

Presentación del número 1/2024 de la Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)

Antonio V. Sempere Navarro

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

Ángel Arias Domínguez

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

María Areta Martínez

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

En este primer número del sexto año de la Revista son comentadas, como es habitual, diez resoluciones jurisdiccionales de actualidad en el ámbito social del Derecho.

La **STJUE (Sala Primera) de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22)** entiende que la negativa empresarial a aplicar ajustes razonables para favorecer la permanencia en la empresa tras la declaración de incapacidad permanente de la persona trabajadora puede convertir en discriminatoria la extinción del contrato por esta causa. Da cuenta de ella *Pilar Rivas Vallejo*, que subraya la asimilación de esta circunstancia con la de discapacidad, por lo que la decisión extintiva automática que se adopte sin agotar previamente todas las posibilidades de reubicación en la empresa puede considerarse irrazonable.

El *Director de RJL* analiza la **STS-CONT 1752/2023, de 21 de diciembre**, que aborda cómo se calcula la base de cotización en el contrato de relevo. El art. 215.2.e) LGSS precisa que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Lo singular de esta resolución es que especifica que ese 65% se refiere a la base de cotización que tenía la persona relevada antes de reducir su jornada (entre un 25% y un 75%).

De los varios aspectos interesantes de la **STS-SOC 962/2023, de 8 de noviembre** (extensión del derecho de huelga; deber de negociar un convenio colectivo, etc.) probablemente sea el del esquirolaje interno y externo el más interesante de todos. *José Luis Monereo Pérez* se centra en este último, concluyendo que el hecho de que la empresa hubiese contratado rutas alternativas de reparto a cargo de una empresa externa no constituye una conducta de esquirolaje, por dos razones. En primer lugar,

porque queda acreditado que el empleo de dicho método de cobertura de las necesidades de la empresa se utilizaba con anterioridad al conflicto laboral, y, en segundo lugar, porque este método se empleaba únicamente para la cobertura de vacaciones o enfermedad del personal propio, identificando siempre dichas situaciones.

Juan Martínez Moya reseña la **STS-SOC 964/2023, de 8 de noviembre**, que examina si las multas procesales por temeridad pueden imponerse a los sindicatos, apreciando que sí es posible si se acredita que efectivamente han obrado de mala fe o con temeridad, con independencia de que el condenado a su abono, el propio sindicato, goce del beneficio de justicia gratuita. Naturalmente la imposición requiere que se respete el principio de audiencia, y se garanticen los presupuestos de razonabilidad, justificación y proporcionalidad de la multa.

La **STS-SOC 986/2023, de 21 de noviembre**, escrutada por *Faustino Cavas Martínez*, repasa cómo se devenga el disfrute acumulado del permiso por lactancia cuando se concentra en jornadas completas en el trabajo a tiempo parcial. Se ha de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo-, por el número de horas de trabajo que integran la jornada diaria de la persona trabajadora, aunque de esta fórmula resulte, para quienes trabajan a tiempo parcial, mayor número de días laborales acumulados de permiso retribuido que para las personas que trabajan a tiempo completo.

La determinación del momento para medir la representatividad a efectos de legitimación negociadora es el asunto que afronta la **STS-SOC (Pleno) 1053/2023, de 30 de noviembre**, estudiada por *Francisco Vila Tierno*. Valorando la regla general que determina que el momento que debe tenerse como referencia para la determinación de la legitimación negociadora de una organización sindical es el de constitución de la comisión negociadora, siendo irrelevantes los cambios que sobre tal representatividad se produzcan con posterioridad a tal hecho, matiza que en supuestos excepcionales cabría actualizar aquella concreción inicial, especialmente cuando se negocia algo de carácter absolutamente novedoso.

La **STS-SOC 1123/2023, de 12 de diciembre**, abordada por *Carlos Hugo Preciado Domènech*, debate sobre la imposición de las costas en el proceso social a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, entendiéndose que en tanto que beneficiarias del derecho de justicia gratuita no pueden ser condenadas en costas.

El despido nulo de una trabajadora embarazada puede ser objetivo, o por lesión de sus derechos fundamentales. Las consecuencias procesales y laborales son idénticas para ambos supuestos, reservándose la acción por una indemnización adicional por daño moral únicamente cuando el despido se produce con lesión de derechos fundamentales, circunstancia que no se presume en los supuestos en los que el despido coincide en el tiempo con el embarazo. Esta es la distinción de supuestos que organiza la **STS-SOC 1148/2023, de 12 de diciembre**, comentada por el *Subdirector* de RJL.

María Areta Martínez repasa la **SAN-SOC 138/2023, de 20 de diciembre**, que precisa que el plazo de preaviso de cinco días para la distribución irregular de la jornada (tanto para la determinación de su número, como para la distribución de las horas) es un mínimo de Derecho necesario que no puede ser reducido por la negociación colectiva, de lo que se deriva la nulidad de la distribución convencional que fija un plazo de preaviso inferior a 5 días (en este caso, 24 horas).

La última resolución comentada en este número de *RJL* es la **STSJ-SOC Castilla-La Mancha (Albacete) 1517/2023, de 2 de noviembre**, que trata sobre videovigilancia de los trabajadores. *Susana Rodríguez Escanciano* destaca su doctrina básica sobre las posibilidades de una monitorización permanente y constante de la persona trabajadora en el puesto de trabajo, entendiéndose que aunque las posibilidades de control que patrocina el art. 20.3 ET habilitan que la empresa adopte un amplio

abanico de medidas de control, de la vigencia y operatividad del principio de proporcionalidad en esta materia se deduce la ilicitud de la implementación de un mecanismo de control permanente que realice un seguimiento constante y exhaustivo de todos, o la mayor parte, de los movimientos del trabajador, incluso de sus gestos.

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

Pilar Rivas Vallejo

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

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

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

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial

ECLI: ECLI:EU:C:2024:53

Fuente: Curia.europa.eu

Ponente: Thomas von Danwitz

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

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

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

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

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

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

V. Normativa aplicable al caso

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

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

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

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

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

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

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

VI. Doctrina básica

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

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

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

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

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

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

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

VII. Parte dispositiva

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

IX. Comentario

1. La resolución administrativa no tiene efectos automáticos

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

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

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

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

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

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

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

3. Jurisprudencia previa de la Sala IV

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

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

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

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

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

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

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

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

X. Apunte final

El efecto «dominó» de la STJUE de 18/1/2024 exige la reforma del conjunto normativo descrito (arts. 48.2 y 49.1 e) ET y art. 7.1 RD 1300/1995), que, no obstante, ya se deducía del marco normativo nacido a partir de la propia Directiva 2000/78 como de la LDPDIS, y, por consiguiente, venía requerido por este. Dicha reforma resultaría compatible con la dicción del art. 200.2.2º LGSS, en cuanto este dispone la revisión de la situación de incapacidad permanente en todo momento como consecuencia del ejercicio de un trabajo, por cuenta propia o ajena, a los solos efectos de valorar un posible cambio de la capacidad funcional, y no de extinguir la situación de manera automática. Pero convertiría a la causa del art. 52 a) ET en la única habilitante de la decisión extintiva empresarial y, por consiguiente, con carácter indemnizado.

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

La base de cotización en el contrato de relevo.

Antonio V. Sempere Navarro

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

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

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

ECLI:ES:TS:2023:5897

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: Carece.

III. Problemas suscitados. Hechos y antecedentes

1. Cambiante interpretación administrativa

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

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

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

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

2. Resolución de la TGSS recurrida

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

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

3. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso.

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

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

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

4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Posición de las partes

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

1. La Comunidad Autónoma recurrente

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

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

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

2. La Tesorería General de la Seguridad Social

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

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

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

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

V. Normativa aplicable al caso

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

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

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

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

2. Ley General de Seguridad Social de 2015

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

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

[...]

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

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

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

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

3. Estatuto de los Trabajadores de 2015

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

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

4. Reglamento general de cotización

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

VI. Doctrina básica

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

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

1. Interpretación literal

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

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

2. Interpretación histórica

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

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

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

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

3. Interpretación teleológica

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

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

4. Interpretación sistemática

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

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

VII. Parte dispositiva

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

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

IX. Comentario

1. Jurisprudencia social concordante

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La correspondencia entre bases de cotización

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

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

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

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

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

X. Apunte final

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

Referencias:

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

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

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

José Luis Monereo Pérez

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

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

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

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

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

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

ALF ROSS^[1]

I. Introducción

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

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

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

ECLI:ES:TS:2023:4791

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

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

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

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

IV. Posición de las partes

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

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

V. Normativa aplicable al caso

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

Derecho a la negociación colectiva, artículo 37.1 CE.

Derechos de información Artículo 64 ET.

Artículo 2.1.d) LOLS.

Artículos 7.7 y 40.1.b LISOS.

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

VI. Doctrina básica

Se plantea a examen de tres Motivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Parte dispositiva

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

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello, porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma. La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE. La tecnología es una realidad de relevancia jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, aunque tampoco puede considerarse neutra. Es así que será el uso que se haga de la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad.

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

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

Con todo, esta sentencia viene a admitir el esquirolaje tecnológico mediante la sustitución interna de trabajadores y la utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga. La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: ni la Constitución ni la jurisprudencia obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. En definitiva, “*la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma*”.

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga: “*el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos*”. Además, “*la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo*”. En consecuencia, “*no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. Apunte final

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

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

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

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

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

Referencias:

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

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

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

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

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

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

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

Juan Martínez Moya

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social).

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

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

ECLI:ES:TS:2023:4910

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El contexto litigioso

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

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

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

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

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

2. Marco procesal

Ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

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

Ante el Tribunal Supremo (recurso de casación ordinario)

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

IV. Posición de las partes

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

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

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

V. Normativa aplicable al caso

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

Artículo 75.4:

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

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

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

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

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

VI. Doctrina básica

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

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

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

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

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

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

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

VII. Parte dispositiva

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

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

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos jurídicos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La jurisprudencia social sobre el artículo 97.3 LRJS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. Apunte final

El contenido de esta sentencia proyecta varios escenarios de reflexión:

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

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

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

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

Referencias:

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

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

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

Faustino Cavas Martínez

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

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

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

ECLI:ES:TS:2023:5160.

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

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

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

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

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

IV. Posición de las partes

1. Posición de la partes recurrente y recurrida

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

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

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

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

2. Posición del Ministerio Fiscal

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

V. Normativa aplicable al caso

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

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

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

VI. Doctrina básica

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

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

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

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

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

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

VII. Parte dispositiva

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

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

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

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

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

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

X. Apunte final

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

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

Referencias:

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

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

Francisco A. Vila Tierno

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

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

Palabras clave: *Legitimación negocial. Representatividad sindical.*

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

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

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

ECLI:ES:TS:2023:5444

Fuente: CENDOJ.

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

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

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

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

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

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

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

IV. Posición de las partes

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

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

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

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores:

“Artículo 87. Legitimación.

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

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

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

Artículo 88. Comisión negociadora.

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

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

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

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

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

- Ley Orgánica de Libertad Sindical

"Artículo segundo.

1. La libertad sindical comprende [...]

d) El derecho a la actividad sindical.

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

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

Artículo octavo [...]

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

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

VI. Doctrina básica

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

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

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

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

VII. Parte dispositiva

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

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

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

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. Apunte final

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

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

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

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

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

Referencias:

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

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

Carlos Hugo Preciado Domènech

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

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

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

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

Keywords: *Costs. Social Security Management Entities.*

I. Introducción

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo

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

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

ECLI:ES:TS:2023:5368

Fuente: CENDOJ

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

IV. Posición de las partes

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

La parte actora no presentó escrito de impugnación

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

-Art. 235 LRJS

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

- Art.42.1c) y art.294.1 LGSS

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

VI. Doctrina básica

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

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

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada contiene el siguiente fallo

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

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

3. No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

X. Apunte final

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

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

Ángel Arias Domínguez

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

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala IV.

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

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

ECLI:ES:TS:2023:5502

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

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

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

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

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

IV. Posición de las partes

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

V. Normativa aplicable al caso

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

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

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

VI. Doctrina básica

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

VII. Parte dispositiva

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

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

X. Apunte final

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

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

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

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

María Areta Martínez

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

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

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

ECLI:[ES:AN:2023:6622](#)

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicato STR)

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

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

2. La parte demandada (empresa)

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

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

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

3. Ministerio Fiscal

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

V. Normativa aplicable al caso

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

Normativa vigente aplicable al caso:

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

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

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencia aplicable al caso:

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

VI.Doctrina básica

La Sala de lo Social de la AN dictamina:

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

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

VII. Parte dispositiva

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

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

VIII. Comentario

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

1. Consideraciones previas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Varias consideraciones al respecto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a abrir con carácter urgente un proceso de diálogo social que culmine con la modificación del artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como de todas aquellas disposiciones pertinentes, para incorporar una reducción de la jornada laboral de aplicación progresiva, empezando por la fijación, para este año 2024, de una jornada máxima ordinaria de trabajo efectivo de 38 horas y media.

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

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

Susana Rodríguez Escanciano

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

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

Palabras clave: *Cámaras. Poder de control. Intimidación. Protección de datos.*

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

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

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

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

ECLI:ES:TSJCLM:2023:2455

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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

Los hechos probados pueden resumirse en los siguientes hitos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Posición de las partes

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

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos inciden en el supuesto aquí enjuiciado:

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

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

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

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

VI. Doctrina básica

El Tribunal Superior de Justicia alcanza seis conclusiones esenciales:

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

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

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

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

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

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

VII. Parte dispositiva

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

VIII. Pasajes decisivos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. Comentario

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

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

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

X. Apunte final

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

Referencias:

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