 1347/1997.

²³² Sentencias TS 22 diciembre 2008, r. 143/2007; Sentencia TS 16 diciembre 2009, r. 139/2008; Sentencia TS 485/2016 de 7 junio, y Sentencia TS 1003/2018, de 29 noviembre 2018, r. 183/2017.

²³³ Sentencia TS 22 diciembre 2008, r. 143/2007.

²³⁴ Sentencia TS 16 diciembre 2009, r. 139/2008.

²³⁵ Sentencia TS 16 diciembre 2009, r. 139/2008.

²³⁶ Sentencia TS 1003/2018, de 29 noviembre 2018, r. 183/2017.

los miembros de comités de empresa pertenecientes a estos dos sindicatos, lo que supondría mayoría entre los miembros de la representación electiva “sindicalizados” (esto es, sin contar a los “independientes” o no sindicalizados). Pese a que en un primer momento el Director de Recursos Humanos de ThyssenKrupp Elevator Manufacturing Spain SLU asumió la designación del representante de UGT conforme a lo anterior, esta no llegó a hacerse efectiva por la oposición de CCOO y las reservas expresadas tanto por la presidencia del comité de empresa europeo como por la dirección supranacional del grupo empresarial. A la vista de ello, el sindicato UGT interpuso demanda de conflicto colectivo instando que se declarase a sus representantes como legítimos miembros titular y suplente del comité de empresa europeo, y que se habría vulnerado la libertad sindical al impedirse su participación efectiva en las reuniones de dicho órgano, solicitando indemnización por daños morales. Por su parte, el sindicato CCOO sostiene que le corresponde a él designar al miembro titular y al suplente del comité europeo, pues aunque el respaldo obtenido en las elecciones estaría igualado al de UGT en número total de representantes, aquel sería el único sindicato con representación en todos los centros de trabajo españoles, y el mayoritario en cuanto a número de votos. En virtud de ello, interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que se condenase a la empresa por una discriminación e injerencia antisindical favoreciendo a UGT y en perjuicio de CCOO, partiendo de la consideración de que correspondía a CCOO el nombramiento de los miembros titular y suplente del comité de empresa europeo del grupo, e instando también la condena al pago de una indemnización por daño moral.

La sentencia de instancia, donde se desestiman las demandas de ambos sindicatos²³⁷, resulta confirmada en vía de recurso por el

²³⁷ Las actuaciones fueron acumuladas y resueltas en instancia por Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 16 mayo 2017 (autos núm. 84/2017 y 100/2017), que desestimó ambas demandas, declarando que la empresa no había vulnerado el derecho de libertad sindical de UGT, ni incurrido tampoco en conducta discriminatoria y antisindical contra CCOO. Quedaba irresuelta no obstante la cuestión de a quién corresponde el nombramiento de los miembros titular y suplente en el comité de empresa europeo.

Tribunal Supremo, que igualmente desestima los dos recursos de casación interpuestos respectivamente por CCOO y UGT. En cuanto a la supuesta vulneración de la libertad sindical, el Alto Tribunal no aprecia que se hayan producido injerencias empresariales en el nombramiento de representantes de los trabajadores en el comité de empresa europeo. Lo que se advierte es que cada uno de los dos sindicatos realiza por la vía de hecho designaciones y otras actuaciones de acuerdo con sus propios intereses con la intención de obtener alguna respuesta que valide sus propias pretensiones, y que la dirección de recursos humanos ciertamente da traslado de alguna de las comunicaciones al respecto que le dirige la sección de UGT, pero sin tomar partido de manera verdaderamente activa. Lo que se deduce de los hechos probados es más bien que, cuando la empresa se percató de que hay una situación de intrincado conflicto entre los sindicatos, decide mantenerse al margen. Por consiguiente, se rechaza que hubiera lesión del derecho fundamental del art. 28.1 de la Constitución en este caso, aunque es importante subrayar que, implícitamente, se deduce que dicha conducta lesiva podría existir si la empresa se inmiscuyese en los procedimientos y disputas sindicales sobre la designación de representantes en el comité de empresa europeo.

En lo relativo a la discusión de fondo sobre la designación del representante español en el comité de empresa europeo, el Tribunal Supremo afirma nuevamente -al igual que en decisiones precedentes- que, para la designación de los representantes en el comité de empresa europeo, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley 10/1997. Es decir, que los miembros del comité se designarán por acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, o bien o por acuerdo mayoritario de los miembros de la representación unitaria. A partir de ahí, concluye, en contra de lo pretendido por UGT, que no es suficiente para la válida designación un acuerdo adoptado entre los delegados de este sindicato y los de ELA, cuya suma alcanza pero no supera la mitad de los miembros de comités, no pudiendo excluirse a efectos de cómputo de la mayoría a los representantes

unitarios “no sindicalizados”, ya que la ley no lo permite. De todos modos, tampoco cabe lo que postulaba CCOO, esto es, deshacer el empate en número de representantes atendiendo al número de votos. No puede en este sentido aplicarse analógicamente la regulación sobre atribución de resultados en las elecciones a comité de empresa. De una parte, porque no hay laguna legal que lo justifique, sino una regla específica que alude taxativamente a la mayoría de miembros de comités y delegados, no de votos. De otra, porque, según el vector argumental del Tribunal Supremo ya antes destacado, el comité de empresa europeo es un órgano para información y consulta a los trabajadores con una singular naturaleza propia, al que no pueden ser extrapolables miméticamente las reglas y paradigmas propios de la regulación española sobre comités de empresa, comité intercentros o estructuras de negociación colectiva.

En fin, aunque la interpretación del Tribunal Supremo en la sentencia que acaba de comentarse es correcta de acuerdo con la literalidad del marco normativo vigente, conduce al callejón sin salida de una regla legal que no resuelve adecuadamente, ni en este ni en otros casos posibles, cómo ha de procederse cuando el empate en resultados electorales y la falta de acuerdo entre sindicatos provoca una situación de bloqueo en la designación para el puesto en el comité europeo. Ciertamente, como la propia sentencia subraya, los límites del recurso de casación vedan al Tribunal “examinar cuestiones ajenas a los motivos de recurso formulados (como la eventual incongruencia por omisión), introducir temas nuevos (como el modo de desbloquear la toma de una decisión colectiva) o explorar soluciones para un empate no previsto en las normas o acuerdos aplicables”²³⁸. De todos modos, se sugiere “la alternancia” entre los sindicatos en liza como una posible forma de solventar la disputa, aunque simplemente a título ejemplificativo. Por tanto, se deja en el aire el modo de zanjar definitivamente el conflicto. Así las cosas, resulta inevitable una cierta sensación de insatisfacción ante determinadas deficiencias de nuestra regulación

legal sobre el comité de empresa europeo, tal vez fruto de una transposición no demasiado madurada, que por el momento la jurisprudencia evidencia, pero no acaba de subsanar por vía interpretativa. Por lo demás, la opción interpretativa por situar al comité de empresa europeo como una suerte de “cuerpo extraño” que orbita en torno a la representación unitaria, pero es ajeno a ella, es cuestionable, y muy probablemente contraria al espíritu y finalidad de la Directiva y de su transposición por el legislador en la Ley 10/2007²³⁹.

9. REFLEXIONES FINALES

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contribuido a la consolidación del sistema español de representación de los trabajadores y a esclarecer las cuestiones más problemáticas que plantea el complejo marco legal en esta materia. Conviene no obstante hacer algunas precisiones. Por lo pronto, es verdad que en esa jurisprudencia se advierten intentos de atender cuidadosamente a la diferente naturaleza y a la delimitación de los espacios respectivos de la representación unitaria y de la representación sindical, pero no puede decirse que haya conseguido esclarecer del todo la confusión resultante del marco legislativo, y, en cierta medida, hasta podría haber contribuido a profundizarla. En esta línea, cabría citar el tratamiento a veces amalgamado de los derechos y garantías de los representantes unitarios y sindicales o la

²³⁹ En efecto, nótese que en el articulado de la Ley 10/1997 hay numerosos elementos que apuntan en el sentido opuesto a la singular interpretación del Tribunal Supremo. Es más, en la exposición de motivos de dicha disposición se hacen afirmaciones bastante explícitas sobre la intención del legislador de “integración” del comité de empresa dentro del sistema español de relaciones laborales, subrayando que “la Ley trata de combinar aspectos de transposición literal de la Directiva, especialmente apreciables en su Título preliminar y en su Título I, con otros en los que se abre a la recepción de instituciones propias, arraigadas en nuestro Derecho y que están presentes a lo largo de su articulado”, como, por ejemplo, “la eficacia general de los acuerdos a los que hayan podido llegar las partes” o “el sistema dual de representación de los trabajadores”. Considerando el comité de empresa europeo como órgano unitario, OJEDA AVILÉS, A., “La representación unitaria: el ‘faux ami’”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 58, 2005, pp. 356-357.

²³⁸ Sentencia TS 1003/2018, de 29 noviembre 2018, r. 183/2017.

doctrina -ya rectificada- que, durante algún tiempo, exigió que el ámbito de constitución de las secciones sindicales guardara correspondencia estricta con la estructura de los órganos de representación unitaria establecida en la empresa.

Como tendencia general, sí cabe diferenciar en la jurisprudencia un tratamiento algo distinto según se trate de la representación unitaria o de la representación sindical. Con respecto a la primera, la interpretación suele ser mucho más rígida, muy apegada a la literalidad de la norma, frecuentemente interpretada en términos estrictos o incluso excesivamente restrictivos. Pueden encontrarse múltiples ejemplos significativos al respecto en la doctrina del Tribunal Supremo aquí estudiada: la rigurosa circunscripción de la unidad electoral y de representación al ámbito del centro de trabajo, aún de manera más pertinaz de lo que resulta de la propia legislación, y pese a que ello podría no ser lo más conveniente a la vista de la actual configuración de nuestro tejido productivo y empresarial; la exclusión de los centros de trabajo de pequeño tamaño de la posibilidad de agrupación para la formación de un comité conjunto, a partir de una interpretación limitativa sin un claro sustento legal; el alcance restringido con el que se han interpretado las facultades de actuación de los representantes de los trabajadores de las empresas usuarias en beneficio de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal; la interpretación estricta de los derechos de información y consulta y demás competencias de la representación; en fin, la concepción del comité de empresa europeo como órgano ajeno al sistema de representación unitaria, que podría quizá contribuir a obstaculizar su plena interiorización en nuestro modelo de relaciones laborales.

Por supuesto, también hay excepciones en las que se aprecia un criterio más flexible. Por ejemplo, en la interpretación sobre las garantías de los representantes, cuyo ámbito objetivo y subjetivo tiende a entenderse en sentido amplio, y, muy especialmente, en la doctrina que confiere una gran autonomía a los representantes en el uso del crédito horario, restringiendo de modo notable las posibilidades de vigilancia y sanciones en relación con su utilización irregular. Igualmente, se aprecia

mayor flexibilidad en algunas decisiones a propósito del comité intercentros, a veces tomando de forma laxa la literalidad legal para, entre otras cosas, permitir su instauración en los grupos de empresa o que pueda asumir determinadas funciones -en especial, la negociación colectiva de empresa- no explícitamente previstas en el convenio colectivo de creación, relativizando así lo dispuesto en el artículo 63.3 del Estatuto de los trabajadores. Por cierto, esto último pone en evidencia que el Tribunal Supremo sí parece dispuesto a interpretaciones flexibles de la normativa para adaptarla a los fenómenos de concentración empresarial en los niveles en que ello propicia una alta densidad sindical, lo que contrasta con la rigidez de criterio y renuencia adaptativa ante los fenómenos de dispersión, fragmentación o “atomización” en las unidades de pequeñas dimensiones y normalmente menos sindicalizadas.

Mucho más abiertas, flexibles e incluso generosas parecen las orientaciones interpretativas que el Tribunal Supremo proyecta sobre la representación sindical en la empresa, a buen seguro por el efecto informador de la interpretación judicial que irradia el derecho fundamental de libertad sindical. En este sentido, podría decirse que la jurisprudencia -ordinaria y constitucional- ha contribuido a compensar o reequilibrar el diseño legislativo del “doble canal de representación”, quizá decantado en apariencia, al menos inicialmente, hacia la preeminencia de la representación unitaria sobre la representación sindical, cuyas facultades y posibilidades de acción se encorsetaban en cierta medida vinculándolas legalmente a la regulación estatutaria sobre la primera (por ejemplo, remitiendo dicha normativa en cuanto a los derechos de información o las garantías de los delegados sindicales, o exigiendo presencia en la representación unitaria para que la sección sindical pueda participar en la negociación colectiva o contar con delegados, local y tablón).

Esa propensión a una mayor ductilidad y a favorecer la independización de la representación sindical con respecto a la unitaria se advierte sobre todo en la doctrina, ampliamente comentada aquí, sobre el ámbito de constitución de la sección sindical y de referencia para

el nombramiento de delegados sindicales²⁴⁰. Superada la fase en la que se exigía correspondencia con la tipología y la forma de estructuración de los órganos de representación unitaria, se ha confirmado finalmente que la elección del ámbito en el que se constituye la sección y se nombran sus delegados forma parte de la autonomía organizativa del sindicato amparada por el derecho de libertad sindical, permitiendo que pueda elegirse entre el centro de trabajo o la empresa en su conjunto, e incluso que se opte por otros distintos, como la agrupación provincial o autonómica de varios centros de trabajo o el grupo de empresas. De esta manera, se dota a la representación sindical de una gran virtualidad adaptativa a las características y circunstancias de cada entorno laboral, que puede ser de gran utilidad ante las nuevas realidades de la empresa y el trabajo fragmentados o atomizados. En la misma línea, cabría también citar la admisión de la posibilidad de que la negociación colectiva reduzca a menos de 250 el umbral de número de trabajadores necesario para nombrar delegado sindical. Por lo demás, desde la perspectiva tuitiva, la jurisprudencia ha reforzado con contundencia la posición jurídica de los representantes y afiliados del sindicato en la empresa, no sólo a través de la antes aludida interpretación tendente a expandir y robustecer la aplicación de las garantías del artículo 68 del Estatuto de los trabajadores, sino también en virtud de la “garantía de indemnidad sindical” frente a cualquier tipo de perjuicio o represalia por el ejercicio de la actividad sindical, y, singularmente, de su vertiente de “indemnidad retributiva” oponible frente a cualquier menoscabo económico que pudiera ser disuasorio del ejercicio de la función representativa.

En un balance de conjunto, cabría decir que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece ya una doctrina muy completa y de bastante profundidad sobre prácticamente todas las instituciones jurídicas que conforman nuestro sistema dual, unitario y sindical, de representación en la empresa. En ella se da respuesta a los desafíos exegéticos de mayor envergadura que plantea este marco normativo, aportándose soluciones que han ayudado a disciplinar y ordenar multitud de cuestiones que resultaban inicialmente problemáticas en el desenvolvimiento práctico de las relaciones laborales en el nivel de empresa o centro de trabajo. Aunque puedan advertirse algunos claroscuros, en general, se trata de una doctrina judicial bien fundada, ponderada, y que procura un cierto equilibrio entre la garantía de una representación de los trabajadores fuerte y eficaz en su actuación como “contrapoder” frente al empresario, y, de otro lado, la evitación de la imposición de cargas, costes o trabas excesivas a la empresa que pudieran comprometer su eficiente gestión y funcionamiento. Con todo, tanto desde la perspectiva *de lege ferenda* como desde la relativa a la interpretación judicial, emerge como reto pendiente el de procurar una cierta readaptación del sistema de representación de los trabajadores ante las profundas transformaciones que está experimentando el mundo del trabajo, a resultas de fenómenos como la descentralización productiva, la digitalización, la “uberización de la economía”, la emergencia de las plataformas de *crowdsourcing*, la revolución industrial 4.0 y, en definitiva, la “atomización” de las empresas y de la actividad profesional.

²⁴⁰ MIÑARRO YANINI, M., “La representación sindical se “independiza” de la unitaria: el crédito horario de los delegados sindicales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 18 de julio de 2014, rec. núm. 91/2013)”, cit., pp. 163-167.

RESUMEN

Este trabajo estudia el modelo español de representación y participación de los trabajadores en la empresa, atendiendo a su regulación en nuestra legislación y a los criterios de interpretación que emanan de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asumiendo su configuración como un sistema de “doble canal” de representación, unitaria y sindical, se realiza un recorrido por el conjunto de todas las instituciones fundamentales correspondientes a cada uno de estos dos cauces de articulación de la acción representativa en el nivel de empresa o centro de trabajo, poniendo énfasis en las cuestiones jurídicas y prácticas de mayor envergadura que se han ido planteando en torno a cada una de ellas, y analizando las respuestas y soluciones ofrecidas por nuestro Alto Tribunal.

El análisis sobre la representación unitaria de los trabajadores comienza estudiando lo relativo a los delegados de personal y el comité de empresa, dedicando particular atención a los múltiples asuntos controvertidos que se plantean en torno a la constitución, estructura y composición de dichos órganos, y efectuando una exposición y comentario de las trascendentes orientaciones exegéticas del Tribunal Supremo al respecto. A continuación, se trata del comité conjunto, órgano especial de representación cuyas reglas de constitución han dado lugar a controversias interpretativas resueltas por la jurisprudencia, aunque con un criterio que merece alguna observación crítica. Se dedica un apartado específico al comité intercentros, en tanto que órgano de representación de “segundo grado” de características singulares, que cuenta además con un abundante número de sentencias específicamente referidas a él. Con el hilo conductor de esta doctrina judicial, se examinan diversos aspectos relativos a la constitución, composición y funcionamiento de dicho órgano que han resultado altamente conflictivos. Se aborda posteriormente la interpretación de la jurisprudencia en torno a las normas reguladoras de los procesos electorales para la designación de las representaciones unitarias. Asimismo, se trata del mandato representativo de los delegados y miembros de comités de empresa, con particular atención a las causas y formas de extinción de dicho mandato y, en especial, a la revocación por la asamblea de electores y a la cuestión de si cesa o no el ejercicio de la representación, de modo temporal o definitivo, en casos tales como los de incapacidad temporal del representante, traspaso de la empresa o centro de trabajo o traslado del trabajador representante a otro centro distinto.

En cuanto a las atribuciones y funcionamiento de la representación unitaria, en primer lugar, se trata de compendiar la doctrina del Tribunal Supremo en torno a los derechos de información y consulta y las demás competencias de los comités de empresa y delegados de personal, indagando en algunas significativas orientaciones generales que de ella se derivan. En segundo lugar, se comentan las reglas legales e interpretaciones más relevantes en torno al funcionamiento orgánico de estas estructuras representativas, como las relativas a la actuación mancomunada de los delegados de personal y colegiada de los comités de empresa, exponiendo asimismo la doctrina sobre la problemática a propósito de la proporcionalidad sindical en la composición de comisiones y grupos de trabajo en el seno del comité.

Con respecto a la representación sindical en la empresa, se realiza un comentario pormenorizado a propósito de determinadas cuestiones de singular relevancia, que han sido objeto de decisivas interpretaciones por parte del Tribunal Supremo. En este sentido, se examinan las orientaciones de la jurisprudencia

en torno a los requisitos legalmente exigidos para el nombramiento de delegados sindicales. En relación con ello, se destaca la evolución de la doctrina sobre el ámbito de referencia para la constitución de las secciones sindicales y la designación de sus delegados, que, tras sucesivos cambios de criterio en distintas etapas, acaba reconociendo que puede libremente elegirse entre el centro de trabajo, la empresa en su conjunto u otros distintos, como manifestación de la autonomía organizativa del sindicato. Asimismo, se comenta lo relativo al tablón de anuncios, el local y otros recursos y medios de acción a disposición de las secciones sindicales, nuevamente a la luz de la jurisprudencia.

Se abordan también las facilidades y garantías de los representantes de los trabajadores: el derecho a un expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves, la prioridad de permanencia aplicable en los casos de medidas laborales de reestructuración en la empresa, la prohibición de despidos y sanciones o discriminaciones por el ejercicio de funciones de representación, el derecho de opción en caso de despido improcedente, las libertades de expresión e información de los representantes y el crédito de horas para funciones de representación. Se procura aprehender el alcance de estas facilidades y garantías a la vista de la extensísima jurisprudencia en la materia, dedicando atención especial a la que ha resultado más conflictiva en la práctica: el crédito horario.

Se incorpora un apartado dedicado a la representación y participación de los trabajadores en el Derecho de la Unión Europea. En él se hace referencia al triple eje de la normativa europea en este terreno: la fijación de un marco general de información y consulta para el conjunto de estados miembros, el establecimiento de un comité de empresa europeo o un procedimiento alternativo de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria y la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas o cooperativas europeas. Esta parte del texto comenta, entre otras cosas, la incipiente Jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la figura del comité de empresa europeo.

Por último, se realiza un balance de conjunto sobre la aportación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la consolidación y desenvolvimiento práctico de nuestro modelo de representación de los trabajadores en la empresa, incorporando asimismo algunas reflexiones finales sobre su presente y futuro. A partir de ahí, se concluye que, aunque puedan advertirse algunos claroscuros, se trata de una doctrina judicial bien fundada, ponderada, y que procura un cierto equilibrio entre la garantía de una representación de los trabajadores fuerte y eficaz en su actuación como “contrapoder” frente al empresario, y, de otro lado, la evitación de la imposición de cargas, costes o trabas excesivas a la empresa que pudieran comprometer su eficiente gestión y funcionamiento. En cualquier caso, también se deja apuntado como reto pendiente el de procurar una cierta readaptación de los mecanismos representativos ante las profundas transformaciones que está experimentando el tejido económico y profesional, a resultas de fenómenos como la descentralización productiva, la digitalización, la revolución industrial 4.0 y, en definitiva, la “atomización” de las empresas y el trabajo.

Palabras clave: Representación y participación de los trabajadores; representación unitaria; representación sindical; Comité de empresa; delegados de personal; comité conjunto; comité intercentros; Comité de Empresa Europeo; sección sindical; delegado sindical; información y consulta; facilidades y garantías de los representantes; crédito horario; Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

This paper focuses on the Spanish model of representation and involvement of the employees, considering its regulation within statutory legislation and the orientations provided by the Case Law of the Supreme Court. Assuming, as starting point, its legal configuration as a system of “double channel” for representation, the study addresses the main features of both united elective representation and trade union representation bodies at the workplace or undertaking level, underlining the most relevant issues and legal or practical problems related to each of those representative schemes, and explaining the corresponding solutions given by the aforementioned case law.

The analysis on the united elective representation of the employees begins paying attention to the staff delegates and the works councils, exploring the legal provisions on this subject and the numerous controversial aspects in regard to the constitution, the structure and the composition of such representative bodies, including a scrutiny on the noteworthy interpretations arising from the case law of the Supreme Court on the matter. Besides, the text considers the joint works council, as an especial representation body affected by some controversy concerning the rules on its implementation, a debate settled by case law by means of an arguable orientation. There is a section dedicated to the undertaking-level works council (*comité intercentros*), as this is an especial “second degree” representative body of specific characteristics, and taking into account the abundant number of judgments particularly referred to it. Diverse controversial issues related to the constitution, composition and functioning of this representative body are analysed there. Next, the paper outlines the case law interpretations on the rules about the election of staff delegates and works councils. Moreover, it deals with the legal configuration of the mandate of the elected representatives, paying attention to the grounds and forms for termination of representation functions, as to the effects in this area derived from a transfer of the undertaking or of a part of it, temporary incapacity of the representative or geographic mobility to a different workplace.

In regard to the competencies and functioning of the employees’ elective representation, the text aims to summarize the legal doctrine of the Supreme Court on information, consultation and other rights legally recognised to works councils and staff delegates, highlighting some crucial orientations in this area. Besides, the study describes the most important legal rules and interpretation guidelines on the functioning of the representative bodies, including an explanation about the case law referred to the problematic issue of the composition of commissions and working groups within the works council.

In the field of trade union representation within the undertaking, the paper examines some particularly relevant aspects which have been decisively interpreted by the Supreme Court, as those related to the legal requirements for enabling the nomination of trade union delegates. Furthermore, the text contains a full explanation about the evolution of the case law on the area of reference for the constitution of the trade union sections and for the appointment of trade union delegates, with the final result of recognising free choice amongst the workplace level, the whole undertaking level or other possible options, as a matter of autonomy of trade unions for self-organisation. Additionally, the comment addresses the topic of resources and facilities which ought to be provided by the employer to trade union sections for enabling their activities.

The various legal guarantees and rules for protection of the employees’ representatives are analysed too: especial procedure previous to penalties for serious or very serious infringements of labour duties; priority for remaining in the current position in cases of dismissals or restructuring within the undertaking;

prohibition of dismissals, penalties and discrimination related to the performance of representation functions; the right to decide between reintegration and paid termination in case of unlawful dismissal; freedom of speech and to communicate information; finally, hourly credit for representation functions. All those are considered in the light of the rich case law of the Supreme Court on the matter, with particular attention to the most problematic one: the hourly credit.

There is a section about representation and involvement of the employees in European Union Law, which refers to the three different parts of European legislative developments in this area: the setting of a general framework of employees' information and consultation rights in the European Union, the establishment of a European Works Council or an alternative information and consultation procedure in European Community- scale undertakings and groups of undertakings, and involvement of the employees in the European Company and in the European Cooperative Society. This part of the text refers the Case Law of the Supreme Court on the European Works Council.

Lastly, the text concludes with a global balance on the contribution of the Case Law of the Supreme Court to the consolidation and development of the Spanish model of representation of employees at the company or workplace level, adding some final reflections on the present and future of the system. The final conclusion is that, in despite of some ambivalence, that case law is adequate and consistent in general, aiming a balance amongst ensuring a strong and effective representation of the employees and, on the other hand, avoiding excessive costs or burdens for employers that might hamper the efficient management or functioning of businesses. In addition, the study points to the still pending challenge of adapting the mechanisms for representation of employees in regard to the profound transformations of businesses and professional activities caused by outsourcing, digitalisation, "Industrial Revolution 4.0" and "atomization" of work.

Keywords: Representation and involvement of employees; elective representation; trade union representation; works Council; staff delegates; joint works council; company-level works council; European Works Council; trade union section; trade union delegate; information and consultation; protection of employees' representatives; hourly credit for representation functions; Case Law of the Supreme Court.

El convenio colectivo estatutario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Principales líneas interpretativas

The statutory collective agreement in the High Court Jurisprudence. Main interpretive lines

ANA DE LA PUEBLA PINILLA*

1. INTRODUCCIÓN

Hacer balance de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la negociación colectiva y su principal exponente, el convenio colectivo estatutario, resulta una tarea ingente e inabarcable. El carácter central que el Convenio colectivo estatutario ocupa en el sistema de fuentes del derecho del trabajo, su papel nuclear en la regulación de las relaciones laborales, la complejidad del procedimiento de elaboración de la norma convencional o las peculiares reglas legales que delimitan su ámbito de aplicación, son, entre otras muchas, las razones que explican la ingente tarea que los órganos judiciales, y en particular el Tribunal Supremo, han desarrollado para resolver los numerosos conflictos que todas estas cuestiones plantean.

Ello explica que, en las páginas que siguen, se haya optado por delimitar el estudio de la doctrina jurisprudencial a aquellas materias que han ocupado un lugar preferente en la doctrina emanada del Tribunal Supremo en la última década. Sin perjuicio, por supuesto, de la obligada referencia a pronunciamientos

anteriores a ese periodo temporal cuando en los mismos se recogen interpretaciones que, con posterioridad, el Tribunal ha confirmado o rectificado.

La elección de este criterio de delimitación temporal remite inevitablemente al análisis de aquellos aspectos de la negociación colectiva que fueron modificados por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: la prioridad aplicativa de Convenio colectivo de empresa y la inaplicación o descuelgue del convenio son objeto de especial atención, con la finalidad de hacer balance de la interpretación que el Tribunal Supremo ha efectuado de las nuevas reglas que rigen ambas instituciones. Al margen del estudio se ha dejado, conscientemente, la vigencia y ultraactividad de convenio colectivo, por ser objeto de análisis específico en otro estudio de este número monográfico.

No obstante, un recorrido por la doctrina judicial de los últimos años exige detenerse también en otras cuestiones, ajenas a la novedad derivada de una expresa modificación legal, pero que siguen suscitando problemas interpretativos y motivando, por ello, pronunciamientos judiciales que, por su interés, devienen esenciales para interpretar y aplicar adecuadamente las normas legales que rigen

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

el procedimiento de la negociación colectiva y el contenido del convenio colectivo. En este capítulo, adquieren especial relevancia los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre cuestiones como la delimitación de las unidades de negociación, la legitimación para negociar, los pronunciamientos recaídos sobre el contenido del convenio colectivo o el deber de negociar de buena fe, cuestiones todas ellas que son objeto de análisis en las siguientes páginas.

El estudio que sigue es estrictamente judicial, dirigido a identificar y ordenar las principales decisiones judiciales en las materias que se han señalado, permitiendo, de este modo, un conocimiento de las soluciones que el Tribunal Supremo aporta en cada una de ellas. Conscientemente, por ello, se ha omitido la referencia a los numerosos y valiosísimos estudios doctrinales existentes sobre cada una de estas cuestiones.

2. LÍMITES A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA UNIDAD DE NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EXIGENCIA DE HOMOGENEIDAD DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

La unidad de negociación del Convenio colectivo viene determinada por el conjunto de relaciones y contratos de trabajo que las partes negociadoras han seleccionado como ámbito de regulación de las condiciones laborales y que, una vez suscrito el convenio, constituye el centro de imputación normativa. En principio, corresponde a la voluntad de las partes seleccionar el ámbito personal, funcional, geográfico y profesional para llevar a cabo la negociación colectiva.

Sin embargo, tal libertad de elección y delimitación de la unidad de negociación viene condicionada por imperativos constitucionales y legales. La interpretación y aplicación de los límites que derivan de tales prescripciones han suscitado conflictos de diverso orden resueltos en numerosas ocasiones a través de la doctrina de Tribunal Supremo.

Por una parte, la sujeción de la norma convencional a la prohibición de discriminación y al principio de igualdad impiden exclusiones del ámbito de aplicación del convenio colectivo contrarias a tales principios constitucionales. En su Sentencia 136/1987, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional consideró que la exclusión de los trabajadores temporales constituía una decisión contraria a la prohibición de discriminación en la medida en que tal decisión podía constituir “una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas a los trabajadores afectados”.

También el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de valorar la constitucionalidad de la delimitación del ámbito funcional y personal del convenio colectivo en sus sentencias de 9 de octubre de 2003 (Rec. 103/2002) y de 28 de noviembre de 2003 (Rec. 113/2002). En ambas se valora la legitimidad de la cláusula convencional que excluía del ámbito de aplicación del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid a los profesores de religión. Recuerda el Tribunal los criterios que deben guiar la interpretación del art. 83.1 ET: “1) las partes negociadoras no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación; 2) las limitaciones pueden venir dadas por el principio de igualdad y no discriminación; 3) el principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito funcional y determinado; 4) tampoco impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo; 5) esta exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse a la de aquellos grupos de trabajadores que carecen de poder negociador por sí solos; y 6) la exclusión requiere que se base en singulares características u otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios”. La aplicación de estos criterios permite al Tribunal concluir que concurren, en relación con los profesores de religión, circunstancias objetivas y razonables diferencias -derivadas de la naturaleza de su relación contractual y de las peculiares previsiones normativas relativas a su régimen retributivo- que justifican tal decisión sin que, por ello, pueda considerarse contraria al principio de igualdad.

Por su parte, las previsiones legales que regulan la legitimación negociadora condicionan también la libre delimitación del ámbito de negociación en la medida en que, a la postre, las reglas de legitimación impiden negociar convenios colectivos estatutarios a sujetos que no acreditan suficiente representatividad en el ámbito sobre el que pretenden aplicar el Convenio colectivo resultante de la negociación. Sin olvidar tampoco los criterios reguladores de la concurrencia de convenios estatutarios, si bien estos últimos inciden, más que sobre la elección de la unidad de negociación, sobre la aplicación del propio convenio, dado que los posibles convenios concurrentes resultarán inaplicables por ser de preferente aplicación el o los convenios colectivos anteriores o de ámbito distinto.

A estas limitaciones *ex lege*, el Tribunal Supremo ha añadido la exigencia de que las unidades de negociación fijadas por las partes sean razonables y apropiadas¹. Se ha venido señalado al respecto que la unidad de negociación debe definirse de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de estabilidad exigidos. Se exige así que las actividades reguladas por el convenio posean semejanzas funcionales suficientes como para permitir la regulación conjunta y uniforme de las condiciones de trabajo². Y se ha entendido que se cumplen tales condiciones cuando la unidad de negociación se ha mantenido a lo largo del tiempo³, excluyendo la validez de ámbitos de negociación creados de forma ficticia o arbitraria.

¹ SSTs 19-12-1995 (Rec. 34/1995), 16-11-2002 (Rec. 1218/2001) y 18-12-2002 (Rec. 1154/2001).

² Se ha admitido, en este sentido, la homogeneidad entre las actividades deportivas de campos de golf y actividades deportivas genéricas reguladas en el Convenio colectivo estatal de actividades deportivas y gimnasios (STs 27-4-2017, Rec. 174/2016).

³ Como declaró la STs 30-12-2015 (Rec. 255/2014) en relación con la inclusión en el ámbito funcional del Convenio colectivo general de la industria química al sector de transformados de plástico, por considerar que el convenio colectivo no hace sino mantener el ámbito histórico de la unidad de negociación desde hace más de treinta años, ámbito que ha sido aceptado y compartido durante varias décadas por la asociación empresarial demandante.

En ocasiones, es la conjunción de varios de los criterios señalados lo que determina la nulidad de la delimitación funcional del ámbito de aplicación del Convenio colectivo. Así ocurre cuando los sujetos negociadores incluyen en el ámbito de aplicación del convenio un sector de actividad que no guarda la exigida homogeneidad que justifique la regulación uniforme de condiciones de trabajo con el ámbito funcional del convenio y respecto del cual aquéllos carecen de representación, como ocurría en el Convenio colectivo para las empresas productoras audiovisuales de Andalucía, que habían incluido en su ámbito de aplicación a las televisiones locales. Entiende el Tribunal, en su STs de 21 de diciembre de 2010 (Rec. 208/2009), que no procede tal inclusión en la medida en que su actividad principal no es la misma que la de las productoras audiovisuales de modo que “no se atiende al componente de homogeneidad que justifique objetiva y razonablemente la regulación uniforme de las condiciones de trabajo que, contraria e indebidamente, pretende aplicarse a quienes tienen diferentes actividades básicas”. A ello se añadía, además, que “los negociadores del Convenio Colectivo -legítimamente representativos de quienes se dedican únicamente a la producción- han extendido su ámbito de aplicación a otras empresas, que si bien accesorariamente realizan actividades de producción, fundamentalmente tienen actividad de emisión de programas de televisión, sin que las mismas hubiesen sido llamadas a la negociación y -por ende- estuviesen representadas en la mesa negociadora”.

Un supuesto con perfiles propios se ha planteado en relación con el Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña, que, probablemente animado por la jurisprudencia que había admitido la sujeción de los Centros Especiales de Empleo a las cláusulas de subrogación previstas en los Convenios colectivos sectoriales⁴, incluía

⁴ Numerosas sentencias del Tribunal Supremo han señalado que, 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, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contratas prevista en el convenio de limpieza,

en su ámbito de aplicación “a la totalidad de empresas y trabajadoras/es que se dediquen a la actividad de limpieza [su mantenimiento y conservación] e higienización, de toda clase de edificios, locales..., cualquiera que sea la forma jurídica que adopten y referido tanto a las empresas públicas, privadas y centros especiales de empleo”. El Tribunal Supremo declaró la nulidad del inciso referido a los centros especiales de empleo si bien la razón de tal decisión no responde a la falta de homogeneidad de las actividades reguladas por el convenio ni se basó en la falta de legitimidad de los sujetos negociadores sino en la especialidad de las relaciones laborales de empleo en este particular tipo de empresas. Afirma el Tribunal que resulta jurídicamente inviable que, persistiendo la relación laboral especial entre el Centro Especial de Empleo y sus trabajadores discapacitados, los mismos pasaran a regirse por previsiones propias de una relación ordinaria de trabajo, y que en consecuencia dejasen de beneficiarse del régimen legalmente previsto para tal relación especial y de las numerosas singularidades -adecuadas a la especificidad del vínculo- que señala su Convenio colectivo⁵.

Un fenómeno, el de la extensión del ámbito de aplicación del Convenio colectivo a sectores fronterizos, que se ha reiterado en otras ocasiones, aunque no existan, al menos de momento, pronunciamientos del Tribunal Supremo que avalen o rechacen su legalidad. Así ha ocurrido con los Acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería (BOE 29 de marzo de 2019) en los que se da nueva redacción al art. 4 del Acuerdo para incorpo-

SSTS 4-10-2011 (Rec. 4597/2010), 7 de febrero de 2012 (Rec. 1096/2011), 9 octubre 2012 (Rec. 3667/2011), 10-10-2012 (Rec. 3471/2011), 10-10-2012 (Rec. 4016/2011), 12-12-2012 (Rec. 750/2012), 18-12-2012 (Rec. 414/2012), 20-2-2013 (Rec. 3081/2011), 9-4-2013 (Rec. 304/2012), 17-4-2013 (Rec. 710/2012) y 22-4-2013 (Rec. 748/2012).

⁵ STS 23-9-2014 (Rec. 50/2013). En posteriores sentencias se ha aplicado la misma solución, resolviendo demandas individuales o colectivas de trabajadores contratados por centros especiales de empleo que reclamaban la aplicación a sus relaciones laborales del convenio sectorial aplicable en la empresa en la que prestaran servicios en régimen de contrata. En este sentido, SSTS 24-11-2015 (Rec. 136/2014); 9-12-2015 (Rec. 135/2014); y 2-2-2017 (Rec. 2012/2015).

rar dentro de su ámbito funcional la actividad de reparto de comidas y bebidas elaboradas o preparadas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas.

3. LA LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR CONVENIOS COLECTIVOS. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

El reconocimiento de la fuerza normativa y eficacia general de los convenios colectivos requiere, conforme a la regulación del Título III ET, que en su negociación y conclusión se respeten determinadas normas de obligado cumplimiento que afectan, en primer término, a la identificación de los sujetos negociadores. Las reglas que, al respecto, se recogen en los arts. 87-89 ET se configuran como normas de derecho necesario absoluto que, por tanto, no admiten su modificación o alteración por los propios sujetos colectivos tal y como ya tuvo ocasión de señalar la STC 73/1984 que afirmaba que “las reglas relativas a la legitimación constituyen un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente”⁶.

La legitimación para negociar Convenios colectivos se atribuye en los preceptos estatutarios mencionados diferenciando en función del ámbito de aplicación del Convenio colectivo (de empresa o inferior y de ámbito supraempresarial), fijando, en cada uno de esos ámbitos, reglas específicas y diferenciadas para la representación empresarial y para la representación de los trabajadores. Se trata, además, de un diseño complejo en la medida en que, como el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones, en nuestro ordenamiento se configura “un sistema de triple legitimación: la legitimación inicial

⁶ También el Tribunal Supremo ha señalado el carácter de derecho necesario de las normas sobre legitimación para negociar convenios colectivos (STS 23-7-2003, Rec. 75/2002).

-para negociar-; la llamada legitimación complementaria, plena o deliberante -para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio de eficacia general-; y, finalmente, la legitimidad negociadora, que es la cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET)⁷.

3.1. Legitimación negociadora en el ámbito de la empresa y principio de correspondencia

En el ámbito de la empresa, la legitimación empresarial inicial y plena se atribuye al empresario, que podrá negociar por sí mismo o a través de representantes. La representación social se reconoce a la representación unitaria y a la sindical pero se otorga prioridad a ésta última de modo que las secciones sindicales que sumen la mayoría legalmente exigida pueden exigir a la empresa que la negociación del convenio se lleve a cabo con la representación sindical y no con la unitaria.

En general, la legitimación de la representación unitaria en la negociación a nivel de empresa no plantea excesivos problemas, en la medida en que los representantes unitarios resultan de una elección en la que participa el conjunto de trabajadores de la empresa de forma que no se requieren exigencias adicionales para acreditar su capacidad representativa en el ámbito en el que se desarrolla la negociación.

Sin embargo, en la jurisprudencia de los últimos años se han sucedido con inusitada frecuencia pronunciamientos en los que se

debate la capacidad de los representantes unitarios para negociar convenios colectivos de empresa. El debate está estrechamente vinculado con el principio de correspondencia entre la representatividad de los sujetos negociadores y el ámbito de negociación, correspondencia que la doctrina judicial exige como condición de validez del convenio colectivo estatutario. Es ésta una exigencia reiterada por el Tribunal Supremo en relación con la representación empresarial⁸ pero aplicable igualmente a la representación de los trabajadores.

No es ajeno a este revival del principio de correspondencia en la negociación colectiva del ámbito empresarial la reforma del art. 82 ET que, al atribuir prioridad aplicativa al convenio de empresa en determinadas materias, ha generado una intensa actividad negociadora en dicho ámbito. La fisonomía de las empresas en nuestro sistema productivo, caracterizadas por su pequeño o mediano tamaño, con pluralidad, en muchos casos, de centros de trabajo, y la inexistencia de órganos de representación en todos ellos genera un contexto en el que la acreditación de la correspondencia entre la representación de los trabajadores y el ámbito de negociación no siempre resulta posible.

Precisamente por ese motivo, en diversos pronunciamientos el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del convenio de empresa por apreciar que los sujetos negociadores del banco social no ostentaban representación de la empresa en su totalidad, por ser representantes exclusivamente de uno o varios centros de trabajo.

Así ocurre cuando el convenio define su ámbito de aplicación a todo el territorio nacional pero ha sido negociado por un único delegado de personal o por los representantes uni-

⁷ SSTs 3-12-2009 (Rec. 84/2008) y 1-3-2010 (Rec. 27/2009), entre otras muchas. La distinción entre estos niveles de legitimación adquiere importancia también en relación con la denuncia del Convenio colectivo. La STS 2-12-2016 (Rec. 14/2016), aclarando la doctrina de la STS 21-5-1997 (Rec. 3312/1996), ha señalado que denuncia del convenio y promoción de la nueva negociación son actos diversos, aunque tales actos se lleven a cabo habitualmente de forma conjunta. Para denunciar el Convenio colectivo basta la legitimación inicial en el momento de hacerlo; sin embargo, la legitimación plena sí es imprescindible si se pretende renegociar el convenio colectivo.

⁸ Si bien en relación con la parte empresarial los problemas de correspondencia se plantean no en el ámbito de la negociación a nivel de empresa sino en la negociación sectorial. Vid, al respecto, SSTs 20-6-2006 (Rec. 189/2004); 3-12-2009 (Rec. 84/2008); STS 1-3-2010 (Rec. 27/2009); 24-6-2014 (Rec. 225/2013). Pero también, en el ámbito de la negociación sectorial, respecto de las organizaciones sindicales (STS 25-11-2014 (Rec. 63/2014).

tarios de varios centros de trabajo⁹. La misma solución procede cuando el convenio tiene esa vocación de aplicación en todo el ámbito de la empresa, incluso si ha sido negociado por representantes de todos los centros de trabajo existentes en el momento de la negociación pues tales representantes “carecían de legitimación para negociar un convenio colectivo que pudiera extender su ámbito de aplicación fuera del límite geográfico que se correspondía con su propia representatividad”. A ello no obsta la circunstancia de que en el momento de la publicación del convenio no existieran otros centros de trabajo. Ello no impide, como ha señalado el Tribunal Supremo, declarar que “el establecimiento en el convenio de un ámbito geográfico estatal, excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, tal y como ésta había quedado integrada”¹⁰.

El efecto derivado de esta falta de correspondencia es la declaración de nulidad del convenio, sin que proceda en estos casos mantener únicamente su aplicación respecto de los centros de trabajo representados en la comisión negociadora. La STS de 28 de junio de 2017 (Rec. 203/2016) se pronuncia en este sentido, afirmando que los vicios en la configuración de la comisión negociadora resultan insubsanables ni siquiera reduciendo su ámbito a los centros de trabajo correspondientes a la representación unitaria que formó parte de la misma “al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó”, “sin perjuicio, claro está, de los posteriores acuerdos en tal sentido que pudieren alcanzarse en un ulterior proceso de negociación entre la empresa y la representación de los trabajadores que respete el insoslayable principio de correspondencia”¹¹. Se adopta así una solución distinta a la alcanzada en su-

puestos en los que, ante la falta de legitimación de la asociación empresarial negociadora de un convenio sectorial, el Tribunal Supremo ha admitido la subsistencia del Convenio colectivo si bien negando su eficacia estatutaria y declarando la limitación de su ámbito obligatorio a los firmantes del pacto¹².

Solo excepcionalmente, sin embargo, algún pronunciamiento ha permitido salvar la validez del convenio, negociado sin respetar el mencionado principio de correspondencia, respecto al centro o centros de trabajo cuyos representantes integraron la comisión negociadora. Esta posibilidad de reconducir el ámbito de aplicación del convenio se acepta en la STS 23 de febrero de 2017 (Rec. 146/2016) atendiendo a los principios de *favor negotii* y de equilibrio del convenio, así como a las extraordinarias circunstancias concurrentes, que acreditaban la masiva adhesión al convenio por parte del resto de centros de trabajo de la empresa, y a que las partes ya habían procedido a suprimir la previsión convencional controvertida.

La solución en estos casos pasa, como apunta la STS de 13 de febrero de 2018 ya citada, por la negociación del convenio de empresa con las secciones sindicales de empresa, en caso de existir éstas, y siempre que conste que los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora actúan en nombre y representación de tales secciones sindicales (STS 16 de enero de 2018, Rec. 262/2016). Pero es una solución que solo puede operar cuando al menos en alguno de los centros de trabajo existen órganos de representación unitaria puesto que, conforme al art. 87.1 ET las secciones sindicales deben sumar la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. En estos supuestos, la negociación podría realizarse también directamente con los sindicatos en la medida en que el Tribunal Supremo ha razonado que esta expresa referencia a las secciones sindicales no excluye que, en empresas con varios centros de trabajo, sea el sindicato el que ostenta legitimación para negociar. Si se cuenta con la legitimación necesaria en términos de representatividad, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones

⁹ STS 19-9-2017 (Rec. 195/2016); STS 19-7-2017 (Rec. 212/2016).

¹⁰ SSTs 13-2-2018 (Rec. 236/2016) y 22-2-2019 (Rec. 226/2017). Esta última sentencia aporta además consideraciones importantes en cuanto al plazo de impugnación del Convenio colectivo. A la luz del art. 163.3 LRJS, la Sala considera superado el debate existente en torno al plazo para impugnar el Convenio colectivo que subsiste, conforme a la norma citada, “mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional”.

¹¹ En el mismo sentido STS 18-4-2017 (Rec. 154/2016).

¹² SSTs 20-6-2006 (Rec. 189/2004) y 1-3-2010 (Rec. 27/2009).

sindicales es una cuestión de régimen interno sindical o de oportunidad en la medida en que originariamente es al sindicato a quien corresponde el derecho a la negociación colectiva como parte de la libertad sindical. No sería lógico, además, que tuvieran que ejercitar el derecho conjuntamente múltiples secciones de centro y no el propio sindicato¹³.

Lo que en ningún caso resultaría posible ni suficiente es la negociación de un convenio colectivo a través de comisiones *ad hoc*. La negociación de convenios colectivos a nivel de empresa está reservada para los sujetos referidos en el art. 87.1 ET de tal modo que “si en la empresa no existen representantes unitarios de los trabajadores falla el presupuesto sobre el que se edifica la construcción legislativa (órgano de representación unitaria, o secciones sindicales que posean mayoría en ella)”, conclusión que no vulnera el derecho a la negociación colectiva pues la Constitución no garantiza que cada empresa deba contar con un convenio colectivo estatutario¹⁴.

3.2. Legitimación para negociar convenios colectivos de grupo de empresas

Las dificultades para determinar la legitimación en los grupos de empresas o unidades empresariales complejas, para las que el ET no ofrecía inicialmente una respuesta específica, se resolvieron por la jurisprudencia, tras algunos pronunciamientos no uniformes, aplicando un criterio que, finalmente, será acogido por el legislador e incorporado al art. 87.1 ET. La STS de 21 de diciembre de 1999 (Rec. 4295/1998) ya advertía de las dificultades que planteaban estos supuestos y, ante la falta de una norma específica, apostó por un criterio mixto que combinaba las reglas de legitimación para la negociación a nivel de empresa o inferior -para la parte empresarial- y las aplicables a los convenios supraempresariales -para la representación sindical-.

Esta es la solución que incorpora el ET en el art. 87.1 no solo para los grupos de empre-

sas sino también para “los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”.

No obstante, es preciso advertir que la remisión a las reglas de legitimación de los convenios supraempresariales no se efectúa en el art. 87.1 ET en bloque sino exclusivamente a las recogidas en el art. 87.2 ET lo que, en la práctica, supone que carecen de legitimación para negociar convenios colectivos de grupo de empresas los sindicatos más representativos a nivel autonómico si en ellos no concurre algunas de las condiciones previstas en el art. 87.2 ET, a saber: a) estar afiliados federados o confederados a un sindicato de ámbito estatal, o c) contar con un mínimo del 10 % de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico o funcional al que se refiere el convenio. No cabe, para los sindicatos autonómicos, apelar a la legitimación que les confiere el art. 87.4 ET a efectos de participar en la negociación de un convenio colectivo de grupo de empresas. Esta es la razón, precisamente, de que la STS de 6 de julio de 2016 (Rec. 288/2015), niegue a los sindicatos ELA, LAB y CIG legitimación para formar parte de la comisión negociadora del I Convenio colectivo del Grupo RENFE, en la medida en que “El legislador no ha establecido que la legitimación para negociar los convenios colectivos de grupos de empresa sea la misma que la regulada para negociar los convenios sectoriales, sino que ha limitado esta legitimación a la reconocida en el apartado 2 del artículo 87 ET, no a la fijada en el apartado 4 de dicho precepto”.

3.3. Legitimación inicial y plena de las asociaciones empresariales para la negociación de Convenios colectivos sectoriales

Si, en relación con la representación de los trabajadores, el principio de correspondencia ha generado numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo, el caso de las asociaciones empresariales -a las que, como ya se ha señalado, también es exigible dicho requisito- ha generado su propia problemática en el ámbito de la negociación supraempresarial.

¹³ SSTs 28-2-2000 (Rec. 2040/1999) y 16-9-2004 (Rec. 129/2003).

¹⁴ STS 28-6-2017 (Rec. 203/2016).

La legitimación inicial para negociar convenios colectivos sectoriales se reconoce (art. 87.3 c) ET), 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 éstas 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”.

El control de la representatividad de las asociaciones empresariales no resulta sencillo dado que, como advirtió el Tribunal Constitucional (STC 52/1992) no existe un organismo público que pueda certificarla. Es por ello que la doctrina del Tribunal Supremo viene admitiendo que es la contraparte negociadora la que, en la práctica, y en tanto no se demuestre fehacientemente lo contrario, atribuirá el título de interlocutor a las asociaciones empresariales negociadoras, reconociéndose de este modo una presunción *iuris tantum* de validez al convenio colectivo correspondiente¹⁵. Presunción¹⁶ basada en el reconocimiento de la misma por los interlocutores sociales que participan en la negociación¹⁷ y que, en su caso, se refuerza cuando el convenio colectivo ha superado el control de legalidad de la autoridad laboral que, al proceder al registro y publicación del convenio, ratifica la validez y eficacia de la comisión negociadora¹⁸.

¹⁵ En este sentido, SSTs 7-6-1994 (R° 2366/1993), 5-10-1995 (Rec. 1528/1992), 14-2-1996 (Rec. 3173/1994), 25-1-2001 (R° 1432/2000), 21-3-2002 (Rec. 516/2001), 14-2-2005 (Rec. 55/2004), y 29-11-2010 (Rec. 244/2009).

¹⁶ Aplicable también a las organizaciones sindicales que impugnan la constitución de la comisión negociadora (STs 16-5-2017, Rec. 129/2016).

¹⁷ Dicho reconocimiento puede alcanzar a algunas de las asociaciones que pretenden participar en la negociación colectiva y no a otras, sin que ello suponga una vulneración del principio de igualdad (STs 4-11-2010, Rec. 132/2009).

¹⁸ La presunción de representatividad de las asociaciones empresariales negociadoras, derivada del reconocimiento de la representación de los trabajadores, no opera frente a la autoridad laboral que está legitimada para reclamar de tal manera que, a requerimiento de la autoridad, las asociaciones empresariales deben aportar las pruebas suficientes de su representatividad (STs 3-7-2012, Rec. 83/2011).

La posibilidad de destruir esta presunción se ha admitido cuando el interesado aporta elementos suficientes que permitan poner en duda el cumplimiento del doble requisito exigido en el art. 87 ET respecto al porcentaje de empresas y de trabajadores ocupados, respectivamente, por la organización empresarial. En caso de cuestionarse la legitimación de la asociación empresarial por otra que reclama su derecho a participar en la negociación, será preciso acreditar que la reclamante cumple los requisitos exigidos en el art. 87.3.c) ET¹⁹. La prueba aportada debe generar una base de convicción suficiente en el órgano judicial sobre la falta de legitimación de la organización empresarial que participó en la negociación del convenio.

Cuestión distinta es la de determinar cuándo debe considerarse adecuadamente constituida la comisión negociadora y, en particular, el banco empresarial, circunstancia que se vincula a la denominada “legitimación plena”. A estos efectos, el Tribunal Supremo ha advertido que no puede considerarse válidamente constituida la comisión negociadora cuando en el banco empresarial comparece únicamente una asociación que, aun acreditando legitimación inicial, no cumple la exigencia, prevista en el art. 88.2, primer párrafo ET de emplear al 50 % de los trabajadores del sector. La posibilidad de acudir a la regla de legitimación prevista en el art. 88.2. tercer párrafo ET -que, con la finalidad de facilitar la negociación de convenios sectoriales, dio entrada a las organizaciones estatales que tuvieran una representación mínima del 15 % de los trabajadores en el Estado o en la Comunidad Autónoma (en función del ámbito de afectación del convenio)- está limitada al supuesto de que “no existan asociaciones que cuenten con la suficiente representatividad”²⁰. Por tanto, cuando tales asociaciones existen no cabe aplicar esta regla ampliadora de la legitimación, siendo necesario que las asociaciones empresariales que integran la comisión negociadora acrediten el requisito de dar empleo a la mayoría de los trabajadores del sector.

¹⁹ STS 19-7-2018 (Rec. 156/2017).

²⁰ STS 4-6-2014 (Rec. 111/2013).

Del mismo modo, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del convenio colectivo cuando, aun acreditándose la legitimación inicial y plena de la asociación empresarial negociadora, ella por sí sola no alcanzaba el grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia Comisión Negociadora en los términos que exige el art. 89.3 del ET²¹. Este precepto -que dispone que “Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones”- ha sido interpretado en el sentido de que la mayoría a que se refiere remite “a la mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa”²².

En cualquier caso, en relación con la acreditación de la legitimación de los sujetos que participan en la negociación del convenio, la doctrina del Tribunal Supremo ha reiterado que el momento determinante para medir el nivel de representatividad de los sindicatos y asociaciones intervinientes en la negociación colectiva es aquél en que se constituyó la mesa negociadora²³.

Añade la doctrina judicial que la aplicación del criterio contrario no sólo rompe la necesaria correspondencia entre la legitimación inicial y el nivel de representatividad de la comisión negociadora, de una parte, y la determinación de la denominada legitimación decisoria, por otra, sino que resulta contrario a la seguridad jurídica al introducir incertidumbre sobre los niveles de representatividad con un cuestionamiento constante de éstos incompatible con el desarrollo normal y estable de un proceso de negociación.

Se trata, en todo caso, de una doctrina que se ha excepcionado cuando, constituida la comisión negociadora, se produce un largo periodo de vacío negociador. En este caso, cuando se retoma la negociación, está justificada

la actualización de la comisión negociadora²⁴. Finalmente, si se trata de renegociar o modificar parcialmente el Convenio colectivo, la legitimación la tienen los representantes de los trabajadores legitimados en el momento de proceder a la renegociación parcial de convenio y no quienes participaron en la negociación del convenio que se modifica²⁵.

4. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. RECONSTRUCCIÓN JUDICIAL DEL CONTENIDO DEL DEBER DE BUENA FE NEGOCIAL

A la regulación del procedimiento que debe seguir la negociación y conclusión del Convenio colectivo dedica el Estatuto de los Trabajadores algunas referencias que remiten básicamente a la iniciativa para negociar, al desarrollo de la negociación bajo el principio de buena fe, a las condiciones que deben reunir los acuerdos para su validez y a la exigencia de registro de los convenios colectivos.

En relación con el deber de negociar de buena fe (art. 89.1 ET), han sido los órganos judiciales quienes, en la tarea de resolver si el proceso negocial se ha desarrollado adecuadamente, han ido progresiva y casuísticamente delimitando los comportamientos inherentes a dicho principio de aquellos otros que suponen una lesión del deber de buena fe. Precedente ineludible de tal doctrina jurisprudencial fue la STC 107/2000, de 5 de mayo, que tuvo el mérito de colocar en un primer plano el deber de negociar de buena fe y de dotar a su incumplimiento de plenas consecuencias jurídicas, en un contexto en el que dicho principio carecía de una tutela suficiente y eficaz.

A partir de ese reconocimiento, la interpretación jurisprudencial sobre el contenido y alcance del deber de negociar de buena fe se ha realizado partiendo, como señala la STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012), de que “ha de reconocerse que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse refe-

²¹ STS 1-3-2010 (Rec. 27/2009).

²² SSTs 23-11-1993 (Rec. 1780/91) y 17-1-2006 (Rec.11/05), 16-3-2017 (Rec. 93/2016).

²³ SSTs 16-5-2017 (Rec. 129/2016) y 3-10-2017 (Rec. 190/16).

²⁴ STS 1-6-2017 (Rec. 183/2016).

²⁵ STS 24-9-2015 (Rec. 54/2014).

rencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y -menos aún- a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1258 CC y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET: «ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»).

La doctrina judicial sobre el deber de buena fe se ha construido tradicionalmente en torno a la exigencia que, al respecto, contiene el art. 89.1 ET. A partir de esa previsión, la jurisprudencia ha reiterado, en primer lugar, que la obligación de negociar de buena fe que impone dicho precepto no implica el deber de convenir o de llegar a un acuerdo. Es preciso distinguir, por tanto, entre la obligación de negociar de buena fe y la obligación de contratar. Las SSTs de 14 de diciembre de 2010 (Rec. 60/2010) y de 9 de febrero de 2010 (Rec. 112/09) señalan, en referencia al art. 89.1 ET, que “a) El precepto impone, como regla general, el mantenimiento de la unidad de negociación originaria, dentro de la cual las partes estarán obligadas a negociar y a hacerlo de buena fe (siguiente párrafo del art. 89.1 ET), b) Ello sucede aun cuando esa obligación negociadora no implique el deber de alcanzar un acuerdo”. Esta idea ya se recogía en la anterior STS de 17 de noviembre de 1998 (Rec. 1760/1998) donde se afirmaba que “el deber de negociar ha de entenderse legalmente satisfecho, cuando la parte requerida ya ha accedido a negociar, y lo está haciendo, con quien está legitimado para concertar convenio”.

El deber de negociar de buena fe no significa tampoco mantener indefinidamente las negociaciones. Ya lo señalaba la STS de 22 de mayo de 2006 (Rec. 79/2005) que afirmaba que “el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos”, y lo reitera la STS de 28 de mayo de 2009 (Rec. 71/2008) añadiendo una matización de interés: “la Sala considera suficiente recordar su doctrina relativa a que después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio Colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha

negociación (éste es el supuesto examinado), la obligación de negociar de buena fe establecida en el art. 89 ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo (SSTS de 17 de noviembre de 1998, Rec. 1760/1998; de 30 de septiembre de 1999, Rec. 3652/1998; y de 1 de marzo de 2001, Rec. 2019/2000); y que el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos (SSTS de 3 de febrero de 1998, Rec. 121/1997; de 1 de marzo de 2001, Rec. 2019/2000; de 7 de octubre de 2004, Rec. 189/2003; y la ya citada de 22 de mayo de 2006, Rec. 79/2005)”.

5. CONTROL JUDICIAL DEL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO

Las únicas precisiones que el Estatuto de los Trabajadores contempla sobre el contenido del Convenio colectivo son las referidas a su contenido mínimo (art. 85.3 ET). Por lo demás, las partes negociadoras gozan de libertad para fijar el contenido del convenio colectivo en materias de “índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”. Tan amplia libertad tiene, no obstante, límites derivados del respeto a las normas constitucionales y legales.

En reiteradas ocasiones, el Tribunal Supremo ha señalado que la interpretación de los convenios colectivos, atendida su singular naturaleza mixta (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), debe hacerse utilizando los siguientes criterios: la interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 Cc); la interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 Cc); la interpretación histó-

rica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 Cc); y, finalmente, la interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 Cc). A ello debe añadirse que no cabe la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable (STS de 9 de abril de 2002, Rec. 1234/2001) y que los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el “espiguo” (STS de 4 de junio de 2008, Rec. 1771/200/).

Pero esta forma de proceder en la interpretación no excluye la aplicación del art. 3.1 ET ni del art. 85.1 ET, que exigen el respeto de los convenios colectivos a la ley. En definitiva, en el proceso de interpretación y aplicación del convenio no puede obviarse la superioridad de las normas constitucionales y legales frente al convenio colectivo.

5.1. Prohibición de discriminación y derechos de conciliación: su incidencia sobre la legalidad del convenio colectivo

Ha sido precisamente la necesidad de respetar el principio constitucional de igualdad y no discriminación el que ha determinado que numerosas sentencias del Tribunal Supremo hayan anulado cláusulas de diversos convenios colectivos por resultar su contenido contrario al mencionado principio.

Es lo que ha ocurrido, señaladamente, con las denominadas dobles escalas, cuando la fecha de ingreso en la empresa se convierte en el único criterio determinante de la aplicación de un diverso régimen jurídico en determinadas condiciones laborales, ya sea la cuantía del complemento de antigüedad²⁶, o su propia existencia²⁷, cualquier otro concepto salarial²⁸, o el cómputo como tiempo del traba-

jo efectivo el descanso intrajornada²⁹. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido cierto margen de validez para estas diferenciaciones de régimen jurídico basadas en la fecha de contratación cuando existe una justificación objetiva y razonable y la diferencia de trato es proporcionada a la finalidad perseguida³⁰. No se ha considerado, a estos efectos, causa justificativa suficiente el objetivo de incrementar el empleo fijo si la doble escala no aparece vinculada a ninguna medida específica³¹.

Por su parte, el necesario respeto a la prohibición de discriminación por razón de sexo y al derecho a la conciliación han justificado la declaración de nulidad de preceptos convencionales lesivos de los mismos al imponer, a efectos de la progresión salarial de los trabajadores, la exclusión “en todo caso” de los periodos en excedencia o de disfrute de permisos retribuidos. La exclusión de tales periodos no puede afectar a aquellos en que la causa del permiso o de la excedencia tenga relación con el derecho a la igualdad o a la conciliación de la vida familiar o laboral o esté vinculada a otros derechos fundamentales³².

²⁹ STS 21 de octubre de 2014 (Rec. 308/2013).

³⁰ Como apreció la STS 5-3-2007 (Rec. 187/2004) en relación con una doble escala convencional justificada en la liberación del monopolio de hidrocarburos que determinó que los negociadores adoptaran una serie de medidas para evitar que los costes laborales asumibles durante el monopolio impedirían la competitividad en el libre mercado (STS 16-1-06, Rec. 213/2004). Ello no permite, sin embargo, mantener la doble escala en los sucesivos convenios si no se justifica y acredita que se mantienen las circunstancias señaladas (STS 28-11-2018, Rec. 193/2015). Algo similar ocurría en el asunto resuelto por la STS 20-4-05 (Rec. 51/2004) en la que se rechaza el argumento de la crisis económica sufrida por la empresa cuando consta que “la situación de la empresa ha experimentado en línea progresiva unos resultados, manifiestamente, positivos, por lo que no cabe invocar con éxito aquella anterior y coyuntural situación de crisis económica para justificar el actual trato retributivo distinto”.

³¹ STS 26-4-04 (Rec. 4480/02).

³² Así ocurre en la STS 18-5-2016 (Rec. 140/2015) que declara la nulidad del inciso “por cualquier causa” del art. 15.b) del Convenio colectivo de Swissport Handling Madrid UTE y Swissport Handling Lanzarote UTE, y declara válida la exclusión a efectos de la progresión salarial del cómputo de los días de excedencia y permisos retribuidos, salvo cuando la causa del permiso o excedencia tenga relación con el derecho a la igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar o esté vinculadas a otros derechos fundamentales.

²⁶ SSTs 27-9-2007 (Rec. 37/2006) y 17-11-2009 (Rec. 12/2009).

²⁷ STS 15-6-2008 (Rec. 45/2007).

²⁸ En la STS 31-1-2019 (Rec. 136/2017) se anulan las previsiones del Convenio colectivo que excluían de la aplicación del incremento salarial previsto a los trabajadores que hubieran sido contratados por la empresa tras la entrada en vigor de la regulación salarial contemplada en el convenio.

Otro factor prohibido de diferenciación es el que remite a la temporalidad del contrato de trabajo (art. 15.6 ET), lo que determina la nulidad de aquellas cláusulas que establecen una diferencia de trato injustificada entre trabajadores temporales e indefinidos. Pero también en este caso resultan admisibles diferencias entre trabajadores fijos y temporales cuando las mismas se encuentren objetiva y razonablemente justificadas, como ocurre, por ejemplo, cuando los derechos de los que se les excluye son incompatibles con una relación laboral temporal de escasa duración³³ o concurren circunstancias específicas que legitiman la diferencia de trato. Y ello dado que el principio de igualdad no impide regular de manera diferente situaciones con peculiaridades distintas, ni exige para todos los casos un tratamiento igualitario con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica.

5.2. Normas de derecho necesario y legalidad de las cláusulas convencionales

La referencia a los límites legales que debe respetar la regulación convencional de las condiciones laborales es, sin duda, mucho más abierta y ha suscitado numerosos pronunciamientos judiciales. El art. 85.1 ET se refiere a las posibilidades de regulación de condiciones laborales que tiene el convenio «dentro del respeto a la ley», expresión que el Tribunal Supremo ha matizado señalando que “aunque es cierto que el art- 85.1 ET dispone que la regulación de las condiciones de trabajo que se contenga en un convenio colectivo, se ha de efectuar “dentro del respeto a las leyes”; no es menos cierto que esta obligación de acatamiento y respeto no se extiende

a toda clase de disposiciones legales, sino que tan sólo se refiere a aquellos preceptos legales que sean de derecho necesario, puntualizando que en la, a veces difícil, convivencia normativa de ley y convenio, la jurisprudencia ha mantenido la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible”.

Ello significa que, preservando el derecho necesario absoluto, los convenios colectivos pueden mejorar, en beneficio del trabajador, las disposiciones legales. Con claridad lo expresa la jurisprudencia al afirmar que la norma paccionada prevalece sobre la estatal en cuanto no viole normas estatales de derecho necesario, que configuran el orden público laboral, ni perjudique los mínimos de derecho necesario, por lo que, ello a salvo, la colisión entre ley y convenio ha de resolverse mediante la aplicación de la disposición más favorable al trabajador, apreciada en su conjunto y en cómputo anual (STS de 24 de enero de 1992, Rec. 1467/1991).

En aplicación de estos límites, el Tribunal Supremo ha declarado nulas numerosas cláusulas convencionales en la medida en que implican un desconocimiento de la norma imperativa o de los mínimos o máximos fijados normativamente.

Así ha ocurrido con una norma convencional que omitía el derecho al descanso para trabajadores con jornada continuada, declarada nula por no respetar el mínimo previsto en el art. 34.4 ET³⁴; con la reducción de la duración del permiso por fallecimiento de familiares³⁵; con la norma convencional que, al regular la distribución irregular de la jornada, ex art. 34.2 ET, fijaba un plazo de preaviso al trabajador de tan solo 24 horas³⁶, con la imposición de asistencia obligatoria a cursos de formación fuera de la jornada laboral³⁷, con determinadas fórmulas convencionales de cálculo de la retribución de las vacaciones³⁸, o, en fin, con la previsión convencional que pre-

³³ La STS 1-3-2005 (Rec. 131/2004) anula la cláusula de Convenio colectivo de la empresa «Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, SA» (AUDASA) por la que se excluía a los trabajadores temporales del derecho a disfrutar en igualdad de condiciones que los trabajadores indefinidos del economato de empresa. Sin embargo, el mismo pronunciamiento señala que no atenta al principio constitucional de igualdad de trato la exclusión de los trabajadores temporales de los beneficios referidos a anticipos de haberes, ayuda por gastos médicos y ayudas por estudios, en la medida en que difícilmente puede coonestarse la regulación convencional de estos derechos con la relación laboral establecida con carácter temporal.

³⁴ STS 1-3-2005 (Rec. 131/2004).

³⁵ STS 25-1-2011 (Rec. 216/2009).

³⁶ STS 16-4-2014 (Rec. 183/2013).

³⁷ STS 26-6-2003 (Rec. 124/2002).

³⁸ STS 15-2-2018 (Rec. 47/2017).

veía una retribución de las horas extraordinarias prestadas durante el descanso semanal del trabajador sin aplicar el incremento del 75 % que fija el RD 2001/1983³⁹.

Particular interés tiene la doctrina fijada por el Tribunal Supremo sobre el alcance del Convenio colectivo en relación con la delimitación de los supuestos que legitiman el recurso a los contratos temporales estructurales previstos en el art. 15 ET.

En la célebre STS de 17 de diciembre de 2001 (Rec. 68/2001), sobre el contrato eventual, se anula la cláusula del Convenio colectivo de manipulado y envasado de Agrios de la Región de Murcia, que preveía, entre las modalidades de contratación a las que podía recurrir la empresa, el contrato eventual en los siguientes términos: “los trabajadores que se contraten bajo esta modalidad, bien sea por acumulación de tareas, exceso de pedidos, circunstancias de la producción o mercado, aún tratándose de la actividad normal de la Empresa, deberán suscribir el correspondiente contrato, con duración máxima de 180 días de trabajo efectivo, dentro del período de 265 días, pero serán llamados al trabajo, y lógicamente retribuidos exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la Empresa, dentro del periodo pactado”. El Tribunal Supremo anula esta regulación de contrato “de trabajo a llamada” señalando que “el contrato que autoriza el precepto convencional cuestionado es una especie de híbrido de contrato eventual, a tiempo parcial, para satisfacer trabajos fijos discontinuos, que no respeta los mínimos legales de cada uno de ellos, constituyéndose en un medio por el que el empleador puede contar con los servicios de un trabajador, que queda vinculado contractualmente de manera obligatoria y que no ha de utilizar más que cuando sus servicios le sean necesarios, con olvido de que tal necesidad o su desaparición no puede ser elevada a la categoría de causa de la temporalidad, y, menos aún, de la indeterminación del tiempo en el que las partes quedan vinculadas. El contrato eventual, no puede ser intermitente. La intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos.

³⁹ STS 27-6-2018 (Rec. 227/2016).

El contrato a tiempo parcial, exige la precisión del tiempo de efectividad servicios por el que se concierta, y el contrato para trabajos fijos discontinuos exige una precisión en el orden de los llamamientos”.

Por su parte, en relación con la identificación convencional de los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos para obra o servicio (art. 15.1.a) ET), el Tribunal Supremo ha señalado que la habilitación al convenio no significa que éste pueda establecer cualquier causa para la contratación temporal. La función del convenio es fijar los límites dentro de los cuales es posible la contratación legal, traspasados los cuales la contratación es abusiva. Y tal actividad ha de realizarse identificando tareas que tengan auténtica sustantividad propia, no extendiéndose las facultades de los negociadores a conferir *ex novo* esa calificación a actividades normales y permanentes en el seno de la empresa⁴⁰. Pero, además, el Tribunal Supremo ha advertido que el Convenio colectivo no puede identificar como trabajos susceptibles de ser atendidos por contrato de obra o servicio aquéllos que, en realidad, constituyen el objeto de las modalidades contractuales a tiempo parcial o de indefinido no fijo⁴¹. Ni es posible tampoco, conforme a la doctrina de Tribunal Supremo, hacer revivir el contrato de lanzamiento de nueva actividad encuadrándolo en el contrato de obra o servicio⁴².

⁴⁰ La STS 4-10-2017 (Rec. 176/2016) anula la cláusula del Convenio colectivo por considerar que si el Convenio colectivo es aplicable a las empresas dedicadas a la recolección de cítricos resulta evidente que carecen de sustantividad propia las tareas que suponen la realización de labores de recolección de cítricos cualquiera que sea la variedad de los mismos y el destino que les de la empleadora. También la STS 27-9-2016 (Rec. 151/2015) anula de delimitación que el Convenio colectivo de Empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos efectúa del contrato de obra.

⁴¹ Tal como señala la STS 11-4-2006 (Rec. 22/2003), en relación con el sector de Grandes Almacenes, respecto de “las campañas específicas, las ferias, exposiciones, ventas especiales, promociones de productos o servicios propios o de terceros, los aniversarios y otras tareas comerciales que presenten perfiles propios y diferenciados del resto de la actividad”.

⁴² En la misma STS 11-4-2006 (Rec. 22/2003), el Convenio colectivo identificaba como trabajo con sustantividad propia a los mismos efectos de la posibilidad de celebrar un contrato temporal por obra o servicio, la consolidación comercial en los

5.3. Derecho dispositivo y margen legal de regulación convencional

Mayores matices ha requerido el análisis judicial de aquellos supuestos en los que el Convenio colectivo aborda materias cuya regulación la norma legal o reglamentaria expresamente remite al Convenio colectivo sin fijar con precisión un marco de referencia en el que haya de moverse el contenido del convenio.

La capacidad del Convenio colectivo para regular materias no previstas legalmente o para incorporar reglas específicas a las previstas legalmente no es cuestionable. El propio Tribunal Supremo ha reconocido que “nuestro sistema de negociación colectiva no está basado en la previa apertura legal de las materias que pueden abordarse. Los arts. 37 CE y 85 ET, en concordancia con numerosos textos internacionales, abocan a una libertad de contenidos solo limitada por las prohibiciones y presidida por la jerarquía normativa”.

Pero esta afirmación no ha impedido a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo examinar la legalidad de previsiones convencionales que, en uso de esa libertad negocial, se han incorporado en algunos Convenios colectivos cuando tal regulación resulta contraria a la finalidad o funcionalidad de la institución jurídica de que se trata.

El problema de si, en estos casos, el margen de regulación del Convenio colectivo está o no sometido a algún límite se ha planteado en relación con la regulación convencional de la duración del periodo de prueba, ex art. 14.1 ET. Cuestión sobre la que la jurisprudencia ha afirmado que “la negociación colectiva no puede magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que pueden resultar incompatibles con la propia finalidad y funciones -que hemos ya descrito- del instituto del periodo de prueba, pues una regulación convencional en la que se fije una duración excesivamente dilatada de dicho periodo, bien puede sugerir -como ha puesto de manifiesto la doctrina científica- que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a

la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el citado precepto estatutario”. Concluyendo que “dichas cláusulas son radicalmente nulas por contrarias a la ley y al orden público social”⁴³.

Desde esta perspectiva se ha analizado también la capacidad de los convenios colectivos para limitar la posibilidad de celebración de los contratos formativos, fijando un número máximo de contratos de esta modalidad que la empresa puede celebrar. Tal previsión convencional ha sido considerada nula por el Tribunal Supremo afirmando que “la regulación del contrato formativo no puede abordarse por la negociación colectiva restringiendo las posibilidades de puesta en juego, ya que eso colisiona con el alcance de la norma, interpretada a la luz de sus antecedentes y de su finalidad” que no es otra que la de favorecer y liberalizar el recurso a esta modalidad contractual⁴⁴.

Esa tensión entre la capacidad reguladora del convenio y la ley se ha puesto también de manifiesto en relación con la figura del trabajador fijo discontinuo. Al respecto, el Convenio colectivo no puede imponer condiciones no previstas en la ley para que el trabajador adquiera la condición de indefinido no fijo. En el asunto resuelto en la STS de 13 de febrero de 2018 (Rec. 3825/2015), el Convenio colectivo reservaba la condición de fijo discontinuo a los trabajadores que prestaran servicios durante determinados periodos temporales, concluyendo el Tribunal que tales previsiones convencionales no respetan el presupuesto objetivo del contrato fijo discontinuo tal como lo establece el artículo 15.8 ET (hoy artículo 16 ET) ya que condicionan la adquisición de dicha condición a la pres-

⁴³ STS 20-7-2011 (Rec. 152/2010), que se expresa en términos similares a los de la anterior STS 12-11-2007 (Rec. 4341/2006).

⁴⁴ STS 20-11-2018 (Rec. 221/2017). La sentencia considera, por el contrario, que no es ilícita la previsión del convenio que excluye la celebración de contratos formativos en determinadas categorías o grupos profesionales. Al respecto, el Tribunal Supremo afirma que “no toda limitación convencional a la utilización de estos contratos puede considerarse contraria a la Ley, sino solo aquella que los excluya respecto de puestos de trabajo aptos para ser ocupados a su través”.

casos de creación o ampliación de un establecimiento ligados a inversiones económicas.

tación de servicios en varias campañas, bajo no se sabe que modalidad contractual, eludiendo la configuración legal del contrato en cuestión; y constituyendo, consecuentemente, un claro supuesto de regulación convencional *contra legem*, vedado en nuestro ordenamiento jurídico por los arts. 3 y 82 ET⁴⁵.

6. LA INAPLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO PREVISTAS EN EL CONVENIO COLECTIVO

La eficacia general del Convenio colectivo estatutario determina la obligatoria aplicación de su contenido a todas las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. La inaplicación de algunas de las condiciones reguladas en el Convenio colectivo es, por ello, una posibilidad excepcional que, sin embargo, el ET contempla en atención a la necesidad de ofrecer a las empresas una vía para adaptar la regulación de determinadas condiciones de trabajo a las particulares y coyunturales circunstancias de su empresa. Precisamente por ese carácter excepcional, la aplicación de esta figura debe realizarse en los específicos términos y condiciones fijadas por el art. 82.3 ET.

La doctrina jurisprudencial ha abordado en numerosas ocasiones el análisis del régimen jurídico de los acuerdos y del procedimiento de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo tal y como ha quedado diseñado legalmente tras las sucesivas reformulaciones que la institución del descuelgue ha sufrido en su diseño legal. Un diseño que ha suscitado problemas interpretativos, algunos de los cuales han sido resueltos por el Tribunal Supremo a través de diversos pronunciamientos.

6.1. ¿Es posible acordar la inaplicación de un convenio colectivo en situación de ultraactividad?

Una primera cuestión que se ha planteado es si resulta posible acordar el descuelgue

de un convenio cuando, habiendo sido denunciado, la norma convencional se encuentra en situación de ultraactividad. El Tribunal Supremo ha dado una respuesta afirmativa, señalando que durante la ultraactividad el convenio está plenamente vigente y, por tanto, resulta posible que, siguiendo el procedimiento y cumpliéndose las condiciones legalmente exigidas, se acuerde el descuelgue o inaplicación de algunas de las condiciones reguladas en el mismo. Dicha decisión no tiene por qué suponer un fraude de ley en la medida en que el descuelgue se produce respecto del convenio que está vigente, y no sustituye ni limita el procedimiento ordinario de negociación de un nuevo convenio⁴⁶.

6.2. Alcance temporal del acuerdo de inaplicación del Convenio colectivo

Ha suscitado también problemas de forma recurrente el alcance temporal de las modificaciones incorporadas por el acuerdo de descuelgue. El art. 82.3 ET señala que “El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”, fijando por tanto el límite temporal máximo que el acuerdo de descuelgue puede dar a la aplicación de las nuevas condiciones laborales. Pero el precepto legal no fija el momento en el que tales modificaciones pueden empezar a aplicarse. Esta falta de previsión expresa ha permitido que algunos acuerdos de inaplicación del convenio hayan previsto una aplicación retroactiva de la nueva regulación, afectando a derechos generados o devengados por los trabajadores con anterioridad al acuerdo de descuelgue.

El Tribunal Supremo, a través de una doctrina que puede considerarse consolidada, ha rechazado la posibilidad de retrotraer los efectos del descuelgue de un convenio colectivo. En los supuestos planteados, la cuestión se suscita porque los acuerdos de descuelgue establecían la aplicación de las nuevas condiciones pactadas, en muchas ocasiones salariales, con una fecha de efectos anterior a la del propio acuer-

⁴⁵ Solución que ya se había anticipado en la anterior STS 26-10-2016 (Rec. 3826/2015).

⁴⁶ STS 23-12-2015 (Rec. 28/2015).

do⁴⁷. El Tribunal Supremo ha rechazado tal aplicación retroactiva, afirmando que el nuevo régimen económico previsto en el acuerdo de descuelgue solo puede surtir efectos a partir de la fecha de suscripción del acuerdo.

Esta doctrina, que se ha reiterado en numerosas sentencias posteriores⁴⁸, parte de la consideración de que, aunque el artículo 82.3 del ET no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, lo cierto es que la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma que empieza estableciendo que el convenio colectivo obliga a todos los incluidos en su ámbito de aplicación “durante todo el tiempo de su vigencia”. De ese mandato se infiere que el convenio colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, así como que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo en él acordado sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. Señala la sentencia que “el descuelgue o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro (...) y evidencia el hecho de que la norma hable de las nuevas condiciones aplicables en la empresa y su duración, por cuanto al obligar a fijar “las nuevas condiciones... y su duración”, la norma se está refiriendo a la permanencia en el tiempo de lo nuevo, lo que indica la imposibilidad de retroacción de efectos porque lo nuevo es antónimo de lo antiguo y la norma nueva sólo es aplicable a partir de su creación. Y es lógico que así sea porque el convenio colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colecti-

vo anterior (art. 82.3 ET, en relación con el 86.4 del mismo texto), pero tal disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador”.

Pero los problemas de aplicación temporal del acuerdo de descuelgue se plantean también respecto del momento final de su eficacia. El ET prevé un plazo máximo de vigencia (“no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”) que opera como un tope máximo, al margen de lo que pudiera disponer en el acuerdo o laudo de descuelgue. Ello permite que las partes pacten que el acuerdo de descuelgue pueda dejar de aplicarse en un momento anterior. En la STS de 26 de junio de 2018 (Rec. 153/2017), se trataba precisamente de un supuesto en el que el acuerdo del descuelgue preveía que “La vigencia temporal del presente Acuerdo será coincidente con la vigencia temporal del Convenio Colectivo”. El problema surge cuando, denunciado el convenio, los sindicatos firmantes reclaman que el acuerdo de descuelgue deje de aplicarse. Tal petición es desestimada por el Tribunal Supremo por entender que, si bien las partes podían haber fijado ese momento como el determinante de la pérdida de vigencia del descuelgue, no lo hicieron así, sino que vincularon el descuelgue a la vigencia del convenio, vigencia que se mantiene mientras el convenio no sea sustituido por otro.

6.3. Delimitación de los supuestos en los que debe acudir al procedimiento de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo

Son numerosos los pronunciamientos judiciales en los que el Tribunal Supremo ha debido abordar la cuestión de si una concreta y particular modificación de condiciones laborales reguladas en convenio colectivo requiere o no acudir al procedimiento de descuelgue. Se trata de una cuestión eminentemente casuística pero resulta de interés analizar cómo, al hilo de estos supuestos, el Tribunal Supremo perfila las diferencias entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) y la inaplicación de convenio colectivo (art. 82.3 ET).

⁴⁷ Esto es lo que ocurría en la STS 7-7-2015 (Rec. 206/14) en la que el acuerdo de inaplicación de las tablas salariales del Convenio estatal se alcanzó en el mes de noviembre previniéndose que las nuevas condiciones económicas, menos ventajosas para los trabajadores, se aplicarían con efectos de enero de ese mismo año.

⁴⁸ Entre otras, SSTS 15-9-2015 (Rec. 218/14), 16-9-2015 (Rec. 110/14), 13-10-2015 (Rec. 222/14) y 23-12-2015 (Rec. 28/15).

El art. 82.3 ET identifica las materias que pueden resultar afectadas por el acuerdo de descuelgue. A diferencia del listado del art. 41 ET, que no tiene carácter exhaustivo, la enumeración del art. 82.3 ET es cerrada de modo que ninguna otra condición laboral distinta de las allí mencionadas puede ser objeto de descuelgue. A partir de esta afirmación, deben hacerse dos consideraciones que, aunque aparentemente puedan resultar contradictorias, responden a la correcta interpretación de la regulación legal del descuelgue. Por una parte, cualquier modificación de la regulación convencional de las condiciones laborales enumeradas debe realizarse a través del procedimiento de descuelgue, por mínima o irrelevante que parezca. Por otra, la anterior afirmación no significa que cualquier decisión empresarial que afecte a dichas condiciones laborales requiera seguir el procedimiento de descuelgue. Para que tal procedimiento sea exigible es preciso que la modificación, referida a alguna de las condiciones enumeradas en el citado precepto, afecte a la regulación que de las mismas contenga el convenio colectivo.

Lo primero se declara expresamente en la STS de 29 de junio de 2017 (Rec. 186/2016). Afirma esta sentencia que cualquier cambio “en la regulación convencional, en cualquiera de las materias que contempla el art. 82.3 ET, aunque sea de modo poco importante en términos cuantitativos, sólo permite al empresario emplear la vía de éste último precepto, transformado en nula cualesquiera decisión unilateral que lo ignore”. Y considera que el procedimiento de descuelgue es el que debe seguir el empresario cuando pretende añadir a las condiciones previstas en el convenio colectivo para devengar dietas por desplazamiento una nueva exigencia, no prevista en el convenio, aun manteniendo las cuantías previstas en la norma convencional. Tal alteración del régimen convencional, con independencia de su relevancia económica, debió realizarse por el procedimiento del art. 82.3 ET y al no hacerse así, la decisión empresarial deviene nula. Esta interpretación marca una diferencia relevante con la modificación de condiciones regulada en el art. 41 ET, que requiere sustancialidad en la modificación como condición para que el procedimiento allí previsto resulte aplicable y que remite al ámbito del *ius variandi* cualquier

modificación no sustancial o no relevante de las condiciones laborales.

Por su parte, la STS de 17 de diciembre de 2014 (Rec. 24/2014) es muy clara al señalar que el hecho de que “una materia esté regulada por convenio colectivo no significa que cualquier cambio en los derechos y obligaciones respecto de ella comporte alteración de lo previsto en el convenio y necesidad de acudir al procedimiento de inaplicación o de adaptación. La clásica diferencia entre negocios jurídicos al margen de las normas o en contra de ellas cobra aquí todo su sentido. Los aspectos atinentes a una materia contemplada en el convenio pero que no estén expresamente previstos en él pueden ser objeto de decisiones modificativas sin necesidad de acudir a los mecanismos del Título III ET”. Con ese fundamento, la sentencia admite la validez del acuerdo alcanzado con la empresa y las representaciones sindicales en el que, sin alterar el sistema de clasificación profesional del convenio aplicable, se había procedido a reordenar y dar una nueva denominación los puestos de trabajo, como consecuencia de la actualización e implantación de un nuevo modelo de gestión. No era preciso, en ese caso, seguir el procedimiento de descuelgue.

Esto es lo que ocurría también en la STS de 15 de julio de 2015 (Rec. 246/2014) en un supuesto en el que la empresa había seguido el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para reducir la cuantía del complemento personal previsto en el convenio colectivo. Se cuestiona en el proceso judicial si el procedimiento seguido por la empresa fue el adecuado o si, por el contrario, tal reducción solo podía realizarse mediante un acuerdo de inaplicación del Convenio. El Tribunal Supremo confirma la adecuación de la tramitación seguida por la empresa y ello porque, aun siendo una materia de las mencionadas en el art. 82.3 ET, la modificación afecta a un aspecto de la misma que no contemplaba el convenio. El Tribunal advierte que el Convenio preveía dicho complemento pero no regulaba ni las condiciones de cada trabajador que daban derecho a su percibo diferenciado ni, por otra parte, sus cuantías y su posible modificación a la baja o al alza, remitiendo al posible pacto. En definitiva, concluye el tribunal, en el Convenio colecti-

vo se define, en esencia, el complemento y los supuestos de aplicación, pero en cuanto a su cuantía se remite a lo que se pacte entre las partes. Esta previsión expresa del convenio permite que la modificación de las cuantías del complemento que venían aplicándose en la empresa no requiera acudir al procedimiento de descuelgue.

6.4. El papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de descuelgue de convenios

El art. 82.3 ET exige que la inaplicación del convenio colectivo se realice necesariamente mediante acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, imposibilitando totalmente que la empresa, ante la falta de pacto, modifique o altere unilateralmente lo previsto en el convenio colectivo. Sin embargo, en caso de falta de acuerdo y de inexistencia o ineficacia de los mecanismos de solución previstos en la negociación colectiva, se dispone que cualquiera de las partes podrá someter la solución de la propuesta de inaplicación o descuelgue a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. Con esta posibilidad el legislador ha querido introducir una intervención arbitral como mecanismo que permita superar la situación que se produce cuando la pretensión de modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para facilitar la adaptación de tales condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, ante la concurrencia de las causas sobrevenidas económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala la Ley, resulte bloqueada por falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de los procedimientos extrajudiciales creados por las representaciones de los trabajadores y de los empresarios para resolver tales desacuerdos.

La legitimidad constitucional de esta previsión, desde la perspectiva de la posible

afectación del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva ya fue confirmada por las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero. Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la intervención de la Comisión y de los efectos de sus decisiones arbitrales. Y ello en la medida en que, como las sentencias del Tribunal Constitucional citadas afirmaron, el control judicial “no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa”. De hecho, ese control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la CCNCC u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas es requisito imprescindible para que la intervención de la CCNCC resulte acorde y no lesiva con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Haciendo uso de esa capacidad de control, la STS de 15 de julio de 2015 (Rec. 212/2013) declara que la solicitud de arbitraje por la CCNCC debe ser congruente con el desarrollo del periodo de consultas de modo que no pueden, en la solicitud ante la Comisión, alterarse los términos del debate. Ahora bien, en el caso debatido en esta sentencia, no se aprecia que la propuesta de inaplicación del convenio que la empresa solicita a la Comisión incurra en tal incongruencia, a pesar de que no coincidía exactamente con la que se planteó en la comisión negociadora del descuelgue. Advierte el Tribunal Supremo que no se trata de una propuesta nueva en la medida en que la empresa reiteró su planteamiento inicial con una reducción en favor de los trabajadores

de sus pretensiones iniciales. En suma, afirma la sentencia, “lo que la empresa solicitó ante la CCNCC no era ajeno a lo debatido y, a falta de otros elementos concretos, no resulta suficiente para deducir que hubo merma del deber de buena fe. La solicitud no añadía pretensiones novedosas, limitándose a la reducción de los postulados iniciales lo que, en suma, suponía el mantenimiento de la aplicabilidad de un mayor bloque de normas del convenio que el inicialmente perseguido”. Lo contrario supondría exigir que la empresa mantuviera, en perjuicio del bando social, la misma postura que planteó al inicio del periodo de consultas, sin ni siquiera permitir la evolución hacia postulados más flexibles. Si bien es cierto que la empresa no puede sustraer el periodo de consultas lo que resulta propio de la negociación en éste, no cabe equipar una situación como la descrita con ese tipo de conducta contraria al principio de buena fe.

Por su parte, las SSTs de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 218/2014) y de 28 de abril de 2016 (Rec. 173/2015) abordan sendos supuestos en los que la CCNCC se había pronunciado en sentido negativo sobre la solicitud de descuelgue. En la primera de ellas, la CCNCC había resuelto una solicitud de descuelgue declarando la imposibilidad de pronunciarse por no haber alcanzado el consenso necesario. Con posterioridad, la empresa reiteró la solicitud, en los mismos términos. En este contexto, el Tribunal Supremo considera que aquella resolución de la Comisión Consultiva implicaba una desestimación tácita del descuelgue de modo que la empresa no puede volver a plantear de nuevo la inaplicación del convenio salvo que concurra una nueva causa o la agravación de las anteriormente alegadas. La decisión de la Comisión pronunciándose sobre esa segunda solicitud, reiteración literal de la primera, es por tanto nula. En la segunda sentencia citada, la Comisión se había pronunciado expresamente rechazando la solicitud de descuelgue por falta de acreditación suficiente de las causas. En este caso, señala el Tribunal Supremo, el procedimiento de descuelgue debe darse por finalizado de modo que no puede volver a plantearse este por la empresa salvo que concurran nuevas circunstancias.

7. CONCURRENCIA DE CONVENIOS. EN PARTICULAR, EL ALCANCE Y DELIMITACIÓN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA

El cambio de reglas en materia de concurrencia de convenios, fruto también de la reforma de 2012, ha generado, como cabía esperar, una intensa actividad judicial para delimitar el alcance de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Las normas sobre concurrencia de convenios han experimentado una evolución que, desde la prohibición absoluta de concurrencia en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, pasando por la apertura a la concurrencia en niveles supraempresariales que incorporó el Estatuto de los Trabajadores en 1994, ha concluido a partir de 2012, al menos de momento, en la posibilidad de concurrencia, limitada a determinadas materias, de los convenios de empresa con los convenios de ámbito superior.

Esta última regulación ha generado, tras su entrada en vigor, algunas cuestiones problemáticas que, en gran medida, han sido abordadas y resueltas por el Tribunal Supremo a través de diversas sentencias caracterizadas, en general, por una interpretación restrictiva de la prioridad aplicativa que el art. 84.2 ET atribuye a los convenios de empresa.

7.1. Delimitación de los convenios a los que se reconoce prioridad aplicativa

Una primera cuestión por resolver ha sido la de identificar el tipo de convenios que pueden, en virtud del reconocimiento de la prioridad aplicativa, invadir el ámbito de aplicación de un convenio colectivo superior vigente y concurrente en la regulación de las relaciones laborales. Premisa no discutida es que la preferencia aplicativa se refiere a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios o a los pactos o acuerdos de empresa. El art. 84.2 ET, como excepción al principio de no concurrencia de convenios, se aplica a los convenios colectivos regulados en el Título III ET. A partir de ahí, el art. 84.2 ET no deja margen a la duda cuando atribuye tal prioridad a los convenios de empresa, señalando expresamente que igual prioridad aplicativa

tendrán en las mismas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1 ET.

A la vista del marco normativo, y teniendo en cuenta que, en cuanto excepción a la regla general de no concurrencia, la prioridad aplicativa debe interpretarse restrictivamente, el Tribunal Supremo no ha dudado en declarar que los convenios de centro de trabajo no se benefician de la prioridad aplicativa prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Ciertamente, en dichos pronunciamientos, más que aclarar lo evidente, lo que se resuelve es la verdadera calificación que merece en cada caso el convenio colectivo en cuestión.

Así ocurría en la STS de 22 de septiembre de 2016 (Rec. 248/2015) en la que lo que aclara el Tribunal es que el convenio colectivo del “Grupo control empresa de seguridad SA”, pese a su denominación, no es un auténtico convenio de empresa, en la medida en que su ámbito de aplicación se circunscribe a las relaciones laborales de los trabajadores en la Comunidad de Madrid, desarrollando, sin embargo, la empresa su actividad en otras zonas del territorio nacional. Por ese motivo, no puede tal convenio beneficiarse de la prioridad aplicativa, reservada como ya se ha dicho a los convenios de empresa. Algo similar ocurre en las SSTS de 9 de mayo de 2017 (Rec. 115/2016) y de 8 de febrero de 2018 (Rec. 56/2017).

Interesa, no obstante, destacar de estas sentencias que en algún caso se refieren a convenios multicentros, como ocurre en la STS de 22 de septiembre de 2016, citada, en el sentido de que se trata de normas convencionales que se aplican a varios centros de trabajo. Ello no obsta a que, al no alcanzar su ámbito de afectación a toda la empresa, no pueda atribuírseles capacidad para regular, en concurrencia permitida con un convenio superior, las materias en que, conforme al art. 84.2 ET, tales convenios disfrutan de preferencia aplicativa.

Tampoco disfrutan de prioridad aplicativa los convenios franja tal y como sugiere la STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016) respecto

del Convenio colectivo de Air Nostrum para el personal de tierra y tripulantes de cabina de pasajeros. Y ello pese a que las partes de conflicto habían calificado tal convenio como de empresa.

7.2. Delimitación jurisprudencial de las materias sobre las que el convenio de empresa tiene preferencia aplicativa

La prioridad aplicativa del convenio de empresa opera sobre las condiciones de trabajo que, de forma cerrada y taxativa, enumera el art. 84.2 ET: “a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”.

Respecto de estas materias, el Tribunal Supremo ha indicado que la prioridad aplicativa se produce aunque la norma del convenio de empresa no sea más ventajosa para el trabajador, puesto que no rige la norma más favorable (ni global ni particularmente), sino la determinada por la ley para cada concreta materia (STS 1 de abril de 2016, Rec. 147/2015).

No son muy abundantes los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el alcance de la regulación que el convenio de empresa puede tener sobre las materias en las que tiene preferencia aplicativa. Pero debe mencionarse que esta última sentencia citada (STS de 1 de abril de 2016) confirma que el convenio colectivo de empresa no puede alterar la estructura salarial del convenio colectivo sectorial -cuáles son los complementos salariales y extrasalariales, el número de pagas anuales, etc.-, ni suprimir complementos salariales o extrasala-

lariales regulados en la norma convencional sectorial; tampoco puede modificar la jornada máxima anual prevista en el convenio superior ni la duración de las vacaciones.

Igual interpretación limitativa se ha efectuado en relación con “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones”. Al tal efecto se ha precisado que “la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET, por lo que, respecto de ella, no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa mientras la vigencia del convenio sectorial provocara la concurrencia de ambos convenios” (STS 10 de noviembre de 2016, Rec. 290/2015).

De gran interés son también los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se explicita que la regulación de la subrogación no es materia sobre la que los convenios de empresa disfruten de preferencia de modo que, en caso de concurrencia de convenio sectorial y convenio de ámbito empresarial, debe aplicarse lo que el Convenio colectivo sectorial establezca en la materia. Se ha señalado, en este sentido que “el mandato del convenio sectorial, conforme al cual la regulación de los efectos de las subrogaciones de personal solo pueden ser ordenadas por dicho convenio; y la propia regulación que de tales efectos se hace en el indicado convenio en punto a las vacaciones, no puede ser desconocido por los negociadores en el ámbito de la empresa”⁴⁹.

7.3. La imposibilidad de modificar las reglas de prioridad aplicativa mediante la negociación colectiva

El ámbito de la concurrencia permitida se delimita con precisión con la cláusula de cierre del art. 84.2 ET cuando señala que “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”, prohibición que alcanza, entre otros aspectos, a la posibilidad de que tales acuerdos o convenios desconozcan o impidan tal prioridad aplicativa.

Así lo ha apreciado el Tribunal Supremo en la STS de 26 de marzo de 2014 (Rec. 129/2013) en la que se declara la nulidad de determinadas cláusulas del V Convenio Colectivo General del Sector de derivados del cemento porque las mismas impedían la aplicación de la prioridad aplicativa. La sentencia advierte que el convenio cuyas cláusulas se anulan había sido acordado tras la entrada en vigor de la reforma legal que implementó la prioridad aplicativa, aunque el convenio colectivo previera su aplicación retroactiva a fecha anterior, quedando por tanto vinculado por la cláusula reproducida del art. 84.2 ET, pero acepta la “plena vigencia aquellas cláusulas de los convenios que, aún no respetando la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se suscribieron con anterioridad al 12 de febrero de 2012”.

A una solución distinta se llegó en la STS de 8 de julio de 2014 (Rec. 164/2013) por considerar el Tribunal Supremo que, en este caso, las cláusulas analizadas del VI Convenio Colectivo Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la autonomía personal, ni bloquean ni limitan la prioridad aplicativa porque, tal como dice literalmente el propio convenio, “salva expresamente lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del art. 84 ET, lo cual despeja cualquier duda sobre qué significa la mención (...) a otros convenios colectivos de ámbito más reducido, que se refiere a convenios de distinto ámbito territorial [el subrayado es nuestro], entre los que no se incluyen los convenios colectivos de empresa, grupos de empresa o empresas en red”. Igual solución aporta la STS de 7 de marzo de 2018 (Rec. 267/2016) por los mismos motivos.

7.4. Reglas de “convivencia” en caso de concurrencia entre convenio de empresa y convenio de ámbito superior

Particular interés ofrece la ya citada STS de 1 de abril de 2016 (Rec. 147/2015) porque en ella se explicitan las reglas que permiten identificar la regulación convencional aplicable a las relaciones laborales cuando, existiendo un convenio colectivo sectorial en vigor y aplicable en la empresa, en ésta se negocia un convenio colectivo. La prioridad aplicativa prevista en el art. 84.2 ET impone que la re-

⁴⁹ STS 18-12-2018 (Rec. 225/2017).

gulación contenida en el convenio de empresa respecto de las materias enumeradas en dicho precepto sea de preferente aplicación sobre lo regulado en el convenio de ámbito superior, aun cuando se trate de una regulación que reduzca o regule a la baja los derechos reconocidos a los trabajadores en el convenio sectorial. Pero la cuestión es determinar si el resto de condiciones contempladas en el convenio colectivo de empresa han de esperar, para resultar aplicables, a que termine la vigencia del convenio superior o si, por el contrario, hay algún margen para su aplicación inmediata.

La sentencia citada aborda esta cuestión y afirma que la solución a esta situación viene de la mano de la técnica del “espiguelo”, en otras ocasiones denostada por el propio Tribunal Supremo. Se dice que “el llamado “espiguelo” no cabe duda de que es la técnica correcta para determinar la prioridad aplicativa de cada concreto punto de regulación

(...), dándose la circunstancia de que en las materias enumeradas en el art. 84.2 ET, la prioridad aplicativa se produce aunque la norma no sea más favorable, puesto que no rige la norma más favorable (ni global ni particularmente), sino la determinada por la Ley para cada concreta materia”. Dicha forma de operar permite además aplicar el convenio de empresa “en todo tipo de materias, aunque no estén relacionadas en el artículo 84.2 de la norma legal, si la regulación del convenio de empresa es más favorable para el concreto punto de que se trate”. Se trata sin embargo, de una interpretación que contradice las reglas generales que regulan la concurrencia de convenios (conforme a las cuales se aplica el Convenio colectivo de sector, salvo en las materias con prioridad aplicativa del Convenio colectivo de empresa) y que resulta también contraria a la regla general de que el principio de norma más favorable no juega en las relaciones entre convenios.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

El análisis de la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo sobre el convenio colectivo estatutario se efectúa, en el presente estudio, focalizando la atención en los principales pronunciamientos que sobre esta materia se han emitido en la última década, sin renunciar, no obstante, a la cita y referencia de pronunciamientos anteriores cuando ello es preciso para contextualizar el análisis. Esa perspectiva condiciona el estudio realizado y permite estructurarlo en dos grandes bloques. Por una parte, el recorrido por la doctrina judicial de los últimos años exige detenerse en determinadas cuestiones que siguen suscitando problemas interpretativos y motivando pronunciamientos judiciales que devienen esenciales para interpretar el procedimiento de negociación colectiva y el contenido del convenio estatutario. Por otra, se analizan aquellos aspectos de la negociación colectiva que resultaron más directamente afectados por la reforma de 2012 y que han suscitado interesantes problemas interpretativos, resueltos, en gran medida, por la doctrina del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al primer bloque, un ámbito sobre el que se han producido interesantes pronunciamientos judiciales es el referido a los límites a la libertad de elección de la unidad de negociación por los sujetos negociadores. La exigencia de homogeneidad en el ámbito de aplicación del convenio ha sido el criterio determinante para que el Tribunal Supremo anule determinadas cláusulas convencionales que extendían la aplicación del convenio a ámbitos respecto de los que no se da ese componente de homogeneidad que justifique una regulación unitaria de las relaciones laborales. El problema está estrechamente vinculado con la legitimación para negociar convenios colectivos, a la que también se dedica atención en este estudio.

La legitimación negocial ha suscitado numerosos problemas en relación con el ámbito de la empresa derivados, en gran medida, de la apuesta legal por la negociación colectiva a nivel empresarial y que ha determinado la aplicación del denominado “principio de correspondencia”. Pero la legitimación para negociar ha motivado también pronunciamientos de interés en relación con los convenios colectivos de grupo de empresas y, en especial, con la legitimación de las asociaciones empresariales para la negociación de convenios colectivos sectoriales. En relación con esta última cuestión, la falta de cauces formales de acreditación de la representatividad empresarial ha determinado la construcción jurisprudencial de los criterios que sirven a tales efectos, útiles también para valorar la legitimación inicial y plena de las asociaciones empresariales en el proceso negocial. De interés son también los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el deber de negociar de buena fe, a través de los cuales se ha precisado su contenido y alcance.

Especial importancia ha tenido en los últimos años la actividad de control de la constitucionalidad y la legalidad del contenido del convenio desarrollada por el Tribunal Supremo. La prohibición de discriminación y la protección de los derechos de conciliación han motivado numerosos pronunciamientos en los que, siguiendo los criterios fijados por el Tribunal Constitucional, se ha declarado la nulidad de dobles escalas salariales, cuando la fecha de ingreso en la empresa opera como el único criterio determinante de la aplicación de un diverso régimen jurídico en determinadas condiciones laborales, ya sea la cuantía del complemento de antigüedad, o su propia existencia, cualquier otro concepto salarial, o el cómputo como tiempo de trabajo efectivo el descanso intrajornada.

Pero también de previsiones convencionales en las que se establece una diferencia de trato injustificada entre trabajadores temporales e indefinidos. Por su parte, el necesario respeto a la prohibición de discriminación por razón de sexo y al derecho a la conciliación han justificado la declaración de nulidad de preceptos convencionales lesivos de los mismos al imponer, a efectos de la progresión salarial de los trabajadores, la exclusión de los periodos en excedencia o de disfrute de permisos retribuidos. El respeto a las normas de derecho necesario también ha determinado la declaración de nulidad de cláusulas convencionales por incorporar previsiones contrarias a los mínimos fijados en materia de jornada o a la delimitación de los supuestos que legitiman el recurso a los contratos temporales estructurales legalmente previstos.

La segunda parte del estudio se destina, como ya se señaló, a analizar los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo a través de los que se da respuesta a los problemas que ha suscitado la modificación en el año 2012 de la regulación del convenio colectivo estatutario. En particular, dejando al margen el estudio de la vigencia y ultraactividad, por ser objeto de análisis específico en otro estudio de este número monográfico, se analiza la doctrina judicial referida a la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo y la relativa a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. En relación con el descuelgue del convenio, la doctrina jurisprudencial ha abordado en numerosas ocasiones el análisis del régimen jurídico de los acuerdos y del procedimiento de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo tal y como ha quedado diseñado legalmente tras las sucesivas reformulaciones que la institución ha sufrido en su diseño legal. La posibilidad de acordar la inaplicación de un convenio en situación de ultraactividad; las dudas sobre el alcance temporal del acuerdo de inaplicación, y en particular su posible eficacia retroactiva; la delimitación de los supuestos en los que debe acudir al procedimiento de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo; o, en fin, el papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de descuelgue de convenios, son cuestiones sobre las que el Tribunal Supremo ha elaborado una consolidada doctrina que da respuesta a los problemas aplicativos que el nuevo régimen jurídico del descuelgue ha suscitado.

El estudio concluye con el análisis de la doctrina del Tribunal Supremo sobre las reglas legales que diseñan la concurrencia entre convenios colectivos estatutarios. La incorporación, en la reforma de 2012, de una nueva excepción a la regla general de prohibición de concurrencia, articulada a través de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, y los problemas prácticos que su aplicación ha suscitado, ha permitido al Tribunal Supremo aclarar qué tipo de convenios gozan de tal preferencia aplicativa, delimitar las materias sobre las que opera tal prioridad, declarar la inmodificabilidad de las reglas legales de concurrencia y, en fin, fijar reglas que ordenan la convivencia entre convenio de empresa y convenio de ámbito superior.

En definitiva, el recorrido por la doctrina jurisprudencial sobre el convenio colectivo estatutario sirve de valioso observatorio para apreciar, por un lado, el papel que el Tribunal Supremo juega en la resolución de las tensiones que pueden suscitarse entre la actuación de los sujetos negociadores y los límites o directrices fijados por la norma, y, por otro, para identificar el impacto que las decisiones legales en el diseño del convenio producen sobre la práctica negocial.

Palabras clave: Convenio colectivo; unidad de negociación; legitimación; deber de negociar; contenido del convenio; prioridad aplicativa; inaplicación del convenio.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse Supreme Court doctrine on statutory collective bargaining agreements. It focuses on crucial sentences issued over the last decade though without excluding prior rulings, when merited, to contextualise the analysis. This viewpoint conditions the study and facilitates a large, two-block structure. The first block includes a review of recent legal doctrine and requires stopping to examine certain questions which continue to elicit problems in terms of their interpretation, as well as motivating other sentences which have become crucial for the collective bargaining procedure and statutory agreement content. In the second block, the study analyses collective bargaining elements that have been directly affected by the reform carried out in 2012, aspects which have in turn led to interesting interpretative problems that, to a large extent, have been resolved by Supreme Court doctrine.

As regards the first block, an area which has resulted in interesting legal sentences has to do with the limits of freedom of choice regarding the negotiating parties' unit of negotiation. The need for homogeneity when applying the agreement has been the decisive criterion used by the Supreme Court to annul certain clauses which extended the agreements' application to areas where that homogeneity does not apply, thus justifying a unitary regulation of labour relations. This problem is closely linked to the issue of legitimation to negotiate collective bargaining agreements, an issue this study also addresses.

This legitimation to negotiate has also raised numerous issues in the company area. By and large, these problems stem from the legal preference for collective bargaining at the company level, a situation that has led to the application of the so-called "correspondence principle." However, the legitimation to negotiate has also led to noteworthy rulings related to collective bargaining agreements for groups of companies and, especially, to the legitimation of business associations to negotiate industry-wide agreements. In terms of the latter, the lack of formal channels to accredit businesses' representativeness has led jurisprudence to define the criteria to this end. Said criteria are useful to assess the initial and full legitimation of business associations in the negotiating process. Also of interest are Supreme Court sentences regarding the obligation to negotiate in good faith, conditioning the agreements' content and scope.

Especially important in recent years is the Supreme Court's work to control the constitutionality and legality of collective bargaining agreements. The prohibition of discrimination and the protection of the right to conciliation have motivated numerous rulings in which, in keeping with the Constitutional Court's criteria, have annulled double salary scales when the dates employees join companies are the only decisive criteria used to apply a separate system in certain labour conditions. These scales can include a bonus for seniority, any other salary-related concept and the inclusion of scheduled breaks as effective time worked. The criteria also include provisions in agreements which establish an unjustified difference between temporary and non-temporary workers. For its part, the required respect for the prohibition of gender-based discrimination and the right to conciliation have also justified the annulment of agreement precepts harming the latter, such as excluding leaves of absence or the use of paid leave in the workers' salary scales. Respect for the required legal norms has also led the Court to annul clauses due to their incorporation of provisions contrary to the minimums established in terms of full working days or because they limited the cases in which workers could appeal temporary structural contracts.

As mentioned, the second part of this study focuses on the Supreme Court's key rulings related to problems stemming from the 2012 modifications of exist-

ting regulations governing statutory collective bargaining agreements. In particular, though without including an analysis of its validity and ultra-activity (the subject of another chapter in this monograph), this study examines legal doctrine referring to the non-implementation of work conditions foreseen in the collective bargaining agreement and the priority given to the application of the company-level agreement. With respect to the ability to opt out of the agreement, on numerous occasions, legal doctrine has analysed the legal regime governing agreements and the ability to opt out of the collective bargaining agreement proceedings as determined after successive reformulations. Questions on which the Supreme Court has created consolidated doctrine to address application-related problems arising from the new legal regime regarding this ability to opt out include: the possibility of agreeing to not implement an agreement due to the principle of ultra-activity; doubts regarding the temporal scope of the non-implementation agreement and, in particular, its possible retroactive effect; the delimitation of cases in which the parties have to resort to proceedings to opt out or not implement the collective bargaining agreement; and even the role played by the National Advisory Committee on Collective Bargaining Agreements (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos) in terms of opting out of agreements.

This study concludes with an analysis of Supreme Court doctrine on the legal rules which determine the concurrence between statutory collective bargaining agreements. The inclusion of a new exception to the general rule prohibiting concurrence in the 2012 reform, expressed through the priority given to company-level collective agreements and their application, has enabled the Supreme Court to clarify which types of agreements can benefit from this preferential application, delimit the subjects for which that priority applies, declare the non-modifiable nature of the legal rules regarding concurrence and, lastly, define the rules that structure the coexistence between company-level and higher-level agreements.

In sum, the review of jurisprudence on statutory collective bargaining agreements serves as a valuable observatory to, on the one hand, examine the role the Supreme Court plays in resolving conflicts between the negotiating parties' actions and the limits and guidelines established by corresponding norms and, on the other, identify the impact that legal decisions on collective bargaining agreement design have on negotiation practices.

Keywords: Collective bargaining; bargaining units; legitimacy to negotiate; the duty to negotiate; content of the collective agreement; application priority; non-application of the agreement.

El fin de la ultraactividad del convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo

The end of ultra-activity of collective agreement in the doctrine of the High Court

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES*

1. INTRODUCCIÓN

Según el último párrafo del art. 86.3 ET, “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”. De esta forma el legislador, al mismo tiempo que limita la ultraactividad del convenio denunciado, propone una solución para evitar el vacío normativo que podría producir su pérdida de vigencia, que consiste en su sustitución por otro de ámbito superior, que pasará a ordenar de manera independiente las relaciones laborales de la empresa¹. Una solución que sólo resultará de

aplicación en defecto de pacto en contrario, lo que, en principio, sigue dejando en manos de la negociación colectiva la duración de la ultraactividad².

La aplicación de este precepto ha planteado muchos problemas, tal y como la doctrina

límite temporal alguno hacía que el contenido del convenio se prorrogase indefinidamente hasta la firma de un nuevo convenio, lo que lastraba todo el proceso de una renegociación de los contenidos³. En la misma obra, sobre la libertad que hasta la reforma de 2012 habían tenido los convenios colectivos para regular la ultraactividad, T. SALA FRANCO, “La ultraactividad de los convenios colectivos”, p. 455.

² Lo que para A.V. SEMPERE NAVARRO, “Reforma de la negociación colectiva en el RDley 3/2012”, *Aranzadi Social Doctrinal*, 2012, p. 32. no tiene mucho sentido si se tiene en cuenta que el objetivo de la reforma era limitar esa ultraactividad. Sobre el tema, M. LLANO SÁNCHEZ, “La negociación colectiva”, en A. MONTAÑA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 361. Con todo, como advierte F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado D. Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, p. 961, no es lo mismo que la ley contemple una ultraactividad ilimitada salvo pacto (como ocurría antes de la reforma del art. 86.3 ET) a que establezca una ultraactividad limitada salvo pacto.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

¹ Sobre el tema, J.L. GOÑI SEIN, “El fin de la ultraactividad y efectos del vacío normativo convencional”, en J. GORELLI HERNÁNDEZ (coord.) *El derecho a la negociación colectiva, Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, 2014, p. 215 y ss., para quien esta limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos venía a corregir las disfunciones existentes. En concreto, “la ultraactividad sin

advirtió que sucedería³. De entrada, la solución legal obliga, en defecto de pacto, a establecer si existe un convenio de ámbito superior, lo que exige aclarar qué debe entenderse por tal habida cuenta que dicho ámbito puede referirse tanto al ámbito territorial como al funcional. Además, de haber varios convenios superiores a aquel que ha perdido su vigencia, debe decidirse cuál es el aplicable si el inmediatamente superior o el de “ámbito más superior de todos”⁴; también si es suficiente con que sea más amplio el ámbito funcional aunque coincida el ámbito territorial de aplicación. A estos problemas han hecho referencia las SSTs de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014, o de 5 de junio de 2018, rcud 364/2017, cuyo criterio se reitera en la STS 724/2018, de 10 de julio, rcud 2730/2016.

Con todo, el problema más grave que ha suscitado el fin de la ultraactividad del convenio por imperativo legal probablemente haya sido el que se plantea cuando no hay un convenio de ámbito superior aplicable. Una cuestión sobre la que ha tenido que pronunciarse el TS, en su sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, que, como se va a ver, evita el vacío normativo a que abocaría en ese caso el fin de la ultraactividad del convenio denunciado, optando por la contractualización de las condiciones pactadas en el mismo⁵. Según

esta sentencia “es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia”, al estar contractualizados desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral. Sin embargo, lo que no queda tan claro en esta sentencia son los aspectos sobre los que procede esa contractualización. ¿Todos los aspectos de un convenio colectivo pueden ser contractualizados? Esta cuestión ha sido abordada por el TS en sus sentencias 437/2016, de 18 de mayo, rec. 100/2015 y 1068/2016, de 20 de diciembre, rcud 217/2015.

Según se desprende del tenor del precepto legal, ninguna de estas cuestiones se plantearía si hubiera “pacto en contrario”⁶. Pero esta referencia legal al pacto en contrario, a su vez, también ha suscitado algunas dudas relativas al momento en que ese pacto ha debido producirse, antes o después de la denuncia del convenio, y su alcance⁷. Así ha sido en el litigio que abordó la STS de 17 de marzo de 2015, rec. 233/2013, respecto del pacto en contrario que incorporaba un convenio que se había firmado y denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral que dio lugar a la actual redacción del art. 86.3 ET. El criterio defendido por esta sentencia se ha reiterado en las SSTs de 2 de julio de 2015, rcud 1699/2014, 7 de julio de 2015, rec. 193/2014, 26 de abril de 2016, rcud 2102/2014, y 6 de julio de 2016, rec. 155/2015.

De otro lado, la contractualización de las condiciones convencionales en el momento en

³ Entre otros, J. CRUZ VILLALÓN, “Procedimiento de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA, *Reforma Laboral de 2012*, Lex Nova, 2012, p. 413. En concreto, sobre el incremento de conflictividad, y judicialización de las relaciones a que previsiblemente iba a llevar la nueva regulación de la ultraactividad de los convenios, T. SALA FRANCO, “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en J. GORELLI HERNÁNDEZ (coord.) *El derecho a la negociación colectiva...*, op.cit. p. 468.

⁴ En estos términos se formula como una de las dudas interpretativas que suscita el art. 86.3 ET en la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, que, no obstante, terminó descartando la cuestión al resultar claro que en el concreto supuesto planteado no había un convenio colectivo de ámbito superior.

⁵ A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista Información Laboral*, núm. 3/2015. BIB 2015/1022, p. 2. Sobre las dudas que plantea la redacción del art. 86.3 ET, C. MOLINA NAVARRETE, “Lagunas y antinomias del régimen legal de ultra-actividad de convenios: líneas de integración y corrección por el ‘Derecho vivo’”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, p. 1/6.

⁶ J.L. GOÑI SEIN, “El fin de la ultraactividad y efectos del vacío normativo convencional”, en J. GORELLI HERNÁNDEZ (coord.) *El derecho a la negociación colectiva, Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, 2014, p.216.

⁷ No todas las que podía plantear, según T. SALA FRANCO, “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en J. GORELLI HERNÁNDEZ (coord.) *El derecho a la negociación colectiva...*, op.cit. p. 456, para quien esa referencia legal al pacto en contrario puede plantear también la duda sobre quiénes son los sujetos negociadores de ese pacto, si solamente los negociadores del convenio en renovación o también otros sujetos colectivos como las Confederación o Federaciones empresariales y sindicales a través de un acuerdo interprofesional o de un convenio colectivo marco del art. 83.2 del ET.

el que el convenio pierde vigencia, defendida en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 614/2014, ha abierto otros interrogantes como el de si existe alguna situación en la que, transcurrido el año desde la denuncia del convenio sin que se haya negociado uno nuevo, podría seguir aplicándose el convenio anterior, pese a existir un convenio de ámbito superior, ya sea porque este no es “un verdadero convenio” (STS de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014), ya porque se trata de un convenio que no tiene nada que ver con la actividad que cubría el convenio que perdió su vigencia (STS 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014)⁸.

En la STS 588/2018, de 5 de junio, rcud 427/2017, el problema se planteó porque en el convenio de ámbito superior aplicable se incluía un precepto que preveía que su regulación respetaría *ad personam* las condiciones más favorables que pudieran tener reconocidos los trabajadores en el momento de su entrada en vigor. La solución que se ha dado a esta cuestión, según la que el art. 86.3 ET produce una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior ha sido reiterada en las SSTS 587/2018, rcud 364/2017, y 589/2018, rec. 523/2017 de la misma fecha (5 de junio de 2018), 603/2018, de 7 de junio, rec. 663/2017, 606/2018, de 21 de junio, rec. 2013/2016, 703/2018, de 3 de julio, rec. 1300/2017, 724/2018, de 10 de julio, rec. 2730/2016, 809/2018, de 25 de julio, rec. 664/2017, 946/2018, de 6 de noviembre, rcud 584/2017, y STS 965/2018, de 20 de noviembre, rcud 2148/2017.

Una cuestión diferente es la analizada en la STS 855/2018, de 24 de septiembre de 2018, rec. 173/2017, que se enfrentó al problema de determinar si el convenio de ámbito superior podía desplazar al convenio denunciado una

vez transcurrido el periodo de vigencia pactado (“vigencia inicial ordinaria”), sin esperar por tanto a que transcurriera el año desde la denuncia a que hace referencia el art. 86.3 ET. La respuesta, que obligó a acudir a las reglas sobre concurrencia de convenios del art. 84.1 ET, de alguna manera matiza el efecto de las normas previstas en el art. 86.3 ET.

La intervención del TS resolviendo toda estas cuestiones ha contribuido, sin duda, a delimitar el alcance del art. 86.3 ET y, al mismo tiempo, a precisar el significado de la ultraactividad del convenio colectivo. Algunas de esas sentencias han venido de algún modo también a puntualizar en qué casos y con qué alcance procede la aplicación de esa tesis que incorpora la STS 22 de diciembre de 2014, que no deja de ser una solución particular para una situación coyuntural⁹, cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas a la configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, como el propio TS ha reconocido en su STS 588/2018, de 5 de junio de 2018, rcud 427/2017.

2. EL FIN DE LA ULTRAATIVIDAD DEL CONVENIO CUANDO NO HAY CONVENIO DE ÁMBITO SUPERIOR

2.1. Contractualización de las condiciones convencionales

En el supuesto de hecho que dio lugar a la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, la empresa demandada procedió a aplicar las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, una vez transcurrido el año desde la denuncia del convenio que venía siendo de aplicación, al no haber pacto en contrario que ampliara su ultraactividad, ni convenio de ámbito superior aplicable. Sin embargo, la pretensión de la parte recurrente era que se condenase a esta empresa a respetar las condiciones que los trabajadores venían disfrutando por aplicación del convenio fenecido, pues consideraba que

⁸ Sobre esta cuestión, T. SALA FRANCO, “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en J. GORELLI HERNÁNDEZ (coord.) *El derecho a la negociación colectiva...*, op.cit. p. 461. A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p.15. S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Vigencia del convenio colectivo, prórroga ordinaria y sucesión de convenios”, en J.M.GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1526.

⁹ Como señala, J. GARCÍA MURCIA, “Condición más beneficiosa y negociación colectiva”, *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, p.104.

esas condiciones habían pasado a formar parte del acervo patrimonial del trabajador, y así seguiría siendo durante toda la vigencia de la relación laboral. Por ello, esas condiciones convencionales debían seguir aplicándose como condiciones pactadas en el contrato de trabajo.

Planteado en estos términos el litigio, el problema se centraba en precisar qué condiciones procede aplicar cuando finaliza la ultraactividad del convenio, si no hay convenio de ámbito superior aplicable; y, más precisamente, cómo colmar la laguna que surge de esa situación, especialmente en aquellas materias en las que la regulación ha sido encomendada por la Ley al convenio colectivo.

Para dar respuesta a esta cuestión se barajaban dos tesis radicalmente opuestas, que se venían apuntando desde la doctrina judicial¹⁰ y científica¹¹. La primera, denominada “rupturista”, entendía que en esos casos en los que, finiquitado el convenio, no hubiera pacto en contrario ni convenio de ámbito superior, los derechos y obligaciones de las partes pasarían a regirse por las normas estata-

¹⁰ Un análisis de esa doctrina en C. MOLINA NAVARRETE, “Lagunas y antinomias del régimen legal de ultra-actividad de convenio: líneas de integración y corrección por el ‘Derecho vivo’”, *Trabajo y Derecho*, 2/2015, p. 3/6.

¹¹ Por ejemplo, J. CRUZ VILLALÓN, “Procedimiento de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA, *Reforma Laboral de 2012*, Lex Nova, 2012, p. 414, entendía que en este caso cabe presumir dos opciones básicas, la primera, aplicar directamente y sin matices el régimen jurídico previsto en la normativa estatal, lo que en algunas materias provoca indudables lagunas; y segunda, deducir, con base en principios generales de la contratación, que las condiciones recogidas en el convenio colectivo cuya vigencia decae definitivamente se incorporan automáticamente como contenido contractual a las relaciones laborales de los trabajadores que hasta el momento se han venido rigiendo por dicho convenio. Sobre las opciones interpretativas barajadas, C. MOLINA NAVARRETE, *Escenarios de “pos-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Bomarzo, 2014, pp. 77 y ss. C. L. ALFONSO MELLADO, *La ultraactividad de los convenios colectivos: una propuesta integral*, Bomarzo, 2005, pp. 49 y ss. Sobre las consecuencias en la distribución de los poderes en la negociación, de seguir una u otra tesis, A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p. 3.

les, legales o reglamentarias, “haciendo tabla rasa de las condiciones laborales preexistentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido”. La segunda, denominada “conservacionista” o “continuista”, defendía que las condiciones laborales que se disfrutaban por aplicación del convenio debían mantenerse, una vez que este perdía su vigencia, “puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes”¹².

La sentencia de 22 de diciembre de 2014 entendió que la tesis jurídicamente correcta era la segunda¹³; lo que la llevó a defender la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio que perdía su vigencia, en casos como este en los que no era posible aplicar el art. 86.3 ET porque no había pacto en contrario ni convenio colectivo de ámbito superior que resultase aplicable. Para esta sentencia estaba claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en el que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen porque este pierda su vigencia. Y ello es así, no porque se contractualicen en ese momento sino porque estaban ya contractualizados desde el mismo momento en que se creó la relación jurídica laboral¹⁴.

¹² Con todo, adviértase que aunque sean mayoritarias las opiniones que coinciden en la deseable continuidad de los convenios colectivos, no siempre coinciden en las razones jurídicas que utilizan como apoyo a esta solución, que se mueven entre quienes proponen mantener por la vía de hecho los convenios en cuestión ante la dificultad de articular técnicamente la contractualización de los contenidos del convenio colectivo decaído, M. LLANO SÁNCHEZ, “La negociación colectiva”, en A. MONTOYA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 362; y quienes creen más correcto acudir a la técnica de integración-corrección del texto legal derivada de los principios jurídicos ex art. 1.6 Código civil y 3 ET, especialmente a la buena fe y los deberes de conservación y protección que generan, C. MOLINA NAVARRETE, *Escenarios de “pos-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Bomarzo, 2014, p. 77.

¹³ A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p. 5.

¹⁴ En términos similares se habían manifestado M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.E. CASAS BAAMONDE y F. VALDÉS DAL-RÉ, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *RL*, núm. 9, 2013, p. 8, para quienes “que la fuerza vinculante del con-

El razonamiento seguido se centró así en la defensa del carácter contractual de todos los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, incluidos de aquellos que resultan de la remisión a las normas legales y convencionales, ya que esa remisión “no debe llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo”, pues lo hacen por contrato de trabajo. Por lo tanto, según el TS, esa remisión legal al convenio colectivo no elimina el carácter contractual del contenido obligacional establecido (vía remisión o no) en dichos contratos.

Otro tema es que esas condiciones contractuales al perder el apoyo normativo del mínimo convencional, como consecuencia de la pérdida de vigencia del convenio, puedan ser modificadas por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal, pues las dimanantes del convenio, si no hay uno de ámbito superior, habrán desaparecido.

Esta opción interpretativa se justificó por las consecuencias que evitaba, y a las que hubiera llevado la aplicación de la tesis “rupturista” en el ámbito del contrato de trabajo. En definitiva, con la contractualización de las condiciones pactadas en el convenio vencido se salvaban los vacíos normativos que podían producirse si el convenio dejaba de aplicarse, especialmente en aquellas materias en las que la Ley remite a los convenios colectivos. Esta solución impedía que se produjera una alteración sustancial de las condiciones para ambas partes, que llegase a transformar las bases esenciales del propio contrato, dejándolo incluso sin los requisitos esenciales para su validez (objeto y causa). Lo que, en efecto, podía suceder si desaparecían los criterios de cálculo de la cuantía salarial o las reglas sobre clasificación profesionales o sobre tiempo de trabajo, sin las que resultaba imposible la determinación cuantitativa y cualitativa del contenido de la prestación de trabajo.

venio colectivo no precise del auxilio de técnicas de contractualización"...no significa que las voluntades individuales no puedan constituir el contrato de trabajo con las condiciones de trabajo del convenio colectivo vigente al tiempo de contratar", de forma que esas condiciones se puedan mantener tras la pérdida de eficacia del convenio.

Por lo tanto, de acuerdo con el art. 86 ET, una vez transcurrido un año desde la denuncia, no existiendo el pacto en contrario que salve su vigencia, ni convenio de ámbito superior, el convenio pierde por completo su vigencia en cuanto norma de carácter convencional aplicable, lo que no impide que las condiciones de trabajo contenidas en sus cláusulas sigan aplicándose, no ya como cláusulas normativas, como posteriormente añadiría la STS 437/2016, de 18 de mayo, rec. 100/2015¹⁵, sino como cláusulas incorporadas a los particulares contratos desde el comienzo de la relación laboral.

Lo que no precisó la STS de 22 de diciembre de 2014, era si la contractualización alcanzaba al contenido íntegro del convenio o sólo a determinados aspectos. Sobre esta particular cuestión se pronunció la STS 1068/2016, de 20 de diciembre, rcud 217/2015, según la que el concepto de condiciones laborales no aparece constreñido a los elementos esenciales del contrato o estructurales del nexo contractual, sino que abarca la totalidad de las condiciones laborales, entendidas como aquellas que regulan la relación laboral en todos sus aspectos y no sólo las que regulan el “núcleo duro” del contrato de trabajo. Esta conclusión se apoya en la evolución de la regulación del Estatuto de los Trabajadores sobre la naturaleza de las condiciones pactadas en convenio colectivo y, en particular, sobre la desaparición de la distinción entre cláusulas normativas y cláusulas obligacionales, que conduce a entender que todas las cláusulas de un convenio colectivo tienen la misma naturaleza “y únicamente cabe excluir del régimen aplicable durante la negociación del convenio, aquellas cláusulas convencionales por las que se hubiere renunciado a la huelga”.

Con todo, en esta última sentencia el TS también advierte que la aplicación de esta

¹⁵ Aunque para el voto particular, formulado por la magistrada Virolés Piñol, “han de mantenerse las condiciones fijadas en el convenio colectivo -sin distinción alguna, y en concreto, sin necesidad de referencia expresa a las cláusulas normativas pues tal distinción no resulta de la STS/IV de 22/12/2014”, por ser las que las partes en definitiva pactaron al suscribir el contrato de trabajo, a partir del momento en que pierde su vigencia el convenio colectivo.

doctrina “no conduce necesariamente a que la totalidad de un Convenio Colectivo que haya fenecido”, de acuerdo con el art. 86.3 ET, deba entenderse “contractualizado” íntegramente, pudiendo suceder que “en casos concretos” pueda ser ajustada a derecho la conducta empresarial que decida la inaplicación de determinados preceptos, siempre que no sean “contractualizables” y se comunique en forma que preceptos entienda incorporados al contrato de trabajo y cuáles no, de manera concreta, “sin realizar una inaceptable mezcla genérica de contenidos”.

2.2. Inconvenientes y objeciones a esa contractualización

Como la propia sentencia de 22 de diciembre de 2014 advirtió, la solución defendida planteaba algunos inconvenientes como la falta de fundamento para extender los derechos y obligaciones establecidos en el convenio fenecido a los trabajadores contratados con posterioridad a la pérdida de vigencia del convenio; que, por ello, se debían regular a todos los efectos por lo dispuesto en la norma estatal y, en su caso, por su contrato individual. No cabía otra opción, desde el momento en que esa “unión” de los derechos y obligaciones de origen convencional a cada vínculo contractual sólo es posible respecto de los contratos formalizados estando vigente el convenio colectivo¹⁶.

Esta circunstancia que acarrea o puede acarrear otros problemas de doble escala de condiciones de trabajo, de discriminación, le sirvió al TS para justificar que aunque de esta forma quedara resuelto el problema de vacío normativo para buena parte de los trabajadores, debía mantenerse la obligación de continuar negociando de buena fe en el ámbito del convenio colectivo, en los términos del art. 89.1 ET, pues respecto de las nuevas contrataciones seguía siendo necesaria la regulación convencional.

¹⁶ F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, *Relaciones Laborales*, núm. 9 2014, p. 50. En la misma línea, J. CRUZ VILLALÓN, “Procedimiento de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA, *Reforma Laboral de 2012*, Lex Nova, 2012, p. 414.

Para alguno de los votos particulares¹⁷, la solución defendida por esta sentencia de 22 de diciembre de 2014 parecía convertir las condiciones convencionales contractualizadas en condiciones más beneficiosas, lo que tropezaba con la propia doctrina de la Sala según la que la incorporación de una condición más beneficiosa al contrato de trabajo sólo puede producirse “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” del empleador, sin que pueda tener por fuente el convenio colectivo¹⁸. Pero, lo cierto es que, aunque indirectamente, la sentencia también parecía rechazar que esa contractualización de las condiciones convencionales las convirtiera en condiciones más beneficiosas, al admitir su disponibilidad ulterior por convenio colectivo¹⁹, y no sólo por pacto individual o por decisión empresarial por la vía del art. 41 ET²⁰.

Aun así, la tesis “continuista” estaría contradiciendo la regulación del art. 3.1 ET²¹, que no duda en identificar de forma diferenciada, como fuentes de derechos y obligaciones, al

¹⁷ En concreto, la sentencia tuvo dos votos concurrentes, firmados cada uno por un magistrado, que mantenían que a la misma conclusión podía llegarse por otra vía, y dos votos discrepantes que suscribieron, respectivamente, cinco magistrados y una magistrada. Un comentario a los argumentos que se utilizaron en esos votos en A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p. 7. También, C. MARTÍNEZ MORENO, *Eficacia temporal de los convenio colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2015, p.p. 104 y ss.

¹⁸ Por todas, SSTs de 14 de marzo de 2005, rec. 71/2004, 3 de diciembre de 2008, rec. 4114/07, 26 de julio de 2010, rec. 230/09, 17 de septiembre de 2010, rec. 245/09, 28 de octubre de 2010, rec. 4416/09, y 26 de septiembre de 2011, rec. 149/10.

¹⁹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Vigencia del convenio colectivo, prórroga ordinaria y sucesión de convenios”, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, tirant lo blanch, 2016, p.1527.

²⁰ En la misma línea que proponían, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. E. CASAS BAAMONDE y F. VALDÉS DAL-RE, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, RL, núm. 9, 2013, pp. 9 y 11, quienes rechazaban que la aplicación del convenio colectivo en estos casos fuera indicativo de la voluntad de la empresa de “conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales aplicables”.

²¹ Como defendió el voto particular formulado por el magistrado de Castro Fernández.

convenio colectivo y a la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el contrato. En esta línea se pronunció un importante sector de la doctrina, para el que el contrato no convierte las condiciones reguladas legal o convencionalmente en cláusulas contractuales independientes de la fuente legal o convencional de la que traen su origen, simplemente crea una relación jurídica a la que automáticamente le son de aplicación esas condiciones, precisamente aunque no hayan sido pactadas expresamente en el contrato²².

Además, la tesis seguida por la sentencia, al incorporar de manera automática al contenido del contrato las condiciones pactadas en el convenio colectivo vencido, confunde la eficacia general del convenio colectivo con el juego de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el contrato²³. Una cosa es que las partes asuman la aplicación del convenio colectivo como consecuencia de su fuerza vinculante y eficacia general, y otra que ello permita presuponer que han querido que esas condiciones pactadas colectivamente en el convenio se incorporen al conjunto derechos y obligaciones pactados individualmente con el empresario hasta que sean sustituidas o modificadas por una nueva regulación convencional²⁴.

²² A. MONTIJOA MELGAR, "Las condiciones de trabajo tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo (en torno a la STS 22 diciembre 2014 [RJ 2014, 6638] y sus votos particulares)", *NREDT*, núm. 173, 2015, pp. 15 y ss. También, J. GARCÍA MURCIA, "Condición más beneficiosa y negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, pp.95 y ss, para quien "no es el contrato de trabajo el que da paso a la vigencia del convenio colectivo, sino que es el convenio el que por su propia naturaleza se sobrepone al contrato, con la consiguiente imposición de sus mandatos".

²³ Para A. MARTÍN VALVERDE, "Régimen de ultraactividad", en J.M. GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, 2016, p. 1542 y 1549, la tesis de la incorporación automática al contrato de trabajo de las cláusulas convencionales sólo podría sostenerse sobre la base de la existencia de un contrato de mandato o representación voluntaria... Incluso de haber mandato en la afiliación sindical o asociativa... la incorporación de las cláusulas convencionales a los contratos habría de limitarse a los afiliados y no a todos los sujetos afectados por el convenio.

²⁴ Lo que no parece conforme con nuestro sistema de negociación colectiva ni con nuestro sistema de fuentes, J. GARCÍA MURCIA, "Condición más beneficiosa y negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, p.99.

De otro lado, si esas condiciones convencionales se incorporan en todo caso al contrato individual, en los términos defendidos por la sentencia, cabría preguntarse la razón por la que, en una sucesión convencional que no haya precisado la aplicación del art. 86.3 ET, por haberse acordado un nuevo convenio dentro del año siguiente a la denuncia, las condiciones de origen convencional no deberían mantenerse igualmente (como condiciones contractuales), cuando el nuevo convenio colectivo que sucede al anterior no incluya regulación alguna sobre las mismas²⁵. Hasta la sentencia de 22 de diciembre de 2014, parecía claro que en ningún caso se podría pretender hacer valer condiciones de trabajo recogidas en los convenios desaparecidos. Sin embargo, la solución a la que ha llegado esta sentencia plantea un nuevo escenario: incorporadas las condiciones del convenio fenecido al vínculo contractual individual, su eliminación podría depender de que el nuevo convenio que se negocie ofrezca una regulación que desplace o deje sin efecto esas condiciones contractualizadas.

Precisamente por ello, con posterioridad, el TS (STS 588/2018, de 5 de junio, reud 427/2017) se ha visto obligado a aclarar que la intención no ha sido en ningún momento alterar los efectos que trae consigo la sustitución convencional que hubiera operado de haber convenio de ámbito superior, que no son otros que la sustitución completa de un convenio por otro²⁶; de lo contrario se estaría yendo más allá de los efectos de la propia ultraactividad, que "no está para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni para perpetuarse eternamente, sino para conservar provisionalmente las cláusulas del convenio anterior mientras continúe la negociación del

²⁵ Con más probabilidad si el nuevo convenio es de otro ámbito, según S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia del convenio colectivo, prórroga ordinaria y sucesión de convenios", en J.M. GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1526.

²⁶ Sobre el principio de modernidad, STS 7 diciembre 2006, rec. 122/2005, y SSTs de 8 de abril de 2005, rec. 1859/2003, 30 de marzo de 2006, rec. 902/2005, y de 16 de noviembre de 2006, rec. 2352/2005. J. GARCÍA MURCIA, "Condición más beneficiosa y negociación colectiva", *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, pp.95 y ss.

convenio colectivo siguiente, durante el tiempo que la ley considera razonable”.

La sentencia de 22 de diciembre de 2014 suscitó otra objeción al ofrecer una solución general sobre la pervivencia del contenido del convenio, cuando el pleito se refería únicamente a las condiciones salariales²⁷ y, además, parecía dudoso que la contractualización defendida pudiese mantenerse respecto del contenido íntegro del convenio.

En concreto, la sentencia advertía que los vacíos normativos que provocaría el fin de la ultraactividad del convenio, cuando no hubiera convenio de ámbito superior, traerían consecuencias indeseadas para ambas partes, entre otras, que cualquier trabajador, con independencia del grupo profesional o de las tareas que realizase, pasase a cobrar el salario mínimo interprofesional; o que la jornada pasase a ser la máxima legal; que las cláusulas de horario y flexibilidad quedasen sin efecto, y que el empresario no pudiese sancionar disciplinariamente a los trabajadores salvo que concurriera causa de despido²⁸.

La referencia expresa que se hacía a algunas de esas materias, por ejemplo, al régimen de faltas y sanciones o al sistema de clasificación profesional, parecía indicar que la solución por la que se había optado suponía la contractualización del contenido íntegro del convenio colectivo²⁹, incluida la regulación de

estas materias que, como se sabe, en ningún caso podría pactarse por contrato individual. Esta opción no parece tener mucho sentido³⁰, salvo porque de lo contrario, esto es, si se limitara materialmente esa contractualización, tampoco se resolverían todos los problemas que en efecto puede plantear el vacío normativo que pretende evitarse.

Incluso respecto de las materias que no suscitan tantas dudas, como las condiciones salariales, la sentencia de 22 de diciembre ha dejado en el aire algunas cuestiones sobre el alcance de esa contractualización, que han obligado al TS a aclarar las consecuencias de la solución propuesta. Así ha sido en la STS 807/2018, de 25 de julio, rcud 3584/2016, sobre la que volveremos más adelante, según la que la contractualización de las condiciones convencionales obliga a respetar las condiciones salariales que se tenían reconocidas pero no a seguir lucrando complementos económicos en los términos previstos en un convenio que ha agotado su vigencia.

Las dudas sobre las materias respecto de las que procede la contractualización han sido abordadas, como se ha dicho ya, en la STS 1068/2016, de 20 de diciembre, que ha defendido que la contractualización se refiere a la totalidad de condiciones laborales entendiendo por tales las que regulan la relación laboral en todos sus aspectos, aunque deja abierta la puerta a que el empresario pueda inaplicar determinados preceptos de un convenio colectivo fenecido, siempre que no sean contractualizables.

Por último, también cabe preguntarse si la contractualización propuesta en la sentencia de 22 de diciembre de 2014 va en contra de los objetivos de la reforma laboral, de evitar

²⁷ En este sentido, voto particular formulado por el magistrado Sempere Navarro al que se adhirieron el presidente de la Sala y otros tres magistrados.

²⁸ De hecho el rechazo a los efectos que, sobre las condiciones de trabajo del trabajador y sobre la negociación colectiva, produciría la tesis “rupturista” es un común denominador que sirve de punto de partida en las interpretaciones que proponen a su vez los votos particulares.

²⁹ En este punto conviene recordar que tesis contractualista admite variantes, según se defienda que se deben mantener todas las condiciones del convenio anterior o sólo algunas de ellas, las que ordenan el contrato (categoría, salario, jornada), como recuerda A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p. 3, que cita entre quienes defienden la tesis contractualista limitada a F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014, pp. 33-51. Sobre los inconvenientes

de esta propuesta de contractualización limitada, C. MARTÍNEZ MORENO, *Eficacia temporal de los convenios colectivos: soluciones al fin de la ultraactividad*, Claves prácticas Francis LeFebvre, 2015, p. 99.

³⁰ Pero esta objeción tampoco está claro que sea suficiente como para sustentar el rechazo a la contractualización de aquellas que pueden serlo, pese a la dificultad que puede plantear determinar el carácter consolidable de una condición negocial. A favor, A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p.13.

la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos. Realmente no parece que sea así desde el momento en que, como ha advertido algún autor, la contractualización no prolonga la ultraactividad del convenio en cuestión. Las condiciones convencionales continúan aplicándose, aunque desprovistas de la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo que facilita, como se ha dicho ya, su modificación o supresión por la vía del art. 41 ET o por acuerdo individual³¹.

2.3. Otras posibles soluciones y sus dificultades

La pregunta que inevitablemente se suscita, a la vista de las objeciones e inconvenientes que ha planteado la solución defendida en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, es si había otras opciones interpretativas para salvar los problemas que efectivamente puede plantear el fin de la ultraactividad del convenio cuando no haya pacto en contrario ni convenio de ámbito superior. Algunas fueron defendidas por los votos particulares que se formularon a la sentencia. Por ejemplo, el primero de los votos particulares concurrentes, que compartía la decisión de la sentencia pero no los fundamentos jurídicos³², proponía una tercera vía que se basaba en la búsqueda del “equilibrio de prestaciones” de los sujetos del contrato de trabajo, en particular “entre trabajo y salario”, sobre la base de la buena fe contractual³³. El

equilibrio de prestaciones serviría para justificar la persistencia, una vez suprimida la ultraactividad del convenio, cuando menos, de la retribución hasta entonces percibida, habida cuenta de que la alternativa -aplicar el SMI- “ofrece una cierta deficiencia constitucional”. La obligada buena fe impediría que el fracaso en la negociación de un nuevo convenio colectivo pudiera ser utilizado por la empresa como acontecimiento que legitimase reducir drásticamente la retribución que hasta entonces percibían los trabajadores afectados, precisamente invocando una redacción legal³⁴.

También se ha sugerido la posibilidad de acudir a la analogía o a las costumbres profesionales que “pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenio” y siempre atendiendo al caso concreto³⁵. En definitiva, el vacío producido por la pérdida de vigencia del convenio debería cubrirse mediante un análisis, respecto de cada concreta materia (el salario aplicable, en el concreto caso), de cuál sea la voluntad implícita de las partes, a fin de determinar el alcance de los respectivos derechos cuando ha desaparecido la norma que albergaba alguno de ellos³⁶. Esta opción interpretativa no hubiera dado la razón a la empresa demandada, pero también ha merecido críticas doctrinales³⁷.

³¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. E. CASAS BAAMONDE y F. VALDÉS DAL-RE, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *RL*, núm. 9, 2013, p. 9. A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3/2015, BIB 2015/1022, p.14.

³² El otro voto particular concurrente contenía consideraciones adicionales sobre los efectos que tiene la limitación de la ultraactividad sobre el derecho a la negociación colectiva y sobre la posibilidad de aplicar la garantía de la conservación de los contratos de la disposición transitoria 2ª del Código civil para así justificar el mantenimiento de las condiciones salariales.

³³ Este voto particular basó su argumentación también en la defensa de la dignidad humana y la garantía del derecho a la negociación colectiva, que se vería afectada si la aplicación del art. 86.3 ET conduce a un vacío normativo; y en la necesidad de hacer una interpretación conforme a la constitución, lo que significa elegir entre sus posibles sentidos aquel que sea más conforme con las normas constitucionales según STC 192/2003, de 27 de octubre.

³⁴ En definitiva se trataría de acudir a los instrumentos que ofrece el derecho común de los contratos en particular, la buena fe (art. 1258 Ccivl), que puede servir, a las partes y al intérprete, de criterio a la hora de valorar las propuestas empresariales de nuevas condiciones de laborales a aplicar una vez pierda vigencia el convenio denunciado. Una opción que propone también A. MARTÍN VALVERDE, “Régimen de ultraactividad”, en J.M. GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, 2016, p. 1543, que invoca el instrumento previsto en el art. 1289 Código civil para la interpretación de los contratos según el que “la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses”.

³⁵ A esta posibilidad hacía referencia el voto particular disidente del magistrado Sempere Navarro al que se adherieron cuatro de los magistrados discrepantes.

³⁶ A favor de esta posición se manifestó A. MARTÍN VALVERDE, “Régimen de ultraactividad”, en J.M. GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, 2016, p. 1548.

³⁷ Sobre la inseguridad que podría generar que sólo pueda operar caso por caso, A. DESDENTADO BONETE, “La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014”, *Revista de Información Laboral*, núm.

Otras soluciones han sido propuestas por la doctrina, como la que optó por interpretar que, en la fórmula legal del art. 86.3 ET, la ultraactividad sólo quedaría excluida de haber convenio de ámbito superior³⁸. Sin embargo, de esa fórmula legal resulta difícil deducir con claridad que la inexistencia de un convenio colectivo de ámbito superior vaya a afectar a la vigencia ultraactiva del convenio denunciado, que el precepto vincula al año desde la denuncia. Lo único que podría alterar esa regla legal sobre pérdida de vigencia del convenio denunciado es el pacto en contrario³⁹.

También se ha defendido la aplicación del convenio colectivo una vez ha alcanzado el límite de ultraactividad, como convenio extraestatutario⁴⁰. A favor se ha argumentado que sin la ultraactividad del convenio colectivo estatutario, por agotamiento o terminación de la misma, no habría diferencia con el convenio colectivo extraestatutario⁴¹, que carece de esa ultraactividad según la STS de 14 de octubre de 2009, rcud 625/2009. De acuerdo con esta interpretación el fin de la ultraactividad supondría el fin del convenio como norma, pero no necesariamente su fin como contrato colectivo. Sin perder su fuerza vinculante.

Pero esta opción también se enfrenta a inconvenientes. De entrada, como se ha dicho ya,

3/2015, BIB 2015\1022, p. 9, quien recuerda, además, que la analogía sólo podría operar sobre las materias no reguladas, pero no sobre las que cuentan con disposiciones legales. Algo similar sucede con la costumbre profesional, que sólo se aplica en defecto de disposiciones legales, convencionales y contractuales.

³⁸ A. MERINO SEGOVIA, "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley: las atribuciones del convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 249 y ss.

³⁹ Así lo mantiene, A. MARTÍN VALVERDE, "Régimen de ultraactividad", en J.M. GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, 2016, p. 1542.

⁴⁰ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", en AA. VV. *Negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012.

⁴¹ Que recoge F. DURÁN LÓPEZ, "Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente", *Relaciones Laborales*, núm. 9 2014, p.46.

los convenios extraestatutarios no se aplican una vez agotado el plazo de vigencia pactado inicialmente (carecen de ultraactividad). Cabría pensar, entonces, en un pacto expreso, pero en ese caso resultaría difícil diferenciarlo del pacto en contrario del art. 86.3 ET. De otro lado, convertir el convenio denunciado, una vez finalizado el plazo de ultraactividad, en un convenio extraestatutario podría tropezar con las limitaciones relativas al contenido de este tipo de convenios, mantenidas por la doctrina del propio TS, según la que "no pueden regular condiciones de trabajo o de empleo con proyección general para todos los trabajadores del ámbito funcional de aplicación"⁴²; lo que ha impedido considerar adecuadas a derecho "aquellas condiciones de trabajo pactadas en este tipo de acuerdo con ámbito de aplicación generalizada"⁴³. De aplicarse estas limitaciones, la supuesta conversión del convenio en extraestatutario tampoco resolvería todos los problemas que plantea el fin de la ultraactividad.

No han faltado, en fin, quienes recomiendan, en sintonía con algunos de los votos particulares, recurrir a los instrumentos que ofrece el derecho común de los contratos, en particular, la buena fe (art. 1258 Ccivl), que puede servir a las partes y al intérprete de criterio a la hora de valorar las propuestas empresariales de nuevas condiciones laborales a aplicar, perdida la vigencia el convenio denunciado; y el instrumento previsto en el art. 1289 Código civil según el que "la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses"⁴⁴.

3. ULTRAATIVIDAD Y PACTOS EN CONTRARIO

3.1. Pactos previos a la entrada en vigor de la reforma

La solución defendida en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, sólo resulta de aplicación cuando no haya pacto en contrario ni

⁴² Por todas, STS de 11 de julio de 2012, rec. 38/2011.

⁴³ STS de 21 de febrero de 2006, rec. 88/2004.

⁴⁴ A. MARTÍN VALVERDE, "Régimen de ultraactividad", en J.M. GOERLICH PESET, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, 2016, p. 1543.

exista convenio de ámbito superior que resulte de aplicación. El tenor del art. 86.3 ET no parece admitir otra interpretación. Sin embargo, lo que no ha estado tan claro es el momento en que debe haberse producido ese pacto en contrario para excluir la aplicación del límite legal a la ultraactividad del convenio previsto en el art. 86.3 ET⁴⁵.

Esta es una cuestión que desde el principio dividió a la doctrina. En efecto, ya en los primeros comentarios que se hicieron a la reforma laboral de 2012 había interpretaciones que defendían que el pacto en contrario ha de ser un pacto sobrevenido⁴⁶ o que nada impide que los acuerdos sobre prórroga del contenido del convenio se alcancen con posterioridad a la referida norma legal⁴⁷, y otras que mantenían que la ultraactividad puede haberse pactado en el propio convenio colectivo, con independencia del momento en que este se haya negociado, antes o después de la reforma laboral.

Por ello, no es de extrañar que el debate haya llegado al Tribunal Supremo que, como vamos a ver, ha tenido que resolver las dudas planteadas sobre la validez y aplicabilidad de los “pactos en contrario”, a que hace referencia el art. 86.3 ET, recogidos en el propio

convenio, cuando esos pactos han sido suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por el RDL 3/2012, en un contexto, por tanto, en el que la ultraactividad no estaba limitada temporalmente.

Sobre el particular se pronunció la STS de 17 de marzo de 2015, rec. 233/2013⁴⁸, de interés por varias razones. De un lado, porque era la segunda sentencia del alto tribunal que se pronunciaba sobre una cuestión relacionada con el fin de la vigencia del convenio colectivo y la aplicación del art. 86.3 ET. De otro lado porque, como advirtió el voto particular⁴⁹, se abordaba un debate de pura interpretación normativa, lo que dotaba de especial relevancia a la opinión de la Sala.

En el caso que se analizaba en la sentencia, las relaciones de trabajo de los pilotos de una conocida compañía aérea se venían regulando por un convenio colectivo que había sido suscrito, publicado y denunciado con anterioridad a la reforma laboral y que contenía una cláusula según la que “denunciado el convenio y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerán vigentes las cláusulas normativas del convenio hasta tanto no se produzca la entrada en vigor del convenio que haya que sustituir al presente”.

La pretensión sindical era que se reconociera que en esa cláusula había un pacto expreso de ultraactividad indefinida del convenio denunciado. Sin embargo, para la parte recurrente el pacto expreso y “en contrario” que exige, tras la reforma de 2012, el art. 86.3 ET, para evitar la finalización de la vigencia ultraactiva del convenio después de transcurrido un año de negociación sin alcanzar un nuevo convenio o dictarse un laudo, debería haberse alcanzado una vez vencido el convenio, pues es en ese momento cuando se constata la ineficacia del proceso negociador. Esta interpretación suponía rechazar la validez del pacto incorporado en el propio convenio que,

⁴⁵ En la doctrina se ha planteado también cuál deba ser su contenido. A priori cabe pensar que ese pacto puede excluir la pérdida de vigencia del convenio denunciado, transcurrido el año desde la denuncia, o simplemente ampliar la duración de la ultraactividad del convenio. No obstante, para F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado D. Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, p. 963, resulta discutible la admisibilidad de un pacto sobre la duración de la ultraactividad legalmente prevista, ya que se trata de una intervención excepcional del legislador.

⁴⁶ A.V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ, *Claves para la reforma laboral de 2012. Estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 139 y ss.

⁴⁷ J. CRUZ VILLALÓN, “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, 115, 2012. En el mismo sentido, F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado D. Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, p. 966.

⁴⁸ Un comentario a esta sentencia en A. MARTÍN VALVERDE, “Régimen de ultraactividad” en J.M. GOERLICH PESET, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1538.

⁴⁹ Formulado por el magistrado Sempere Navarro.

como se ha dicho, se había negociado y denunciado con anterioridad a la reforma laboral⁵⁰. De no ser así, se decía en el recurso, todos los convenios anteriores a la reforma que contuvieran pactos sobre ultraactividad quedarían excluidos de la necesidad de pactar en contrario de la limitación introducida a dicha ultraactividad; lo que, de aceptarse, supondría que la reforma en este concreto extremo sólo sería aplicable a aquellos convenios que nada hubieran pactado.

La Sala entendió que si el convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, preveía que una vez finalizado el periodo de vigencia y denunciado el convenio, debían permanecer vigentes las cláusulas normativas, hasta que se produjera la entrada en vigor de un nuevo convenio, tal cláusula era el “pacto en contrario” a que se refiere el último párrafo del art. 86.3 ET. Así lo defendió la sentencia de 17 de marzo de 2015 aunque la cláusula convencional en cuestión, en el contexto que se aprobó, no fuera propiamente una cláusula en contrario, si se atendía al tenor del art. 86.3 ET anterior a la reforma laboral según el que mantener la vigencia de las cláusulas normativas, como hacía el convenio, era la regla general⁵¹.

Para esta sentencia, el art. 86.3 ET se limita a disponer que si hay un pacto en con-

trario, aunque haya transcurrido un año desde que se denunció el convenio, este no pierde vigencia. Por ello, donde la Ley no distingue no habría que distinguir y en este caso la norma nada dice respecto de que el “pacto en contrario” tenga que haberse suscrito con posterioridad al vencimiento del convenio⁵². De esta forma, el TS aceptó como pactos en contrario que excluyen el límite temporal a la ultraactividad del convenio tanto los posteriores a la denuncia, que se puedan acordar en el curso de la negociación de un nuevo convenio, como los que se hayan podido acordar en el convenio agotado⁵³.

Con esta solución se apostó por la aplicación de lo acordado en convenio colectivo, reconociendo la primacía de la autonomía de las partes plasmada en la negociación sobre la regulación ajena a dicha voluntad, que únicamente debe ser aplicada en defecto de aquella, con apoyo en los compromisos internacionales adquiridos por España (esencialmente Convenios de la OIT, Carta Social Europea y regulación de la Unión Europea).

En nada alteró esta opción interpretativa la previsión de la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, que vino a complementar las reglas del art. 86.3 ET respecto de los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a fecha de entrada en vigor de esta Ley, según la que el plazo de un año que establece este precepto legal empezaría a contar

⁵⁰ En la misma línea de lo defendido por la STSJ 130/2014 Andalucía, de 23 de enero de 2014, recurso de suplicación 2285/2013, para la que “la reforma hace prevalecer, sobre el sistema que en ella se instaure en materia de ultraactividad, el resultado del concierto de las voluntades implicadas en la negociación colectiva, mediante pacto expreso al respecto que así lo decida, pero carece de sentido otorgar tal prevalencia a un pacto acordado trece años antes de la reforma que evidentemente no reflejaba la voluntad conjunta de los negociadores de dejar sin efecto el nuevo y limitado régimen de la ultraactividad que la clara dicción del Estatuto de los Trabajadores ahora estable y por la finalidad que se establece”.

⁵¹ Como señala F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado D. Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, p. 965, la diferencia de situaciones antes y después de la entrada en vigor de la reforma se puso de manifiesto en algún pronunciamiento judicial, aunque no llegaran a extraerse consecuencias pertinentes de la misma.

⁵² En la línea de lo defendido por la doctrina judicial, por todas, SAN 2/2014 de 20 enero, procd. 395/2013, según la que “si el legislador hubiese querido que sólo fueran válidas las previsiones convencionales suscritas después de la entrada en vigor de la reforma, lo hubiese establecido expresamente. Igualmente pudo disponer normas de transitoriedad y tampoco lo ha hecho. Por tanto, el silencio del legislador y la remisión general que el artículo 86.3 ET efectúa a los convenios colectivos o al pacto en contrario abona la tesis de la pervivencia de las regulaciones anteriores a la reforma”. En el mismo sentido, SAN 23 de julio de 2013, procd. 205/2013, y más recientemente resolviendo un supuesto sustancialmente igual que afecta a una empresa del sector, SAN 19-11-2013, procd. 369/2013, así como las SsTSJ de Galicia de 31 de octubre de 2013, procd. 27/2013, del País Vasco de 26 de noviembre de 2013, procd. 37/2013, Murcia de 28 de octubre de 2013, procd. 14/2013.

⁵³ A. MARTÍN VALVERDE, “Régimen de ultraactividad” en J.M. GOERLICH PESET, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1539.

a partir de entonces. La razón era obvia, esta disposición no incluía ninguna regla sobre el pacto en contrario.

Finalmente, la sentencia también rechazó el argumento que recordaba el objetivo de la reforma en este punto, anunciado en la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de evitar la petrificación de los convenios colectivos, en el que se había apoyado la parte recurrente. Para el TS la exposición de motivos, al no ser una norma, no vincula a la hora de interpretar el precepto; por otra parte, esa “petrificación” siempre podría evitarse acudiendo a los mecanismos de “descuelgue” regulados en el art. 82 ET.

Esta sentencia contó con un voto particular que sostenía que la previsión contenida en el convenio no podía considerarse un “pacto en contrario” por razones gramaticales, lógicas, históricas y teleológicas. Para este voto particular, con carácter general, la posibilidad de llevar la ultraactividad más allá del año no estaría en manos del propio convenio, sino de un pacto sobrevenido que, en su caso, evitase la entrada en juego del convenio de ámbito superior⁵⁴; y en ningún caso de aquellos que se hubieran negociado con anterioridad, aun admitiendo la posibilidad del propio convenio de llevar la ultraactividad más allá de los 12 meses.

En cualquier caso, el criterio mayoritario de la Sala permitió salvar la ultraactividad del convenio y evitar la aplicación de la STS 22 de diciembre de 2014, a que hubiera abocado el criterio defendido por el voto particular.

En la misma línea se pronunció la STS de 2 de julio de 2015, rcud 1699/2014, según la que de una interpretación literal y sistemática del precepto legal se desprende que si un convenio colectivo suscrito antes de la Ley 3/2012 contiene una cláusula de ultraactividad como la que se observaba en este caso -similar a la

analizada en la STS de 17 de marzo de 2015-, dicha cláusula debe ser considerada como el “pacto en contrario” a que se refiere el art. 86.3 ET. Se insistió nuevamente en que el tenor de este precepto no sólo no impide que el citado pacto esté incorporado al propio convenio colectivo con anterioridad a la reforma sino que ni siquiera distingue el momento de su celebración; por lo que no hay razones para entender que el acuerdo sobre ultraactividad sólo pueda adoptarse con posterioridad a la finalización del ámbito temporal del convenio colectivo⁵⁵.

El criterio y argumentos utilizados en estas sentencias serían invocados en la STS de 7 de julio de 2015, rec. 193/2014, para desestimar un recurso en el que los recurrentes habían alegado que el convenio colectivo que contemplaba la ultraactividad del convenio una vez denunciado hasta que hubiera un nuevo convenio aplicable, al haber sido negociado y denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, debía entenderse modificado esta norma.

Esta sentencia tuvo dos votos particulares que, por las mismas razones mencionadas en el voto formulado a la STS de 17 de marzo de 2015, mantuvieron que la tesis mayoritaria estaría contradiciendo el principio de jerarquía normativa, pues el legislador con la nueva redacción del art. 86.3 ET habría establecido un tope máximo de vigencia “ultraactividad” de no más de un año tras la denuncia del convenio; por ello, “si se desea prorrogar sus efectos será necesario un acuerdo posterior al propio convenio (y al acto de denuncia); un acuerdo (con las mayorías representativas actualizadas) que renueve la voluntad de aplicar lo pactado tiempo atrás. La regla principal (libertad de pactos) ha de compatibilizarse con las especiales (que los limitan)».

Finalmente, el criterio mayoritario de la STS 17 de marzo de 2015, reiterado en las SSTS de 2 de junio y 7 de julio del mismo año se ha visto consolidado, ya sin votos particu-

⁵⁴ Una tesis de indudable interés pero que incorpora un punto de vista más de *lege ferenda* que de *sententiae ferenda*, según A. MARTÍN VALVERDE, “Régimen de ultraactividad” en J.M. GOERLICH PESET, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1539.

⁵⁵ El magistrado que había formulado el voto particular en la STS de 17 de marzo, volvió a apartarse de la decisión acordada en esta sentencia, con una remisión a las razones expuestas en aquella ocasión.

lares, en la STS 330/2016, de 26 de abril, rcud 2102/2014, y en la STS 616/2016, de 6 de julio, rec. 155/2015. En esta última sentencia, además, se ponen en evidencia alguna de las consecuencias que trae consigo la solución que se ha dado a la cuestión si se plantea la modificación de las condiciones pactadas en el convenio denunciado, en fase de ultraactividad: la necesidad de acudir al trámite del 82.3 ET, regulador del «descuelgue» o inaplicación de convenios colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Otra hubiera sido la opción si no se hubiera admitido ese “pacto en contrario”: la contractualización de las condiciones convencionales en los términos defendidos por la STS de 22 de diciembre de 2014 y la necesidad, en ese caso, de acudir a la vía prevista en el art. 41 ET para llevar a cabo la modificación de esas condiciones, entre tanto se aprueba un nuevo convenio.

3.2. Contenido del “pacto en contrario”

Para que resulte de aplicación la doctrina analizada en el apartado anterior será necesario que el convenio colectivo, anterior a la reforma, incluya una cláusula expresa de ultraactividad y no una mera remisión genérica a la normativa estatutaria. Así lo ha aclarado el TS en su sentencia 807/2018, de 25 de julio de 2018, rcud 3584/2016.

En concreto, en el litigio que dio lugar a esta sentencia, el convenio colectivo, denunciado el 30 de octubre de 2010, que mantuvo su vigencia hasta el 8 de junio de 2013, en virtud de lo establecido en la DT4ª de la Ley 3/2012⁵⁶, no contemplaba previsión alguna de ultraactividad. Únicamente establecía una cláusula de prórroga automática para el caso de que el convenio no hubiese sido denunciado; sin prever, por consiguiente, cuáles serían las consecuencias en caso de que se hiciese efectiva la denuncia. En este punto se limitaba a remitir a lo dispuesto en el ET. La concreta cuestión

discutida era si tras la denuncia del convenio el trabajador demandante seguía teniendo derecho a lucrar un complemento de antigüedad regulado en el art. 30 del dicho convenio, lo que dependía de si esa remisión convencional a la normativa vigente podía entenderse hecha a la redacción del art. 86.3 ET vigente en el momento de pactarse el convenio, que como se ha recordado ya, incorporaba, salvo pacto, la ultraactividad ilimitada de las cláusulas normativas; o por el contrario había que poner en relación esa remisión convencional con la nueva previsión legal según la que el convenio dejaría de ser aplicable en 2014. La primera opción interpretativa permitiría seguir lucrando el mencionado complemento, lo que no sería posible de mantenerse la segunda de esas interpretaciones.

La empresa mantuvo las condiciones económicas del convenio fenecido durante el año siguiente a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, esto es, hasta el 8 de junio de 2013, pero negó que le correspondiera percibir en 2014 el complemento de antigüedad, porque entendía que el convenio que regulaba la posibilidad de seguir devengando tal complemento ya no estaba vigente en esa fecha. Y el TS entendió que esta era la solución más acorde con lo dispuesto en el art. 86.3 ET, rechazando que esa remisión genérica a la normativa vigente en el momento en que se negoció el convenio sirviera de pacto en contrario. Por ello, en este caso, al no constar que hubiera un convenio colectivo de ámbito superior, no había otra opción que aplicar la solución propuesta por la sentencia de 22 de diciembre de 2014, y seguir aplicando las condiciones salariales previstas en el convenio como condiciones contractuales, hasta que se negociase un nuevo convenio. Así lo dijo expresamente la sentencia de 25 de julio de 2018, para la que la pérdida de vigencia del convenio denunciado conducía irremediablemente a la solución defendida en la sentencia de 22 de diciembre de 2014, de contractualización de las condiciones convencionales.

Cuestión distinta era el alcance que debía atribuirse a esa contractualización en materia salarial. Sobre el particular, resulta de interés la decisión de la sentencia de mantener que la negativa de la empresa a reconocer nuevos complementos de antigüedad, finalizada

⁵⁶ Según esta disposición en los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor.

la ultraactividad del convenio, era la solución más acorde con el art. 86.3 ET y con la doctrina de la Sala IV, “pues el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores, en las que está implícito el mantenimiento del complemento salarial en los términos previstos en el convenio fenecido no va más allá de la fecha de la referida pérdida de vigencia del convenio colectivo”. A partir de ese momento, por tanto, no debían devengarse nuevos incrementos en tanto no se negociase un nuevo convenio.

La misma solución se mantiene para un supuesto análogo en la STS 120/2019, de 14 de febrero de 2019, rcud 3253/2017, según la que “el paquete obligacional, que el contrato encierra, queda petrificado en los términos en los que se hallaba en el momento de la pérdida del convenio”. Esta pérdida de vigencia no permite a la empresa alterar las condiciones, que se contractualizan en los términos vistos, pero tampoco supone “que surjan nuevas obligaciones para ella no hubieran nacido aún al producirse el final de la vigencia”.

3.3. Incidencia de lo pactado en el convenio de ámbito superior

Como se ha visto, la Jurisprudencia del TS se ha decantado por interpretar que sólo el pacto en contrario en el propio convenio vencido o el que se pueda alcanzar durante la negociación de un nuevo convenio, podrían excluir los efectos que el precepto asocia al fin de la ultraactividad. De manera que, en principio, salvo esos pactos en contrario, la sucesión convencional que se contempla en el art. 86.3 ET, que supone que el convenio de ámbito superior si lo hubiere pasa a ocupar el espacio regulado en el convenio denunciado, no podría producirse hasta transcurrido el año desde la denuncia del convenio.

Sin embargo, estas conclusiones deberían ponerse en relación también con las reglas sobre concurrencia de convenios del art. 84.1 ET, pues, aunque este precepto salvaguarda la aplicación del convenio colectivo al restringir su afectación mientras esté vigente por otro de ámbito distinto, que ello sea así, y que lo sea también durante la vigencia ultraactiva del convenio denunciado, es una cuestión que puede quedar a expensas del “pacto” que, a su vez, pueda incluir ese convenio de ámbi-

to superior, cuando se trate de un convenio sectorial. En efecto, el pacto que, de acuerdo con las previsiones del art. 83.2 ET, excluya la aplicación de la regla general del art. 84.1 sobre concurrencia de convenios, o que limite su aplicación durante la “vigencia inicial del convenio”, sin duda podrá interferir en la solución normativa prevista en el art. 86.3 ET.

Así ha sucedido en el asunto que ha dado lugar a la STS 855/2018, de 24 de septiembre, rec. 173/2017, en la que la cuestión litigiosa se centraba en determinar si el convenio provincial, que venía siendo de aplicación, y que había superado la fecha inicial de finalización de vigencia, quedaba afectado por el convenio estatal existente, por más que el primero hubiera fijado su vigencia más allá del límite legal, al señalar que sería aplicable “hasta que entre en vigor uno nuevo”. La duda se planteaba porque el convenio colectivo estatal contenía una cláusula según la que “el presente convenio, y salvo acuerdo expreso, se aplicará en cada territorio (y dentro de él en cada ámbito funcional) a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anteriores. Teniendo en cuenta, a tal efecto, la fecha de constitución de la mesa de negociación del presente Convenio”.

Por lo tanto, de lo que se trataba era de determinar si el convenio provincial, por haber superado la fecha inicial de finalización de vigencia, podía quedar inmediatamente afectado por el convenio estatal, que así lo preveía, pese a la existencia de esa cláusula de mantenimiento de condiciones, y con independencia de que se hubiera producido un traspaso de empresas.

Para resolver esta cuestión el TS entendió que había que acudir a las reglas sobre concurrencia de convenios, en concreto, al art. 84.1 ET, que no prohíbe la negociación de convenios concurrentes sino la aplicación del ulterior mientras esté vigente el primeramente negociado. Esa salvaguarda del convenio vigente, frente al que pueda negociarse con posterioridad, en un ámbito distinto, se halla condicionada a la vigencia del que primero se haya negociado.

En este caso, resultaba claro que el primero que se había negociado era el convenio pro-

vincial que se hallaba en situación de prórroga automática por estar en la primera anualidad desde la denuncia. Esta circunstancia debía ponerse en relación con las estipulaciones del convenio de ámbito superior (estatal) y, en concreto, con su previsión de que se aplicaría “a la finalización de la vigencia inicial ordinaria de los convenios de aplicación anterior”.

Parecía evidente, así lo reconoció la sentencia, que con esta previsión lo que los negociadores del convenio estatal habían pretendido era excluir el mantenimiento de aquellos convenios colectivos que estuvieran en fase de ultraactividad, de manera que sólo pudieran mantenerse, tras la entrada en vigor del convenio estatal, aquellos convenios que no hubieran agotado el ámbito temporal fijado inicialmente para su duración; esto es, la “vigencia inicial” sin incluir la situación ulterior de prórroga del art. 86.3 ET. De esta forma se pretendía impedir que se mantuvieran las unidades de negociación que habían servido de base al convenio provincial denunciado.

Por su parte, la intención del convenio provincial y de sus cláusulas de mantenimiento de condiciones hasta que entrase en vigor uno nuevo no era eludir la aplicación del convenio de ámbito superior, cuya aparición se preveía, sino simplemente garantizar una cobertura de la situación provocada por la denuncia y finalización del convenio, en congruencia con lo dispuesto en el art. 86.3 ET.

Por ello, se entendió que, en este caso, y como consecuencia de las previsiones del convenio estatal, era sólo el periodo de vigencia inicial pactado, y no la situación ulterior de prórroga del art. 86.3 ET, el que impedía la concurrencia con convenio de ámbito distinto. Por ello, la finalización de la duración inicial (del primeramente negociado) debía actuar como punto de partida para que el convenio de ámbito superior, válidamente pactado por quienes estuvieran legitimados, llenara el espacio regulador y, lo que tal vez es más importante, pudiera sustituir al que, hipotéticamente, pudiera ser negociado con posterioridad en el ámbito inferior. Esta solución supondría que un ulterior convenio (de hostelería) provincial, al ser posterior al estatal, ya no podría concurrir con este, mientras este estuviera vigente.

De esta forma, la Sentencia 855/2018, mantuvo la obligada aplicación del convenio estatal. En definitiva se trataba de un supuesto particular de sucesión de convenios colectivos al que resultaba aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el principio de modernidad (SSTS de 20 de abril de 2009, rec. 41/2008; 26 de diciembre de 2011, rec. 66/2011 y 4 de junio de 2012, rec. 14/2011). Y en nada alteraba esta conclusión la sucesión empresarial producida. Los trabajadores cuyos contratos habían sido objeto de subrogación mantenían las condiciones anteriores al traspaso y, por ello, la aplicación del mismo convenio en fase de ultraactividad (art. 44.1 ET), pero sólo hasta que resultase aplicable un convenio distinto (art. 44.4 ET).

La eminente fuerza normativa del convenio colectivo implica la indisponibilidad de su vigencia lo que para esta sentencia sirvió de argumento para excluir que un posible error al no aplicar el convenio estatal desde el momento en el que el mismo lo preveía, permitiera a los trabajadores consolidar el derecho a permanecer en un convenio colectivo que, con o sin sucesión empresarial, ya no les era de aplicación.

En definitiva el pacto que se pueda incorporar en ese convenio de ámbito superior que se haya podido negociar mientras estaba vigente el convenio provincial, y que hubiera sido de aplicación de no haber existido este último, puede matizar las reglas de concurrencia del art. 84 ET, en los términos que se han visto en esta sentencia, y podrá con ello excluir las reglas de ultraactividad del art. 86.3 ET⁵⁷.

⁵⁷ Téngase en cuenta que hasta ahora la Jurisprudencia del TS ha venido manteniendo la regla de no afectación del art. 84.1 ET a la situación de prórroga del convenio durante su denuncia (STS de 29 de septiembre de 1993 rec. 880/1992), aunque la ultraactividad concedida no amparara la “petrificación” hacia el futuro de las unidades de negociación, básicamente porque la ultraactividad que este precepto genera no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo (STS 23 de octubre de 1995, rec. 2054/1994). Según esta doctrina, la prohibición de concurrencia dejaba de actuar cuando se abandonase la renovación del convenio en el momento en que puede entrar a regir otro convenio colectivo (STS de 6 de noviembre de 1998, rec. 1688/1998). Sobre el particular, P. CHARRO BAENA y A.V. SEMPERE NAVARRO (dir y coord.), *Estatuto*

4. FIN DE LA ULTRA ACTIVIDAD Y APLICACIÓN DEL CONVENIO DE ÁMBITO SUPERIOR

4.1. Determinación del convenio colectivo de ámbito superior aplicable

Como se ha dicho ya, la solución que propugna la STS de 22 de diciembre de 2014 no resulta de aplicación si existe un convenio superior aplicable. Así se deduce de la previsión legal del art. 86.3 ET que, no obstante, tampoco en este punto ha estado exenta de discusión.

En concreto, las dudas han surgido al decidir, en primer lugar, si existe un convenio que responda a esa idea de convenio de ámbito superior y, en segundo lugar, de haber varios, a la hora de dilucidar si ha de aplicarse el convenio que tenga el ámbito de aplicación más amplio, el que primero se negoció, el más favorable o el más inmediato al ámbito vencido⁵⁸. Sin embargo, lo que parece haber quedado fuera de duda es que ese convenio de ámbito superior ha de ser preexistente.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, se pronunció la STS de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014, que abordó un litigio sobre la aplicación de un convenio colectivo “fenecido por finalización de su vigencia” existiendo un convenio de ámbito superior aplicable. En concreto, la sentencia objeto de recurso había entendido que, entre tanto se suscribiera un nuevo convenio colectivo, debía seguir siendo de aplicación el convenio fenecido salvo en las materias objeto de regulación en el convenio de ámbito superior.

de los Trabajadores, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 493.

⁵⁸ Por esta última opción se decanta F. DURÁN LÓPEZ, “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, en AA. VV., *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al catedrático y magistrado D. Antonio Martín Valverde*, Tecnos, 2015, p. 967, al hacer referencia a la doctrina judicial que en el momento de publicarse este trabajo había abordado el tema y que parecía decantarse por el convenio de ámbito más amplio, a partir de una interpretación gramatical del término “superior”, con cita de la SAN 64/2014, de 31 de marzo de 2014, procd 36/2014.

El TS confirmó el fallo de la sentencia impugnada porque el convenio de ámbito superior regulaba materias como “la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, la clasificación profesional y la formación para el empleo, las modalidades de contratación, el periodo de prueba, la igualdad de trato y de oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales (art. 10.2)”, pero no contemplaba los aspectos más típicamente “normativos” y relevantes del vínculo contractual, tales como retribuciones, excepciones, licencias, jornadas, permisos, vacaciones, horas extraordinarias, etc.⁵⁹; esto es, los aspectos que la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, había querido conservar al defender su contractualización en defecto de convenio de ámbito superior. En este caso, por tanto, el objetivo del convenio de ámbito superior era “regular materias de ordenación común para todo el sector y distribuir competencias normativas entre los distintos niveles negociables”, sin contemplar en absoluto los derechos y obligaciones relevantes que regulaba el convenio de ámbito provincial fenecido. Por ello, y pese a haber un convenio de ámbito superior, se terminó defendiendo la contractualización del contenido normativo íntegro del convenio fenecido.

Ahora bien, esta sentencia mantuvo esa contractualización “sin perjuicio, obviamente, no sólo de lo establecido legalmente en materia de concurrencia de convenios (art. 84 ET) sino también de la incidencia que pudiera tener la tradicional doctrina jurisprudencial en torno a la rechazable técnica del «espiguelo normativo»”⁶⁰. No obstante, como ninguna de estas cuestiones se habían planteado en el proceso, la sentencia no llegó a aclarar en qué podía concretarse esta matización que parece tener que ver con el hecho de que la solución propuesta no debía excluir la aplicación de la regulación que se hacía en el convenio colectivo de ámbito superior. En definitiva la solu-

⁵⁹ Un comentario a esta sentencia en I. BENAVENTE TORRES, “La contractualización de las condiciones de trabajo del convenio colectivo estatutario: un nuevo paradigma judicial”, *Temas Laborales*, núm. 132, 2016, pp. 193-218.

⁶⁰ Con una remisión, por todas, a la STS de 15 de septiembre de 2014, rcud. 2900/12, y a las que en ella se citan”.

ción no afectaba a las “materias” que pudieran estar reguladas en el convenio superior aplicable, que serían de aplicación⁶¹, por ello tampoco suponía dejar de aplicar lo dispuesto en el art. 86.3 ET.

Alguna duda puede plantear, no obstante, que la enumeración de aspectos típicamente normativos, frente a los que pueden considerarse de ordenación común -entre los que estaba “la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, la clasificación profesional y la formación para el empleo, las modalidades de contratación, el periodo de prueba, la igualdad de trato y oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales”-, según el TS, no fuera exhaustiva ni mucho menos cerrada. De ahí que se advierta que la aplicación de la solución propuesta en esta sentencia obliga a analizar caso a caso. Desde luego, la distinción entre unos y otros aspectos no siempre es clara. En cualquier caso, la llamada a la doctrina jurisprudencial que rechaza la técnica del «espiguelo normativo», parece sugerir un criterio de elección que limita la contractualización a las condiciones relevantes para el vínculo contractual que no tengan una regulación expresa en el convenio de ámbito superior⁶², pues de tenerla no procedería su contractualización.

Con posterioridad, en la STS 588/2018, de 5 de junio, rcud 427/2017, que se analizará con más detalle en el apartado siguiente, el TS justificó la solución a la que se había llegado en la sentencia de 23 de septiembre de 2015 porque la *ratio decidendi* de tal sentencia, por la que se excluyó la aplicabilidad del convenio superior, no fue negar la autoridad de la redacción del art. 86.3 ET, menos aún establecer que una supuesta contractualización de las condiciones pactadas en el convenio fenecido impediría la aplicación del precepto en cuestión; sino entender que el convenio de ámbito superior no era un verdadero convenio. Este convenio no contemplaba,

en absoluto, derechos y obligaciones relevantes, que regulaba el convenio de ámbito provincial fenecido.

De esta forma, el TS se reafirmó en la solución a la que se había llegado en la sentencia de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014, aunque fuera para señalar que la misma no era aplicable en aquellos supuestos, como el que en ese momento se había planteado, en los que el convenio de ámbito superior regulaba las mismas materias que el convenio fenecido, tratándose ambos de convenios ordinarios que típicamente regulan condiciones de trabajo. En este caso no había ninguna duda sobre la existencia de convenio de ámbito superior, ni de que este resultaba aplicable, por lo que se imponía el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, “sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación”.

Por último, en el supuesto que resolvió la STS de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014, lo que se pretendía era la aplicación del convenio de ámbito superior puesto que el convenio colectivo aplicable hasta ese momento había perdido su vigencia y no existía pacto alguno respecto de la ampliación de su ultraactividad, ni respecto del convenio aplicable en el futuro. En esta ocasión, el TS, después de admitir que por aplicación del art. 86.3 ET el convenio de ámbito superior pasaría a resultar de aplicación, negó que este fuera el caso pues el convenio cuya aplicación se pretendía (convenio colectivo de empresas lácteas) no era un convenio de ámbito superior que resultase de aplicación en los términos del art. 86.3 ET al no tener nada que ver con la actividad (de fabricación de helados) que cubría el convenio que perdió la vigencia.

De esta forma se aclara que por convenio de ámbito superior ha de entenderse aquél que incorpora en su ámbito de aplicación actividades o relaciones laborales incluidas en el otro. Este convenio, por lo tanto, ha de ser concurrente con el que pierde vigencia por tener ámbitos de aplicación total o parcialmente

⁶¹ M.I. BENAVENTE TORRES, “La contractualización de las condiciones de trabajo del convenio colectivo estatutario: un nuevo paradigma judicial”, *Temas Laborales*, núm. 132/2016, p. 215.

⁶² Con una remisión, por todas, a la STS de 15 de septiembre de 2014, rcud. 2900/12, y a las que en ella se citan”.

coincidentes. A este requisito de concurrencia se anuda la necesidad de que el convenio subsistente tenga un ámbito superior de aplicación, sea territorial, personal o funcional. En este sentido, se ha admitido como convenio de ámbito superior, aquel que aun teniendo el mismo ámbito territorial, tenga un ámbito funcional más amplio⁶³.

En definitiva, para el TS “convenio superior” es aquel concurrente con el convenio fenecido, porque, como se ha dicho ya, integre en su ámbito de aplicación actividades o relaciones laborales incluidas en este y porque, por ser de ámbito superior, hubiera sido de aplicación de no haber existido el convenio fenecido. Este argumento conduce a resolver las dudas sobre el convenio de ámbito superior aplicable recurriendo a las reglas de concurrencia establecidas en el art. 84⁶⁴, al no haber criterio (territorial, funcional o personal) general de preferencia aplicativa⁶⁵; lo que, a su vez, excluye la aplicación del más favorable o el de ámbito más superior o el de ámbito más inmediato⁶⁶.

4.2. La “sustitución” del convenio fenecido por el convenio de ámbito superior.

Aclarado el criterio para determinar el convenio de ámbito superior aplicable, alguna

⁶³ STS 587/2018, de 5 de junio, rcu 364/2017, cuyo criterio sería reiterado por la STS 724/2018, de 10 de julio, rcud 2730/2016.

⁶⁴ En contra de esta solución, C. MOLINA NAVARRETE, “Lagunas y antinomias del régimen legal de ultra-actividad de convenios: líneas de integración y corrección por el ‘Derecho vivo’”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, p. 2/6.

⁶⁵ La doctrina judicial había mantenido, a partir de la premisa de que no hay jerarquía entre convenios, que convenio de ámbito superior es aquel que tiene un ámbito de aplicación más amplio, pero también que la comparación no ha de hacerse con el convenio que ha perdido vigencia, sino con los demás convenios eventualmente aplicables si existieran (SAN 64/2014, de 31 de marzo, rec. 36/2014. Sobre el tema, C. MOLINA NAVARRETE, “Lagunas y antinomias del régimen legal de ultra-actividad de convenios: líneas de integración y corrección por el ‘Derecho vivo’”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, p. 2/6.

⁶⁶ Criterio defendido por A. MERINO SEGOVIA, “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones del convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 249 y ss.

duda ha suscitado, a su vez, cómo debe operar la sustitución del convenio fenecido por ese otro de ámbito superior. Así ha sido en el litigio que dio lugar a la STS 588/2018, de 5 de junio, rcud 427/2017, en el que la determinación del convenio aplicable tenía relevancia a la hora de calcular la cuantía de los salarios de tramitación que correspondía a un trabajador, despedido (por causas objetivas) durante una excedencia para cuidado de hijos, cuyo despido se declaró nulo.

En concreto, el convenio colectivo, que se había declarado aplicable por sentencia, contenía una regulación en su artículo 3 sobre vigencia, prórroga y denuncia, según la que el convenio debía entenderse denunciado el 15 de diciembre de 2012. Y no se había llegado a ningún pacto de ultraactividad. Por ello, despedido el trabajador en 2015, la empresa abonó indemnización calculada de acuerdo con el convenio colectivo de ámbito superior. Planteada reclamación de cantidad, la sala de suplicación concluyó que la categoría y salario que debía percibir el trabajador en el momento del despido era el recogido en las tablas salariales del convenio denunciado en 2012, porque entendió que “el convenio colectivo superior exige respetar como mejora adquirida la retribución que venía percibiendo” el trabajador, al establecer, en su art. 8, la obligación de respetar como derechos adquiridos, a título personal, “las situaciones existentes a la fecha de la firma del convenio, que fueren superiores”.

La empresa recurre en casación para unificación de doctrina y la primera cuestión que plantea es si las condiciones laborales recogidas en un convenio colectivo denunciado son aplicables a los trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación, una vez superado el plazo máximo de ultraactividad pactada, existiendo un convenio colectivo de ámbito superior. Se aporta como contradictoria una STSJ del País Vasco que entendió que perdida la vigencia del convenio y publicado un convenio colectivo “superior”, aun siendo de la misma provincia, no procedía la contractualización de las condiciones del convenio anterior.

El TS aprecia la identidad necesaria en el debate jurídico de fondo, pues en ambos casos el convenio aplicable había perdido su vigen-

cia y existía un convenio de ámbito superior⁶⁷, y entra a analizar si, decaído en su vigencia un convenio colectivo y existente otro superior, procede aplicar la discutida contractualización de condiciones de trabajo, defendida por la STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014; o por el contrario debe aplicarse el art. 86.3 ET.

El TS estima el recurso presentado por la empresa y para ello parte de la regla de la ultraactividad del art. 86.3 ET según la que, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio se aplicará, salvo pacto en contrario, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. La aplicación del convenio de ámbito superior no supone “una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior”, sino “una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior (no necesariamente más moderno), que hubiera sido aplicable de no haber existido el convenio fenecido. Ese convenio de ámbito superior pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa”⁶⁸, lo que excluye cualquier intento de contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado, que de esta forma desaparece del ordenamiento jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el de ámbito superior.

Para la STS 588/2018 en nada altera esta conclusión que el convenio colectivo de ámbito superior aplicable pueda disponer, como era el caso, “la conservación de las condiciones personales de las que disfrutase cada trabajador”, pues este tipo de previsión no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que proceden del convenio aplicable anterior-

⁶⁷ Pese a las diferencias fácticas existentes (en la sentencia recurrida el conflicto era individual mientras que en la de contradicción se resuelve un conflicto colectivo; en la sentencia de contraste se entendió como superior un convenio de la misma provincia).

⁶⁸ Y no es una sucesión natural desde el momento en que la pérdida de ultraactividad no se corresponde con el supuesto de sucesión normativa, puesto que al convenio que pierde su vigencia no le sucede otro para su mismo ámbito. Así lo advierten, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE y F. VALDÉS DAL-RÉ, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2013, p. 10.

mente, sino de las estrictamente *ad personam* como mejora de las condiciones legales o convencionales⁶⁹.

Esta es la interpretación que el TS hace del art. 86.3 ET, a la vista de la propia construcción normativa y de las exposiciones de motivos de las normas que reformaron las reglas relativas a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo, con el objeto de favorecer la adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos⁷⁰.

Según el TS, estas reformas han pretendido incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, así como que en la medida de lo posible se evite la “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año.

Por lo tanto cuando no hay duda sobre la existencia de un convenio de ámbito superior,

⁶⁹ Por ello, no supuso ningún obstáculo para apreciar contradicción que, en litigio que dio lugar a la sentencia de contraste, el convenio de ámbito superior no incluyera precepto alguno que obligara a respetar como derechos adquiridos, a título personal, las situaciones existentes a la fecha de la firma del convenio, que fueran superiores. Sin embargo, para el voto particular la previsión del art. 8 del convenio colectivo de ámbito superior no debería estimarse superflua pues el mayor salario postulado no resultaría de la contractualización de las condiciones del convenio denunciado, ya desaparecido, sino de la aplicación del convenio de ámbito superior. Por ello que en la sentencia de contraste, el convenio de ámbito superior no incluyera una previsión similar debía haberse aceptado como argumento para rechazar que existiera contradicción.

⁷⁰ A la misma conclusión, aunque por otro camino, había llegado S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Vigencia del convenio colectivo, prórroga ordinaria y sucesión de convenios”, en J.M. GOERLICH PESET (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016, p.1526, para quien en estos casos, dado que el convenio anterior ha perdido su vigencia como consecuencia del fin de la ultraactividad, no tienen sentido hablar de derogación sino de ocupación del convenio de ámbito superior del espacio de regulación ocupado por el convenio fenecido. “Por el mismo motivo, tampoco parece adecuado disponer de los derechos reconocidos en el convenio anterior que ya no están en vigor y que poca relación pueden tener con los contenidos del nuevo convenio aplicable al ser de distinto ámbito”.

ni de que ese convenio resulta aplicable deberá aplicarse el art. 86.3 ET en toda su plenitud, “sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, dispuestas excepcionalmente por esta Sala, en su sentencia de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, en un supuesto específico en que se había producido un vacío normativo absoluto, y no había otra alternativa posible que la desregulación, “cuyas consecuencias” -reconoce el propio TS- “resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales”.

Esta doctrina se reitera en las SSTs 603/2018, de 7 de junio, rcud 663/2017, y 657/2018, de 21 de junio de 2018, rcud 2602/2016. También en las SSTs 809/2018, de 25 de julio, rcud 664/2017, y 965/2018, de 20 de noviembre, rcud 2148/2017. En todos los casos el convenio que resultaba de aplicación inicialmente había perdido su vigencia, no había pacto respecto de la ampliación de la ultraactividad del convenio fenecido, y existía un convenio colectivo superior.

5. CONCLUSIONES

El ET, desde la reforma de 2012, ha optado por una ultraactividad de los convenios colectivos limitada a un año desde la denuncia, salvo pacto en contrario. Ese pacto en contrario, según el TS, puede ser posterior a la denuncia, alcanzarse en el curso de la negociación de un nuevo convenio o haberse acordado en el convenio agotado. El art. 86.3 ET no hace ninguna referencia al momento de su celebración. Por ello deben considerarse válidas las cláusulas de ultraactividad indefinida contenidas en los convenios colectivos que se hayan negociado con anterioridad a la reforma (STS de 7 de julio de 2015, rec. 193/2014). No hay razones para entender que el acuerdo sobre ultraactividad sólo pueda adoptarse con posterioridad a la finalización del ámbito temporal del convenio colectivo (STS 2 de julio de 2015, rec. 1699/2014); ni para interpretar que ese pacto contenido en el convenio anterior a la reforma se deba entender modificado por esta (STS de 7 de julio de 2015, rec. 193/2014). De esta forma puede

ocurrir que, en virtud de ese pacto, el convenio colectivo, negociado e incluso denunciado antes de la reforma laboral de 2012, mantenga su vigencia hasta que los sujetos legitimados suscriban uno nuevo (STS 616/2016, de 6 de julio, rec. 155/2015). Ahora bien, para que resulte de aplicación esta interpretación será necesario que ese convenio colectivo incluya una cláusula expresa de ultraactividad y no una mera remisión genérica a la normativa estatutaria (STS 807/2018, de 25 de julio, rcud 3584/2016).

Además de ese pacto en contrario del propio convenio vencido o del que se pueda alcanzar durante la negociación de un nuevo convenio, también puede influir en las reglas del art. 86.3 ET, sobre ultraactividad del convenio, el pacto que pueda incorporar el convenio de ámbito superior, de haberlo. Basta recordar la incidencia de las cláusulas que pueden pactarse en los convenios sectoriales sobre las reglas de concurrencia del convenio (segundo párrafo del art. 83.2 y art. 84 ET). Esas cláusulas pueden también excluir las de ultraactividad del art. 86.3 ET, y dejar sin efecto la previsión que retrasa la aplicación del convenio de ámbito superior, si no hay pacto en contrario, hasta que haya transcurrido un año desde la denuncia del convenio (STS 855/2018, de 24 de septiembre, rec. 173/2017).

Para el TS “convenio superior” es aquel concurrente con el convenio fenecido que integra, en su ámbito de aplicación, actividades o relaciones laborales incluidas en este. Si hubiera más de un convenio de ámbito superior, el aplicable será aquel que hubiera sido de aplicación de no haber existido el convenio fenecido, conforme a las reglas generales de concurrencia establecidas en el art. 84 ET (STS de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014). En definitiva, el convenio vencido y el convenio de ámbito superior aplicable deben haber sido concurrentes, por tener ámbitos de aplicación total o parcialmente coincidentes.

Esta interpretación ha servido para excluir como convenio de ámbito superior aplicable aquel cuyo ámbito funcional no tenía nada que ver con la actividad que cubriría el convenio que perdió la vigencia (STS de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014); y para

admitir como tal a aquel que aun teniendo el mismo ámbito territorial tuviera un ámbito funcional más amplio (STS 587/2018, de 5 de junio, rcud 364/2017).

La aplicación de ese convenio de ámbito superior, en estos casos, no supone una sucesión natural, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior, de manera que el convenio de ámbito superior pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa (STS 588/2018, de 5 de junio, rec. 427/2017) En definitiva, la regla de la ultraactividad no está concebida para cubrir vacíos normativos surgidos como consecuencia de la conclusión del convenio cuya vigencia ha terminado, ni para perpetuarse eternamente (STS 965/2018, de 20 de noviembre).

En nada altera esta conclusión que el convenio colectivo de ámbito superior aplicable pueda disponer “la conservación de las condiciones personales de las que disfrutase cada trabajador”, pues este tipo de previsiones no se refieren al mantenimiento de condiciones normativas que proceden del convenio aplicable anteriormente, sino a las estrictamente *ad personam* como mejora de las condiciones legales o convencionales.

Con todo, esa *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el de ámbito superior sólo se produce si este último regula los derechos y obligaciones relevantes para las relaciones laborales que regulaba el convenio de ámbito provincial fenecido (STS 588/2018, de 5 de junio, rcud 427/2017). En caso contrario, si el convenio superior no contempla esos derechos y obligaciones relevantes porque su objetivo sea otro, como regular materias de ordenación común para todo el sector y distribuir competencias normativas entre los

distintos niveles, no estaremos ante el convenio de ámbito superior en que está pensando el art. 86.3 ET (STS de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014).

Sin embargo, cuando no haya duda sobre la existencia y aplicación de un convenio de ámbito superior procederá la aplicación del art. 86.3 ET en toda su plenitud, “sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, como las previstas en la STS 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, para un supuesto específico en que se había producido un vacío normativo absoluto, al no haber pacto en contrario ni convenio de ámbito superior aplicable, y no había otra alternativa posible que la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio que ha perdido su vigencia (STS 588/2018, de 5 de junio, rcud 427/2017). Esa contractualización alcanza a la totalidad de las condiciones laborales que regulan la relación laboral en todos sus aspectos y no sólo a las que regulan el “núcleo duro del contrato de trabajo (STS 1068/2016, rcud 217/2015).

La aplicación restrictiva que según el propio TS ha de hacerse de esta solución excepcional se extiende a su alcance, de manera que el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores, entre las que está el mantenimiento de los complementos salariales “no va más allá de la fecha de la referida pérdida de vigencia del convenio colectivo”, a partir de ese momento no se devengarán nuevos incrementos en tanto las partes no negocien un nuevo convenio colectivo (STS 808/2018, rcud 3584/2016) ni surgirán nuevas obligaciones para la empresa que no hubieran nacido aún al producirse el final de la vigencia del convenio fenecido (STS 120/2019).

RESUMEN

Desde la reforma de 2012, el art. 86.3 ET limita la ultraactividad del convenio colectivo, de manera que transcurrido un año desde la denuncia de un convenio, sin que se haya pactado uno nuevo, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y pasará a aplicarse el convenio de ámbito superior.

Este precepto legal plantea algún problema, puesto que no aclara cómo se ha de cubrir el vacío normativo que se produce con la pérdida de vigencia del convenio denunciado, si no hay un convenio de ámbito superior. También puede resultar dudoso determinar qué debe entenderse por convenio de ámbito superior, habida cuenta que dicho ámbito puede referirse tanto al ámbito territorial como al funcional.

Estos problemas se evitan si existe un pacto en contrario. Otro tema es el momento en que ese pacto debe haberse producido, antes o después de la denuncia del convenio, y su alcance. Incluso puede plantearse si ese pacto en contrario llamado a alterar los efectos de la regla legal sobre ultraactividad puede estar en el convenio de ámbito superior aplicable.

Algunas de las dudas que se han producido sobre el particular han surgido también como consecuencia de la solución de contractualizar las condiciones pactadas en el convenio vencido que el TS, en su sentencia de 22 de diciembre de 2014, ha dado al problema del vacío normativo que se puede producir como consecuencia del fin de la ultraactividad del convenio cuando no hay convenio de ámbito superior ni pacto en contrario. En concreto ha llegado a discutirse si existe alguna situación en la que podría seguir aplicándose el convenio anterior, pese a existir un convenio de ámbito superior, porque este no tiene el mismo contenido; o porque esa sea la solución que parece se desprende de ese convenio de ámbito superior.

Todas estas cuestiones han llegado al TS. Las sentencias que las resuelven, con más o menos acierto, han contribuido a delimitar el alcance del art. 86.3 ET y, al mismo tiempo, a precisar el significado de la ultraactividad del convenio colectivo. Algunas de esas sentencias han venido, de algún modo también, a puntualizar en qué casos y con qué alcance procede la aplicación de esa tesis que incorpora la STS 22 de diciembre de 2014.

La problemática que se aborda en cada una de esas sentencias permite identificar tres grandes cuestiones. La primera, el fin de la ultraactividad cuando no hay un convenio de ámbito superior. La solución que ha ofrecido la STS de 22 de diciembre de 2014 para estos supuestos ha suscitado objeciones e inconvenientes, que merecen alguna reflexión.

La segunda cuestión ha surgido a propósito del papel del pacto en contrario. La intervención jurisprudencial ha venido a precisar el momento en que ese pacto debe producirse y cuál ha de ser su contenido. En alguna sentencia se ha puesto de manifiesto también que puede ser el convenio de sector el que incida sobre la ultraactividad del convenio.

La tercera cuestión, sobre la que han incidido algunas de las sentencias comentadas, tiene que ver con la entrada en escena del convenio de ámbito superior. En este punto el TS ha ofrecido criterios para identificar el convenio superior aplicable así como para resolver cómo ha de operar en estos casos el paso de un convenio a otro.

Las soluciones que ofrecen las sentencias vienen a precisar las distintas opciones que propone el precepto para el fin de la ultraactividad, que, en primer lugar, puede evitarse con el pacto en contrario. Ese pacto en contrario, según el TS, puede ser posterior a la denuncia, alcanzarse en el curso de la negociación de un nuevo convenio o haberse acordado en el convenio agotado. No hay razones para entender que el acuerdo sobre ultraactividad sólo pueda adoptarse con posterioridad a la finalización del ámbito temporal del convenio colectivo; ni para interpretar que ese pacto contenido en el convenio anterior a la reforma se deba entender modificado por ésta. Por ello deben considerarse válidas las cláusulas de ultraactividad indefinida contenidas en los convenios colectivos que se hayan negociado con anterioridad a la reforma.

Además de ese pacto en contrario del propio convenio vencido o del que se pueda alcanzar durante la negociación de un nuevo convenio, también puede influir en las reglas del art. 86.3 ET, sobre ultraactividad del convenio, el pacto que pueda incorporar el convenio de ámbito superior, de haberlo.

“Convenio superior” es aquel concurrente con el convenio fenecido que integra, en su ámbito de aplicación, actividades o relaciones laborales incluidas en este. Cuando no haya duda sobre la existencia y aplicación de un convenio de ámbito superior procederá la aplicación del art. 86.3 ET en toda su plenitud, “sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo”, como las previstas en la STS 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014, para un supuesto específico en que se había producido un vacío normativo absoluto, al no haber pacto en contrario ni convenio de ámbito superior aplicable, y no había otra alternativa posible que la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio que ha perdido su vigencia.

En nada altera esta conclusión que el convenio colectivo de ámbito superior aplicable, pueda disponer “la conservación de las condiciones personales de las que disfrutase cada trabajador”, pues este tipo de previsiones no se refieren al mantenimiento de condiciones normativas que proceden del convenio aplicable anteriormente, sino a las estrictamente *ad personam* como mejora de las condiciones legales o convencionales.

La aplicación restrictiva que según el propio TS ha de hacerse de esta solución excepcional se extiende a su alcance, de manera que el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores, entre las que está el mantenimiento de los complementos salariales “no va más allá de la fecha de la referida pérdida de vigencia del convenio colectivo”, a partir de ese momento no se devengarán nuevos incrementos en tanto las partes no negocien un nuevo convenio colectivo ni surgirán nuevas obligaciones para la empresa que no hubieran nacido aún al producirse el final de la vigencia del convenio fenecido.

Palabras clave: Ultraactividad; pacto en contrario; contractualización; concurrencia y sucesión de convenios.

ABSTRACT

Since the reform of 2012, Article 86.3 of the Workers Statute limits the extraordinary extension of the collective agreement. In particular, unless otherwise agreed, the collective agreement loses validity after one year of extension, computed since the denunciation or claim for termination. In that case, the collective agreement negotiated at a higher level shall be applied.

This legal precept poses a problem. It does not clarify how to cover the regulatory gap that occurs with the loss of validity of the previous collective agreement, in the case that there is not a higher level agreement to be applied.

It can also be doubtful what is to be understood by collective agreement negotiated at a higher level, as this expression could be referred either to the territorial level or to the functional scope of application.

These problems are avoided if there is a specific agreement on the matter by the parties. But this legal reference to a pact has also raised some questions about the moment in which that agreement should have been concluded, being doubtful if it should have been done before or after the claim for termination of the collective agreement. Besides, it is also controversial whether such a pact derogating from the general legal rule can be established in an applicable collective agreement negotiated at a higher level.

In addition, some of the problematic questions emerging in this respect have arisen as a result of the solution that has been given by the Supreme Court in its Judgment of 22 December 2014 in regard to the problem of regulation vacuum when there is no superior agreement applicable. In particular, has been discussed if it might be possible to somehow apply the expired agreement, even although there is a collective agreement of a higher level, when there are differences of content between those instruments; or in the case in which that is the solution that emerges from the collective agreement negotiated at a higher level.

All these issues have come up in legal disputes solved by the Supreme Court. Its decisions have contributed to make clear the meaning and application of Article 86.3 of the Workers Statute, and they have outlined the significance of the extraordinary extension of the collective agreement. Some decisions indicate where and how to apply the case law doctrine of the Supreme Court Judgment of 22 December 2014, which implies just a particular solution for a circumstantial situation.

The problems addressed in these judgments allow identifying three major issues. The first one is the end of ultra-activity in the absence of a higher-level collective agreement. The solution offered by the STS of December 22, 2014 for these cases has raised objections and inconveniences, which deserve some reflection. The second question has arisen with regard to the role of the pacts to the contrary. The jurisprudential intervention has come to specify the moment in which these pacts can be reached and what their content should be. One judgment has also established that the industry-level collective agreement may determine the ultra-activity of the agreement. The third question, addressed by some of the previously mentioned judgments, has to do with the applicability of a higher-level collective agreement. Related to this point, the Supreme Court has introduced criteria to identify the applicable higher-level collective agreement and to regulate the transition from one agreement to the other.

The solutions offered by these judgments come to clarify the different options proposed by the law regarding the limits of the ultra-activity of the collective agreements, which, in the first place, can be avoided with a pact to the contrary. These pacts to the contrary, according to the Supreme Court, may be

subsequent to the denunciation of the collective agreement, can be reached while negotiating a new agreement or can have been agreed in the denounced agreement. It cannot be argued that the pacts on ultra-activity can only be adopted after the termination of the collective agreement; nor to interpret that any clause at this respect contained in the collective agreements signed prior to the 2012 reform must be understood modified by it. Therefore, the clauses of indefinite ultra-activity contained in collective agreements that have been negotiated prior to the 2012 reform must be considered valid.

In addition to any pact to the contrary included in the terminated collective agreement or that can be reached during the negotiation of a new one, it may also influence the rules of art. 86.3 ET, on ultra-activity of the collective agreement, the pact that may be included in a higher-level collective agreement, should it exist.

“Higher-level collective agreement” is the one concurrent with the terminated collective agreement that integrates in its scope of application, activities or labor relations included in the previous one. When there is no doubt about the existence and application of a higher-level collective agreement, the art. 86.3 ET must be fully applied, “without the application of any additional technique not contemplated in the precept nor in the configuration of the system of sources of Labor Law”, such as those mentioned in the Supreme Court Judgment of 22 December 2014, rec. 264/2014, for a case in which an absolute normative vacuum existed, as there was no pact to the contrary or a higher-level applicable collective agreement, so there was no other possible choice than the contractual application of the working conditions established in the terminated agreement.

This principle of applicability of the higher-level collective agreement remains even if this higher order agreement establish “the conservation of personal conditions enjoyed by each worker”, because this type of provision does not refer to the maintenance of regulatory conditions that come from the previously applicable collective agreement, but only to the ones strictly *ad-personam* that improve legal or statutory conditions.

This restrictive application that, according to the Supreme Court, must be made of this exceptional solution extends also to its scope, so that the maintenance of the previous economic conditions, including salary supplements, “does not go beyond the date of the aforementioned loss of validity of the collective agreement”. Thus, from that moment on, no new salary increases will be accrued as long as the parties do not negotiate a new collective agreement, nor new obligations will arise for the company, except those already effective at the moment in which the terminated agreement lost its validity.

Keywords: Extraordinary extension of the collective agreement; higher level collective agreement; agreement on the contrary; concurrency and succession of agreements.

Jurisprudencia de la última década de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de derecho de huelga: Un balance

Jurisprudence of the Social Chamber of the High Court on the right to strike in the last decade: A report

CARLOS L. ALFONSO MELLADO*

1. INTRODUCCIÓN

La imposibilidad de elaborar con posterioridad a la aprobación de la Constitución una ley reguladora del derecho fundamental de huelga, ha producido que la construcción del régimen jurídico de ese derecho fundamental derive, en buena parte, de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y, como se verá, de los tribunales ordinarios y en especial del Tribunal Supremo.

Es posible, o más bien seguro, que la inexistencia de esa regulación legal postconstitucional deriva de la falta de consenso parlamentario y doctrinal y de la imposibilidad de alcanzar un consenso entre dos visiones contrapuestas; por un lado, la de quienes defienden un modelo regulador del derecho de huelga basado fundamentalmente en la protección frente a los efectos del ejercicio de ese derecho y, por tanto, con una visión restrictiva centrada en la protección de los servicios esenciales y en los derechos de terceros (consumidores y usuarios) y en la protección de la continuidad empresarial y consiguiente regulación amplia de los servicios de mantenimiento e, incluso, en la protección de los no huelguistas.

Por otro lado, la de quienes entienden que si ha de existir una regulación esta ha de ser una regulación promocional del derecho de huelga entendido como derecho fundamental al servicio de la igualdad, es decir como un derecho del contratante débil en la relación de trabajo y, por ello, como un elemento esencial igualitario en el marco del Estado Social, elemento por tanto que debe ser objeto de protección.

Lo cierto es que esa falta de consenso conduce a que la regulación del derecho de huelga sea hoy fragmentaria, confusa y con lagunas, lo que hace padecer la seguridad jurídica y conduce a resultados en absoluto adecuados como la doctrina ha puesto de relieve con toda claridad¹.

Esa regulación se contiene, como se sabe, en el Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo (RDLRT), que fue ampliamente depurado e interpretado en la STC de 8 de abril de 1981. Con posterioridad a esa

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

¹ Por todos, por ejemplo, BAYLOS GRAU, A., "El derecho de huelga" en AA. VV. El modelo social en la Constitución Española de 1978, Madrid, 2003, págs. 585 y siguientes; y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "Sobre las limitaciones de la regulación jurisprudencial del derecho de huelga", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, págs. 297 a 299.

sentencia el Tribunal Constitucional ha tenido un amplio protagonismo en la configuración del régimen del derecho, con numerosos pronunciamientos para cuyo resumen remito a los trabajos doctrinales elaborados al respecto².

Lo cierto es que en la primera de las sentencias dictadas y en algunas posteriores el Tribunal Constitucional ha configurado una especie de modelo del derecho de huelga, a falta de que el legislador opte por el suyo.

En todo caso es un modelo inseguro pues no ha sido ajeno a los propios cambios de composición del Tribunal y, además, en muchos casos en realidad el Tribunal se limita a confirmar que las resoluciones de otros órganos se ajustan a la regulación constitucional, suficientemente amplia como para que en la misma quepan diferentes modelos de regulación y por tanto, diferentes soluciones a los problemas que plantea el ejercicio del derecho.

Además los pronunciamientos del Tribunal vienen muy condicionados por las circunstancias concretas del caso a resolver y estas han sido establecidas, en su caso, mediante antecedentes y hechos probados en las sentencias de los órganos ordinarios.

Esa realidad evidencia, así, la importancia de las soluciones judiciales de los órganos ordinarios y, lógicamente, del máximo órgano ordinario al respecto, el Tribunal Supremo.

Ciertamente cualquier análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo demuestra la importancia del mismo en la configuración concreta del régimen actual del derecho de huelga.

Debe destacarse además que en la materia no solo interviene la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sino también otras Salas, prácticamente todas; así, la Sala de lo Civil ha intervenido residualmente en algunos

² Se irán citando algunos pero una visión general puede verse en el trabajo citado de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Sobre las limitaciones de la regulación jurisprudencial del derecho de huelga", op. cit., especialmente págs. 299 y siguientes.

temas sobre responsabilidad por daños derivados del ejercicio del derecho, pero en la última década sobre todo, además de la Sala de lo Social, el protagonismo lo han tenido la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Penal.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo ha intervenido esencialmente en dos materias: la determinación de los servicios mínimos establecidos en garantía de los servicios esenciales para la comunidad y las decisiones gubernativas de finalización de la huelga mediante la imposición de un arbitraje obligatorio, aspectos ampliamente conocidos y tratados; la Sala de lo Penal ha tenido ocasión de examinar la actuación de los piquetes y su repercusión en el ámbito de los tipos penales, especialmente, con la solución al famoso caso conocido como "los ocho de Airbus".

Sin despreciar la doctrina de esas otras Salas sino más bien por todo lo contrario, por razones sistemáticas me centraré en este análisis en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social porque las otras materias citadas merecen, de por sí, comentarios específicos, remitiendo en su caso a los que al respecto se han producido³.

³ Por ejemplo las repercusiones en el ámbito penal han sido analizados en muy diferentes trabajos recientes, de los que, sin ánimo exhaustivo, cito algunos ejemplos: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Derecho de huelga y delito de desobediencia", *Temas Laborales*, núm. 113, 2012, págs. 183 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO, J.M., "De la huelga como derecho al piquete como delito. A propósito de la sentencia sobre el caso los 8 de Airbus", *Revista de Derecho Social*, núm. 73/2016, págs. 217 y siguientes; ARROYO ZAPATERO, L. e IMEDIO PRADO, E. M., "Límites del Derecho Penal frente a la huelga y los piquetes de trabajadores en el Estado constitucional: el caso Airbus (Getafe)", *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, págs. 189 y siguientes.

En cuanto a los pronunciamientos sobre servicios esenciales la jurisprudencia contencioso-administrativa generalmente ha sido condicionada por los pronunciamientos constitucionales que pueden verse resumidos en BAYLOS GRAU, A., "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de huelga en servicios esenciales", en AA. VV. *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, 2015, págs. 645 y siguientes.

2. LOS DIFERENTES TEMAS OBJETO DE ATENCIÓN

Delimitado el objeto de este análisis en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social debe destacarse que la misma conoce o puede conocer del derecho de huelga por dos vías; la primera es el recurso de casación para la unificación de doctrina que conduce a una cognición más limitada y que se resuelve muchas veces sin establecer doctrina en la materia al no darse el supuesto esencial para la admisibilidad del recurso o, en su caso, para una solución material de fondo ante la inexistencia de sentencias contradictorias que justifiquen la labor unificadora; no obstante lo anterior, es cierto que hay algunas sentencias interesantes al respecto y que, en ocasiones, aunque se niegue una sentencia de fondo por la inexistencia de sentencias contradictorias el Tribunal Supremo aprovecha la sentencia que así lo establece para establecer, siquiera, indirectamente, alguna doctrina al respecto de la cuestión del caso concreto.

La segunda vía conduce a una cognición más amplia y se da cuando el asunto ha sido conocido en instancia por una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o por la de la Audiencia Nacional, en cuyo caso es posible acudir al Tribunal Supremo mediante el recurso de casación ordinario que permite, incluso, un cierto aunque limitado replanteamiento de los hechos probados.

En esta vía también se han producido sentencias interesantes en la década que voy a analizar.

Como he avanzado, me ocuparé de la jurisprudencia reciente, aunque esta sea, en ciertos casos, deudora de la precedente. Para fijar una fecha a partir de la que pueda concretar el concepto de jurisprudencia reciente, he optado por elegir la comprendida en la última década, es decir sustancialmente la posterior al año 2010 inclusive.

En ese período se han producido sentencias de algún interés en todas las materias que se exponen seguidamente, pero sobre todo me interesa destacar algunas, pues han tenido especial interés las sentencias dictadas en materia de sustitución de trabajadores huel-

guistas mediante el recurso a los nuevos procesos productivos, esencialmente a medidas de descentralización y, sobre todo, mediante el recurso medios tecnológicos.

También han cobrado interés las sentencias en materia de despidos relacionados con el ejercicio del derecho de huelga, especialmente las relativas a los supuestos de despido colectivo.

Finalmente, entre los temas destacados, me parecen de interés algunas otras sentencias como las que han perfilado la eficacia de los pactos de fin de huelga y su aplicación.

Seguidamente paso al análisis concreto de los diferentes temas, al menos de los esenciales, abordados en ese período por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

3. DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA

La doctrina se ha ocupado sobre todo de los daños como consecuencia de una huelga ilegal pero en la jurisprudencia sí que se ha planteado la posible declaración de una huelga como ilegal; no son acciones muy frecuentes, posiblemente porque en la actual configuración del derecho es complejo que una huelga pueda ser ilegal por su motivación, por ello normalmente lo que se producen son despidos con ocasión de considerar una huelga ilegal o acciones de reclamación de daños derivados de una huelga considerada ilegal, pero acciones en las que se pretenda directamente la declaración de que una huelga es ilegal son raras, pese a ello algunas sí que se producen; en el período analizado la jurisprudencia ha tenido que ocuparse de la cuestión desde distintas perspectivas.

Así, dos SSTS 17/02/2014, Rec. 53/2013 y Rec. 83/2014, tendrán que pronunciarse sobre la posible ilegalidad de una huelga por su motivación, al imputar la empresa demandante su carácter novatorio entendiendo que pretendía modificar un convenio vigente; la sentencia de instancia así lo había estimado pero el Tribunal Supremo, recogiendo la doctrina constitucional establecida a partir de la STC

11/1981, de 8 de abril, interpretará el artículo 11 c) del RDLRT ya citado resolviendo, como razona la primera de las sentencias citadas en términos sustancialmente iguales a la segunda, que: *“Ahora bien, como la pretensión empresarial de ilegalidad de la huelga se basa en que, a su juicio, su finalidad esencial era la de alterar lo pactado en convenio colectivo acerca de la creación de otra compañía distinta y nueva -Iberia-Express- fuera de la matriz -Iberia Lae, S.A.-, con lo cual se trataría de una huelga novatoria, resulta necesario traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, citada en la propia sentencia recurrida, según la cual: “es cierto que el art. 11 (RDLRT) no permite la huelga para alterar lo pactado en un convenio durante la vigencia del mismo. Sin embargo, nada impide la huelga durante el periodo de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio. Por otro lado, es posible reclamar una alteración del convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula “rebus sic stantibus”. Y basta la lectura de los objetivos que constan en la convocatoria de la huelga (hecho probado sexto) para comprender que, si bien se trataba de impedir esa creación de Iberia Express separada de Iberia Lae, S.A., por entender que ello iba a perjudicar las condiciones laborales de los trabajadores afectados, contiene después una serie de peticiones relativas a evitar que la actividad de Iberia Express “pueda suponer poner en riesgo los puestos de trabajo, las actividades, la promoción, la progresión, las condiciones laborales y las retribuciones de la plantilla de TCP’s de IBERIA” y “el mantenimiento de todos los puestos de trabajo del colectivo TCP en Iberia, su crecimiento natural y el mantenimiento de sus condiciones laborales”, así como “que no se produzca ninguna segregación de los negocios que actualmente mantiene Iberia Lae, S.A.... en perjuicio de sus trabajadores y con el objetivo de degradar las condiciones laborales de sus trabajadores”. Todo ello evidencia que la declaración de ilicitud de la huelga que realiza la sentencia recurrida resulta excesiva para el supuesto ahora examinado”.*

Puede verse, pues, que el TS asume con claridad la diferencia entre la huelga durante la vigencia del convenio -perfectamente lícita-, y la huelga que pretende directamente modificar un convenio durante su vigencia -que es la que podría ser ilegal-. Pero además, como puede comprobarse de la lectura de ambas sentencias, las huelgas generalmente tienen una motivación compleja, no un único motivo y, por ello, cuando se puede dudar de si hay algún motivo que encierre una pretensión novatoria del convenio pero hay otros que claramente no atacan directamente el convenio vigente, deben prevalecer estos últimos y resulta excesivo calificar la huelga de novatoria.

Se recoge, en definitiva, una doctrina tradicional y que encuentra fundamento en la doctrina constitucional, evidenciando, como ya se dijo, que resulta difícil calificar una huelga de ilegal por su motivación.

Esa misma doctrina se había establecido casi al principio de la década en STS 08/06/2011, Rec. 144/2010. En esta sentencia el Tribunal Supremo nuevamente casará la sentencia de instancia que había considerado la huelga novatoria, pero el caso tiene un matiz interesante pues la motivación expresada en la convocatoria era tan genérica que cabía la duda de si realmente era novatoria; ante la falta de claridad sobre los motivos reales de la huelga el Tribunal acudirá a valorar los indicios, incluso la desconvocatoria que se hizo para intentar alcanzar un acuerdo a través de los propios órganos creados en el Acuerdo que la empresa entendía que se pretendía modificar; ese dato permite al Tribunal concluir que: *“De todo ello se desprende que no solo no está tan claro que la huelga tuviera por objeto una oposición frontal a aquel Acuerdo incorporado al Convenio Colectivo y por ello con su misma fuerza de obligar, sino que más bien hay que llegar a la conclusión de que se trataba de una huelga encaminada a obtener soluciones a un problema no resuelto en el referido Acuerdo y susceptible de ser solucionado en la Comisión de Seguimiento, como lo fueron otros, en cuanto esta actuó realmente como órgano continuador del proceso negociador...”*.

Puede verse, pues, que la calificación de una huelga como ilegal debe valorarse en términos muy restrictivos y especialmente cuan-

do se le imputa un carácter novatorio, lo que realmente solo en casos extremos concurrirá.

Tres cuestiones más deben resaltarse:

Una es la doctrina confirmada en una sentencia, inmediatamente anterior al período analizado pero de interés, que resalta que las acciones sobre la pretendida ilegalidad de una huelga no pierden su sentido ni se produce una situación procesal de falta de acción sobrevenida como consecuencia del hecho de que se llegase a un posterior acuerdo y al fin de la huelga, como se establece en STS 14/05/2009, Rec. 95/2008.

Otra es la valoración de si una huelga puede ser ilegal por incumplimiento de los servicios mínimos establecidos, aunque luego se declarase la ilegalidad de los mismos. Sobre esta cuestión se produjo en el período analizado el Auto TS de 09/01/2013, Rec. 1403/2012, que dejaría sin resolver en períodos recientes la cuestión por entender que no se aportaban sentencias contradictorias, entre otros defectos; ciertamente es una cuestión que debe valorarse de modo actualizado y en la que posiblemente debería asumirse la legalidad de incumplir unos servicios mínimos que posteriormente se consideran ilegales en el correspondiente pronunciamiento judicial, siempre, claro es, que no se produzca una ausencia total de los mismos, debiendo los convocantes, al menos, cumplir aquellos que consideren adecuados; solo cabe esperar que en algún litigio posterior el TS pueda abordar la cuestión en una perspectiva más actualizada de los intereses en colisión, pues sostener con carácter absoluto el principio “*solve et repete*” en esta materia puede privar realmente de eficacia al ejercicio de un derecho fundamental.

Finalmente, el TS se ha pronunciado sobre la posible ilegalidad de una desconvocatoria de una huelga intermitente que en sí era legal, pero en la que la desconvocatoria se produce de forma sorpresiva, parcial -afectando solo a un período muy concreto- y en fecha coincidente con otra huelga y, aparentemente, con la única finalidad de dejar sin efecto el cumplimiento de los servicios mínimos establecidos que no se habían extendido a la otra huelga coincidente. La cuestión se

aborda en STS 11/10/2011, Rec. 200/2010⁴. El Tribunal considerará adecuado el proceso de conflicto colectivo para pronunciarse sobre la cuestión y recordará su doctrina, por ejemplo STS 17/12/1999, Rec. 3163/1998, acerca de que en las huelgas intermitentes la desconvocatoria debe ser de toda la huelga y no de una fecha concreta, además de que en el caso concreto la desconvocatoria tenía como única finalidad incumplir los servicios mínimos establecidos. La sentencia suscita alguna incógnita pues, por un lado no es claro si la desconvocatoria ilegal trasciende a la consideración de ilegal de la huelga en los días que subsista convocada; por otro lado, la doctrina acerca de la necesidad de desconvocatoria total puede entenderse en el caso concreto por las circunstancias concurrentes, pero parece muy rígida en otros supuestos, en los que la dinámica de las relaciones entre las partes y del proceso negociador entre ellas puede justificar desconvocatorias parciales de la huelga que permitan avanzar más distendidamente en el proceso de negociación. Posiblemente en esta materia debería valorarse cada caso en atención a sus circunstancias específicas.

4. SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN HUELGA

La doctrina se ha ocupado ampliamente en trabajos recientes⁵ de esta cuestión, que

⁴ La doctrina se ha ocupado también de la cuestión, por ejemplo, BURGOS GINER, M. A., “Desconvocatoria puntual y provisional de la huelga intermitente”, *Aranzadi Social*, Vol. 4, núm. 1 (abril), 2011, págs. 51 y siguientes.

⁵ En la doctrina reciente pueden verse, sin ánimo exhaustivo y por ejemplo, abordando en general la cuestión: PINTO MARTINS, S., “Huelga y sustitución de los trabajadores huelguistas”, *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 6, 2015, págs. 213 y siguientes; SALA FRANCO, T., “Los mecanismos de defensa empresarial frente a una huelga”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014, págs. 3 y siguientes; TAPIA HERMIDA, A., “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, en *Estudios Financieros*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 341-2, 2011, págs. 177 y siguientes. Abordando las cuestiones en relación con las situaciones de descentralización y grupos de empresas: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, *Temas Laborales*, núm. 110, 2011, págs. 195 y siguientes; FERNÁNDEZ PROL, F., “Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional

también ha merecido amplia atención jurisprudencial.

Especialmente en esta cuestión se han abordado problemas más tradicionales, pero también, como dije, otros más novedosos o que habían merecido menor atención; los he agrupado en tres grandes bloques.

4.1. Sustitución por otras empresas

El primer bloque de sentencias se refiere a los supuestos en los que la empresa afectada pretende neutralizar los efectos de la huelga recurriendo a sustituir el trabajo de los huelguistas por la utilización de trabajo de otras empresas.

El tema se contempla en STS 25/01/2010, Rec. 40/2009.

Para el Tribunal, posiblemente atendiendo a la doctrina sobre proporcionalidad en las consecuencias de la huelga o por lo menos a que la huelga debe tener eficacia y visibilidad, la empresa con esa conducta privó de eficacia a la huelga, consiguiendo un funcio-

y europeo", Revista de Derecho Social, núm. 69, 2015, págs. 181 y siguientes; GARCÍA QUIÑONES, J. C., "Derecho de huelga y contratación por el cliente de una nueva empresa para la realización del servicio", Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 10, 2017, págs. 986 y siguientes; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., "Sustitución de huelguistas en supuestos de contrata y de empresas de trabajo temporal", Actualidad Laboral, núm. 6, 2014, págs. 3 y siguientes; SANGUINETTI RAYMOND, W., "La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas", Revista de Derecho Social, núm. 74, 2016, págs. 11 y siguientes. Abordando el esquirolaje interno: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga", Temas Laborales, núm. 116, 2012, págs. 205 y siguientes; MIÑARRO YANINI, M., "Huelga y contrata en el grupo Prisa: el plus de tutela del Tribunal Supremo frente a la Audiencia Nacional", Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Núm. 387, 2015, págs. 115 y siguientes.

Sobre esquirolaje tecnológico: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Derecho de huelga, "ius variandi" y esquirolaje tecnológico", Temas Laborales, núm. 139, 2017, págs. 217 y siguientes; POQUET CATALÁ, R., "Esquirolaje tecnológico y derecho de huelga", Derecho de las relaciones laborales, núm. 11, 2017, págs. 1115; TODOLÍ SIGINES, A., "El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga", Actualidad Laboral, núm. 7-8, 2014, págs. 4 y siguientes; TOSCANI GIMÉNEZ, D., "La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico", Trabajo y Derecho, núm. 30, 2017, págs. 82 y siguientes.

namiento normal de los servicios y forzando a huelguistas a atender servicios mínimos sin que ello resultase necesario; la posibilidad de contratar refuerzos, posible en situaciones de normalidad, no lo es en situación de huelga, razonando la sentencia que: *"Como evidencian los hechos probados y concluye la sentencia recurrida, la empresa, durante la huelga, tuvo una actividad normal: puso en marcha todas las expediciones de autobuses de transporte de viajeros programadas, incluso algunos días más, para lo que se valió de los servicios mínimos, donde normalmente empleó a huelguistas, de empleados de otros centros de trabajo y de refuerzos contratados con otros transportistas. Tal actuación violó el derecho de huelga y el de libertad sindical, por cuánto, no es lícito emplear en los servicios mínimos a los huelguistas y a otras personas en atender el resto de los servicios, ni, menos aún, contratar con otras empresas que presten servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender. Es cierto que la empresa puede contratar refuerzos, pero, no lo es menos que, conforme al artículo 89-3 de la Ley 16/87, de 30 de julio, ello sólo es viable cuando resultan insuficientes los vehículos propios, lo que evidencia que la recurrente obligó a trabajar a empleados en huelga para atender servicios mínimos, que podían haber sido atendidos por trabajadores que no paraban..."*.

En definitiva, se avanza la doctrina acerca de la imposibilidad general de sustituir a los huelguistas con refuerzos de otras empresas.

Sobre el tema volverá el Tribunal con mayor detenimiento en la STS 11/02/2015, Rec. 95/2014, la conocida sentencia del grupo Prisa.

El problema se centra ahora en la existencia de un grupo de empresas, de tal manera que dentro del grupo las empresas editoras de diarios contrataron con otras del grupo la impresión de los diarios que ellas hacían normalmente. Para el Tribunal la valoración de ese impacto del trabajo de terceros debe merecer una adecuada ponderación de los intereses en juego, recordando la doctrina constitucional acerca de la limitación de poderes empresariales que pueden ejercerse en situaciones de normalidad pero que quedan anestesiados o matizados en situaciones de huelga; el Tribunal recuerda también que

la prohibición del esquirolaje es limitada en el RDLRT, afectando fundamentalmente a nuevas contrataciones, pero que ello no ha impedido en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia extender dicha prohibición a la cobertura mediante trabajadores ya contratados pero con los que se ejercen medidas de movilidad; igualmente también se ha extendido la prohibición al uso de medios tecnológicos con ciertos matices, pero como resalta el Tribunal, ahora la cuestión es novedosa pues se está cuestionando si se puede lesionar el derecho de huelga por un tercero ajeno al conflicto. Para resolver la cuestión el Tribunal acude a la doctrina constitucional establecida en el supuesto de rescisión de un contrato por el empresario principal ante la huelga de los trabajadores de la empresa contratada (STC 75/2010, de 19/10/2010).

Una vez establecido que la conducta de un tercero sí puede resultar lesiva para el derecho de huelga, el Tribunal razona que: *“a pesar de la huelga, durante dichos días los diarios de las citadas empresas salieron con normalidad, provocando la contratación de otras empresas para la impresión de los diarios un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una aminoración de la presión asociada a su ejercicio. Ninguna duda cabe de que el hecho de la normal aparición durante los días de huelga de los diarios editados por las demandadas priva de repercusión apreciable a la huelga, arrebátandole su finalidad de medio de presión y de exteriorización de los efectos de la huelga al presentar una apariencia de normalidad contraria al derecho de huelga. En efecto, además de ser un medio de presión de los trabajadores para la defensa de sus intereses legítimos, la huelga tiene una vertiente externa, a saber, la de exteriorización de los efectos que produce, haciendo visible a los ciudadanos la perturbación que provoca, máxime en una actividad como la ejercida por las empresas demandadas. Ambas finalidades han sido cercenadas por las demandadas con la contratación de empresas ajenas a PRESSPINT SL para la impresión de sus diarios durante los días de huelga. No cabe alegar por las demandadas la inexistencia de relación laboral con los trabajadores huelguistas para apelar a la falta de responsabilidad en el ejercicio de su derecho de huelga pues, dado que el ejercicio del citado*

derecho, se ha de proyectar de manera principal sobre la actividad de estas empresas tal y como se razonará con posterioridad, cualquier actuación que pudieran desarrollar, similar a la ahora examinada, vaciaría de contenido el derecho de huelga.”

La sentencia abunda posteriormente en las relaciones entre las empresas, para entender que la doctrina anterior es aún más clara cuando las empresas implicadas tienen una especial vinculación entre ellas, lo que ocurre en este caso al constituir un grupo de empresas.

Finalmente la Sala acabará reconociendo indemnización al sindicato demandante por el perjuicio sufrido por la conducta empresarial y, recapitulando y citando su doctrina en la materia, la sistematiza señalando que el demandante debe ofrecer los datos que permitan fijar la cuantía de la indemnización y estableciendo que la misma atenderá a las siguientes circunstancias: *“a) La gravedad de la conducta de las demandadas, consistente en la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPRINT SL; b) La intensidad de la misma, ya que la contratación con otras empresas alcanzó a la impresión de la totalidad de las publicaciones de las empresas editoras; c) La reiteración de la conducta, pues la contratación con otras empresas se extendió a todos los días de huelga...; d) El número de trabajadores afectados, ya que la huelga fue secundada por la totalidad de la plantilla de los dos centros de la empresa...; e) El efecto que produjo que supuso que, no solo cercenó la presión que los trabajadores pueden ejercer con la huelga, sino que privó de visibilidad a la misma; f) El descrédito y pérdida de confianza que ha originado en el sindicato convocante de la huelga pues ante la ciudadanía la misma pasó totalmente inadvertida”*.

De nuevo aparece la doctrina sobre la necesidad de que la huelga tenga eficacia y viabilidad y la limitación de bastantes conductas empresariales que, si en situaciones de normalidad son admisibles, no lo son en situaciones de conflicto al impactar sobre aquellas consecuencias de la huelga; doctrina que está presente en todas las situaciones de posible sustitución de huelguistas y que debe extenderse, pues, al recurso al trabajo de ter-

ceras empresas, vinculadas o no, siempre que el mismo realmente sustituya al de los huelguistas.

En parecidos términos se pronuncian dos sentencias, concretamente las SSTS 03/10/2018, Rec. 1147/2017 y Rec.3365/2016, ambas relativas a grupos de empresas y con amplia recapitulación de la doctrina en materia de huelga en estos supuestos.

Por otro lado y en la materia lo que sí ha entendido el Tribunal (STS 16/11/2016, Rec. 59/2016), es que no es lesivo que cuando, un empresario comunica a un cliente que, como consecuencia de una huelga, no podrá realizar los trabajos que se le habían encargado, aquél encargue el trabajo a otra empresa, sin intervención alguna de la que padece las consecuencias de la huelga que se limitó a poner ese hecho en conocimiento de sus clientes, resaltando la sentencia que la empresa de los trabajadores: *“No tiene vinculación con sus clientes que le permita codecidir con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas de la competencia, ni estaba en condiciones de impedir que sus clientes las contratasen con terceros, ni tampoco se benefició de ello, porque no realizó ni cobró tales trabajos, y sin que tampoco conste que hubiese colaborado en su realización, como pone de relieve el informe de la Inspección de Trabajo, por lo que no puede imputarse a la demandada... una conducta que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga, o menoscabado la posición negociadora de los RL”*. Sin duda son estos los aspectos sobre los que en estos supuestos habrá que estar muy vigilante para evitar que esa práctica se convierta en una maniobra antihuelga.

4.2. Sustitución por directivos o por otros trabajadores

La medida más tradicional de esquirolaje interno, es decir la sustitución de trabajadores en huelga por otros ya contratados por la empresa pero que ejercían otras funciones, ha sido contemplada por diversas sentencias en el periodo analizado, que no se han apartado de la doctrina ya consolidada incluso en sede constitucional.

Se han ocupado de la cuestión muy directamente las siguientes sentencias: STS

30/04/2014, Rec. 213/2013; STS 06/06/2014, Rec. 191/2013; y en la STS 18/03/2016, Rec. 78/2015.

En la primera de las sentencias citadas el Tribunal insiste en que, aunque el art. 6.5 RDLRT prohíbe la sustitución de los huelguistas con trabajadores externos, ello no ha impedido que la doctrina constitucional entienda que es ilícito encargar el trabajo de los huelguistas a otros trabajadores de la empresa que no lo realizaban habitualmente, por lo que esa conducta debe entenderse como inadmisible lo que llevará a confirmar la sentencia de instancia que impuso una indemnización a la empresa y la difusión del fallo, razonando la sentencia que corresponde al órgano de instancia la fijación de la reparación y que: *“El art 182 de la LRJS establece el alcance de la declaración judicial de haber lugar al amparo solicitado y el 183.1 de la misma norma alude, en concreto, a la indemnización que, en su caso, corresponde fijar a la sentencia tras constatar la existencia de vulneración de derechos fundamentales en esta materia, en función tanto del daño moral unido a esa vulneración como de los daños y perjuicios adicionales derivados, de modo que sise ha estimado la demanda y se confirma el pronunciamiento principal, la indemnización va, en principio, de suyo, y si se ha reducido sustancialmente la cantidad reclamada en tal concepto indemnizatorio y se ha fijado una suma inferior con base en un razonamiento “ad hoc”, se ha de confirmar lo resuelto, al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe en esos términos, debiendo distinguirse al respecto, en todo caso, entre el abono de los salarios a los trabajadores que siguieron la huelga y que fueron sustituidos, con el perjuicio ocasionado al sindicato convocante que la resolución recurrida constata, según se ha dicho, sobre la base en la labor realizada por el mismo en la convocatoria y seguimiento de la huelga.”*

En la segunda de las sentencias citadas se insiste en la imposibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga mediante medidas de movilidad interna con otros trabajadores para ponerlos a realizar las funciones de los huelguistas, incluso aunque estos sean directivos y lo acepten voluntariamente, pues la sentencia se remite y transcribe lo resuelto por la jurisprudencia constitucional en STC

33/2011, de 28 de marzo de 2011, en relación con la sustitución de huelguistas por jefes y directivos, entre otros, de un medio de comunicación.

Finalmente, la tercera sentencia recapitula también la doctrina constitucional y del propio Tribunal Supremo sobre las diversas formas de esquirolaje, incluido el tecnológico, concluyendo en la imposibilidad de sustituir a los huelguistas por trabajadores de otros centros o del mismo pero en funciones diferentes; la sentencia tiene además pronunciamientos interesantes sobre competencia funcional, admitiendo la de la Audiencia Nacional por existir indicios de una decisión centralizada empresarial que afectó a centros ubicados en diferentes comunidades autónomas, así como sobre posible prescripción del derecho a la indemnización, entendiendo que a la vista de las circunstancias pudo entenderse interrumpido el plazo de prescripción por las acciones ante la Inspección de Trabajo denunciando la actuación empresarial, acciones que tuvieron trascendencia en las posteriores tramitaciones judiciales; finalmente la sentencia acabará confirmando la indemnización reconocida, con consideraciones interesantes sobre la prueba del daño y la función del órgano de instancia y, especialmente, sobre la finalidad preventiva y disuasoria de estas indemnizaciones, elemento que con frecuencia se olvida y es esencial; en este sentido la sentencia razona que: *“Evidentemente, es ésta una materia (daños morales) en cuya cuantificación no es posible sustituir, en principio, el cálculo que se efectúe en la instancia, dada la antedicha libertad de criterio que lo preside, únicamente atemperada por la necesidad de que se aprecie la indispensable correlación de valores entre el derecho conculcado y sus consecuencias negativas, no cabiendo, en todo caso, una apreciación automática del daño moral derivada de la simple existencia de una vulneración del derecho fundamental invocado. Ello sentado, no cabe olvidar que la indemnización fijada por la sentencia resulta casi testimonial y sensiblemente inferior a la solicitada en demanda, rebajándose por ello en igual proporción la exigencia acreditativa del daño compensado con la misma, que puede resultar deducible, por tanto, en esos términos y en estas concretas circunstancias, de cuanto se deriva de haberse visto obligada la parte sindical a acudir al*

ejercicio de la acción judicial correspondiente mientras mantiene el debate simultáneamente con la actividad ordinaria en la empresa, deduciéndose igualmente la indemnización de la propia necesidad de prevenir a que alude el art 183.2 de la LRJS”.

En definitiva, se reafirma a lo largo de todo el periodo la doctrina, muy firme en sede ordinaria y constitucional, sobre la imposibilidad de sustituir a los huelguistas con otros trabajadores ya contratados pero que no realizaban esas funciones, ya sean del mismo o distinto centro de trabajo, confirmando así la limitación que la situación de huelga produce en ciertos poderes empresariales que pueden ejercerse en situaciones de normalidad, pero no en situaciones de conflicto cuando su ejercicio puede privar de la razonable eficacia y visibilidad que la huelga ha de tener.

4.3. Sustitución a través de medios técnicos

Finalmente, en esta problemática de la sustitución de los trabajadores en huelga, el Tribunal Supremo se ha tenido que enfrentar al intento de mantener la normalidad, al menos en cuanto fuese posible, sustituyendo el trabajo de los huelguistas por el recurso a medios técnicos.

El Tribunal se enfrentó a la cuestión en la STS 11/06/2012, Rec. 110/2011. La sentencia consideró que existía lesión del derecho de huelga por haberse excedido la empresa en la emisión de programas que incluyó entre los servicios mínimos cuando no estaban contemplados en los establecidos; la STS que recibió un voto particular en contra, asumió la doctrina tradicional señalando que el uso de medios tecnológicos de los que ya disponía la empresa no lesiona el derecho de huelga, razonando en concreto, en atención a la doctrina constitucional y la de la Sala al respecto, lo siguiente: *«En este sentido, debe reiterarse la doctrina de la Sala, contenida en las sentencias de 4 de julio de 2000, 9 de diciembre de 2003 y 15 de mayo de 2005. En estas sentencias se establece que no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga y que si las*

emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero “sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado” y ello porque el derecho de huelga “garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”, pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial».

Es más, la sentencia consideraba que esa actividad podía hacerse manejando los medios técnicos por personal no huelguista en funciones propias de su categoría, aunque habitualmente no las realizasen porque los medios técnicos se utilizaron de forma distinta a la habitual.

Como pone de relieve el fundado voto particular que discrepa del fallo, por esa vía puede llegarse a privar de eficacia al derecho de huelga.

Posiblemente lo que habría que plantearse es si es lícito que la empresa haga cosas no habituales para neutralizar la eficacia y visibilidad de la huelga y, en mi opinión si un comportamiento normal sería admisible e incluso, como se vio, quedaría limitado en cuanto a algunos poderes empresariales, todo lo que puede considerarse un comportamiento distinto del normal, un exceso sobre las conductas habituales, no debería admitirse.

Enlazando con estas consideraciones, la anterior doctrina fue rectificada para hacerla más restrictiva en STS 05/12/2012, Rec. 265/2011, que establecía una doctrina general en los siguientes términos: *“En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente: No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad*

empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”.

Desde una perspectiva garantista de los derechos fundamentales me parece mucho más fundada esta doctrina restrictiva y, sobre todo, más adecuada a lo que puede suponer el uso de las nuevas tecnologías para neutralizar los efectos de la huelga.

Pese a ello, la doctrina más permisiva con el uso de medios técnicos, ha sido consolidada por el Tribunal Constitucional en la STC 17/2017, de 2 de febrero de 2017, en la que coincidiendo con lo razonado por el Tribunal Supremo en la primera de las dos sentencias citadas, se afirma que: *“En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían -no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga- y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden”.*

Sentencia que cuenta con un voto discrepante que, además de otras discrepancias, pone de relieve, de nuevo, el progresivo vaciamiento del derecho de huelga que puede producirse admitiendo tan ampliamente el uso de medios tecnológicos para neutralizar los efectos de la huelga, en un uso de los mismos distinto al normal y sin que se repare constitucionalmente en la necesidad de adecuar el concepto del esquirolaje a la evolución técnica.

5. PUBLICIDAD DE LA HUELGA Y ANTIHUELGA

La doctrina se ha ocupado escasamente de la cuestión en los últimos años⁶ pero en la jurisprudencia el problema esencial que se ha contemplado en los últimos años ha sido la conducta de la empresa de utilizar sus medios para hacer publicidad en contra de la huelga.

El tema se aborda con claridad en la STS 12/12/2013, Rec. 254/2011.

En el caso concreto la dirección de la empresa remite un correo electrónico a todos los trabajadores, descalificando la huelga, señalando que pone en peligro la continuidad de la empresa, que va a tener consecuencias gravísimas, que motivará cancelación de contrataciones, etc.

Al ser impugnada judicialmente esa actuación, la empresa la ampara en su derecho a la libertad de expresión, pero para el Tribunal ese derecho debe ser ponderado conjuntamente con el de los trabajadores a la huelga y a la libertad sindical. Para esa ponderación la sentencia establece una regla general, que sirve tanto para la publicidad de los trabajadores como para la de la empresa, señalando que: *“el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, en especial este último de más intensa protección, puede comportar la exigencia de una publicidad especial dirigirse a las propias partes del conflicto o a terceros afectados, pero debe ajustarse, de forma necesaria y adecuada, a los estrictos términos de los derechos e intereses que se debatan en el concreto conflicto, y aunque encajen en ella actos de crítica en sentido amplio, no pueden ampararse los contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa; y sin que, a la inversa, quepa justificar actos empresariales desproporcionados que puedan limitar el ejercicio de los derechos de huelga o el de libertad sindical bajo el pretendido amparo*

⁶ En la doctrina reciente se encuentra esencialmente algún trabajo sobre la publicidad empresarial como medida contraria a la huelga, como el de ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Posible carácter coercitivo de las advertencias empresariales sobre la ilegalidad de una huelga”, NREDT, núm. 176, 2015, págs. 311 y siguientes.

del ejercicio de las facultades organizativas del empleador o de la libertad de expresión”.

A la vista de esa doctrina el contenido del mensaje, que incluso inducía a entender que se producirían despidos, es desproporcionado y amenazante y por ello lesivo del derecho de huelga, razonando el Tribunal que: *“comporta una advertencia o amenaza (DRAE: dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien) real y sería dirigida no solamente a quienes de manera directa o indirecta pretendieran ejercitar el derecho de huelga siguiendo las consignas sindicales ejerciendo presión sobre ellos sino incluso dirigida a los trabajadores en general de la empresa para que ejerzan presión sobre sus compañeros que pudieran ejercitar el derecho de huelga, lo que le convierte en un acto empresarial totalmente desproporcionado tanto con respecto a las actuaciones sindicales en el conflicto como con relación a la compatibilidad del pretendido derecho de libertad de expresión con el normal ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga”.*

En definitiva, ambas partes están legitimadas para informar sobre la huelga, a favor o en contra, pero con límites y por parte de la empresa, fundamentalmente esos límites derivan de no emplear amenazas ni utilizar la supuesta información como elemento de presión para enfrentar a los trabajadores y que unos presionen a otros para que no secunden la huelga.

Parece, en general, una buena ponderación de los elementos y derechos constitucionales que colisionan en esta materia de la publicidad sobre y contra la huelga.

6. EFECTOS DE LA HUELGA

En materia de efectos no ha sido muy amplia la elaboración jurisprudencial en estos años y tampoco la doctrina se ha ocupado ampliamente de la cuestión en trabajos recientes, aunque algunos existen, sobre todo analizando los efectos en materia salarial⁷, la

⁷ En este sentido pueden encontrarse algunos, no muchos,

jurisprudencia ha tenido ocasión de resolver algunos problemas peculiares en materia de efectos salariales de la huelga y también alguna cuestión sobre la designación por parte del empresarios de las personas que han de atender los servicios mínimos.

6.1. Salarios

En materia de salarios y huelga destacan en la jurisprudencia reciente dos sentencias.

La primera es la STS 19/06/2013, Rec. 2937/2012; en ella se contempla un problema de posible trato desigual. Se suscita en el marco de una huelga producida en una Universidad en la que no existe un sistema de control claro del cumplimiento de obligaciones por el profesorado; producida esa huelga, la entidad descuenta el salario del día de huelga a algunas personas que le consta que la hicieron, pero estas demandan alegando un trato desigual pues suscitan que otros posibles huelguistas no sufrieron descuentos.

La sentencia rechazará la existencia de trato desigual por dos razones: los diferentes sistemas de control existentes que impiden conocer si hay otros huelguistas a los que no se les descontó el salario -criterio débil aunque ciertamente la parte demandante debió ser más activa en la prueba de ese extremo-; en segundo lugar la Sala considera que, acreditado que los demandantes hicieron huelga, el descuento es correcto y no pueden pretender que no se les descuenta porque erróneamente así se haya producido con otras personas, en definitiva se reitera una vez más que no existe un derecho a la igualdad en la ilegalidad, lo que parece acertado.

La segunda sentencia que considero destacable se pronuncia sobre la forma de proceder a practicar el descuento salarial por huelga. Es la STS 02/06/2014, Rec. 172/2013. En esta sentencia se insiste en que bajo ningún concepto el descuento salarial puede suponer una

penalización y rechaza en concreto que, en el caso de unos trabajadores que debían trabajar un día festivo y que hicieron huelga, se les descuenta el salario de ese día y el del festivo que disfrutaron a cambio, lo que ciertamente constituiría una penalización clara pues por un día de huelga perderían el salario de dos.

Como puede verse, pues, la jurisprudencia en la materia es poco destacable y reitera conceptos habituales (igualdad en la legalidad, no penalización en el descuento salarial, etc.).

6.2. Garantía de servicios

En esta materia tampoco existen sentencias de gran importancia pues la problemática esencial en la materia se resuelve por la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

En todo caso puede destacarse la STS 27/11/2017, Rec. 1/2017.

En la sentencia se analiza una actuación empresarial que en aplicación de una orden que fijaba servicios mínimos sin concretar porcentaje de trabajadores, los concretó en el 100 %, vaciando totalmente de contenido el derecho de huelga; la Sala razona que: *“Por muy generosa que la redacción de la Orden haya sido a la hora de atribuir la facultad de fijar unos límites empleando términos “personal necesario e imprescindible”, “estrictamente necesario”, en lugar de un parámetro numérico - porcentual, no cabe atribuirle una frontal negación del derecho de huelga como supondría hacer una lectura del 100 % donde dicho porcentaje no es objeto de mención”,* lo que lleva a considerar que se lesionó el derecho de huelga y a confirmar la indemnización reconocida que, por cierto, se cuantificó, y se confirma, conforme a parámetros de aplicación analógica de las sanciones administrativas previstas para las infracciones en el orden social.

Por otro lado, la sentencia confirma la competencia del orden social para conocer de la cuestión pues no se trata de impugnar la orden de fijación de servicios mínimos, sino las consecuencias de la incorrecta designación por el empleador de los servicios que en virtud de esa orden procedían, para lo que existiría competencia del orden social conforme al art.

trabajos como: ETALA, J.J., “Los haberes en los días de huelga”, Revista Derecho del Trabajo, núm. 12, 2013, págs. 2225 y siguientes; TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos”, Temas Laborales, núm. 127, 2014, págs. 121 y siguientes.

3 d) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Por el contrario, si se pretende valorar la corrección de los servicios fijados en la resolución gubernativa la competencia no corresponde al orden jurisdiccional social, como confirma STS 19/12/2011, Rec. 218/2010.

7. DESPIDO PRODUCIDO POR EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA O RELACIONADO CON EL MISMO

La doctrina se ha ocupado de algún caso concreto resuelto por el Tribunal Supremo pero sobre todo de la posible relación entre el despido colectivo y el derecho de huelga⁸, aspecto relativamente novedoso que ha tenido ocasión de abordarse judicialmente en los últimos años, que es la cuestión esencial sobre la que se encuentran sentencias de interés a partir de 2010, aunque en años precedentes se abordó alguna otra cuestión interesante y relativamente novedosa como la no renovación de contratos de profesores de religión por haber apoyado una huelga⁹.

También alguna sentencia ha abordado la consideración como no ajustada a derecho de la extinción contractual colectiva producida contraviniendo un pacto de fin de huelga -ya por despedir o por las condiciones del despido-, cuestión esta relativa a la eficacia de los pactos de fin de huelga a la que posteriormente me referiré pero que dejo expuesta ya aquí¹⁰.

⁸ En materia de despido pueden verse, por ejemplo: CASTRO ARGÜELLES, M. A., "Delimitación y alcance de las responsabilidades derivadas del despido de una profesora de religión como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga", *Aranzadi Social*, núm. 9, 2012, págs. 75 y siguientes; GONZÁLEZ POSADA, E., "Despido colectivo en el grupo Coca Cola: grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el periodo de consultas", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015, págs. 412 y siguientes; MOLINA NAVARRETE, C., "Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del esquirolaje interno indirecto", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 388, 2015, págs. 189 y siguientes.

⁹ Al respecto, por ejemplo, STS 28/01/2009, Rec. 1576/2008, y STS 30/01/2009, Rec. 1082/2008, considerando nulo el cese.

¹⁰ Es el caso por ejemplo de la STS 30/10/2013, Rec. 47/2013.

Las sentencias que han abordado la relación entre el despido colectivo y la huelga han entendido que el despido colectivo puede estar viciado si durante las negociaciones del mismo los trabajadores afectados acuden a medidas de presión, en concreto a la huelga, y la empresa afectada adopta medidas ilícitas que privan de eficacia a la huelga, lo que perjudica el proceso de consultas y, por tanto, vicia la propia decisión posterior de despido.

En concreto, estimando que eso es lo que se ha producido pueden citarse varias sentencias, como STS 20/04/2015, Rec. 354/2014, en la que se contempla (caso Coca Cola) el desvío de la producción de los huelguistas a otras empresas o centros de trabajo del grupo, afectando así a la fuerza de los trabajadores en el proceso de consultas del despido colectivo. El Tribunal señala que es la primera ocasión en la que contempla un supuesto como el descrito y su impacto sobre el despido colectivo y razona que: *"el abastecimiento del territorio madrileño a través de cauces inusuales comportó una vulneración del derecho de huelga, con independencia de la intención empresarial. Puesto que la medida de presión de los trabajadores se proyectaba sobre las negociaciones en curso, el quebranto del derecho fundamental acaba procediendo tanto del esquirolaje impropio reseñado cuanto de la prosecución de las negociaciones sobre el despido colectivo y, finalmente, de la propia decisión patronal de extinguir un número relevante de contratos laborales. Separar la lesión del derecho consagrado en el artículo 28.2 CE del despido colectivo solo podría hacerse en el caso de que los intereses perseguidos por el ejercicio de la primera fueran también independientes del segundo. Lejos de ser así, los "objetivos" (art. 3 RDLRT) de la huelga quedaron estrechamente vinculados a la anunciada intención empresarial de llevar a cabo un despido colectivo..."*.

En parecido sentido STS 18/03/2016, Rec. 78/2015 y STS 20/07/2016, Rec. 22/2016, en relación con medidas de esquirolaje interno para neutralizar la huelga durante las consultas en torno a un despido colectivo.

También, y en el origen de estas decisiones, STS 18/07/2014, Rec. 11/2013 en la que la empresa afectada, ante la convocatoria de huelga en protesta por un despido colectivo, amplía el

mismo procediendo al cierre de centros de trabajo, lo que se entiende como una represalia o medida de retorsión por el legítimo ejercicio del derecho de huelga, lo que convierte al despido colectivo en vulnerador de derechos fundamentales y conduce a su nulidad en la totalidad del mismo, tanto en los primeros despidos como en los que fueron objeto de la ampliación.

El Tribunal razona que: *“En suma, debiendo prevalecer la tutela del derecho fundamental frente a los actos contrarios a su ejercicio y resultando que, en tales circunstancias la insuficiencia de la prueba aportada por la empresa trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por la parte demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental, cabe concluir que se ha efectuado por la empresa una vulneración del derecho fundamental de huelga de los trabajadores y sindicatos (arts. 1.1, 7, 9.2 y 28.2 CE), pues, como afirmamos en nuestra STS/IV 5-diciembre-2012, “no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro...”*.

Esta sentencia es interesante porque en una previa decisión se declaró la nulidad de los despidos objeto de la ampliación pero no de los iniciales, pero esa sentencia (STS 20/09/2013, Rec. 11/2013), fue anulada por el propio Tribunal Supremo estimando un incidente de nulidad por incongruencia mediante auto (ATS 26/03/2014).

En parecidos términos, declarando la nulidad de despidos colectivos producidos como reacción empresarial a convocatorias de huelga, pueden verse STS 23/02/2015, Rec. 255/2013 y STS 24/02/2015, Rec. 124/2014, en las que los despidos se producen como medida de retorsión ante una huelga exigiendo el pago de salarios adeudados.

Por el contrario no consideraron que la conducta empresarial lesionase el derecho de huelga diversas sentencias. Por ejemplo, STS 13/07/2017, Rec. 25/2017, por entender que no

había habido un esquirolaje tecnológico al haberse limitado la empresa a utilizar un sistema automático que redistribuía las llamadas en picos de demanda y no acreditarse la conexión del despido colectivo con la realización de la huelga.

O, por citar algún otro caso, STS 14/11/2017, Rec. 17/2017, pues, aunque se realizaron contrataciones eventuales, estas no fueron superiores a la media habitual ni simultáneas con el período de huelga, por lo que tampoco aparece conexión entre la medida de despido colectivo y una conducta empresarial lesiva del derecho de huelga.

En definitiva dos ideas claras:

La primera es que el despido colectivo como represalia o medida de retorsión ante una convocatoria de huelga es un despido lesivo de derechos fundamentales y, por tanto, nulo.

La segunda es que las medidas adoptadas por la empresa que resulten ilícitas, en aplicación de la doctrina sobre sustitución de huelguistas que se expuso con anterioridad, y afecten a la medida de huelga adoptada por los trabajadores durante el período de consultas de un despido colectivo, son igualmente ilícitas y afectan, no solo a la vulneración del derecho de huelga, sino a la propia decisión de despido colectivo al privar de fuerza negocial a los trabajadores afectados.

8. FIN DE LA HUELGA Y PACTOS CON OCASIÓN DEL MISMO

La Jurisprudencia también ha tenido ocasión de referirse en estos últimos años a las cuestiones relativas al fin de la huelga y, específicamente, a la negociación y eficacia de los pactos de fin de huelga.

Por un lado, la jurisprudencia se ha pronunciado en relación con el deber de negociar para finalizar la huelga en las situaciones de descentralización productiva, entendiendo que la obligación que impone en ese sentido el artículo 8.2 RDLRT alcanza al empresario directo de los trabajadores, pero no al

empresario principal con quien aquél tiene una relación de contrata. Así lo entiende STS 23/01/2017, Rec. 60/2016, y ello con independencia de los efectos reflejos que los acuerdos de fin de huelga pudiesen tener para la empresa principal que incluso podría, como ocurrió en otros casos, tener que adecuar las relaciones con sus contratistas a esos pactos, pero ello no es óbice para que se entienda que quien puede y debe negociar es el empresario de los trabajadores. Es, sin duda, una solución formal que revela la complejidad de las relaciones de descentralización productiva que están apareciendo desde hace algún tiempo, pero que es difícilmente criticable en atención a la legislación vigente.

También se ha ocupado la jurisprudencia de la relación entre los despidos colectivos y los pactos de fin de huelga, y ya tuve ocasión de referirme a que esos pactos vinculaban en cuanto a la imposibilidad de despedir o a las condiciones del despido, pero en otras sentencias se ha planteado el problema de la concurrencia entre dos acuerdos, normalmente en orden a la cuantía indemnizatoria; de esos dos acuerdos uno era un pacto de fin de huelga y el otro no.

La jurisprudencia, normalmente, ha optado por la aplicación del acuerdo posterior siempre que se hubiese negociado por los sujetos legitimados y en forma adecuada; así lo resolvieron varias SSTs, por ejemplo, de 26, 27 y 28/04/2017, Recs. 379/2016, 279/2016, 280/2016, 286/2016 y 490/2016¹¹.

En estas sentencias, especialmente en la amplia doctrina de la primera, se reconoce que la eficacia de los pactos de fin de huelga es la de convenio colectivo pues así lo establece inequívocamente el art. 8.2 RDLRT.

En el caso se produjo un acuerdo de conciliación en sede judicial que fijaba unas indemnizaciones inferiores a las que en general reconocía el pacto de fin de huelga, aunque este último era un pacto suscrito en el ámbito del

grupo de empresas, y el posterior -la conciliación judicial- no había sido impugnado.

Las sentencias entienden que, si se diese una concurrencia conflictiva, prevalecería el posterior, la conciliación judicial, razonando que: *“Si hubiera una real incompatibilidad entre los dos Acuerdos, seguramente tales razones habría de conducir a proclamar la validez de un pacto, alcanzado por sujetos legitimados y con la fuerza vinculante de toda negociación colectiva válida, reforzado con el respaldo otorgado por su homologación a cargo de la Sala delo Social de la Audiencia Nacional y que no ha sido impugnado dentro del plazo habilitado al efecto”*.

Pero es que, incluso, las sentencias entienden que no exista tal concurrencia conflictiva, basándose en la redacción concreta del pacto de fin de huelga que para la mayoría de la Sala conduce a una negociación articulada, razonando que: *“el Acuerdo de fin de huelga no pretende cerrar el estado de la cuestión de modo absoluto o pétreo sino que manifiesta su “más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos”. Con ello está admitiendo la existencia de una especie de “negociación en cascada”: siempre que se cumplan las exigencias de representatividad hay que permitir el juego de la autonomía colectiva en ámbitos inferiores al Grupo de Empresas. Puesto que el Acuerdo de final de huelga se proyecta a todo el Grupo y la reestructuración de plantillas tiene lugar a nivel de empresa, lo que viene a establecerse es una articulación de ambas unidades negociadoras”*.

La sentencia inicial, pese a todo, no fue pacífica pues cuenta con dos votos particulares, uno que no discrepa del fallo pero sí de alguna de sus razones y otro que cuestiona directamente el fallo, entendiendo que el pacto de fin de huelga era un acuerdo con valor de convenio extraestatutario que, por tanto solo era modificable por quienes lo suscribieron, sin que al acuerdo conciliatorio suscrito en la impugnación colectiva del despido se le pueda atribuir, ni eficacia de cosa juzgada en el proceso individual, ni valor de convenio colectivo que le haga prevalecer frente al pacto de fin de huelga.

¹¹ Sobre la materia puede verse el comentario de ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Relación entre el Acuerdo de fin de huelga y el Acuerdo de conciliación judicial”, *Temas Laborales*, núm. 143, 2018, págs. 181 y siguientes.

Es un interesante debate jurídico que pone de relieve las disfunciones de la aplicación al régimen de la huelga de un texto preconstitucional que, por tanto, no pudo tener en cuenta la evolución de la legislación laboral derivada ya del régimen constitucional y la consiguiente regulación de las organizaciones sindicales y sus facultades y de la negociación colectiva.

Un problema peculiar de concurrencia de acuerdos lo plantea la situación resuelta por la STS 22/06/2016, Rec. 186/2015; en este caso el pacto de fin de huelga es posterior a la firma de un convenio sectorial pero anterior a su publicación; el convenio fija un incremento salarial del 0,5 % y el pacto de fin de huelga una reducción salarial del 3,5 %. La mayoría de la Sala entiende que ambos acuerdos tienen la misma naturaleza, convenio extraestatutario, en el momento de producirse el segundo pacto pues se razona que el convenio sectorial no adquiere la eficacia de convenio estatutario hasta su publicación; por ello, partiendo de la identidad de eficacia, la Sala aplica el principio de modernidad y considera que debe prevalecer el pacto posterior, el acuerdo de fin de huelga en este caso.

La sentencia cuenta con un voto particular que en atención a las circunstancias del caso, convenio firmado pero no publicado, entiende que hay que aplicar ambos acuerdos buscando una integración de los mismos.

Aparece de nuevo la confusa regulación normativa de la eficacia del pacto de fin de huelga y lo complejo que resulta en ciertos casos enmarcarlo en la posterior regulación constitucional y legal del derecho de negociación colectiva, evidenciándose igualmente, muy posiblemente, que la construcción acerca del convenio extraestatutario puede presentar aspectos disfuncionales que deberían conducir a repensar su eficacia y, seguramente, a acercarla a la defendida por las posturas que postularon una eficacia contractual aunque real del mismo, reconstruyendo a partir de esa consideración todas las cuestiones sobre su aplicación, concurrencia, etc.

Por otro lado, lo que es evidente es que el pacto de fin de huelga tiene eficacia de convenio colectivo y como tal se sujeta al respeto a la ley, no pudiendo dejar sin efecto normas

imperativas, algo que parece lógico pero no siempre es claro en la aplicación y en un caso concreto recuerda la STS 15/10/2018, Rec. 3854/2016, aplicando dicha doctrina a efectos del concepto de despido colectivo, entendiendo que una falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos en número suficiente para constituir un despido colectivo debe tramitarse como tal, pues así lo imponen las normas legales, sin que ello pueda quedar afectado por un pacto de fin de huelga que fijaba una indemnización para esa falta de llamamiento, cuando la consecuencia normativa e imperativa de la falta de tramitación como despido colectivo es la nulidad de los consiguientes despidos y no la improcedencia y consiguiente posibilidad extintiva con indemnización (art. 124 LRJS).

Finalmente, en materia de cuestiones relacionadas con la finalización de la huelga la Jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a 2010 ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de impugnaciones de laudos dictados en procedimientos arbitrales impuestos por la autoridad gubernativa para dar por finalizada una huelga.

Existen al respecto dos sentencias interesantes y de contenido relativamente similar, son dos SSTs de 04/04/2014, Rec. 132/2013 y Rec. 184/2013, respectivamente.

Como se sabe, en esta materia la resolución que acuerda la imposición del arbitraje y la finalización de la huelga, al amparo del art. 10.1 RDLRT, puede ser objeto de impugnación judicial pero ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como se interpreta al amparo de los artículos 2 h), n) y 3 d) LRJS, pero el laudo resultante puede ser impugnado igualmente y, si afecta solamente a personal laboral, es competente el orden social, conforme a los mismos artículos ya mencionados.

Pues bien, en las dos sentencias mencionadas no se cuestiona esa competencia pero se tiene que establecer el procedimiento adecuado para sustanciar dichas impugnaciones, remitiendo ambas al cauce del procedimiento de impugnación de laudos establecido en el artículo 65.4 LRJS y como quiera que el mismo puede resultar de regulación escasa y en cierto sentido insuficiente, se considera que

supletoriamente y por vía en cierto sentido analógica cabe acudir a las reglas procedimentales establecidas para la impugnación de convenios colectivos y en su caso, pese a no resultar en general aplicable a los arbitrajes laborales, a las de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

En virtud de todas esas disposiciones se acabará anulando el laudo dictado como consecuencia de afectar a una persona jurídica que tenía la condición de tercero y que no fue oída en el procedimiento arbitral, además de considerarse que existió incongruencia en el arbitraje al excederse el laudo de las materias que se habían sometido a su resolución por la decisión gubernamental.

De nuevo, pues, el Tribunal Supremo tiene que clarificar las insuficiencias del régimen jurídico de la huelga, haciendo interpretaciones que por más correctas que sean, solucionan problemas que deberían ser resueltos normativamente en aras a la seguridad jurídica, especialmente importante en materia tan sensible como el ejercicio de derechos fundamentales.

9. OTRAS CUESTIONES

Finalmente debe apuntarse que la jurisprudencia se ha ocupado igualmente de otras cuestiones, algunas menos novedosas y que en las sentencias citadas se ha podido ver que se abordaban otras diversas cuestiones, sobre todo en orden a la competencia y a las indemnizaciones por los actos lesivos del derecho de huelga¹², remitiéndome en todo ello a lo ya expuesto.

¹² Por cierto que de esta materia se ha ocupado también la doctrina en trabajos posteriores a 2010, no solo de los daños por esos actos lesivos, sino también de las reclamaciones de daños empresariales por los actos producidos durante la huelga o por la ilegalidad de la mismas, en ocasiones en referencia directa a la jurisprudencia; entre todos esos trabajos y sin ánimo exhaustivo, remito a los siguientes: DILLA CATALÁ, M. J., "Responsabilidad del sindicato y otros sujetos colectivos por daños ocasionados durante una huelga", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2014, págs. 4 y siguientes; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., "Derecho de huelga y responsabilidad civil extracontractual: Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2016, de 14 de abril", *Temas*

En todo caso, y aunque podrían citarse algunos otros aspectos, generalmente abordados en sentencias que rechazan entrar a resolver el fondo de los recursos por no detectar contradicción de sentencias, me interesa acabar este análisis refiriéndome a las dos cuestiones que seguidamente expongo.

9.1. Competencia judicial

En esta materia el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de clarificar la competencia funcional de los diferentes órganos de instancia en materia de litigios relacionados con la huelga.

En especial en materia de demandas por actos lesivos del derecho de huelga -y en general del derecho a la libertad sindical-, la solución legal es la de atribuir la competencia funcional al Juzgado de lo Social, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en función del territorio afectado por los efectos del acto que se entienda lesivo del derecho fundamental (arts. 6, 7 y 8 LRJS). Pues bien la STS 22/01/2013, Rec. 20/2012, en interpretación lógica, ha entendido que esos efectos no pueden exceder el ámbito del centro o centros afectados por la convocatoria de la huelga, pues en su caso solo en esos ámbitos habrá producido efectos el posible acto lesivo, siendo ese el criterio que debe conducir a la delimitación de la competencia funcional -y en su caso igualmente la territorial-, sin que otros elementos alteren esa conclusión como por ejemplo, tal como ocurría en el litigio de referencia, que los integrantes del comité de huelga ostentasen una representación de ámbito estatal o que la empresa actuase en ese mismo ámbito. En virtud de ese criterio, en el caso concreto, al afectar la convocatoria a centros

Laborales, núm. 134, 2016, págs. 233 y siguientes; GARCÍA VIÑA J. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., "La responsabilidad civil de los sindicatos por los daños ocasionados durante la huelga", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2013, págs. 2 y siguientes; KAHALE CARRILLO, D. T. "Huelga ilegal e indemnización por daños", *Aranzadi Social*, Volumen 4, núm. 6, Octubre 2011, págs. 57 y siguientes; LÓPEZ CUMBRE, L. "Responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio del derecho de huelga", *Actualidad Civil-Mercantil*, núm. 7, 2016, págs. 139 y siguientes; MARTÍNEZ MORENO, C. "Ejercicio del derecho de huelga y responsabilidad por daños", *Revista de Derecho Social*, núm. 75, 2016, págs. 159 y siguientes.

de trabajo ubicados en una única Comunidad Autónoma, se declaró la incompetencia funcional de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para resolver el litigio.

Precisamente, a ese criterio y a esa sentencia se remite, igualmente, alguna otra sentencia aunque ya no en materia de huelga sino en general de tutela de la libertad sindical, como la STS 07/11/2018, Rec. 179/2017, consolidando así plenamente el uso de un criterio que parece acertado y plenamente ajustado a la regulación legal.

9.2. Plazo de ejercicio de acciones

Finalmente el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la jurisprudencia reciente sobre el plazo para demandar por actos lesivos del derecho de huelga; además de algún supuesto que ya se analizó y al que hago remisión, concretamente en la STS 01/12/2017 Rec. 78/2016, entendiéndose que debe ajustarse a las previsiones del art. 59.2 ET, esto es el de un año desde que la acción pudo ejercitarse (regulación coincidente con la del art. 1969 del Código Civil).

En general, el momento inicial para ejercitar la acción debe computarse desde que se produjo el acto lesivo frente al que se demanda.

En el caso, como estaba en cuestión si la huelga era legal o ilegal, pues precisamente el presunto acto lesivo era el despido de unos trabajadores al haber declarado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia no firme, la ilegalidad de la huelga, la STS entiende que las acciones por actos lesivos pudieron ejercitarse desde que se notificó una STS que, anulando la de la Audiencia Nacional, confirmó la legalidad de la huelga, pero sin poder posponer el inicio del cómputo de plazo a otros momentos posteriores porque desde ese momento, confirmada la legalidad de la huelga, eran ya ejercitables las acciones que imputaban a la empresa conductas lesivas del derecho de huelga, sin perjuicio de que esos actos posteriores pudieran conducir a ac-

tuaciones de los concretos trabajadores afectados que serían distintas de las que ejercita en el litigio resuelto el sindicato reclamante, ya que no existiría una condición de acreedores solidarios de la organización sindical y de los trabajadores afectados.

Finalizo aquí este breve repaso de la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo más relevante en materia de huelga producida a partir del año 2010.

Como puede verse se resuelven cuestiones reiterativas y poco novedosas junto con otras que sí presentan perfiles nuevos y de importancia, como por ejemplo las relativas al esquirolaje tecnológico o a las consecuencias de los actos lesivos del derecho de huelga producidos en el marco de un conflicto derivado de la negociación o consulta sobre un despido colectivo.

Sin duda la labor de esta jurisprudencia es importante y necesaria ante la insuficiente regulación normativa, aunque también es deudora en buena medida de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la materia.

Pese a esa importancia, queda siempre la duda que produce la inseguridad jurídica de remitir a la solución jurisprudencial los complejos problemas que se plantean en esta materia, que afecta a un derecho fundamental esencial en el Estado Social por su vocación de instrumento de igualdad, de equilibrio y reforzamiento del poder de los trabajadores.

Sería, pues, deseable un amplio consenso que permitiese una regulación normativa, si no se quiere promocional, al menos sí de garantía -y por tanto no de restricción o limitación- del derecho de huelga, desde esa perspectiva esencial de conseguir un equilibrio de fuerzas, ampliamente necesario en el marco de unas relaciones, como las laborales, en las que la negociación colectiva es esencial y la defensa de la igualdad social requiere de elementos de reforzamiento del poder del conjunto de los trabajadores y de sus organizaciones.

RESUMEN

La inexistencia de una ley reguladora del derecho de huelga aprobada con posterioridad a la Constitución española produce el efecto de que dicha regulación se produzca en buena medida mediante la doctrina de los órganos judiciales; en este sentido ciertamente el papel esencial lo tiene la del Tribunal Constitucional, pero en muchos casos este se limita a establecer si los previos pronunciamientos judiciales de los órganos ordinarios se ajustan a la regulación constitucional. Eso evidencia la importancia de la interpretación del Tribunal Supremo que es el máximo órgano ordinario que resuelve los litigios en la materia. En realidad este trabajo se centrará en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pero no conviene ignorar que otras Salas intervienen también en la materia, por ejemplo y muy especialmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo sobre todo en lo que se refiere a la garantía de los servicios esenciales para la comunidad y la consiguiente fijación de servicios mínimos.

Al concretar el trabajo en la Sala de lo Social conviene tener presente que la misma resuelve litigios por dos vías, la de la unificación de doctrina y la casación ordinaria al resolver procesos que han visto en instancia las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, lo que permite una amplia elaboración en la materia.

Si analizamos la Jurisprudencia de esta Sala de la última década (2010-2019), podemos concluir que hay temas que evidencian el impacto de cuestiones novedosas, especialmente las nuevas formas de esquirolaje utilizando los medios técnicos o las medidas de descentralización productiva o, también, la relación entre el despido colectivo y el derecho de huelga; en otros casos reaparecen temas tradicionales como los efectos de la huelga, su licitud, cuestiones relativas a los pactos de fin de huelga y a quien debe negociarlos, etc.

Es, sin duda, una elaboración de interés que permite conocer el régimen del derecho de huelga en aspectos esenciales y que suscita la duda de si un modelo de regulación basado en la jurisprudencia -ordinaria y constitucional- ofrece la estabilidad, en definitiva la seguridad jurídica, que sería deseable en una materia tan vinculada a la propia esencia del ámbito laboral y del Derecho del Trabajo.

La metodología seguida en el trabajo ha sido una metodología jurídica tradicional y, al tratarse de un análisis de la jurisprudencia de los últimos años, es decir, de la jurisprudencia reciente, se ha estudiado el conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo en esos años, seleccionando la totalidad de las que resultan interesantes y establecían doctrina en la materia.

Hecha esa selección, se han analizado las cuestiones que ya habían sido objeto de tratamiento por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y se ha comparado la jurisprudencia reciente con la precedente para comprobar, en su caso, las posibles evoluciones que se hubiesen podido producir y que, como es claro, no responden en esta materia a cambios normativos pues estos desde 1977 prácticamente no se han producido.

Sí que se ha comparado la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con la que se ha producido en sede constitucional, concretamente con las sentencias del Tribunal Constitucional para analizar si pueden haber existido contradicciones, o los casos en los que la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se funda en la doctrina elaborada por el máximo interprete constitucional.

La metodología jurídica ha permitido extraer conclusiones que establezcan los aspectos más relevantes de la doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Como conclusiones más relevantes de la investigación aparecen, además de las particulares sobre cada cuestión, y en términos generales las siguientes:

Primera.- La importancia que tiene la elaboración jurisprudencial ante el carácter fragmentario, insuficiente y anticuado de una regulación legal del derecho de huelga que se produjo antes de la aprobación del texto constitucional y, en consecuencia, sin adaptarse al mismo.

Segunda.- La inseguridad jurídica que produce el que gran parte de las cuestiones importantes que se suscitan en torno al derecho de huelga tengan que solucionarse mediante doctrina de los órganos judiciales, doctrina que puede cambiar, y que además tiene dos sedes esenciales que no siempre coinciden en sus criterios: la del máximo órgano de interpretación constitucional -el Tribunal Constitucional-, y la del máximo órgano de interpretación ordinaria, que también aplica e interpreta la Constitución española, el Tribunal Supremo, en especial, aunque no exclusivamente, la Sala de lo Social. Incluso los cambios jurisprudenciales, absolutamente lícitos, incrementan ese margen de inseguridad en el ciudadano. Ni siquiera esa inseguridad desaparece por la existencia de una interpretación del Tribunal Constitucional, ya en 1981, sobre el texto normativo preconstitucional que regula el derecho de huelga, pues las lagunas jurídicas siguen existiendo y la aparición de nuevos problemas y realidades incrementa la insuficiencia de la regulación normativa.

Tercera.- La subsistencia de problemas interpretativos tradicionales que deberían considerarse resueltos, pero que siguen planteando conflictividad (eficacia de los pactos de finalización de la huelga, efectos de la huelga, esquirolaje interno, publicidad en torno a la huelga, etc.). Pese a que estas cuestiones han sido resueltas con claridad por la jurisprudencia, siguen planteando litigiosidad lo que resulta poco comprensible.

Cuarta.- La evolución de la litigiosidad en la materia, que junto a los problemas tradicionales, presenta nuevos perfiles derivados de las nuevas realidades que se van produciendo en el mundo laboral. Así, el impacto de los nuevos procesos productivos puede verse reflejado en las soluciones judiciales que han tenido que producirse para analizar el desvío de producción entre empresas, ya pertenezcan al mismo grupo empresarial o no, con la finalidad de compensar los efectos producidos por la huelga en una de ellas.

También se ve ese impacto en las soluciones judiciales sobre el denominado esquirolaje tecnológico, cuando las empresas utilizan medios técnicos para compensar los efectos de una huelga, resultando la jurisprudencia al respecto muy formalista.

Finalmente, y por citar otro caso, se ve ese impacto en la doctrina acerca de la relación entre el despido colectivo y el derecho de huelga y el posible impacto de medidas empresariales para disminuir la capacidad de presión de los trabajadores en torno a la negociación del despido.

En resumen de todo ello, puede verse la importancia de la jurisprudencia en torno al derecho de huelga que evidencia la necesidad de una mejor regulación normativa en una materia tan esencial en las relaciones laborales.

Palabras clave: Huelga; derecho de huelga; esquirolaje; despido; pactos de fin de huelga.

ABSTRACT

The absence of a law regulating the right to strike approved subsequent to the Spanish Constitution results in the fact that said regulation has been largely developed through judicial decisions; in this respect certainty the Constitutional Court plays an essential role, but in most cases, it merely establishes whether the previous rulings of the judicial bodies comply with the constitutional regulation. That demonstrates the importance of the interpretation of the Supreme Court, the highest ordinary judicial body which rules on disputes on these matters. Truly this paper will focus on the Jurisprudence of the Labor Chamber of the Supreme Court, albeit the role that other Chambers play in these matters cannot be overlooked, especially that of the Administrative Litigation Chamber with regards to guaranteeing essential community services and establishing minimum services.

When examining the work of the Labour Chamber, it should be borne in mind that it rules on disputes through two approaches, the unification of doctrine and the ordinary appeal when ruling on cases with first instance judgements of the Labour Chamber of the High Courts of Justice of the Autonomous Communities and the National High Court, which allows the Labour Chamber to extensively elaborate on these matters.

Analysing the jurisprudence produced by this Chamber in the last decade (2010-2019) we can conclude that the topics that demonstrate the impact of emerging issues, such as the new kinds of strike-breaking by using technical means or measures of productive decentralisation, or also, the relationship between collective redundancies and the right to strike; in other cases, traditional topics arise, such as the effects of strikes, its legality, issues related to end of strike agreements and the negotiation thereof, etc.

It is without a doubt an interesting analysis that provides insight on the regulation of the essential elements of the right to strike and that raises the question of whether a regulation model based on jurisprudence -ordinary and constitutional- offers the degree stability and legal certainty that would be desirable in a matter so closely linked with the very essence of employment and of labour law.

The methodology employed throughout this paper will be the traditional juridical methodology, and, given that it consists on an analysis of the jurisprudence over the last few years, that is to say, of recent jurisprudence, the subject of our study has been the decisions of the Supreme Court over that period of time, selecting those of interest which establish sound doctrine of these matters.

Upon the basis of this selection of jurisprudence, our analysis has focused on the matters dealt with by the Labour Chamber of the Supreme Court, comparing the recent jurisprudence with prior decisions to assess, where appropriate, the evolution that may have occurred which are rooted on normative changes in these matters, as virtually there have been none since 1977.

The Jurisprudence of the Labour Chamber of the Supreme Court has been compared with that of the Constitutional Court to analyse any potential contradictions, as well as the cases in which the decisions of the Labour Chamber have been based on the interpretations made by Constitutional Court.

The juridical methodology has allowed us to draw conclusions that establish the most relevant aspects of the jurisprudential doctrine established by the Labour Chamber of the Supreme Court.

Leaving aside our particular findings on specific issues, the main conclusions of our investigation are generally the following:

First.- The importance of jurisprudential developments in face of the fragmentary, insufficient and antiquated nature of the legal regulation of the right to strike, which was established before the adoption of the Constitution and is therefore has not been adjusted to comply with it.

Second.- The legal uncertainty caused by the fact most crucial matters that arise from the right to strike has to be solved by the doctrine of judicial bodies, which is not only susceptible to changes, but also has two essential sources which not always agree in the criteria that are to be applied: the highest authority for constitutional interpretation -the Constitutional Court-, and the highest body for ordinary interpretation, which interprets and applies the Spanish Constitution as well, the Supreme Court, particularly but not exclusively the Labour Chamber. Even the jurisprudential changes, absolutely licit, increase this level of uncertainty for citizens. This legal uncertainty was not eradicated either by the interpretation made in 1981 by the Constitutional Court of the pre-constitutional regulation of the right to strike, as the legal gaps remained in existence and the development of new problems and realities increased the inadequacies of the existing regulation.

Third.- The persistence of traditional interpretative issues that should be deemed resolved but that remain contentious (effectiveness of end of strike agreements, effects of the strike, internal strike-breaking, publicity of strike, etc.). Although these matters have been clarified through judicial decisions, they still give raise to litigations, which is difficult to understand.

Fourth.- The evolution of litigations regarding these matters that, along with traditional issues, present new profiles derived from the new realities taking place in the employment sphere. Hence, the impact of new productive processes is reflected in the judicial solutions mean to analyse the production variance between companies, whether from the same corporate group or not, in order to offset the effects of a strike in one of them.

This impact can also be seen in the judicial solutions to the so-called technological strike-breaking, when companies use technical means to offset the effects of strikes, resulting in a very formal jurisprudence on this issue.

Finally, and to quote another example, this impact is also shown in the doctrine relating to the connection between collective redundancies, the right to strike and the possible impact of corporate measures to diminish the workers' capacity to exert pressure on negotiations over redundancy.

In essence, the importance of jurisprudence on the right to strike demonstrates the need for a better legal regulation in a matter as essential as labour relations.

Keywords: Strike; right to strike; strikebreaking; dismissal; end of strike agreements.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Documentos

Conclusiones generales del XXIX Congreso de la AEDTSS, celebrado en Salamanca

General conclusions of the 29th AEDTSS Congress held in Salamanca

ENRIQUE CABERO MORÁN*

1. PRESENTACIÓN

Se ha celebrado en la Universidad de Salamanca, los días 30 y 31 de mayo de 2019, el XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS), dedicado al estudio de “El futuro del trabajo: cien años de la OIT”. Las sesiones se han desarrollado en el edificio de las Escuelas Mayores, en cuyo histórico Paraninfo han tenido lugar los actos de inauguración y clausura, así como la exposición de la ponencia general, y en las dependencias próximas del antiguo Colegio de San Pelayo, o de los verdes, por el color de la beca de sus colegiales, actual Facultad de Geografía e Historia, precioso espacio en el que se presentaron y debatieron las comunicaciones y se realizaron los talleres de los proyectos de investigación. Coincidían en la cita salmantina el epílogo de la conmemoración del Octavo Centenario de la fundación de la Universidad de Salamanca, convertida en acontecimiento de Estado por el

Real Decreto 1980/2008, de 28 de noviembre, y el año central del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en las vísperas de la 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, conocida como la “reunión del Centenario” y convocada en Ginebra para los días 10 al 21 de junio de 2019. La Universidad agradece de corazón su designación como sede de este prestigioso Congreso.

La expectación generada por el XXIX Congreso Anual de la AEDTSS, reflejada asimismo en el interés despertado en los medios de comunicación, se vio claramente correspondida con el contenido sobresaliente de los discursos de inauguración y clausura, en los que quedó perfectamente expuesto por la profesora María Emilia Casas Baamonde, presidenta de esta asociación, el alcance y la finalidad del programa, así como de las ponencias, comunicaciones, talleres y conferencia final. Resulta muy de agradecer el respaldo dado a la organización del Congreso por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, cuya secretaria de Estado de Empleo, la profesora Yolanda Valdeolivas García, participó en el acto inaugural; y por la Consejería de

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.

Empleo de la Junta de Castilla y León, representada por el propio consejero, don Carlos Javier Fernández Carriedo, que intervino en la clausura, y la directora general de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, doña Amparo Sanz Albornos.

Se presentan seguidamente las conclusiones generales del Congreso, encomienda efectuada amablemente a quien suscribe estas páginas, sumamente agradecido, por el Comité Organizador, integrado por la profesora María Emilia Casas Baamonde, ya citada, presidenta de la AEDTS, el profesor Jaime Cabeza Pereiro, vicepresidente de Derecho del Trabajo de la AEDTSS, la profesora Margarita Isabel Ramos Quintana, vicepresidenta de Seguridad Social de la AEDTSS, el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca, el profesor José María Miranda Boto, secretario general de la AEDTSS, y el profesor Guillermo L. Barrios Baudor, gerente de la AEDTSS. Con todo, la redacción de estas conclusiones generales deviene deudora de los textos preparados por los relatores designados con gran acierto por la organización del Congreso. Son las profesoras y los profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, citados por el orden en el que se han sucedido las intervenciones que comentan desde la primera ponencia, José Gustavo Quirós Hidalgo, profesor titular (PT) de la Universidad de León, Natalia Ordóñez Pascua, profesora ayudante doctora de la Universidad de León, María Cristina Polo Sánchez, PT de la Universidad de Salamanca, Fernando Moreno de Vega y Lomo, PT de la Universidad de Salamanca, Laurentino Dueñas Herrero, PT de la Universidad de Valladolid, Ana Murcia Clavería, PT de la Universidad de Valladolid, María Luisa Martín Hernández, PT de la Universidad de Salamanca, y Ascensión García Trascasas, PT de Escuela Universitaria de la Universidad de Salamanca.

2. LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DEL TRABAJO SIN FRONTERAS

El estudio del presente y del futuro del trabajo, en el contexto del centenario de la

OIT y, por ello, acudiendo a una perspectiva internacional, empezó con la ponencia general del profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca, titulada “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras”, inteligentemente preparada con tal fin. Presidió la sesión el profesor Manuel Carlos Palomeque López, catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de esta Universidad.

Facilita un marco extraordinario para abordar la evolución internacional del trabajo el análisis original, profundo y exhaustivo de las cadenas mundiales de producción. Y es que nunca antes había existido una preocupación mayor por la vigencia universal de los derechos laborales, ni un proceso como el actual de definición de herramientas de proyección internacional dirigidas a garantizarla. Este proceso se expresa, no obstante, a través de una variedad de instrumentos emanados de una gama igualmente extensa de instancias e instituciones, tanto públicas como privadas, que buscan ampliar la garantía de un conjunto esencial de derechos laborales, coincidente con los proclamados como fundamentales por la OIT, al universo de las cadenas mundiales de producción lideradas por las empresas multinacionales. En la base de esta transformación se sitúa la emergencia de una nueva realidad económica y productiva a escala global, marcada por el despliegue de dichas cadenas y sus contradictorios efectos sobre el empleo y las condiciones laborales de los países donde se sitúan sus eslabones más débiles, generadores de un “crecimiento empobrecedor”, así como por la incapacidad de los Estados para poner límites a la cada vez más acusada competencia a la baja entre sistemas sociales causada por la globalización.

Hábilmente el profesor Sanguineti hace de la necesidad virtud y propone dar pasos hacia la garantía de dicho conjunto de derechos laborales en el interior de estas cadenas, tratando de convertirlas también en cadenas mundiales de control e incluso de mejora de las condiciones laborales, gracias a la capacidad de influencia de las casas matrices sobre sus socios comerciales y el interés de estas en reducir el riesgo reputacional asociado a

la detección de prácticas laborales abusivas. Este es un camino que ha empezado a recorrerse en las últimas décadas, bien que con resultados insatisfactorios, debidos tanto a las deficiencias de los instrumentos privados de garantía diseñados, en particular en lo relativo al control, como a su falta de coherencia con el modelo de negocio imperante en numerosos sectores, basado en la creación de redes de subcontratación altamente flexibles y sensibles a las diferencias de costes.

Las limitaciones ponen de relieve la necesidad, antes que de prescindir de tales instrumentos, cuya capacidad de incidencia transnacional no puede ser replicada, de contemplarlos como parte de un enfoque más amplio, que permita suplir sus deficiencias y avanzar hacia un modelo de mayor compromiso con los superiores costes que conlleva el trabajo con derechos o trabajo decente. Este planteamiento exige la combinación de ámbitos de intervención laboral y económica y de nuevos instrumentos reguladores, tanto públicos como privados, de la que empiezan a registrarse importantes manifestaciones. Muestra de esta combinación es la presencia de una serie de instrumentos privados que, o bien incluyen eficaces fórmulas de control desde la base, fundadas en la participación de los trabajadores y sus representantes, o bien recogen compromisos relacionados con las prácticas de compra de las empresas signatarias, dirigidos a asegurar una relación más sostenible con los proveedores y contratistas. Expresión de los nuevos instrumentos es la emergencia de una relevante malla de herramientas internacionales, todas alineadas en torno a las nociones de debida diligencia y esfera de influencia. Se trata de encauzar el poder de las empresas multinacionales, convirtiéndolo en una vía al servicio de la política de respeto y garantía de los derechos humanos y el medio ambiente a escala universal. Destaca, en este sentido, la posterior recepción de estas medidas por una serie de normas europeas y de ámbito nacional que persiguen, en algunos casos, promover la implantación de procesos de debida diligencia por parte de dichas empresas y, en otros, incluso imponerlos, como ocurre con la ley francesa de 2017 sobre el deber de vigilancia.

La regulación del trabajo en las cadenas mundiales de producción de las empresas

multinacionales se ha convertido en una realidad en construcción, en la expresión de una nueva manera de concebir la protección de los derechos sociales en el espacio global, que coloca en su centro el poder de las empresas multinacionales y le dota de consistencia y coherencia. Se hace exigible su ejercicio mediante la interacción con fórmulas públicas de regulación que den lugar a un nuevo tipo mixto de gobernanza global del mundo del trabajo, cuya fuerza no radica tanto en la capacidad reguladora de cada instrumento por separado, como en el resultado que se consiguiera mediante la combinación de todos ellos.

En definitiva, se trata de promover el establecimiento de una Garantía Laboral Universal, que proclame un mínimo mundial de protección aplicable a todos los trabajadores, y de avanzar en la construcción de un Derecho transnacional del Trabajo, de base híbrida y regulación multinivel.

3. LA RELACIÓN DE TRABAJO

La exposición de la ponencia general fue seguida de las sesiones simultáneas. Las dos primeras se dedicaron a “La relación de trabajo” (panel 1), con el profesor Antonio Vicente Sempere Navarro, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo, como presidente de la sesión; y a “Las mujeres en el trabajo” (panel 2), con la presidencia del profesor Juan García Blasco, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza y miembro del Consejo Económico y Social.

Inició el panel 1, “La relación de trabajo”, con la ponencia titulada “El trabajo y la relación de trabajo”, presentada por doña María Luz Vega Ruiz, especialista de la OIT y coordinadora de la “Iniciativa del Futuro del Trabajo”. Precisamente, en sintonía con el debate suscitado sobre el futuro del trabajo, se planteó la necesidad de reflexionar acerca de los posibles efectos en este ámbito de las transformaciones del modelo económico, unidas a los significativos cambios en materia demográfica, tecnológica, medioambiental o jurídica, en una relación recíproca de causa-efecto,

para valorar si han de abocar realmente a un nuevo concepto de trabajo por cuenta ajena y, por ello, a una nueva regulación del mismo. Resulta imprescindible, en este sentido, resolver las dudas a propósito de la respuesta adecuada a preguntas como quiénes deben ser considerados trabajadores o qué conforma el ámbito protegible y el auxilio ofrecido en atención a sus necesidades.

Dificulta la consecución de estos objetivos la incertidumbre derivada de los nuevos modelos organizativos, las inéditas formas de trabajo y el uso masivo de las tecnologías, la robotización y la digitalización, con ejemplo paradigmático en las plataformas, que impiden con frecuencia identificar claramente la titularidad y las responsabilidades, produciendo la atomización de las relaciones laborales y la concepción individual tanto de la empresa, como del propio trabajo, lo que puede ofrecer ventajas en la gestión empresarial, pero también no pocos ni triviales problemas, incluyendo la pérdida de protagonismo de la representación de los trabajadores y de la negociación colectiva. La ponencia realiza un esfuerzo loable para exponer las posibles tendencias a corto o medio plazo del “nuevo Derecho del Trabajo”, abogando por desterrar la plena flexibilización y la vuelta al carácter civil o mercantil de la contratación laboral. Defiende combinar otras alternativas, articuladas sobre tres distintos niveles: la interlocución social para la inclusión y protección de nuevas formas de trabajo, la intervención pública orientada a la reforma legislativa y, por último, la búsqueda de un nuevo consenso internacional asentado en la justicia social para el establecimiento de las bases de la sociedad futura y del orden mundial.

Abunda en esta línea argumental la segunda ponencia de este panel, “Innovación social y transición justa para una revolución tecnológica disruptiva”, de la que es autor don Joaquín Nieto Sainz, director de la Oficina de la OIT para España. Llama la atención sobre las desigualdades, que tienden a convertirse en estructurales, originadas por el territorio, el género, la edad, la situación socioeconómica o el nivel de formación, y que podrían adquirir mayor magnitud a causa de la citada digitalización de la economía como factor determinante del incremento de las diferencias

entre aquellos Estados que pueden invertir en tecnología y los que no tienen esta capacidad. Se da ya la urgente necesidad de cerrar las brechas digitales para evitar un deterioro mayor de las condiciones de trabajo. No obstante, las previsiones en torno a la creación o destrucción de empleo asociadas a los cambios tecnológicos no están aún determinadas. Lo cierto es que la historia pone de manifiesto cómo las anteriores revoluciones industriales han arrojado finalmente un balance positivo en el aumento del empleo, ya que las nuevas profesiones requerirán transformaciones de las que formará parte importante el capital humano.

Los problemas surgen principalmente como consecuencia del cambio en la definición de los procesos productivos, que conducen a modelos cada vez más fragmentados, bien que interrelacionados en un sistema mundializado que potencia la aparición de formas disruptivas de organización del trabajo, las cuales conllevan graves consecuencias en relación con los derechos de los trabajadores. Adviértase, en esta línea, que la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, integrada por representantes de los gobiernos y de los interlocutores sociales a nivel mundial, manifestó en el informe “Trabajar por un futuro más prometedor” su preocupación por la situación del Derecho del Trabajo frente a las nuevas formas de organización laboral. Elaboró, por ello, un programa amplio de propuestas centradas en las personas y en la tecnología para el trabajo decente, dirigido a la evitación del aumento de la precariedad, partiendo del principio de que el trabajo no es una mercancía. El informe no adopta, en cualquier caso, una visión catastrofista, pues ensalza las virtudes derivadas de un buen uso de las tecnologías en multitud de tareas laborales, decantándose lógicamente por aquellas que contribuyan a conseguir una prestación de trabajo con derechos reconocidos y tutelados de manera real y efectiva. Para lograr componer el conflicto entre trabajo con derechos y digitalización, se recomienda acudir a la Garantía Laboral Universal y su nivel básico de derechos con independencia de la situación laboral o de las condiciones contractuales, entendiéndose comprendidos siempre el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y el de las exigencias laborales básicas en ma-

teria, al menos, de jornada, horario, salario y seguridad y salud en el trabajo.

4. LAS MUJERES EN EL TRABAJO

El panel 2, “Las mujeres en el trabajo”, comenzó con la ponencia “La participación de las mujeres en el mercado de trabajo”, presentada por la profesora Carmen Sáez Lara, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba. Recuerda cómo la OIT ha mostrado siempre una preocupación real por la presencia en igualdad efectiva de la mujer en el trabajo, tanto en su Constitución (1946) como en diferentes convenios aprobados en la década de los cincuenta. Desde entonces las líneas de actuación han sido básicamente cuatro: igualdad de remuneración, igualdad de oportunidades, conciliación de responsabilidades laborales y familiares y protección de la maternidad. Queda pendiente una intervención normativa sistemática sobre la violencia en el trabajo, en general, y el acoso laboral, en particular, para lo cual deviene imprescindible una definición de estándares internacionales.

No deja de ser evidente, sin embargo, la lentitud en la reducción de las brechas de género, debida seguramente a la presencia de obstáculos sistémicos o estructurales resistentes a las diversas medidas legislativas y políticas de los distintos países, que suelen asociarse a la insuficiencia de recursos, brevedad en los tiempos de aplicación o falta de seguimiento y evaluación. Entre los factores de incidencia en la dimensión de la brecha de género, se hallan el trabajo a tiempo parcial u otras modalidades del denominado trabajo flexible, que actúan a la vez, paradójicamente, como síntoma de desigualdad y como solución a la misma; la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y su mayor probabilidad de encontrarse en desempleo; la informalidad, la menor formación, la falta de transparencia de las estructuras salariales, los estereotipos y prejuicios en la gestión empresarial y, finalmente, la pobreza laboral y la ampliada a las receptoras de prestaciones sociales. Esta realidad no se presenta con la misma intensidad en todos los Estados, pues depende de su condición de emergentes, en

desarrollo o ya desarrollados. Y es que hay un elemento en común que repercute negativamente en el avance laboral de la mujer: la maternidad, que explica la discriminación salarial porque las mujeres se ven obligadas a invertir menos en su propia formación y a optar más por empleos compatibles con la familia (jornada reducida y menor responsabilidad), razones que terminarán ampliando la brecha, como una especie de penalización por el hecho de ser madres. Especial trascendencia alcanza en este punto el nivel de reconocimiento en cada país de los servicios de cuidado y atención, en correlación directa con una participación laboral más o menos alta de las mujeres.

La prestación por maternidad es asumida, en algunos casos, por el empleador y no desde las instituciones públicas. Se afirma, por ello, la conveniencia de reemplazar los Convenios número 156, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, y número 183, sobre protección de la maternidad, con el fin de trasladar el coste financiero de esta prestación de los empleadores a la Seguridad Social y convertir en objeto de atención preferente a las trabajadoras sin licencia de maternidad (trabajadoras autónomas, trabajadoras domésticas, trabajadoras en pequeñas y medianas empresas o en el empleo atípico, etc.). Se han lanzado asimismo las propuestas de fijar un salario mínimo garantizado (preferentemente en países emergentes) y de favorecer la promoción a puestos directivos (en países desarrollados).

Las nuevas soluciones normativas, para contribuir además a la ruptura del reparto social y familiar de roles por género, que tanto determina las discriminaciones directas e indirectas en las relaciones laborales, han de seguir el principio de la corresponsabilidad de los progenitores. Este supone el fundamento de la necesaria articulación de un permiso parental financiado por la Seguridad Social en el que se incluyan los dos progenitores (madres y padres), complementado con la garantía de un sistema de servicios de cuidado infantil asequibles y de calidad, con un modelo tributario que fomente la independencia económica de las madres y, por último, con la prevención y eliminación de la discriminación por maternidad y atención a la familia y, en

particular, a las personas dependientes. La importancia de los debates, que se suceden a nivel nacional e internacional sobre estos extremos, encuentra un buen ejemplo en la tramitación de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, aprobada en sesión plenaria por el Parlamento Europeo el 4 de abril de 2019 (y previamente, el 24 de enero de 2019, por el Consejo), que empezó con la iniciativa presentada por la Comisión Europea el 26 de abril de 2017.

Continuó este panel con la ponencia de la profesora Eva María Blázquez Agudo, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, titulada “Trabajo de las mujeres y protección social”. Contribuyen sus reflexiones certeramente a construir de manera integral el necesario análisis desde la perspectiva de género del sistema español de Seguridad Social. Se presta además una atención especial a ciertos colectivos de mujeres (trabajadoras autónomas, empleadas de hogar o víctimas de violencia de género) que últimamente han sido protagonistas de reformas legales y reglamentarias, todavía insuficientes.

La metodología utilizada conduce a una conclusión palmaria: la mayor parte de las soluciones normativas en materia de Seguridad Social disponen de consecuencias distintas en muchos casos si se estudian desde la mencionada perspectiva de género y, por cierto, no solamente por las diferencias biológicas en relación con la maternidad (embarazo, parto y puerperio), también relevantes, como se sabe, en materia de prevención de riesgos laborales (situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). La aplicación del principio de corresponsabilidad de los progenitores, ya citado, viene a corregir desviaciones indeseadas que se han producido de hecho en el planteamiento que explicó el reconocimiento a trabajadores y trabajadoras, y no obviamente solo a las trabajadoras, de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Sobresale, en este sentido, la reciente conversión en España de las situaciones de maternidad y paternidad en la de

nacimiento y cuidado de menor por obra del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Los resultados de los análisis de las prestaciones diseñadas con carácter general resultan muy interesantes para comprobar que apenas existen, si es que los hay, preceptos neutros desde la perspectiva de género en este ámbito. Constituyen una prueba de ello, verbigracia, la evaluación de la regulación y de las circunstancias fácticas que han llevado a la situación actual de un mayor número de mujeres perceptoras del subsidio por incapacidad temporal o de la pensión de viudedad, así como de una cifra superior de hombres perceptores de la prestación por incapacidad permanente o de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Se comprueba con este método, además, el efecto pernicioso de las brechas de género sobre el reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social. Se dan una brecha numérica (cuantitativa) en el acceso a la cobertura y otra prestacional (cualitativa), pues las prestaciones suelen resultar deficientes para las mujeres como consecuencia de la discriminación salarial, que lastra las bases de cotización. Es relativamente más sencillo compensar la primera, pero seguramente perdurarán los efectos de la segunda. Solo la adopción conjunta de medidas para la erradicación de la discriminación, tanto en el marco de las relaciones laborales, como en la Seguridad Social, en sintonía con lo anteriormente indicado y con las previsiones de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, permitirá la remoción de los obstáculos que impiden la consecución y la garantía de la igualdad efectiva de las mujeres en las relaciones de trabajo.

5. LA GOBERNANZA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

Las dos sesiones simultáneas siguientes se desarrollaron con un modelo distinto, consistente en una atractiva innovación metodológica, dirigida a fomentar el debate posterior, en el que cada tema contó con una ponencia

seguida por una interlocución. La primera sesión (panel 3) versó sobre “La gobernanza de las relaciones de trabajo”. Fue presidida por el profesor Tomás Sala Franco, catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, con el profesor Ignacio García-Perrote Escartín, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), como ponente, y la profesora María Nieves Moreno Vida, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, como interlocutora. En la segunda (panel 4) se abordó el estudio de “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”, con la presidencia de don Francisco Javier Calderón Pastor, director territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Castilla y León, y las intervenciones como ponente de la profesora Carolina Martínez Moreno, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo, y como interlocutor del profesor Antonio Baylos Grau, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

En un mundo que ha visto cómo se globalizaba, con evidente sesgo neoliberal, la economía productiva y financiera, los mercados, la información, la formación y la tecnología, con protagonismo creciente de la digitalización de los procesos empresariales, la inteligencia artificial y la robótica, así como con los retos suscitados por las tendencias demográficas dispares, el cambio climático, la economía de las plataformas y las cadenas mundiales de producción y suministros, la denominada gobernanza de las relaciones de trabajo requiere un cambio en sus planteamientos y objetivos, sobre todo para conseguir que el Derecho del Trabajo no pierda su identidad al mantener su función o razón de ser, aquella que configura el trabajo por cuenta ajena con derechos como base del sistema económico propio del Estado social y democrático de Derecho.

La actualización del modelo de gobernanza, como advierte el profesor García-Perrote, pasa por la introducción de cambios a nivel nacional, europeo e internacional. No basta con la aprobación de reformas por cada Estado, que son imprescindibles pero no suficien-

tes, sino por la coordinación de modificaciones en los niveles antedichos. Se ha de alcanzar, incluso, un sistema de gobernanza internacional, con la necesaria presencia de la OIT y, en el caso de España, de la Unión Europea, que garantice el reconocimiento, el ejercicio y la tutela de los derechos laborales que deben considerarse un mínimo común. En el marco de una economía globalizada es claramente insuficiente la actuación legislativa de un Estado o la política legislativa de los gobiernos nacionales, más cuando se precisa convencer a los inversores de que los cambios de las normas laborales no son negativos para sus intereses.

La gobernanza ideal de las relaciones laborales en esta situación exige una gran dosis de estabilidad legislativa y, en consecuencia, de seguridad jurídica, lo que se consigue con el consenso entre los agentes sociales y económicos, así como entre las fuerzas políticas. Esta línea de actuación lleva al convencimiento de que el trabajo es decente o se está ante otro modelo de Estado y de sociedad. Solo mediante la determinación de unos estándares laborales internacionales se puede dignificar el trabajo, como indica la citada Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT. También contribuye decisivamente en la generación de este nuevo modelo de gobernanza el diálogo entre tribunales a través de sus resoluciones, de ahí la importancia de la actividad al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en no pocas ocasiones ha obligado a rectificar la jurisprudencia sentada a nivel estatal con anterioridad.

No resulta fácil, empero, coordinar los diversos planos de la gobernanza institucional de las relaciones laborales. Las rápidas, y no menos profundas, transformaciones de las realidades organizativas y los procesos empresariales, así como de los territorios fronterizos entre el trabajo por cuenta ajena y el autónomo, desembocan, sin ir más lejos, en la petición de un tratamiento normativo más preciso del Derecho de la Unión Europea, con repercusión directa en el ordenamiento interno, del propio concepto de trabajador, de las distintas vertientes de los grupos de empresas o las empresas de grupo, de la plena garantía y de la promoción de los derechos de

los trabajadores, entre ellos el de igualdad efectiva, o del modelo de descentralización y subcontratación. Las carencias en otras materias exigen la aprobación de programas con medidas adaptadas a los contextos y las coyunturas estatales. En este grupo se hallan las políticas salariales y de distribución de rentas (suficiencia salarial, el salario mínimo profesional y el alcance de su revalorización, por ejemplo), la formación y el aprendizaje permanentes, las políticas activas de empleo, las modalidades de contratación, el tiempo de trabajo y el registro del horario, la flexibilidad y las buenas prácticas empresariales, las vicisitudes y la extinción del contrato, el convenio colectivo, la lucha contra el fraude, la jubilación, las prestaciones de Seguridad Social que requieren una revisión desde la perspectiva de género, etc.

Debe ocuparse también este modelo renovado de gobernanza de asuntos emergentes de gran importancia, como el diseño y puesta en marcha de los procedimientos de compliance, para cuidar eficazmente por la empresa el cumplimiento de sus deberes, principalmente de aquellos vinculados a sanción penal o administrativa, y como el derecho a la protección de datos personales y los derechos digitales de los trabajadores [recuérdese la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre] y la nueva legislación sobre secretos empresariales y su interacción con derechos de los trabajadores como la formación (experiencia y competencias) y la movilidad [véase la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que incorporó al Derecho interno la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas].

La profesora Moreno Vida remarca en su interlocución la oportunidad de orientar el modelo renovado hacia una gobernanza social, en la línea de la promovida por la OIT. Se pretende así adecuar tal modelo a los principios y valores del Estado social y democrático de Derecho sobre la base de tres tipos de

gobernanza: la institucional, que exige un funcionamiento transparente, eficiente y participativo de las instituciones y, en general, de las Administraciones Públicas; la reflexiva, que promueve la autorregulación por los agentes sociales de sus intereses con mayor o menor intensidad; y la horizontal, que fomenta la integración entre los poderes públicos y los agentes sociales para intentar el consenso en las políticas públicas mediante el diálogo social.

La gobernanza así definida requiere para su funcionamiento que la regulación del trabajo, en el ámbito internacional (OIT), europeo (Unión Europea) y nacional, se conforme con reglas de *hard law*, porque las de *soft law* devienen insuficientes, como se ha demostrado. Los procesos de flexibilización y desregulación concretados en las sucesivas reformas de la legislación laboral han producido una “remercantilización” del contenido de los derechos sociales. Esta opción facilita la existencia de un sistema de garantía real de los derechos fundamentales y favorece la intervención de los agentes sociales en el gobierno y la composición de los conflictos de trabajo. En definitiva, únicamente desde la promoción y garantía de los derechos fundamentales, se posibilita la gobernanza social con una acción comprometida de todas las partes implicadas: Gobierno y organizaciones sindicales y empresariales. De esta manera pueden superarse las dificultades que presenta el complejo momento económico, social y laboral actual, logrando la seguridad económica, la igualdad efectiva y la justicia social.

6. LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y SUS MEDIOS DE EXPRESIÓN

Las transformaciones acaecidas en las relaciones laborales, su regulación y su contexto empresarial, social, político y tecnológico influyen en el alcance del ejercicio de la autonomía colectiva. Culminaron, por ello, las sesiones de la primera jornada con la ponencia de la profesora Martínez Moreno y la interlocución del profesor Baylos Grau sobre “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”. El punto de partida para ambos no es otro que la llamada de atención sobre la plena vigencia

de la libertad sindical, como derecho fundamental de los trabajadores, y del Derecho Sindical, como núcleo de imputación normativa esencial en la conformación del Derecho del Trabajo. Con todo, el crecimiento y la diversificación de las estructuras empresariales en un sector servicios altamente tecnificado, la pérdida de identidad y la fragmentación de la clase trabajadora, la facilidad de la circulación internacional de los capitales, los modelos organizativos y los equipos, entre otros factores, dificultan el cumplimiento por los sindicatos de su función constitucional, así como el ejercicio de los derechos que dan forma a la autonomía colectiva en la negociación y el conflicto. Puede sorprender que, a pesar de los profundos cambios producidos en la realidad, la legislación sindical, salvo la relativa a la negociación y los convenios colectivos, se caracterice por ser una de las más estables en sus contenidos. Son muy pocas las modificaciones aprobadas, y ninguna alteradora del modelo, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), y en las sucesivas versiones vigentes desde 1980 del Estatuto de los Trabajadores (ET); y para qué hablar de la regulación del ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, y con independencia de algunas posibles reformas actualizadoras que propone la profesora Martínez Moreno, los ejes básicos del modelo mantienen su eficacia en un contexto que ha evolucionado enormemente desde los años ochenta y noventa.

En la ponencia se remarca, en el sentido expuesto, el hecho de que la mayor parte de las distorsiones que las nuevas formas de trabajo y de organización empresarial provocan en el ejercicio de la libertad sindical y, en fin, de las formas de expresión de la autonomía colectiva provienen, con frecuencia, de la inadecuación del modelo escogido para diseñar la representación de los trabajadores en sus centros de trabajo (título II del ET y artículos 8 y 10 LOLS). Se recuerda al respecto, por ejemplo, la rigidez generada al basarse las previsiones normativas en el centro de trabajo y su dimensión, que en el momento presente no se adapta al tejido empresarial y, por lo tanto, determina que la existencia efectiva de representantes de los trabajadores en el interior de las empresas sea una excepción. También dificulta la organización y la acción

sindical la creciente heterogeneidad de los trabajadores y de sus condiciones laborales y la consecuyente diversificación de sus intereses profesionales, los cuales hasta llegan a ser contrapuestos en algunas ocasiones.

Se identifican con detalle por la profesora Martínez Moreno cuáles son las deficiencias más relevantes que se vienen dando en cada una de las manifestaciones concretas del ejercicio de los derechos de libertad sindical (autoorganización sindical, configuración de la representación en el seno de las empresas, desarrollo de la negociación colectiva y ejercicio de las medidas de conflicto, en especial, de la huelga), para, a continuación, presentar un amplio elenco de propuestas que permitirían mejorar la situación. Estas medidas, que no siempre implican una reforma de la legislación vigente, a veces se materializan simplemente en una interpretación flexible de la normativa actual, asumida ya, en unos casos, por la jurisprudencia o resultante, en otros, de los esfuerzos de los agentes sociales para conseguir adaptar su acción colectiva y el cumplimiento de sus funciones a las nuevas y diferentes necesidades de protección. Se sugieren la apertura y el fomento de nuevos cauces de representación y acción colectivas en el ámbito superior al centro de trabajo y a la propia empresa, igualmente en materia de negociación colectiva, principalmente en el contexto del sector, así como la adecuada extensión de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios y a los trabajadores de las empresas contratistas y auxiliares. Deben explorarse, asimismo, la posibilidad de utilizar nuevas medidas de conflicto colectivo vinculadas a las técnicas contemporáneas de organización y ejecución del trabajo y a las tecnologías empleadas, así como la articulación de mecanismos que impidan la socavación del ejercicio del derecho de huelga mediante el esquirolaje de nueva generación que propician los recursos tecnológicos y los procesos de externalización y descentralización.

En su interlocución, recuerda el profesor Baylos que el informe de la ya mencionada Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, creada por la OIT, plantea un diseño global en el que la libertad sindical y la negociación colectiva son fundamento de los sistemas democráticos y del trabajo decente, pero no profun-

diza en la preservación de esos derechos ante las nuevas formas de trabajo, los nuevos modelos de empresa y la irrupción de la digitalización y la economía de plataformas en los países desarrollados. Sobre la dimensión colectiva del trabajo futuro se aportan pocas precisiones y es escaso el papel que parece imaginarse. Las consecuencias de la crisis han alcanzado a las libertades y derechos resultado de consensos democráticos y sociales, y se ha generado una imposición de lo económico sobre lo político y lo social, camuflada inicialmente con un ropaje de excepcionalidad y necesidad, que se ha plasmado en una consolidada y normalizada modificación de la legislación, todo ello para reordenar los poderes sociales en el seno de la relación laboral e, incluso, en el más amplio contexto de la ciudadanía.

El nuevo marco regulador (que incrementa el poder empresarial en detrimento de los contrapesos sindicales y colectivos), la construcción de una época del emprendimiento y la autonomía, así como la generación de un trabajo cambiante por las innovaciones tecnológicas, han instalado una precarización laboral y una normalidad social que desconoce o margina la organización colectiva de los intereses del trabajo asalariado. Considera el profesor Baylos que las actuales tendencias normativas, originadas con las reformas laborales nacidas de la crisis, fortalecen la idea de descolectivización de las formas de trabajo resultantes de la digitalización (que se identifican con el trabajo atípico, flexible, parcial o a distancia) y garantizan la elusión de la fuerza vinculante del convenio colectivo en un contexto de empresas atomizadas y descentralizadas que difuminan la noción de centro de trabajo y, con ella, el enraizamiento de los mecanismos de representación de los trabajadores y la obtención de parámetros sindicales como la audiencia electoral.

En Europa las políticas de austeridad han provocado una mayor segmentación de los trabajadores, un aumento de formas de trabajo atípicas y la generación, presentada como mal menor necesario frente al desempleo, de empleo precario. La precariedad constituye un modo de opresión que desdibuja las fronteras entre el trabajo regular e irregular, dificulta el ejercicio de los derechos sindicales y anula el estatus de ciudadanía en las empresas. En la

era digital esa precariedad laboral se multiplica y trasciende de las nuevas formas de empleo o los nuevos modelos de negocio, alcanzando a la economía en su conjunto. La diferente posición de los trabajadores, segmentados y con intereses distintos e incluso divergentes, ante supuestos de división, como la subcontratación y, en general, la externalización, o de concentración del sujeto empresarial, incide de modo relevante en las formas de acción sindical de conflicto y de negociación, que se ven obstaculizadas en su realización efectiva.

Los cambios de paradigma afectan a la configuración típica de la huelga y repercuten en la práctica sindical. La visibilidad del conflicto condiciona su eficacia y, por ello, se han desplazado los mecanismos de publicidad de la huelga hacia un espacio de la comunicación cada vez más complejo. Su eficacia pasa por preservar su enfoque sociopolítico y su capacidad de alterar el proceso productivo. Las interferencias tecnológicas no deben anular la situación de excepcionalidad frente a la normalidad productiva que es consustancial a la huelga, pues ha de darse una situación transitoria de expropiación de los poderes del empresario sobre las personas a su servicio y las condiciones en las que prestan el trabajo.

Se invita además a reflexionar sobre la posible extensión del sindicato como una red de comunicación que utilice los medios que ofrece el nuevo entorno, en especial las redes sociales, como vías de información alternativas a las oficiales, para fortalecerlo y defender sus posiciones. Y también sobre la virtualidad que en una empresa atomizada tienen las TIC (intranet, correo electrónico) para la organización de los trabajadores y la preparación de acciones de presión complementarias o sustitutivas de instrumentos clásicos menos efectivos (asambleas, octavillas).

7. CONCLUSIÓN

Finalizan estas conclusiones generales con la concreción de varias propuestas referidas a las materias que han protagonizado el estudio y los debates en las sesiones antedichas, incluidas las celebradas con motivo de la presentación de las comunicaciones y de los talleres

vinculados a proyectos de investigación. Ciertamente, y al menos esa ha sido la intención, estas páginas han optado por dotarse de una finalidad proponedora y no tanto por convertirse en una crónica, ni siquiera en un compendio, de lo tratado en el XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La espléndida labor realizada por los relatores citados al inicio, profesoras y profesores de las universidades públicas de Castilla y León, quienes han prestado eficaz y generosamente a la redacción del presente texto ideas y palabras, ha permitido que estas conclusiones ofrezcan una visión global de las propuestas, siempre acompañadas de una sólida argumentación, que se han formulado en las brillantes intervenciones que se han sucedido en las sesiones de este Congreso.

Procede en este momento, no obstante, seleccionar algunas de las propuestas:

- a) Transformación de las cadenas mundiales de producción de las empresas multinacionales en cadenas mundiales de control y mejora de los derechos laborales, mediante la adopción de una serie de medidas que sirvan para encauzar en esa dirección el poder que las mismas ejercen sobre sus integrantes.
- b) Superación de las dimensiones nacionales para la creación efectiva de un Derecho del Trabajo sin fronteras. Constituyen decisiones esenciales para su consecución la determinación a nivel internacional de un conjunto mínimo común de derechos de los trabajadores y de un acervo compartido de principios y valores sociolaborales, así como la aprobación de planes y programas para la promoción y garantía del trabajo con derechos o trabajo decente. La OIT se presenta en su centenario, por sus características y posición, como el gran instrumento para lograr estas metas en coordinación con la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible.
- c) Realización de un análisis desde la perspectiva de género de la legislación laboral y de Seguridad Social para erradicar la discriminación de las mujeres en las relaciones de trabajo y en la protección social e introducción del principio de corresponsabilidad de los progenitores, como vía de corrección de la arbitrariedad en la asunción de roles familiares y sociales, en la línea de lo aprobado por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
- d) Definición del concepto de trabajador asalariado por el Derecho de la Unión Europea para ofrecer una solución unívoca al ámbito de aplicación de la legislación laboral en las zonas consideradas como grises, imprecisas o dudosas en este sentido.
- e) Recuperación de un modelo de gobernanza social de las relaciones de trabajo e incorporación al mismo del sistema de compliance y de la gestión de nuevos derechos de los trabajadores (protección de datos personales, derechos digitales, formación y aprendizaje permanentes en un marco de cambios constantes y de reformulación de las previsiones sobre secretos industriales y pactos de no concurrencia o de permanencia en la empresa).
- f) Confirmación de la plena vigencia de la libertad sindical y de la autonomía colectiva, en sus dimensiones de negociación, conflicto y diálogo social, como derechos y herramientas esenciales para la ordenación de las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho y la consecución de las soluciones que requiere el trabajo por cuenta ajena en el presente y en el futuro con los retos y las dificultades contemporáneos.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MTMSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labour, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es

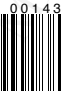
Librería Virtual

<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Joaquín García Murcia* • I. ESTUDIOS: Las fronteras del contrato de trabajo y sistema de indicios de laboralidad. M^a *Yolanda Sánchez-Urán Azaña* • Presente y futuro de la contratación laboral temporal en la Administración Pública española. *Fernando Elorza Guerrero* • El periodo de prueba y los pactos de no competencia y permanencia en la empresa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Óscar Fernández Márquez* • El empresario complejo en la Jurisprudencia reciente. En especial, los grupos de empresa. *Elena Desdentado Daroca* • La cesión ilegal de trabajadores a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Ángeles Ceinos Suárez* • El principio de condición más beneficiosa a la luz de la última Jurisprudencia. *Carolina Gala Durán* • Vigilancia empresarial y protección de datos: Doctrina jurisprudencial. *José Luis Goñi Sein* • Una semblanza en relación con la reciente Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en materia retributiva. *Emilio de Castro Marín* • Transmisión de empresa, relaciones triangulares de trabajo y sistema multinivel de garantías: “Bamboleos” de una Jurisprudencia Social ¿en espera del legislador? *Cristóbal Molina Navarrete* • Licencias retribuidas, reducciones de jornada, suspensiones, excedencias: Un balance de Jurisprudencia. *Lucía Martín Rivera* • La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre despido individual en la última década. *Raquel Aguilera Izquierdo* • El despido colectivo. Balance de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (2013-2019). *Martín Godino Reyes* • La libertad sindical en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Faustino Cavas Martínez* • La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diego Álvarez Alonso* • El convenio colectivo estatutario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Principales líneas interpretativas. *Ana de la Puebla Pinilla* • El fin de la ultraactividad del convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo. *María Antonia Castro Argüelles* • Jurisprudencia de la última década de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de derecho de huelga: Un balance. *Carlos L. Alfonso Mellado* • II. DOCUMENTOS: Conclusiones generales del XXIX Congreso de la AEDTSS, celebrado en Salamanca. *Enrique Cabero Morán*.

ISSN 2254-3295



9177225413295031