



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

IMPLICACIONES PROCESALES DE LAS REFORMAS DEL MERCADO DE TRABAJO

NÚMERO 9, SEPTIEMBRE DE 2018

JUDICIALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

José Luján Alcaraz

LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO DEL ART. 124 LRJS

Faustino Cavas Martínez

EL CESE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Alejandra Selma Penalva

ALCANCE Y CONSECUENCIAS DE LA (PARCIAL) SUPRESIÓN DE LA RECLAMACIÓN
ADMINISTRATIVA PREVIA A LA VÍA JURISDICCIONAL SOCIAL

Francisca María Ferrando García

STANDING OF UNIONS AND COMPETENT COURT ON SOCIAL CLAUSES IN PROCUREMENT PROCEEDINGS

José María Ríos Mestre

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES
EN EL RETA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Ma. Monserrate Rodríguez Egío

ASPECTOS CRÍTICOS DEL PROCESO LABORAL Y EL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO

Joaquín Torró Enguix

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



Centro de Estudios
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY
EDITORIAL DYKINSON



DIRECTORA

Pilar Núñez–Cortés Contreras

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Centro de Estudios Sagardoy
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola Andalucía*

EDITORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

SECRETARIA

Amanda Moreno Solana

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)*

MIEMBROS

María del Mar Alarcón Castellanos

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
Université Bordeaux (Francia)*

Marie Cécile Escande-Varniol

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Santiago García Echevarría

*Catedrático de Política Económica de la Empresa
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht Ludwig-Maximilians
Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela*

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

Mariano Sampedro del Corral

Magistrado del Tribunal Supremo

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Michele Tiraboschi

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de

Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT

Jorge Tua Fernández

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Valdés Dal-Ré

Magistrado del Tribunal Constitucional

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma (Madrid)

COMITÉ EDITORIAL

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón

Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)

DIRECTOR

Martín Godino Reyes

Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco

Director del Servicio de Estudios de Randstad Research

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Vigo*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)

Teresa Cervera Soto

Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo

Martin Fröhlich

Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)

Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

José Antonio Marcos Herrero

*Abogado, Director de Recursos Humanos
de Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*

José Manuel Martín Martín

Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)

Ana Matorras Díaz-Caneja

*Profesora Agregada
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Rocío Molina González-Pumariega

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Horacio Molina Sánchez

*Profesor Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía*

Amanda Moreno Solana

Profesora Doctora, Universidad Carlos III (Madrid)

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)

Vicente Pérez Menayo

Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica

Anselmo Presencio Fernández

Director Recursos Humanos, Persan

Iván Rodríguez Cardo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo

Carmen Sáez Lara

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba

Lavinia Serrani

Editorial Coordinator of ADAPT International,

*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro
e sulle Relazioni industriali (Italia)*

Francesca Sperotti

*Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT,
Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro
e sulle Relazioni industriali (Italia)*

Helmut Weber

Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Jesús Cruz Villalón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

José Manuel del Valle Villar

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)*

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Risa L. Lieberwitz

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Cornell University, ILR School (USA)*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III (Madrid)*

Jesús Nicolás Ramírez Sobrino

*Profesor Titular de Área de Comercialización e Investigación de Mercados
Universidad Loyola Andalucía*

Eduardo Rojo Torrecilla

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

Tatsiana Ushakova

Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas

Teresa Velasco Portero

*Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía*

CORRECCIÓN Y DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

www.runica.es

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la Revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 9, SEPTIEMBRE 2018

«IMPLICACIONES PROCESALES DE LAS REFORMAS DEL MERCADO DE TRABAJO»

COORDINADORES

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA
JOSÉ LUJÁN ALCARAZ



PRESENTACIONES

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA
MARTÍN GODINO REYES

ARTÍCULOS

Judicialización de las medidas de flexibilidad interna

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124 LRJS

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

**El cese en la prestación de servicios para la Administración pública.
Diferencias y similitudes entre la jurisdicción social y la contencioso–administrativa**

ALEJANDRA SELMA PENALVA

**Alcance y consecuencias de la (parcial) supresión de la reclamación
administrativa previa a la vía jurisdiccional social**

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

Standing of unions and competent court on social clauses in procurement proceedings

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

**La tutela judicial de los daños derivados de contingencias profesionales
en el RETA en supuestos de concurrencia de actividades empresariales**

M^a. MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

Aspectos críticos del proceso laboral y el expediente judicial electrónico

JOAQUÍN TORRÓ ENGUIX

INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Todos los estudios que se presentan en este número se han realizado dentro del marco del Proyecto de Investigación DER2016–78123–R, sobre “Implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013–2016.

PRESENTACIONES

La amable invitación para presentar este número 9 de la Revista Derecho Social y Empresa me provoca un doble motivo de satisfacción. El primero, porque la excelencia de los autores y el riguroso tratamiento de los temas abordados me permiten constatar nuevamente que esta todavía joven Revista se ha abierto ya sin duda alguna un hueco importante en el panorama de las revistas españolas especializadas en el ámbito laboral, logro que hay que valorar en lo que merece teniendo en cuenta la riqueza y calidad de las publicaciones periódicas dedicadas en España al área social del derecho, posiblemente sin igual en ningún otro país de nuestro entorno europeo.

El segundo motivo de satisfacción se encuentra en el hecho, casi un acontecimiento, de que una Revista jurídica laboral dedique un número monográfico a cuestiones de naturaleza procesal, como ocurre en el que ahora se presenta. No es ocioso recordar que el juez de trabajo y, con él, el proceso laboral en España, nacen muy poco después que las primeras normas sustantivas laborales, de manera que nuestra disciplina no sería reconocible sin la intensa, constante y enriquecedora relación entre las normas laborales y su aplicación a través del proceso de trabajo. Por eso mismo el papel del Juez social en el desarrollo y creación del Derecho del Trabajo ha sido, y creo que sigue siendo, extraordinario, hasta el punto de que es en el proceso laboral y a través del mismo donde han surgido una buena parte de las ideas y principios laborales que hoy consideramos como directrices irrenunciables para nuestra disciplina.

El desarrollo y garantía de los derechos de los trabajadores en España no habría sido el mismo sin la imprescindible colaboración de un proceso laboral como el nuestro, que ha sido ejemplo de eficacia en la resolución de los conflictos por su sencillez, reducidos costes, celeridad y calidad del enjuiciamiento.

Visto desde un jurista práctico, con el prisma de la propia experiencia personal de un abogado laboralista en ejercicio desde hace muchos años, la importancia de conocer en profundidad el funcionamiento del proceso laboral es incuestionable. No solo porque, como luminosamente ha dicho el Tribunal Constitucional en alguna ocasión, los derechos hay que hacerlos valer a través del proceso y no “a pesar” del proceso, sino porque la experiencia enseña que el adecuado conocimiento y manejo de las normas procesales es decisivo en una parte no menor del resultado de los procedimientos judiciales, de forma que para el abogado obligado a defender con solvencia a su cliente resulta esencial ese acercamiento en profundidad al proceso laboral.

Las cuestiones que se abordan en este número de la Revista son de extraordinaria trascendencia. Con la diligente coordinación de la Profesora Francisca María Ferrando Gar-

cía, que además participa también con la autoría de uno de ellos, se ofrecen a lector un conjunto de artículos sobre diversos aspectos procesales que han sido objeto de creación, modificación o reconfiguración al hilo de las profundas reformas sustantivas del mercado de trabajo acometidas en los últimos años. Cada uno de ellos merecería una glosa específica, pues plantean problemas y aspectos que ofrecen indudable interés para el jurista, pero como la Profesora Ferrando García ya adelanta en su presentación una referencia particular a su contenido, no me queda más que recomendar su lectura, felicitar a la coordinadora y a los autores por el extraordinario número que han conseguido dar a luz y, también agradecer a la dirección de la Revista la elección del tema y la decisión de poner el derecho procesal del trabajo en el centro del debate y la difusión entre los laboristas.

Y, desde luego, esperar que los lectores juzguen interesante el resultado y sigan encontrando en la Revista de Derecho Social y Empresa una fuente de información y conocimiento.

MARTÍN GODINO

Madrid, 2018

El presente número recoge los resultados de los trabajos realizados por profesorado de la Universidad de Murcia y profesionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en ejecución del Proyecto DER2016-78123-R, sobre “Implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

El objetivo de esta obra colectiva es analizar la repercusión de las reformas sustantivas laborales en el ámbito del proceso laboral y a la inversa. La hipótesis de partida viene dada por una vieja máxima que en 1893 formulara el jurista inglés H. S. MAINE, según la cual el derecho material brota de los intersticios del proceso. Frente a una imposible separación radical entre derecho sustantivo y derecho procesal, los juristas saben de la necesidad de coordinación entre la regulación positiva de los derechos y el procedimiento judicial que, en su caso, debe seguirse para hacerlos efectivos. Y, muy especialmente, lo saben los juristas de trabajo, pues la historia del Derecho laboral sustantivo corre paralela a la historia del Derecho procesal laboral, como evidencia un somero repaso a los principales hitos normativos en esta rama del ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, no solo de explicar el contenido de las normas para así facilitar su interpretación y aplicación, sino fundamentalmente de comprobar si la interacción de unas y otras sirve al propósito reformista del legislador y, en su caso, cómo debería asegurarse este resultado.

De acuerdo con lo expuesto, se examina, en primer lugar, la relación entre las normas sustantivas en materia de flexibilidad interna y su traslación al plano procesal, tomando como institución de referencia la modalidad procesal de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor regulada en el art. 138 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (LUJÁN ALCARAZ).

De entre las cuestiones que suscita la regulación de los despidos colectivos y la modalidad procesal regulada en el art. 124 LRJS, el estudio “La legitimación en el proceso de impugnación del despido colectivo del art. 124 LRJS” (CAVAS MARTÍNEZ), viene a esclarecer tan compleja materia a la luz de la doctrina judicial, atendiendo a la diversidad de acciones que el precepto contempla en orden a la impugnación de los despidos colectivos (a instancia de la representación de los trabajadores o de la autoridad laboral)

o al reconocimiento de la procedencia de la decisión extintiva por parte de la propia empresa.

También en relación con los despidos por motivos económicos, si bien en el concreto ámbito de las Administraciones públicas, la obra examina la aplicación judicial de la Disp. Adic. 16ª 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, principalmente a raíz de la doctrina del TJUE en el caso *Diego Porras*, advirtiendo del distinto tratamiento jurídico que nuestra jurisprudencia viene ofreciendo en los órdenes social y contencioso-administrativo en lo que atañe al cese de los trabajadores “indefinidos no fijos” y de los interinos por vacante (SELMA PENALVA).

Ahora bien, la incidencia de las normas sustantivas en el ámbito procesal no se limita a las reformas de la legislación estrictamente laboral, pues también las normas administrativas han afectado a la tutela de los derechos sustantivos de los trabajadores que prestan sus servicios para una Administración pública, como se pone de manifiesto en la colaboración sobre el “Alcance y consecuencias de la (parcial) supresión de la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social” (FERRANDO GARCÍA), en la que se trata de dar respuesta a los interrogantes que suscita la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía judicial laboral, efectuada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en cuanto al alcance de dicha supresión en función de la naturaleza de la resolución impugnada y de la materia sobre la que versa, y los efectos y riesgos que comporta el eventual planteamiento potestativo de dicha reclamación previa cuando no es obligatoria, en lo que concierne a la caducidad de la acción.

Otra de las normas administrativas con repercusión en el ámbito laboral es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que otorga especial relevancia a las cláusulas sociales en el ámbito de la contratación pública. Pues bien, el estudio “Standing of unions and competent court on social clauses in procurement proceedings” (RIOS MESTRE), trata sobre el control de la implementación y cumplimiento de estas cláusulas y defiende la función de tutela que en este punto pueden desempeñar los tribunales del orden social, la inspección de trabajo y los sindicatos, dado que constituyen, por antonomasia, los órganos, instituciones y organizaciones llamadas a proteger los intereses de los trabajadores, mientras que los órganos administrativos de contratación carecen, con carácter general, de formación específica en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

La atribución de competencia al orden social, en virtud de la LRJS, respecto de los conflictos relacionados con el trabajo autónomo, la reclamación por daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, así como en materia de prevención de riesgos laborales, genera

ciertas dudas en cuanto al orden jurisdiccional competente para conocer de las acciones por daños derivados de contingencias profesionales en el trabajo autónomo en situaciones de concurrencia de actividades profesionales, sin que exista una doctrina judicial clara y unánime al respecto, de ahí la necesidad de aportar los parámetros sustantivos que han de servir como criterio orientativo en la determinación del orden competente (RODRÍGUEZ EGÍO).

En fin, este número se cierra con un estudio de particular interés para los profesionales del Derecho, en cuanto aborda los retos que plantea el desarrollo del proceso social en el entorno digital, cuestionando la suficiencia y adecuación de la actual regulación para atender a las necesidades y exigencias de tramitación, en orden a preservar las garantías y derechos de los intervinientes en el mismo y a facilitar la labor del juzgador (TORRÓ ENGUIX).

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
FRANCISCA FERRANDO GARCÍA
Murcia, 2018

ARTÍCULOS

JUDICIALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de Recepción: 6/07/2018

Fecha de Aceptación: 13/07/2018

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS IMPLICACIONES PROCESALES DE LA REFORMAS LABORALES SUSTANTIVAS. II. LA PERMANENTE DEMANDA DE FLEXIBILIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO. III. LA “FLEXIBILIDAD INTERNA” EN LA ÚLTIMA GRAN REFORMA LABORAL. IV. LA MODALIDAD PROCESAL DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA, MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO, SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O DERIVADAS DE FUERZA MAYOR.

RESUMEN: Bajo la consideración general del protagonismo del derecho procesal del trabajo para, junto con el derecho sustantivo, hacer del Derecho del Trabajo el ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección de las desigualdades de que habla el Tribunal Constitucional, el presente trabajo trata de poner de relieve precisamente cómo las reformas de la legislación sustantiva requieren de la correspondiente reforma procesal para llegar a ser efectivas. Para ello se toma como institución de referencia la modalidad procesal de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

ABSTRACT: This study focus the role of the labour procedure in order to identify the Labour Law as tool to correct the inequalities between workers and entrepreneurs. In particular, the work wants to put highlight precisely how reforms of substantive legislation require the corresponding procedural reform to become effectives. Under this topic, here we analyzes the special process of geographical mobility, substantial modifications of working conditions, suspension of the contract and reduction of time working.

PALABRAS CLAVE: Proceso laboral, reforma laboral, flexibilidad, modificación sustancial de condiciones de trabajo.

KEY WORDS: Labour procedure, labour reform, flexibility, substantial modifications of working conditions.

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS IMPLICACIONES PROCESALES DE LA REFORMAS LABORALES SUSTANTIVAS

Todo el mundo es consciente de que la sucesión de reformas laborales sustantivas que ha transformado el Derecho del Trabajo español durante la segunda década del presente siglo ha tenido una repercusión honda en el ámbito del proceso laboral. Y es que, una vez más, se ha vuelto a comprobar que, como sostuvo MAINE, el derecho sustantivo brota de los intersticios del proceso.

Aunque el ordenamiento laboral tiene como característica típica el estar sujeto a lo que PALOMEQUE LÓPEZ ha llamado una “reforma laboral permanente”, es lo cierto que al socaire de la crisis económica mundial que se inicia en 2008 –y pretendidamente como reacción y paliativo de la misma– esa característica de intensa movilidad ha alcanzado cotas verdaderamente extraordinarias en este último decenio. Extraordinarias tanto en la cantidad de la producción normativa, como en la profundidad y extensión de las alteraciones del marco regulador de la relaciones laborales. A decir verdad, más que de movilidad podría hablarse de volatilidad de la legislación laboral de la crisis económica.

La capacidad transformadora de las sucesivas leyes de reforma laboral ha sido tal que ninguna parcela del ordenamiento laboral ha quedado al margen de ellas. Y como no podía ser de otra forma, esas reformas sustantivas necesariamente han tenido su correlato en el ámbito procesal.

En su día la STC 3/1983, de 25 de enero, explicó muy bien el porqué de esa correspondencia. A saber: porque el Derecho del Trabajo está constituido “como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales”; y a esa “finalidad sirven no solo las normas sustantivas, sino también las procesales”. La idea fuerza es, por tanto, que el Derecho procesal no es mero “conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, (sino que) ambos son realidades inescindibles, actuando aquel como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por este”.

De este modo –concluye el máximo intérprete de la Constitución–, las formas procesales aparecen “estrechamente conectadas con las pretensiones materiales deducidas en juicio, de forma que en su consagración traducen una determinada manera de compren-

der las situaciones sustanciales contempladas y su finalidad se dirige a la satisfacción de los principios inspiradores del ordenamiento que las regula. La indicada desigualdad del trabajador se corrige, por tanto, también mediante normas procesales, cuyo contenido expresa diferencias jurídicas que impiden o reducen la desigualdad material y que no pueden recibir una valoración negativa, en la medida en que la desigualdad procesal establecida aparezca razonablemente ligada a tal finalidad y sea proporcionada a la desigualdad material existente”.

La simple lectura del párrafo anterior explica y justifica por sí sola la necesidad de considerar cualquier reforma laboral sustantiva desde la perspectiva de las formas que, en un hipotético proceso, van servir para dotar de efectividad a los derechos reconocidos o para exigir las obligaciones comprometidas. Y permite comprender por qué existe un obvio paralelismo histórico entre las reformas sustantivas y las procesales; tanto que en algún caso la promulgación de un nuevo texto procesal se ha justificado por la necesidad asegurar esa correspondencia entre norma sustantiva y norma procesal. Por ejemplo, del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, dice MONTROYA MELGAR que sirvió para instrumentar “procedimentalmente la nueva ordenación contenida en el Estatuto de los Trabajadores”.

En el caso de las reformas laborales que arrancan con el RD Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (luego, Ley 35/2010), y cuyo hito principal fue la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se da, además, la muy relevante circunstancia de que precisamente en 2011 se promulgó y entró en vigor una nueva ley procesal laboral: la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Conviene reparar en el hecho de que la promulgación en 2000 de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ya aconsejaba por sí misma la aprobación de una ley procesal laboral concordada con ella, circunstancia que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, hizo ver con absoluta claridad. Sin embargo, sería la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, una norma ya de emergencia, pues trataba de salir al paso de los devastadores efectos que sobre el empleo estaba causando la crisis económica iniciada en 2008, la disposición que ordena al Gobierno aprobar en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor “un Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 (ET)”.

Se trata de un valioso ejemplo de la coordinación permanente entre norma sustantiva y norma procesal que resulta de la unidad de propósito que guía la actuación del legislador reformista y que se explica por la conexión esencial que existe entre la regulación sustantiva y procesal de los distintos institutos jurídicos.

En este contexto de reforma laboral y crisis económica, el exacto alcance de las llamadas implicaciones procesales de las reformas laborales sustantivas lo da el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (luego Ley 3/2012, de 6 de julio, del mismo título), al disponer la reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, cuando solo habían transcurrido dos meses de su entrada en vigor el 11 de diciembre de 2011. Una vez más, la modificación de las instituciones laborales sustantivas exigió del complemento procesal. Y es que, como con extraordinaria concisión explica MONTOYA MELGAR, “en el interminable camino de las reformas laborales, el RDL 3/2012 (introdujo) cambios de gran calado en el proceso laboral (...) de acuerdo con las extensas y profundas modificaciones operadas por dicha reforma en el ámbito del Derecho sustantivo del trabajo”.

II. LA PERMANENTE DEMANDA DE FLEXIBILIDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

La exigencia de una mayor flexibilidad es un tema recurrente –y seguramente estructural– en Derecho del Trabajo. Desde la promulgación de su versión original en 1980, y con independencia de la ley concreta que lo soporta (Ley 8/1980, RD Leg. 1/1995, RD Leg. 2/2015), el Estatuto de los Trabajadores ha sido modificado alrededor de setenta veces; y la gran mayoría de ellas lo ha sido bajo el designio de la flexibilidad. En realidad, la necesidad de dotar de mayor flexibilidad al contrato de trabajo es coetánea de la misma promulgación de un texto normativo que, al parecer, nació ya desfasado. A principios de los años ochenta del pasado siglo XX, y como consecuencia inmediata de la crisis económica del momento y del desempleo masivo que acarreó, se inician dos fenómenos que van a alterar definitivamente las bases sobre las que se construyó el Derecho del Trabajo clásico. Por una parte, en efecto, se empieza a vislumbrar el cambio de modelo productivo sobre el que se había levantado el Derecho del Trabajo en los decenios siguientes a la Segunda Guerra Mundial, transformación que la revolución informática vino a confirmar y que desde entonces no ha hecho más que acentuarse hasta alcanzar cotas inimaginables hace unos pocos años (Industria 4.0, *Big Data*, digitaliza-

ción, robotización). Por otra, en esos mismos primeros años ochenta se asiste a un cambio fundamental en las políticas económicas (singularmente en Reino Unido y Estados Unidos) que antepone el crecimiento económico al pleno empleo y a la justicia social en la asignación de los recursos.

La *flexibilidad* de las relaciones laborales no es, sin embargo, una noción unívoca y puede predicarse, al menos, de tres momentos diferentes del devenir de cada concreta relación de trabajo: a) como presupuesto de la misma, en el sentido de facilitación para el acceso al empleo, b) como característica del desarrollo de la relación durante el periodo de su vigencia, y c) como rasgo apreciable en el acto de extinción de una relación laboral. Y curiosamente, aunque en último término los distintos legisladores se han servido principalmente de recetas elaboradas en el marco teórico de la primera y de la tercera acepción (fomento de contratación temporal, despido-exprés, reducción del coste económico del despido, tipología y definición de causas de extinción), conceptualmente siempre se ha postulado como ámbito preferente para lograr el objetivo deseado la llamada *flexibilidad interna*.

Muy posiblemente sea la reforma laboral instrumentada en 1994 el hito reformista que mejor pone de relieve lo que se dice. Bajo la consideración de que “es quizás en el desarrollo de las relaciones laborales donde la necesidad de flexibilidad se hace más patente”, la Ley 11/1994, de 19 mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, reconfiguró el régimen jurídico de la modificación del contrato de trabajo ampliando de manera muy notable los poderes modificativos del empresario. Para ello, y entre otras medidas, la reforma, a) instauró un régimen de clasificación profesional flexible, por categorías, grupos o niveles retributivos, cuya concreción se dejó en manos de la negociación colectiva (al tiempo, se decretó el fin de la vigencia de las Ordenanzas Laborales, b) fijó la regla de la equivalencia entre categorías profesionales, 3) autorizó el pacto novatorio individual para la realización de funciones correspondientes a categorías no equivalentes, 4) amplió el elenco de causas justificadoras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo incluyendo, junto a las tradicionales causas técnicas, organizativas o de producción, las causas económicas, 5) introdujo la distinción entre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo *individuales* y *colectivas* según su origen, asignándose a la decisión empresarial respecto de las primeras ejecutividad directa y suprimiendo el trámite de la autorización administrativa para las segundas, de modo que tras falta de acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, la decisión del empresario también vino a tener carácter ejecutivo, 6) se autorizó –contra STC 92/1992, de 11 junio– la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo establecidas en convenio colectivo referidas a

horario, turnos, sistemas de remuneración y trabajo y rendimiento mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y 7) para el supuesto especial de modificación sustancial de condiciones de trabajo que representan los traslados, se dispuso un régimen análogo, con distinción entre traslados individuales y colectivos, ejecutividad directa de los primeros y necesidad de consultas previas en los segundos (art. 40 ET).

Tan honda reforma sustantiva necesariamente había de tener traducción en el ámbito procesal. Y el propio título de la ley ya se encargó de anunciarlo con carácter general. En lo que aquí interesa debe señalarse que su art. 16 amplió el Capítulo V del Título II del Libro de la LPL-1990 para dar cabida en él, junto con las relativas a vacaciones, materia electoral y clasificaciones profesionales, a la nueva modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (Sección 4, integrada por un único artículo, el 137 bis). La explicación de la novedad procesal es muy simple: suprimida la necesidad de autorización administrativa para llevar a efecto la decisión de traslado o de modificación sustancial de condiciones de trabajo y ordenados sustantivamente ambos institutos sobre la base de su naturaleza individual o colectiva, se trataba de ajustar el cauce procesal que permitieran a los distintos sujetos implicados (trabajadores afectados, otros trabajadores, empresarios, representantes de los trabajadores) hacer valer sus pretensiones ante los órganos judiciales.

Esta regulación de la referida modalidad procesal pasó al art. 138 LPL-1995 y como tal se mantuvo hasta la derogación de dicho texto por la vigente LRJS, salvo por la mínima modificación decidida en su día por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, para posibilitar de manera excepcional el recurso frente la sentencia dictada en esta clase de proceso “en el supuesto y con los requisitos contemplados en la letra b) del apartado 1 del artículo 189”; es decir, cuando se estime la posible afectación masiva de la cuestión objeto del proceso.

III. LA “FLEXIBILIDAD INTERNA” EN LA ÚLTIMA GRAN REFORMA LABORAL

Entre 1994 y 2010 las demandas de mayor flexibilidad del modelo español de relaciones laborales, y muy especialmente de la gestión de los denominados recursos humanos de las empresas, fueron continuas y a ellas vinieron a dar respuesta parcial algunas de las

reformas acometidas durante esos quince años. No obstante, es en el contexto coyuntural y extraordinario que ofrece la crisis económica que se inicia en 2008 cuando el legislador decide actuar con verdadera voluntad transformadora de ese modelo.

En lo que ahora más interesa, debe recordarse, en efecto, que la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dedicó su segundo capítulo a las “medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada de las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”. En materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo el objetivo era dotar de mayor agilidad y eficacia al procedimiento de negociación, para lo que a) se fijó una duración máxima improrrogable de 15 días para el periodo de consultas, b) se dio solución legal al caso de inexistencia de representantes de trabajadores en la empresa, c) se potenció la utilización de los medios extrajudiciales de solución de discrepancias acordados en la negociación colectiva (aunque sin imposición de un arbitraje obligatorio), d) se ampliaron la materias objeto de modificación sustancial incluyendo la distribución del tiempo de trabajo y e) se instauró la regla según la cual, si el periodo de consultas finaliza con acuerdo, se presumen concurrentes las causas justificativas a que alude el artículo 41.1 ET, de modo que la eventual impugnación judicial solo pueda basarse en la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

A la misma finalidad flexibilizadora respondía la nueva redacción del artículo 82.3 ET, sobre “descuelgue salarial”. Las reformas introducidas en este precepto pretendían favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia del régimen salarial establecido y ello pudiera tener repercusión en el mantenimiento del empleo. Con este propósito se sustrae a los convenios colectivos sectoriales la regulación de esta materia, siendo la propia ley la que de manera más completa establece el procedimiento de inaplicación salarial y remite a la negociación a nivel de empresa, sin intervención de la comisión paritaria del convenio, aunque con posible acudimiento a medios extrajudiciales de solución de discrepancias.

Dentro de las medidas flexibilizadoras, la Ley 35/2010 también incorporó otras novedades tendentes a facilitar la adopción por el empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo. En este sentido, se reguló como instituto separado, dentro del artículo 47 ET, la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se readaptó la protección por desempleo a esta nueva situación específica de reducción de jornada, y se ampliaron los incentivos para trabajadores y empresarios vinculados a la utilización de esta medida (reposición de las prestaciones de desempleo y bonificaciones de las cotizaciones empresariales).

Desde la perspectiva de la flexibilidad interna puede llamar la atención tanto el silencio que guarda la Ley 35/2010 respecto de la necesaria reforma en clave flexibilizadora de la negociación colectiva, como la omisión de toda referencia a la repercusión procesal de las numerosas reformas sustantivas introducidas. Sin embargo, ambas lagunas tienen explicación. La primera la ofrece la misma Exposición de Motivos que acompaña a la Ley 35/2010 cuando señala que no se adoptan otras reformas legales en materia de flexibilización de la negociación colectiva para respetar el periodo que se habían dado a los interlocutores sociales “para acordar las modificaciones que crean convenientes” en dicho ámbito. El hecho de que finalmente los sujetos colectivos no alcanzaran un acuerdo al respeto –la “constatada la imposibilidad del acuerdo”– aconsejó al Gobierno la promulgación de una norma de urgencia, el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

En cuanto a la necesaria y concordante reforma procesal, el legislador de la Ley 35/2010 también era consciente de ella, aunque optó de diferirla a una reforma completa de la Ley de Procedimiento Laboral a la sazón vigente. Así, la disposición adicional decimoquinta de aquella ley dispuso que “en el plazo de 6 meses el Gobierno aprobará un proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores”. Como es sabido, el resultado de ese encargo fue la promulgación de la Ley 36/2011, 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El momento central del proceso reformista justificado por la última gran crisis económica es el que protagoniza la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (antes, RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, del mismo título). Siendo el mismo el supuesto de hecho; esto es, la desaparición de empresas a causa de la crisis, la destrucción de empleo y el crecimiento del desempleo, se entiende sin dificultad que las materias objeto de atención por el nuevo legislador reformista laboral fueran prácticamente las mismas que en 2010–2011. A saber, contratación y fomento del empleo, flexibilidad interna y externa, negociación colectiva. Las diferencias aparecen, en cambio, en la intensidad con que la reformas se plantean. La Exposición de Motivos que acompañó a la Ley 3/2012 lo revela cuando declara que el legislador actúa convencido de que la crisis económica evidencia “la insostenibilidad del modelo laboral español”. Y ello porque “los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de enver-

gadura”. Y es que, como coinciden en apreciar “todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado nuestra situación” y “los mercados internacionales”, los cambios normativos experimentados en los últimos años son insuficientes, por lo que hace falta una nueva reforma dirigida a garantizar “tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social”.

El objetivo de la reforma era la denominada *flexiseguridad* y para lograrlo las medidas propuestas estaban orientadas a fomentar la empleabilidad de los trabajadores, la contratación indefinida, la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo y a favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral.

En particular, la flexibilidad interna se trata de potenciar mediante varias medidas cuya finalidad es facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa. Por una parte, se actúa sobre el sistema de clasificación profesional, que pasa a tener como única referencia el grupo profesional a fin de facilitar la movilidad funcional ordinaria. Y, por otra, y como novedad muy relevante, se simplifica la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas y se incluye la modificación sustancial de funciones y de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización. Además, la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III ET se reconducen al mecanismo regulado en el apartado 3 del artículo 82 ET. Con la misma finalidad, y en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, la reforma pretende afianzar este mecanismo alternativo a los despidos dándole agilidad mediante la supresión del requisito de autorización administrativa y estableciendo una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos.

A diferencia de la reforma de 2010, la de 2012 sí afectó de manera directa e inmediata a la negociación colectiva, pues la misma se consideró instrumento idóneo de adaptación de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa. Y en función de dicha consideración, y entre otras novedades, se amplió la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se dio prioridad al convenio colectivo de empresa y se reguló con criterio restrictivo la ultractividad de los convenios colectivos (sobre la polémica constitucionalidad de estas y otras medidas de la reforma laboral de 2012, deben verse SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 enero).

Desde el punto de vista procesal la reforma sustantiva a que se está haciendo referencia obligó a la modificación de la novísima Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que

cuando se publica el RDL 3/2012 solo llevaba dos meses en vigor. Por una parte, para cambiar la rúbrica de la Sección 4.^a del Capítulo V del Título II de su Libro Segundo que siendo “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo” en la versión original, pasa a ser ahora “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”. Y, por otra, para dar nueva redacción al único precepto que integra esa sección, el art. 138 LRJS.

Salvo la precisión de que el posible acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores una vez iniciado el proceso no interrumpe la continuación del procedimiento (apartado 4; a diferencia de la presentación de demanda de conflicto colectivo), las novedades del precepto reformado tienen que ver con la incorporación de los supuestos de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Es decir, con una la de las instituciones sustantivas sobre las que el legislador reformista puso más énfasis a la hora de diseñar las medidas de adaptación del contrato a las cambiantes situaciones de las modernas empresas. Y es que, la pervivencia hasta esa reforma de la necesidad de autorización administrativa para llevar a efecto decisiones sobre reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor hacía que los litigios provocados por las mismas hubieran de sustanciarse a través del “procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social excluidos los prestacionales” (arts. 151 y ss. LRJS original). Tras la reforma, la supresión de la intervención administrativa obliga a abrir un nuevo cauce procesal para recurrir contra esta clase de decisiones empresariales.

Poco más de un año después, el legislador se aprovechó el RD Ley 11/2013, de 2 de agosto, de protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, para ajustar y reformular algunas de sus últimas propuestas a la vista de las enseñanzas que la puesta en práctica de la reforma estaba ofreciendo. Y entre otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores se ordenó la modificación de aquellos más directamente relativos a la flexibilidad interna: los artículos 40, 41, 47 y 82.3 ET. Básicamente, se trataba de facilitar el desarrollo de los periodos de consultas que anteceden a la toma de decisiones en todos esos supuestos cuando los mismos tiene carácter colectivo. Para ello se modifican las reglas sobre la comisión negociadora y determinación de los sujetos legitimados para actuar en representación de los trabajadores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas y se ajustaron los plazos y los tiempos.

IV. LA MODALIDAD PROCESAL DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA, MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO, SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O DERIVADAS DE FUERZA MAYOR

Como se acaba de exponer, los importantes cambios introducidos por Ley 3/2012 en el Régimen sustantivo de las instituciones que facilitan la adaptación de las condiciones de trabajo por causas que legalmente se identifican como económicas, técnicas, organizativas o de producción y fuerza mayor –principalmente la eliminación de la autorización administrativa– obligaron al legislador reformista a regular *ex novo* en una recién estrenada LRJS los cauces procedimentales necesarios para la impugnación de las decisiones empresariales.

No puede dejar de notarse a este respecto, y como manifestación patente de la conexión entre reforma laboral y reforma procesal, que la puntual intervención normativa que ahora se comenta reeditada lo ya ocurrido en su día como consecuencia de la supresión de la previa autorización administrativa en los supuestos de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo decidida por Ley 11/1994, de 19 mayo. Precisamente fue esa ley la que incorporó al Capítulo V del Título II del Libro Segundo de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 la que entonces fue su sección 4ª, rubricada “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”.

La modalidad procesal que actualmente regula el art. 138 LRJS versa sobre la impugnación por el trabajador disconforme con la decisión empresarial que le impone un traslado (art. 40.1, párrafo 4º ET), una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo (art. 41.3, párrafo 3º ET), la suspensión de su contrato de trabajo (art. 47.1 párrafo 11º ET) o la reducción temporal de su jornada de trabajo (art. 47.2 ET) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y también la impugnación de la decisión de suspensión del contrato de trabajo, previa autorización administrativa –todavía exigida en este supuesto– en caso de fuerza mayor (arts. 47.3 y 51.7 ET).

Para conocer de estas demandas, la LRJS regula un proceso especial, urgente y preferente. La urgencia con que el legislador caracteriza este proceso justifica que en el mismo no se exija conciliación o mediación previas (cfr. arts. 64.1 LRJS). Por tanto, tras la decisión empresarial, el trabajador afectado puede interponer demanda dentro del plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de aquella al propio trabajador o a sus representantes (art. 138.1 LRJS).

Contra el criterio manifestado en su día por STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008,

1391), entre otras, el legislador ha preferido por llevar a esta modalidad procesal toda reclamación en materia de traslados, modificación de condiciones de trabajo, suspensión y reducción de jornada “aunque no se haya seguido el procedimiento de los arts. 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores”. Y siendo así, junto a aquel primer plazo de caducidad a contar desde la notificación de la decisión novatoria ha sido presido fijar otro plazo –ahora de prescripción– para los casos de falta la notificación. En estos supuestos, en efecto, la acción prescribe por el transcurso del plazo de un año desde el día en que pudiera ejercitarse; es decir, el plazo del art. 59.2 ET.

De acuerdo con lo que se viene diciendo, la legitimación activa corresponde a los trabajadores afectados por la decisión empresarial. Para atender sus reclamaciones se habilita esta modalidad procesal en relación con las facultades impugnatorias que a título individual les reconocen los arts. 40.1, 41.3 y 47 ET. En cambio, las posibles reclamaciones que en el marco de un procedimiento de flexibilidad interna puedan plantear los representantes legales o sindicales de los trabajadores deben sustanciarse conforme a la modalidad de conflicto colectivo. El art. 153.1 LRJS advierte en efecto que se tramitarán a través de dicho proceso las demandas que versen sobre “una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (...)”.

La legitimación pasiva corresponde al empresario que haya adoptado la decisión impugnada. Ahora bien, como una especialidad más de este proceso, también deben ser demandados los trabajadores a quienes se hubiera atribuido preferencia sobre el demandante en el orden de la movilidad geográfica, de las modificaciones sustanciales, de la suspensión del contrato o de la reducción temporal de jornada (art. 138.2 LRJS).

Asimismo, el trabajador que se alza frente a la decisión del empresario amparada en el previo acuerdo de este con los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas está obligado a demandar a dichos representantes. Es decir, en la modalidad procesal que se considera son litisconsortes pasivos necesarios los representantes de los trabajadores cuando “tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuenta con la conformidad de aquellos” (art. 138.2 LJS).

De acuerdo con su carácter urgente, la previsión legal es que el acto de la vista se señale para dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. Pero puede ampliarse el plazo si al amparo del art. 138.3 LJS el órgano jurisdiccional acuerda recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial y demás circunstancias concurrentes.

La sentencia debe dictarse en el plazo de cinco días y es inmediatamente ejecutiva. En ella, el juez, y “según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa” deberá declarar que la decisión empresarial es “justificada” o “injustificada” (art. 138.7 LRJS, concordante con los arts. 40.1, 41.3 y 47.11 ET).

Pese a que la terminología recuerda la tradicional de “*procedente*” o “*improcedente*” en materia de despido, sus efectos no son los mismos. En primer lugar, porque en los casos en que el traslado y la modificación sustancial de condiciones de trabajo se consideran justificados, el trabajador dispone de un plazo de quince días para ejercitar la opción por la extinción indemnizada del contrato que le ofrecen los arts. 40.1 y 41.3 ET. Y, en segundo lugar, porque, si la medida empresarial se califica como injustificada, no hay opción alguna para el empresario como en los casos de despido improcedente, sino que el trabajador debe “ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo”, con derecho, además, al abono de los “daños y perjuicios que la decisión empresarial –que es ejecutiva (arts. 40.1 y 41.3 ET)– hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos” (art. 138.7 LRJS).

En estos casos, tanto el rechazo absoluto del empresario a reintegrar al trabajador en su puesto de trabajo, como el reintegro irregular reciben en el art. 138.8 LJS una regulación un tanto contradictoria. Conforme al mismo, “cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281”.

Esto es, por una parte, la negativa al reintegro se califica como incumplimiento grave del empresario que permite al trabajador solicitar del órgano judicial la extinción de su contrato con derecho a la indemnización correspondiente al despido improcedente. Pero por otra parte, se considera presupuesto para solicitar la ejecución de la sentencia, ejecución que puede desembocar en la efectiva reintegración en el lugar o condiciones de origen o, en caso de negarse a ella el empresario, en la extinción del contrato con derecho a la indemnización que corresponde al despido improcedente. En todo caso, el resultado final es el mismo, pues la resistencia contumaz del empresario a restituir al trabajador a la situación de origen aboca siempre en la extinción indemnizada.

Además de justificada o injustificada, la decisión empresarial también puede calificarse como nula si es adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas exigido en los arts. 40.2, 41.4 y 47 ET, tiene como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, se produce con violación de dere-

chos fundamentales y libertades públicas del trabajador o se produce con desconocimiento de la protección especial que tienen los derechos de conciliación de la vida personal y familiar y de protección contra la violencia de género.

Como es sabido, la diferencia entre la declaración de nulidad y la del carácter injustificado de la decisión empresarial es que la sentencia que la declara nula se ejecuta en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la ejecución prevista para el supuesto en que la decisión empresarial se califica como injustificada.

A diferencia de la sentencia que puede recaer en conflictos colectivos en los que se ventilan demandas sobre flexibilidad interna, la sentencia que pone fin a los procesos que regula el art. 138 LRJS es en principio irrecurrible. Pero existe una importante excepción, pues se admite el recurso de suplicación contra la sentencia que resuelve la demanda individual en los supuestos de movilidad geográfica colectiva (art. 40.2 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo igualmente de carácter colectivo (art. 41.4 ET) y suspensión y reducción de jornada que afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el art. 51.1 ET (art. 138.6 LJS). Y habrá que entender que también procede el recurso de suplicación cuando se trate de subsanar una falta esencial de procedimiento, en los términos que resultan del artículo 191.3 d) LJS.

En relación con esto último conviene destacar que, por su naturaleza y características, un aspecto esencial de la modalidad procesal que se examina es precisamente su relación con las eventuales demandas interpuestas por los sujetos legitimados en el proceso de conflictos colectivos cuyo objeto comprenda el de la demanda individual. En previsión de ello, el art. 138.4 LRJS contempla expresamente la posibilidad de que procesos individuales de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción temporal de jornada coexistan con un proceso de conflicto colectivo planteado frente a la decisión empresarial en la misma materia. Pero solo respecto del caso en que la demanda de conflicto colectivo es posterior a la interpuesta al amparo del art. 138 LRJS, lo que determinará que los procesos individuales queden suspendidos en tanto no se resuelva el de conflicto colectivo. No parece dudoso que el mismo tratamiento debe aplicarse en el caso en que la demanda colectiva precede a la individual. Es sabido que, a tenor del art. 160.5 LRJS, la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquel, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. Y precisamente por ello, el mismo art. 160 LRJS advierte, ahora en su apartado 6, que “la iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto”.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo: a propósito de las dos SSTJUE de 21 de septiembre de 2017”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 37, 2018.

– “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.

BARRIOS BAUDOR, G., “Impugnación de prestaciones de la Seguridad Social y de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., *Vías de reacción del trabajador frente al supuesto de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2014.

CASAS BAAMONDE, M. E., “Las reformas de 2012 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones laborales*, núm. 23–24, 2012.

DEL REY GUANTER, S., “Sobre el procedimiento de modificación sustancial de los las condiciones de trabajo”, en Goerlich Peset (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, 2016.

GALA DURÁN, C., “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la Reforma Laboral de 2012: una aproximación judicial”, en PÉREZ AMORÓS y ROJO TORRECILLA (Dirs.), *Balance de la reforma laboral de 2012*, Editorial Bomarzo, 2016.

HERRAIZ MARTÍN, M. S., “El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, 2017.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Las últimas reformas legales relativas a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y su aplicación judicial”, *Actualidad laboral*, núm. 11, 2014.

MARTÍNEZ MORENO, C., “Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 4, 2016.

MONEREO PÉREZ, J. L. “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C–429/16: Ciupa y otros y, C–149/16: Socha y otros)”, *Diario La Ley*, núm. 54, 2017.

MONTOYA MELGAR, A. (Dir.), *Curso de Procedimiento Laboral*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

ROMERO BUSTILO, A. M., “La impugnación individual de la movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2012.

VILA TIERNO, F., “La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013.

ZUMALACÁRREGUI PITA, L., “Novedades procesales en la impugnación judicial de la modalidad geográfica y de la modificación de condiciones de trabajo sustanciales”, *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, núm. 210, 2014.

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

jlujan@um.es

LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO DEL ART. 124 LRJS

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 28/05/2018

Fecha de aceptación: 6/06/2018

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. IMPUGNACIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: 2.1. Legitimación activa: A) Representación unitaria: comités de empresa, delegados de personal, comité intercentros. B) Representación sindical: secciones sindicales, delegados sindicales. C) Comisiones representativas elegidas “*ad hoc*” y comisiones “híbridas”. 2.2. Legitimación pasiva. 3. LA ACCIÓN “PREVENTIVA” O DE “JACTANCIA” DEL ARTÍCULO 124.3 LRJS. 4. PERSONACIÓN DE OTROS SUJETOS EN EL PROCESO INICIADO POR DEMANDA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES O DE LA EMPRESA. 5. SUJETOS LEGITIMADOS EN LA DEMANDA DE OFICIO DE LA AUTORIDAD LABORAL. 6. LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LAS EXTINCIONES DERIVADAS DEL DESPIDO COLECTIVO.

RESUMEN: La regulación de la legitimación, activa y pasiva, en el art. 124 LRJS es una materia bastante compleja, toda vez que dicho precepto no solo regula la acción ordinaria de impugnación del despido colectivo y la acción de reconocimiento de la procedencia del despido a petición de la empresa, sino también, en su último apartado, el proceso de impugnación de las extinciones derivadas del despido colectivo, sin olvidar la posibilidad que tiene la autoridad laboral de impugnar el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas. En este trabajo se aborda el análisis de los diversos sujetos legitimados en las

distintas vías de impugnación judicial que pueden sustanciarse para combatir el despido colectivo, con especial atención a la doctrina jurisprudencial recaída sobre la materia.

ABSTRACT: The regulation of active and passive legitimation in art. 124 LRJS is a very difficult matter, especially because that precept does not only regulate the ordinary action to fight the collective dismissal and the action to get the convalidation of the dismissal required by the company, but also the process to challenge the extinctions derived from the collective dismissal, without forgetting the possibility that the Labor Authority has to challenge the agreement reached during the consultation period. This paper analyzes the various subjects who have legitimation to act in the different procedural channels that can be substantiated to combat a collective dismissal, with special attention to the jurisprudential doctrine relapsed on the matter.

PALABRAS CLAVE: Despido colectivo, legitimación, proceso laboral.

KEY WORDS: Collective dismissal, legitimation, labor process.

1. INTRODUCCIÓN

La versión original del artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) no regulaba un procedimiento específico para la impugnación del despido colectivo, sino que se limitaba a regular –algo más extensamente que la LPL– el supuesto de declaración de nulidad de la decisión empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario, caso de no haberse tramitado la previa autorización administrativa exigida en el artículo 51 ET (versión anterior a 2012), u obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que estuviera legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se hubiera efectuado con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Pero tras el RDL 3/2012, la empresa que tenga intención de efectuar un despido colectivo habrá de observar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, sin obligación ya de solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo a la Autoridad Laboral, con la única excepción de que alegue fuerza mayor para justificar los ceses. Ahora es suficiente el acuerdo entre las partes sobre los términos en los que habrá de efectuarse el despido colectivo y, en defecto de acuerdo, la decisión empresarial resulta directamente ejecutiva. En el nuevo art. 51 ET, el papel de Administración, según el Preámbulo del RDL 3/2012, es velar por “efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento”. A petición “conjunta” de ambas partes, la Autoridad Laboral puede realizar durante el periodo de consultas “las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo”. Con la “misma finalidad”, pero en este caso a petición de “cualquiera de las partes o por propia iniciativa”, la Autoridad Laboral puede realizar “funciones de asistencia”.

Si la empresa está declarada en concurso, el despido colectivo tendrá que ser autorizado por el juez mercantil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 64.7 Ley 22/2003, Concursal (LC), mediante el correspondiente auto. La supresión del ERE laboral con autorización administrativa no ha supuesto la desaparición de la intervención autorizante del juez del

concurso, que, en caso de haber llegado a un acuerdo la administración concursal y la representación de los trabajadores, se limitará a refrendarlo, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; en caso de falta de acuerdo, resolverá con arreglo a lo dispuesto en la legislación laboral. Poniendo en concordancia el art. 64.1, párr. 2º, LC con lo previsto ahora en el reformado art. 51 ET, si después de haber remitido el empresario a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo la empresa es declarada en concurso, aquella tramitación se suspenderá, con remisión de todo lo actuado al juez que está conociendo del concurso para que se siga ante él el procedimiento previsto en el art. 64 LC.

La reforma del régimen jurídico sustantivo del despido colectivo obligó a adaptar el tratamiento procesal de esta institución, pues ya no resultaba hábil (por ausencia de acto administrativo), salvo en caso de fuerza mayor, la modalidad procesal de impugnación de actos de las Administraciones Públicas en materia laboral y de Seguridad Social, excluidos los prestacionales, prevista en los arts. 151 y 152 LRJS, en relación con el art. 2.n) LRJS que, en su nueva redacción dada por el RDL 3/2012 y confirmada por la Ley 3/2012, consagra la competencia de los órganos del orden jurisdiccional social para conocer de los litigios que se susciten “en impugnación de resoluciones administrativas de la Autoridad Laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 47 y en el apartado 7 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional”. Lo que se puede impugnar no es ya la autorización administrativa (exigible tan solo para el despido o la suspensión de contratos por fuerza mayor), sino el despido colectivo realizado por decisión del propio empresario y sin necesidad de autorización, o el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas. A tal efecto, el RDL 3/2012 creó una nueva modalidad procesal modificando la redacción del art. 124 LRJS, cuya regulación –revisada por la Ley 3/2012, el RDL 11/2013 y la Ley 1/2014– persigue, según el Preámbulo de esta, evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva. Se trata de uno de los preceptos más complejos de la LRJS y la aportación procesal más relevante de la reforma laboral de 2012.

En el presente estudio abordaremos el análisis de los sujetos legitimados para impugnar

judicialmente un despido colectivo a través de la modalidad procesal regulada en el art. 124 LRJS.

La regulación de la legitimación en el art. 124 LRJS es bastante compleja, toda vez que en dicho precepto no solo se regula la acción ordinaria de impugnación del despido colectivo y la acción de reconocimiento de la procedencia del despido a petición de la empresa, sino también, en su último apartado, el proceso de impugnación del despido individual de él derivado. Si a ello añadimos la impugnación de oficio del acuerdo alcanzado en periodo de consultas por la Administración [art. 148.b) LRJS], la controversia está servida: nada menos que cuatro vías de impugnación sobre una misma cuestión que multiplican los problemas, no ya solo de coordinación entre los distintos cauces procesales, sino que además, y ello es lo que ahora nos ocupa, complica el análisis de la legitimación en cada uno de los casos¹. Es por ello que a la hora de abordar esta cuestión diferenciaremos las distintas vías de control de la legalidad del despido colectivo, tratando los problemas de legitimación activa y pasiva en función de si estamos ante: 1) la impugnación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores; 2) la demanda interpuesta por la empresa en orden a obtener confirmación judicial de la procedencia de su decisión; 3) la demanda de oficio instada por la autoridad laboral; 4) la impugnación individual por parte de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Téngase en cuenta que, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 noviembre 2013 (rec. 52/2013), “el sistema que introduce el Real Decreto Ley 3/2012 ha alterado, al suprimir la autorización administrativa, el régimen que para la impugnación del despido colectivo regía tanto en el marco anterior a la LRJS, como en el establecido por esta. Se impugnaba entonces un acto administrativo de autorización que tenía necesariamente una dimensión colectiva y esa impugnación podía realizarse con ese carácter tanto por sujetos individuales como colectivos, como ya aclaramos en las numerosas resoluciones dictadas en el caso de la empresa Ferroatlántica (sentencias de 10 de octubre de 2006 y 14 de noviembre de 2007, entre otras). Por el contrario, en el sistema vigente en el RDL 3/2012 se distingue entre la impugnación colectiva y la individual y la primera despliega sobre la segunda los efectos propios de una pretensión colectiva: suspensión de los procesos de impugnación individual por la impugnación colectiva y efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia dictada en este último proceso [art. 124.11.b) de la LRJS en la redacción del Real Decreto Ley 3/2012]”.

.....

1 San Cristóbal Villanueva, J. M., “El proceso de impugnación del despido colectivo: legitimación activa y pasiva”, en VV.AA., *Tratado de despido colectivo* (dir. M. Godino Reyes), Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 589.

2. IMPUGNACIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

2.1. Legitimación activa

A) Representación unitaria: comités de empresa, delegados de personal, comité intercentros

El art. 124.1 LRJS aborda la legitimación activa para iniciar el proceso de impugnación del despido colectivo, que tiene por objeto cuestionar la adecuación a Derecho del despido colectivo en su conjunto. Dicha legitimación no corresponde a los trabajadores individualmente afectados por el despido, sino a los representantes de estos. La atribución de legitimación activa a los representantes de los trabajadores se hace con la finalidad de alcanzar resultados homogéneos, que no se lograrían mediante impugnaciones individuales que pueden dar lugar a sentencias contradictorias. Señala, entre otras, la STS 4ª de 18 marzo 2014 (rec. 114/2013): “No cabe duda de que los trabajadores individualmente considerados están excluidos de la acción que hace nacer el proceso del art. 24 LRJS (*sic*) y ello porque se trata de un procedimiento de carácter colectivo que, como tal, busca obtener una solución judicial homogénea para todos los afectados por la decisión empresarial objeto de impugnación”.

Establece el art. 124.1 LRJS que la decisión empresarial de despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivada de fuerza mayor “podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes”. La referencia a los representantes legales de los trabajadores se entiende hecha a la representación unitaria en el sentido amplio del art. 61 y siguientes del ET (comité de empresa, delegados de personal, comité intercentros), pero también está legitimada la representación sindical, como a renglón seguido aclara el propio art. 124.1 al referirse a la impugnación de la decisión de despido por los “representantes sindicales” si bien bajo determinadas condiciones.

La legitimación activa del comité de empresa y los delegados de personal para impugnar la decisión de despido colectivo es correlativa con su condición de legitimados para negociar en el periodo de consultas, a tenor de lo previsto en el art. 51.2 ET, en relación con el art. 41.4 ET al que expresamente remite, que establece una prioridad negociadora para las secciones sindicales que tengan representación mayoritaria en los comités de empresa o delegados de personal de los centros de trabajo afectados, que son las que conformarán la comisión negociadora, si bien, en defecto de aquellas –por inexistencia o

ausencia de representatividad o de voluntad negociadora–, la legitimación corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal, si el procedimiento afectase a un solo centro de trabajo, o al comité intercentros si la medida se extiende a más de un centro de trabajo y siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en el que se hubiera acordado su creación, y en otro caso lo hará una comisión representativa que se deberá constituir de acuerdo a las reglas allí señaladas. Obviamente, en todos estos casos será preciso que los sujetos colectivos citados no hubieran llegado a un acuerdo con el empresario durante el periodo de consultas, pues lo contrario supondría contravenir el principio general del Derecho que prohíbe *venire contra factum proprium*, aparte de que el art. 124.4 LRJS exige demandar a los firmantes del acuerdo y no resulta posible actuar como demandante y demandado en el mismo procedimiento; a no ser que en la obtención del acuerdo hubiera mediado dolo, coacción, fraude o abuso de derecho [supuesto referido en el art. 124.2.c) LRJS], y estos vicios del consentimiento hubieran sido constatados con posterioridad por quienes suscribieron el pacto, en cuyo caso habría que reconocerles seguramente la posibilidad de impugnarlo.

La necesidad de correspondencia entre el ámbito de legitimación para negociar el despido colectivo y la posterior legitimación activa para impugnar la decisión de despido colectivo por la representación unitaria de los trabajadores, se pone de manifiesto en la STS 4ª de 20 mayo 2014 (rec.166/2013), que en un supuesto en el que no existía comité intercentros y eran varios los centros de trabajo afectados por el despido colectivo, despido anterior a la entrada en vigor del RDL 11/2013 –cuando aún era posible negociar separadamente por cada centro–, y no se había constituido la comisión unitaria *ad hoc* a la que se refiere el art. 41.4 ET, el Tribunal Supremo acaba resolviendo que los representantes de los trabajadores de un centro de trabajo (*in casu*, Navarra) no están legitimados para impugnar los acuerdos legítimamente alcanzados en otro centro o centros (*in casu*, Vizcaya y Álava), ni la nulidad del despido afectante a un centro de trabajo, por llevar a cabo la empresa negociaciones paralelas de forma individual con los trabajadores afectados, vaciando así de contenido el proceso negociador del citado periodo de consultas, contamina los otros procesos negociadores.

La consideración general de que el Comité de Empresa y los Delegados de Personal poseen legitimación activa para impugnar el despido colectivo requiere materializar luego su concreta actuación ante los tribunales, a cuyo efecto es preciso tener en cuenta las reglas legales sobre capacidad procesal y para ser parte, así como las reglas sobre adopción de acuerdos en el seno de cada uno de estos órganos de representación unitaria: el comité de empresa deberá comparecer por quien legalmente le represente (art. 16.5 LRJS), y como órgano colegiado, debe decidir el inicio de acciones judiciales por mayoría de sus miembros (art. 65.1 ET), acudiendo en nombre de tal comité, bien su Presidente, o bien

que se designe en su reglamento de funcionamiento². Por lo que se refiere a los delegados de personal, en tanto se trata de un órgano mancomunado, debe adoptar la decisión de demandar por mayoría de sus miembros, sin que se exija unanimidad, como recuerda la doctrina rememorando sentencias del TCT que habían abordado este problema³.

Así, la jurisprudencia ha apreciado falta de legitimación activa del Presidente del Comité de Empresa, que asimismo formó parte de la comisión negociadora del ERE, por no acreditar en el proceso que contara con la conformidad de la mayoría del comité para impugnar el despido colectivo. En la STS de 21 enero 2016 (rec. 200/2015), el TS recuerda que, conforme a doctrina reiterada de la propia Sala Cuarta (con cita expresa de las SSTS de 13 y 14 octubre 2015, recs. 301 y 336/2014), para que la representación legal de los trabajadores puede ejercer acciones administrativas o judiciales en el ámbito de sus competencias ex art. 65.1 LRJS, “se exige la aprobación de la mayoría de sus integrantes y que, derivadamente, para la impugnación, tanto de decisiones empresariales de despido colectivo, modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo o conflictos colectivos en general, solo cabe entender activamente legitimada a la RLT cuando, como mínimo, cuente con la conformidad de tal mayoría”. La Sala Cuarta precisa que el análisis del problema debatido se centra en el terreno de la legitimación activa y no en el de la representación procesal para que comparezcan en juicio las personas jurídicas o las entidades sin personalidad (como podría ser el caso del comité de empresa), que se refiere a la capacidad para ser parte en los términos del art. 16.5 LRJS (supuestos estos que sí son subsanables durante el proceso), sino de la facultad de ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos previstos en las leyes (art. 17.1 LRJS), cuando estas (art. 65.1 ET en particular), al contemplar al comité de empresa como órgano colegiado, exigen la “decisión mayoritaria de sus miembros”. Requisito este –acuerdo mayoritario de los miembros del comité y no solo de los asistentes (STS 18 noviembre 2015, rec. 19/2015)– que es un requisito material constitutivo (STS 24 junio 2014, rec. 297/2013) de la propia pretensión y, por ello, debe ser acreditado a lo largo del proceso por quien lo invoca, bien en el momento de interposición de la demanda, bien en la fase probatoria, sin que su ausencia se pueda suplir por la vía del art. 81 LRJS, salvo que se tratara de una mera subsanación en sentido estricto (por ejemplo, que se hubiera adjuntado a la demanda una simple copia del acuerdo mayoritario para entablar la acción y el requerimiento estuviera encaminado a que se aportara la certificación original).

La legitimación activa corresponde al comité de empresa como órgano colegiado, siendo necesario su acuerdo mayoritario, sin que estén legitimados sus miembros individual-

.....

2 San Cristóbal Villanueva, J. M., “El proceso de impugnación del despido colectivo: legitimación activa y pasiva”, *cit.*, p. 592.

3 Preciado Domenech, C. H., *El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/2012, de 6 de julio*, Albacete, Bormarzo, 2013, pp. 30 y ss.

mente considerados. Así lo proclama la STSJ Galicia de 21 junio 2016 (proc. 25/2016), que rechaza la existencia de legitimación activa para impugnar el despido colectivo en solo dos miembros del comité de empresa, por imposibilidad de conformar mayoría, pero sí admite su legitimación como representación sindical al haber sido elegidos miembros del comité bajo las siglas de una organización sindical (sindicato CUT) que posee suficiente implantación en la empresa, cuya representación en el pleito se entiende tácitamente conferida a los demandantes al haberse personado en el acto del juicio el representante legal de dicho sindicato, avalando las pretensiones planteadas en la demanda rectora de las actuaciones.

La jurisprudencia respalda esta misma exigencia de actuación colegiada respecto de los delegados de personal (obviamente, cuando sean más de uno), como así se constata en la STS 4ª de 25 febrero 2015 (rec. 36/2014) cuando establece que “es cierto que el precitado art. 62 del ET habla de que ‘los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa’, pero no lleva a la inexorable conclusión de que ‘solo’ ante el empresario (directamente) y no en el proceso correspondiente ante el órgano jurisdiccional opera dicha mancomunidad como parece entender la parte recurrente, sino que el precepto debe interpretarse en el sentido de que se ejercerá de este modo la representación de los trabajadores con ocasión de cualquier acción, procesal o no, que haya de ejercitarse frente al empresario, porque de lo que se trata no es del ámbito contencioso, o no, de dicha reclamación sino de la reclamación misma, que implica ya la existencia de dos partes, la que promueve y aquella frente a quien se promueve, de manera que se ha de ejercer la representación ante el empresario de esta forma aunque sea en vía procesal. (...) si el art. 65.1 del ET al referirse al comité de empresa dispone que las acciones administrativas o judiciales, en todo el ámbito relativo a sus competencias, se adoptarán pro decisión mayoritaria de sus miembros, la conclusión lógica que se impone es que en el caso de los delegados de personal y cuando estos, por su número, sean susceptibles de mayorías, habrá de seguirse la misma regla, lo que concuerda con lo anteriormente expuesto acerca del art. 62.2”.

No es dudosa la legitimación del comité intercentros para impugnar el despido colectivo cuyo ámbito se extiende a varios centros de la empresa, y en cuya negociación hubiera participado; un ejemplo en la STS de 16 junio 2015 (rec. 339/2014).

B) Representación sindical: secciones sindicales, delegados sindicales

Cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales (secciones sindicales, delegados sindicales), los mismos deberán tener “implantación suficiente” en el ámbito del despido colectivo (art. 124.1 LRJS). Esta exigencia es acorde con la regulación

contenida en el art. 17.2 LRJS, que otorga a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto legitimación activa para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate⁴.

Como sostiene la STS 4ª de 7 junio 2017 –rec. 166/2016–, “el art. 124 LRJS, en materia de impugnación de despidos colectivos, atribuye legitimación activa a los representantes sindicales que tengan ‘implantación suficiente’ en el ámbito del despido colectivo, viniendo de esta forma a reiterar como elemento esencial al efecto de reconocer a los sindicatos la capacidad para el ejercicio de acciones colectivas, la concurrencia del requisito de adecuada y suficiente implantación en el ámbito al que en cada caso afecte la pretensión colectiva objeto del litigio”.

No precisa la norma procesal qué debe entenderse por “implantación suficiente”. La jurisprudencia viene asumiendo que la expresión aludida debe ser entendida acudiendo al ya consolidado cuerpo doctrinal sobre atribución de legitimación a los sindicatos para interponer conflictos colectivos, considerando la presencia del sindicato en los órganos de representación unitaria o el número de trabajadores afiliados en la empresa⁵. Así, las SSTS 4ª de 28 enero 2015 –recs. 16 y 35/2014– postulan la aplicación analógica del art. 155 LRJS, “pese a que el proceso de conflicto colectivo sea más amplio y abierto, o menos limitado en sus contenidos, que el de despido colectivo”, pues, al fin y a la postre, “el proceso especial de despidos colectivos es una variante de un proceso –también especial pero de mucho mayor alcance– como es el de conflictos colectivos”. Estamos, pues, ante un concepto jurídico indeterminado, que como señala la STS 4ª de 21 octubre 2015 –rec. 126/2015– “requiere una concreción que viene dada por la correspondencia entre el ámbito en que se produce el despido colectivo y el marco de actuación de los sujetos legitimados”, teniendo cuenta, como expresa la STS de 20 julio 2016 –rec. 323/2014–, que la correcta aplicación del requisito de implantación suficiente en el ámbito del conflicto “debe sustentarse en una interpretación sistemática e integradora de todos los preceptos legales en liza, conforme al principio de que el legislador tiene una actitud ‘proactiva’ respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional”.

Sobre el concepto de “implantación suficiente”, la STS del Pleno de la Sala Cuarta, de 24 junio 2014 (rec. 297/2013), niega la legitimación para impugnar un despido colectivo afectante a varios centros de trabajo, por falta de implantación en el ámbito de la medida

.....

4 STS 4ª de 23 febrero 2015, rec. 255/2013.

5 Entre muchas, STS 4ª de 6 junio 2011 (rec. 162/2010), con cita de las SSTS de 10 marzo 2003 (rec. 33/2002), 4 marzo 2005 (rec. 6076/2003), 16 diciembre 2008 (rec. 124/2007), 12 mayo 2009 (rec. 121/2008) y 29 abril 2010 (rec. 128/2009).

extintiva, a un sindicato de carácter estatal que constituyó sección sindical en un solo centro de trabajo, carecía de representantes unitarios y no logró acreditar un número mínimo de afiliados. También del Pleno es la STS 4ª de 21 octubre 2014 (rec. 11/2014), que no reconoce legitimación al sindicato CGT por no acreditar esta representación alguna en los dos centros de trabajo afectados por el despido colectivo (de los cuatro con lo que contaba la empresa), y ello a pesar de que pudiera tener representación en otros centros de trabajo o hubiera podido participar en la negociación de un convenio colectivo, “pues lo relevante no es que el sindicato tenga representación en la empresa, sino que tenga ‘implantación’ en el ámbito del despido colectivo y que, además, sea ‘suficiente’”, acudiendo al mismo criterio seguido para la determinación de la legitimación para interponer demandas de conflicto colectivo. Esta doctrina se aplica, para resolver controversia idéntica, en la STS 4ª de 25 febrero 2015 (rec. 202/2014).

Importa señalar que para valorar la concurrencia de implantación suficiente en el ámbito del conflicto “no hay una norma única y general que pueda actuar como regla inequívoca y cuasi matemática a tal efecto, sino que habrá de estarse a las específicas circunstancias de cada caso y a los hechos y elementos de juicio que hayan sido acreditados en orden a demostrar el efectivo nivel de implantación del sindicato de que se trate, para lo que tanto puede valer su nivel de afiliación, como la constatación del número de miembros de los que disponga en los órganos de representación unitaria de los trabajadores”⁶.

La aplicación de esta doctrina comporta que la STS de 20 julio 2016 –cit.– descarte el criterio asumido en la sentencia de instancia, según el cual la legitimación suficiente se obtendría cuando el sindicato acreditase un porcentaje de representantes unitarios en el ámbito de la medida impugnada que le permitiese ocupar uno de los trece puestos de la comisión negociadora. Considera la Sala Cuarta que este criterio de participación en la negociación del despido no puede ser aplicado con carácter general, pues “ello supondría una prohibición de que otros sindicatos no partícipes de las consultas pero con implantación en el ámbito del conflicto colectivo pudieran personarse, bien como demandantes bien como demandados, en los procesos de despidos colectivos”. En el concreto caso sometido a la consideración de la Sala, se estima que el sindicato CGT tenía legitimación suficiente para impugnar el despido acordado, por cuanto se constata que dicha organización había obtenido el 1,92% de los representantes unitarios en las últimas elecciones sindicales y, además, participó en la designación de los trece miembros de la comisión negociadora del despido colectivo (aun no siendo este un criterio determinante), “circunstancias que, en sí mismas, revelan una implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo”. No cabe inferir, por tanto, la ausencia de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo por el mero hecho de no haber estado presente el sindicato actor en la comisión negociadora del periodo de consultas, cuando no existe ningún otro hecho

.....
6 STS 4ª de 8 noviembre 2017, rec. 40/2017.

que permita aquilatar la suficiencia o no de su implantación en el ámbito del conflicto y, por otro lado, el principio *pro actione* actúa favoreciendo la participación en el proceso de un sindicato cuya legitimación para litigar fue admitida sin traba alguna en el anterior proceso por conflicto colectivo a través del cual se sustanció inicialmente la misma controversia que posteriormente se recondujo correctamente hacia la modalidad procesal de impugnación de despido colectivo⁷.

La jurisprudencia no ha puesto reparos al hecho de que la demanda impugnando el despido colectivo la puedan plantear conjunta e indistintamente la sección sindical constituida en la empresa y el sindicato al que pertenezca dicha sección, eso sí, siempre que ambos sujetos acrediten el requisito de implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo. Así, la STS 4ª de 8 noviembre 2017 –cit.– niega legitimación activa al sindicato accionante (Sindicato único de Información, Papel y Artes Gráficas de la Federación Local de Madrid de CNT), por ausencia de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo, toda vez que su ámbito de actuación se encuentra limitado a la Comunidad Autónoma de Madrid, mientras que el despido colectivo afecta a centros de trabajo de la empresa en varias Comunidades Autónomas del Estado, lo que excede manifiestamente del marco territorial en el que actúa el sindicato. Y en lo que se refiere a la legitimación activa de la sección sindical de CNT en el centro de trabajo de Madrid (el más numeroso de la empresa y, a la vez, el centro en el que había mayor número de trabajadores afectados por el despido), el Tribunal Supremo estima que no posee legitimación activa para impugnar el despido colectivo, pues dicha legitimación no dimana del convenio colectivo aplicable –que se limita a reproducir el contenido del art. 10 LOLS–, y tampoco surge del art. 124 LRJS, pues la mencionada sección carece de implantación en los otros 16 centros de trabajo de la empresa a los que se extiende el despido colectivo y tampoco se ha acreditado que tuviera una implantación suficiente en el centro de trabajo de Madrid que “por extensión” pudiera considerarse como de implantación a nivel de empresa, atendida la singular relevancia de dicho centro en el conjunto de la actividad empresarial.

La acción de impugnación del despido colectivo por parte de la representación sindical exige que la implantación suficiente se analice partiendo de la concreta afectación del despido colectivo y el momento en que aquella se considera existente. Es por ello que en la STS de 17 junio 2015 (rec. 232/2014), por la que se confirma la SAN de 10 febrero 2014 (proc. 451/2013), no se considera legitimado activamente el sindicato por cuanto, si bien quedó constancia en las actuaciones de que el sindicato actor disponía de 14 representantes unitarios en la empresa, este dato no permite medir la representatividad e implantación suficiente del sindicato en el ámbito del despido al haber accedido aquellos a sus respectivos cargos en un momento anterior a la propia constitución del sindicato y, por otro lado, en el momento en el que dichos trabajadores optaron a esos cargos y fueron elegidos, pertenecían a otro sindicato, cambiando posteriormente de afiliación, por lo que no puede decirse que el sindicato estuviera implantado en un momento previo a su propio nacimiento, al no haber podido los electores avalar a un sindicato entonces inexistente.

.....

7 STS 4ª de 14 julio 2016, rec. 271/2015.

La mínima implantación tampoco se acredita por vía de afiliación. Por último, la sentencia insiste en que la acreditación de la representación del sindicato en juicio –esto es, la representación de la persona física que actúa en nombre del sindicato en el proceso– no cabe confundirla con la falta de legitimación activa; los defectos en la acreditación de la representación procesal son subsanables, pero no así la inexistencia de legitimación.

Por su parte, la STS 4ª de 21 octubre 2015 (rec. 126/2015) sostiene que carece de legitimación activa para iniciar el procedimiento previsto en el art. 124 LRJS, por no acreditar implantación suficiente en el ámbito del despido, un sindicato (Autonomía Obrera) cuya sección sindical se constituyó solo tres días antes de la primera reunión del periodo de consultas y se registró ese mismo día, habiendo participado su letrado en la segunda reunión pero no en la tercera y definitiva, sección sindical que no tiene presencia en el comité de empresa y tampoco acredita un mínimo número de afiliados.

Asimismo, se ha considerado que no concurre la circunstancia de implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo cuando el sindicato accionante no tiene más que dos afiliados entre los 135 afectados por el despido colectivo y, por otra parte, carece de representación en el comité de empresa; en un supuesto así, no puede afirmarse que el sindicato tuviera interés directo en el pleito⁸.

El hecho de que el proceso de impugnación de despido colectivo, según la jurisprudencia, sea una variante del proceso de conflicto colectivo, determina que resulten de aplicación analógica los arts. 154.a) y 155 LRJS, donde se contienen normas aclaratorias de lo que debe entenderse por “implantación suficiente”; y esa implantación no se puede negar a un sindicato con fuerte implantación nacional en todos los sectores, incluido el sector en el que desarrolla su actividad la empresa que no materializó correctamente los ceses acudiendo a un despido colectivo, máxime cuando no existía representación legal de los trabajadores en la empresa y consta la existencia de un vínculo de unión entre dicho sindicato y el objeto del proceso (aquel había llevado la defensa de nueve de los veintitrés trabajadores despedidos, el 39% de los mismos)⁹.

Pero la intervención directa del sindicato en la impugnación de un despido colectivo no se limita a su actuación como demandante a través de las secciones sindicales, de los delegados sindicales o de la comisión *ad hoc* sindicalizada. Su posición procesal puede ser, no ya la de un demandante en sentido estricto, sino la de un mero interviniente adhesivo o coadyuvante, que se persona en el proceso judicial de despido colectivo por así haberlo solicitado alguna de las partes o por tener interés directo en el pleito, adhiriéndose a la pretensión articulada por el demandante o alineándose con la posición jurídica inherente al demandado, si bien sus facultades procesales están limitadas respecto de las partes principales¹⁰. Así, con ocasión de la intervención adhesiva de un sindicato en un proceso

8 STS 4ª de 19 julio 2016, rec. 268/2015.

9 STS 4ª, Pleno, de 17 enero 2018, rec. 171/2017.

10 San Cristóbal Villanueva, J. M., “El proceso de impugnación del despido colectivo”, *cit.*, p. 601.

de despido colectivo, el Tribunal Supremo señaló que no podía negarse la personación en el pleito del art. 124 LRJS a los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del despido, por más que no hubiesen planteado demanda –pudiendo hacerlo– ni hubieran sido traídos al proceso realmente como demandados sino como “interesados”, y ello con fundamento en la legitimación amplia que deriva de los arts. 17.2 y 155 LRJS (este último en aplicación analógica), si bien su posición está subordinada a la del demandante y, aunque podrán hacer las alegaciones que tengan por conveniente e incluso proponer pruebas, lo que no podrán hacer es, mediante ninguno de esos dos mecanismos (alegaciones y pruebas), variar el contenido de la pretensión ni hacer modificaciones sustanciales a la demanda, pues eso no lo puede hacer ni siquiera el propio demandante principal (STS 28 enero 2015, rec. 35/2014), ni recurrir la sentencia al margen de los demandantes y demandados si estos no lo hiciesen por haber llegado a un acuerdo (STS de 28 enero 2015, rec. 16/2014).

C) Comisiones representativas elegidas “ad hoc” y comisiones “híbridas”

El artículo 41.4 ET, al que se remite el artículo 51.2 ET para concretar los interlocutores de la dirección de la empresa en el periodo de consultas del despido colectivo, establece que, en defecto de actuación de la representación sindical (que disfruta de preferencia a estos afectos), la negociación de las medidas de modificación sustancial se realizará, dependiendo del ámbito de afectación de aquellas (uno o varios centros de trabajo) y en caso de inexistencia de representación unitaria (comité de empresa, delegados de personal, comité intercentros) por una comisión representativa constituida conforme a las reglas que allí se establecen.

La LRJS se refiere como sujetos activamente legitimados para impugnar el despido colectivo a los representantes legales de los trabajadores y a la representación sindical, pero no atribuye expresamente legitimación activa a esos otros sujetos colectivos (comisiones elegidas *ad hoc*, comisiones híbridas) que han podido intervenir en la negociación del ERE en defecto de representantes legales o sindicales (en todos o en alguno de los centros). Ha sido la jurisprudencia la que ha colmado este vacío legal reconociendo legitimación activa a dichas comisiones negociadoras, corrigiendo de este modo el desajuste entre las reglas procesales y la regulación sustantiva.

En relación con las comisiones elegidas *ad hoc*, a las que se refiere el art. 41.4. a), primer párrafo, ET¹¹, y partiendo de que los trabajadores individualmente considerados carecen de

.....

11 Conforme a dicho precepto, la comisión *ad hoc* que habrá de intervenir en el periodo de consultas cuando no exista representación legal de los trabajadores puede ser “pura” o “sindical”: lo primero, cuando son los propios trabajadores los que, en número máximo de tres, designan democráticamente a sus componentes; lo segundo, cuando los trabajadores optan porque dicha comisión venga conformada por igual número de componentes pero designa-

legitimación para impugnar el despido colectivo como tal, la STS 4ª de 18 marzo 2014 (cit.) sostiene que negar legitimación a la comisión negociadora “impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical”, lo cual supondría “no solo vaciar de contenido el derecho a tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, sino desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión *ad hoc*, la decisión de la empresa devendría irrevocable, solo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que proceso colectivo trata de satisfacer”. Abunda en esta conclusión el hecho de que, en el caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados como sujetos “firmantes” del acuerdo han de ser los integrantes de la comisión *ad hoc* en calidad de tal, y no sería lógico ni estaría justificado reconocerles legitimación pasiva pero no así legitimación activa. Concluye la Sala Cuarta con pleno acierto: “En suma, a los efectos del procedimiento de impugnación del despido colectivo, el concepto de representación de los trabajadores se perfila de modo específico, con inclusión de todos los entes colectivos de representación que la propia norma sustantiva regula y a quienes confiere capacidad de negociación y de suscripción de acuerdos porque, a tales fines, ostentan la representación de los trabajadores”.

También se ha reconocido jurisprudencialmente legitimación activa para impugnar el despido colectivo a la comisión “híbrida” o “mixta” a la que se refiere el art. 41.4.b), regla 2ª ET, que hubiera intervenido en el periodo de consultas en representación de los trabajadores. Así lo ha establecido la STS 4ª de 21 abril 2015 (rec. 311/2014), en un supuesto en el que la comisión híbrida se constituyó para negociar el despido colectivo en un grupo de empresas en el que unas de la empresas tenían representación legal y otras no, formándose la comisión “híbrida” por los dos representantes legales de los trabajadores de una de las empresas y por los tres miembros de la “comisión *ad hoc*” designados por las empresas que no tenían representantes; y lo hizo invocando la Sala Cuarta, en esencia, las mismas razones que llevaron a la STS de 18 marzo 2014 a reconocer legitimación activa a las comisiones “*ad hoc*”. La sentencia también se pronuncia sobre la forma de actuación de la comisión “híbrida”, planteándose si los miembros individuales que la integran ostentan la legitimación activa o si la misma corresponde a la comisión, concluyendo que su forma de actuar ha de asimilarse a la establecida para los órganos de representación unitaria de los trabajadores, con fundamento en que al tratarse de una comisión, ello implica una actuación colegiada y no individual de sus miembros, con lo que sus decisiones han de adop-

.....

dos por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

tarse por mayoría de estos, ya sea para la adopción de acuerdos en el periodo de consultas, ya sea para la impugnación del despido. En consecuencia, al ser cinco los miembros de la comisión mixta y habiendo demandado en impugnación del despido colectivo solo dos de los miembros, hay que concluir que estos carecen de legitimación activa, destacando el TS que a tal conclusión no se obstaculiza por el hecho de que uno de los otros miembros de la comisión hubiera firmado disconforme con el acta final de la negociación, pues la realidad es que no procedió a impugnar judicialmente el despido y por lo tanto no había pasado a integrar la voluntad mayoritaria de los miembros de la comisión a favor de dicha impugnación, sin que pudiera su conducta interpretarse como un allanamiento, figura procesal que no juega fuera del proceso y que requiere una expresa e inequívoca manifestación de voluntad. Por último, el Tribunal señala que tampoco tiene relevancia que un cuarto miembro hubiera presentado una impugnación individual de su despido, pues el cauce de impugnación colectiva del despido y el individual transitan por vías distintas, sin que el hecho de que los representantes de los trabajadores –legales, sindicales, comisión “*ad hoc*” o comisión “híbrida” o “mixta”– no hayan impugnado el despido colectivo, les impida la impugnación individual del mismo.

Ahora bien, la legitimación para impugnar los despidos colectivos de la “comisión *ad hoc*” y de la “comisión híbrida” es subsidiaria, esto es, procede únicamente en supuestos en los que no exista representación legal ni sindical con implantación suficiente para impugnar el despido colectivo. Así lo tiene declarado la STS 4ª de 17 marzo 2016 (rec. 226/2015), que niega legitimación para accionar a dos miembros de la comisión negociadora al existir en la empresa representación sindical con implantación suficiente en el ámbito del conflicto –el delegado sindical de la CNT en el grupo laboral de empresas–, y representación legal –el delegado de personal de una de las empresas pertenecientes al grupo que llevó a cabo el despido y que junto con aquellos dos miembros formó parte de la comisión negociadora–, si bien la circunstancia de que hubieran demandado dos sujetos carentes de legitimación activa no acarrea ninguna consecuencia porque la demanda –y el posterior recurso de casación– también fueron presentados por los sujetos titulares de la legitimación activa, el delegado sindical y el delegado de personal.

2.2. Legitimación pasiva

La impugnación de las decisiones extintivas colectivas exigirá demandar necesariamente al empresario, así como a los sujetos colectivos firmantes del acuerdo, cuando este se hubiera alcanzado en el periodo de consultas (art. 124.4 LRJS), surgiendo en este supuesto un litisconsorcio pasivo necesario. Así pues, si la demanda es interpuesta por el comité de empresa o los delegados de personal no firmantes, deberá dirigirse la acción contra el sin-

dicato o los sindicatos que directamente o través de su sección sindical hubiera alcanzado el acuerdo, y viceversa, si es la representación unitaria la que ha negociado y pactado el despido. Lo mismo deberá hacerse si la negociación fue llevada a cabo por la comisión *ad hoc* y, por ejemplo, un sindicato no presente en esta pero con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo –por número de afiliados– decide impugnarlo.

Si se considera que el empresario real es un grupo de empresas, habrá de demandarse a todas las sociedades que conforman el grupo (STSJ Madrid de 30 mayo 2012 [AS 2012, 1672]). Pero la STS 4ª de 18 marzo 2014 –cit.– considera que no es preciso demandar a todo el grupo de empresas, a fin de declarar nulo el despido, si no se pide la condena solidaria de las demás mercantiles del grupo; si hubiera sido así, estas tendrían que haber sido codemandadas, lo que supone reconocer que estamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo voluntario y no un litisconsorcio pasivo necesario. Así pues, la consideración de que la empresa que recurrió al despido forma parte de un grupo empresarial con características patológicas desde el punto de vista laboral actúa de premisa previa para alcanzar la conclusión de que el procedimiento de despido colectivo adolecía de defectos al no haberse tenido en cuenta tal realidad empresarial compleja a la hora de valorar las causas económicas, aportar documentación, etc., pero de ello “no cabe derivar la necesidad de llamar al proceso a ninguna otra persona porque, precisamente, lo que se concluye es que la demandada no podía llevar a cabo el despido colectivo y, siendo nulo este, habrá de restaurarse la situación y, en su caso, quien sea el verdadero empleador podrá adoptar en su momento las decisiones que estime oportunas en atención a la situación empresarial global”.

En el caso de que la empresa esté declarada en concurso y proceda a realizar un despido colectivo sin autorización del juez mercantil, el mismo será considerado nulo (art. 124. 11 LRJS), y aunque nada dice el art. 124 LRJS, la demanda impugnatoria que decida presentar la representación de los trabajadores habría de dirigirse, además de frente al empresario, contra la administración concursal al que se hubieran atribuido las facultades de decisión cuyo ejercicio, en circunstancias normales, corresponde a la empresa.

3. LA ACCIÓN “PREVENTIVA” O DE “JACTANCIA” DEL ARTÍCULO 124.3 LRJS

El art. 124.3 LRJS contempla un supuesto de legitimación subsidiaria en favor de la empresa. Una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días hábiles del que disponen los representantes de los trabajadores para el ejercicio de la acción sin que los

mismos hayan impugnado el despido, y siempre que tampoco lo haya atacado la Autoridad Laboral a través del procedimiento de oficio, el empresario, en el plazo de otros veinte días desde la finalización del plazo del que disponen los representantes de los trabajadores¹², podrá interponer demanda con la finalidad de que se convalide su decisión extintiva (según el tenor legal, «*se declare ajustada a derecho su decisión extintiva*»). Estamos ante la denominada “acción de jactancia” –cuyo origen deriva de la Ley 46, del Título II, de la Tercera de las Partidas de Alfonso X El Sabio¹³–, de “perpetuo silencio” o “acción preventiva” –como la caracteriza la STS de 16 junio 2015, rec. 339/2014– que se sustancia ante la jurisdicción social y por la que se permite a la empresa interponer una demanda colectiva de naturaleza declarativa con la única y exclusiva finalidad de que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva por ella adoptada, con el consiguiente efecto de cosa juzgada sobre los procesos individuales¹⁴.

En efecto, la sentencia que se dicte en este singular proceso colectivo tendrá naturaleza declarativa –dictaminará si el despido colectivo se ajustó a derecho o no– y producirá efectos de cosa juzgada, en los términos del art. 160.5 LRJS, sobre los procesos individuales impugnatorios de las extinciones producidas en el ámbito del despido colectivo. Con esta medida se persigue aportar seguridad jurídica, al propiciar que exista un pronunciamiento general que impida que la ausencia de un criterio unitario sobre la calificación del despido pueda desencadenar una cascada de reclamaciones individuales con resultados contradictorios¹⁵. Pero el riesgo que asume el empresario es alto, pues se expone a que el tribunal que conozca de la demanda invalide el despido adoptado.

Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores (unitarios, sindicales), solución que resulta paradójica cuando previamente se hubiera alcanzado un acuerdo con todos o algunos de ellos en el periodo de consultas, en cuyo caso lo lógico será que los firmantes del acuerdo se allanen a la pretensión empresarial (a menos que aprecien vicios en el consentimiento y decidan alegarlos en sede jurisdiccional). La inexistencia de oposición a la demanda, con grave perjuicio para los trabajadores afectados que –salvo el excepcional caso que más adelante se verá– no tienen posibilidad de hacerse oír en este pleito y verán previsiblemente confirmada la medida extintiva, llevó al Tribunal Supremo a examinar esta cuestión en la STS de 26 diciembre 2013, rec. 28/2013, en un supuesto en que la empresa (SODERCAN SA) había ejercitado esta acción confirmatoria tras decidir el despido colectivo de varios empleados (19 de los 32 propuestos

.....

12 Dicho plazo comienza a contar el día en el que concluyó el periodo de consultas con acuerdo, o el día en que se notificó el despido colectivo a los representantes de los trabajadores por el propio empleador (art. 124.6 LRJS).
13 STS, 1ª, de 17 noviembre 2011 (RJ 2012, 1508).
14 Doctor Sánchez–Migallón, R., “La acción de jactancia del artículo 124 de la LRJS”, IUSLabor 1/2014, p. 1.
15 Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R., *Claves de la Reforma Laboral de 2012*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters–Aranzadi, 2012, pág. 69.

inicialmente), mediando acuerdo con la representación de los trabajadores. Adviértase que en ningún momento el artículo 124 LRJS condiciona la posibilidad de que la empresa interponga esta acción confirmatoria a la falta de acuerdo en el periodo de consultas. En concreto, el acuerdo fue suscrito por la mayoría de la comisión negociadora, formada por 5 miembros (3 de UGT y 2 de CCOO), siendo avalado por todos a excepción de uno de ellos.

En el marco del proceso instado por la empresa solicitaron personarse como parte cuatro trabajadores afectados, los cuales fueron admitidos en calidad de demandados con amparo en el art. 13 LEC; posteriormente pidieron su entrada en el procedimiento otros trabajadores, que también fueron admitidos como parte.

El TSJ de Cantabria declaró ajustado a Derecho el despido colectivo, en cual fue recurrido en casación ordinaria ante la Sala Cuarta del TS por diversos trabajadores, dos de los cuales eran los miembros del sindicato CCOO en la comisión negociadora, si bien no hicieron constar que actuaban como tales. Varios de los recurrentes habían formulado demandas individuales frente a sus despidos.

Con estos antecedentes fácticos, la Sala Cuarta del TS se pronuncia, en primer lugar, sobre si es posible la entrada de trabajadores individuales en el proceso del art. 124 LRJS, tanto en su vertiente general como en la acción de jactancia del apartado 3º de dicho precepto. Y la respuesta será negativa, en atención a la naturaleza colectiva del proceso. Se aplica la doctrina jurisprudencial¹⁶ reiterada que ha venido estableciendo que los trabajadores no se hallan legitimados a título individual para comparecer en un proceso de conflicto colectivo, pues en él solo pueden figurar sujetos colectivos como demandantes o demandados, criterio que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional¹⁷. Considera el tribunal que la apertura del proceso colectivo a los trabajadores individuales desestabilizaría el proceso y el propio resultado de la negociación en el periodo de consultas, pues, cuando los representantes de los trabajadores hubieran llegado a un acuerdo, “podría abrirse una impugnación colectiva por parte de trabajadores individuales que tendría la posibilidad de cuestionar no solo su despido, sino *todos* los despidos acordados”. Argumenta la Sala que una entrada de estas características –sucesiva, espontánea– “convertiría los procedimientos colectivos del art. 124 LRJS en procesos plurales masivos con grave quebranto de su urgencia, que es esencial para lograr una rápida decisión sobre los despidos colectivos”. El proceso de impugnación colectiva del despido es así, como el proceso de conflicto colectivo o el de impugnación colectiva del convenio, un proceso con legiti-

.....

16 Recogida, por todas, en la STS de 22 diciembre 2000 (RJ 2001, 1874), que cita las SSTS de 2 julio 1997 (RJ 1997, 5695), 17 noviembre 1999 (RJ 1999, 9502) y 26 diciembre 1999 (RJ 1999, 9635).

17 STC 12/1999, en un supuesto en que un trabajador trataba de entrar en un proceso colectivo sobre la impugnación de una convocatoria de plazas en la que participaba.

mación colectiva cerrada. También se remarca que la participación de los trabajadores en el proceso a la que se refiere el art. 124.9.2º LRJS lo es únicamente a los efectos de notificación de la sentencia.

Una vez despejada la incógnita de si los trabajadores singularmente afectados pueden participar en el proceso de impugnación colectiva del despido, el siguiente problema procesal que aborda la sentencia es el relativo a si resulta posible instar la denominada acción de jactancia cuando la empresa ha alcanzado un acuerdo en el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (con lo que estos no pueden impugnarlo), y no existe otro sujeto legitimado pasivamente (la empresa no lo ha designado en su demanda) que se oponga al despido colectivo acordado.

La respuesta en este caso es nuevamente negativa. No existiendo sujeto colectivo que se oponga a la pretensión de la empresa, y no admitiéndose la entrada en el proceso de los trabajadores individuales, la interposición de la acción del art. 124.3 LRJS devendría en un “un proceso sin contradicción real”, que puede desembocar en una declaración de procedencia de los despidos “que tendría efecto de cosa positiva de cosa juzgada en los procesos individuales”, consecuencia extraordinariamente grave para los trabajadores que vulneraría los principios esenciales del proceso y crearía para los trabajadores afectados una situación de indefensión.

Ante el alegato de la empresa de que ha cumplido la legalidad procesal al demandar al comité de empresa y a la comisión negociadora, tal como exige el art. 124.4 LRJS, el tribunal replica que este precepto se refiere únicamente a la modalidad ordinaria del art. 123 LRJS, no a la modalidad de su apartado 3º, y que los miembros de la comisión negociadora son personas físicas carentes de legitimación por no ser un sujeto colectivo. La empresa también adujo la existencia de impugnaciones individuales que justificaban su interés en una solución general, a lo que el tribunal responde que “esas reclamaciones no pueden justificar una acción colectiva que dejaría al margen a los verdaderos afectados por el conflicto, y la simplificación y la coordinación que se buscan se puede lograr por medio de la acumulación, sin el coste tan alto que supondría admitir un proceso sin auténtica contradicción o con una entrada masiva de los trabajadores afectados”.

En cuanto a las consecuencias procesales de la falta de acción, la resolución recuerda que no tiene un estatuto procesal definido, lo que ha propiciado que su uso se haya identificado con falta de jurisdicción, con ausencia de un conflicto real y actual, con situaciones de falta de legitimación activa o, incluso, con declaraciones de inadecuación de procedimiento o con desestimaciones de fondo de la demanda. En el supuesto examinado, se concluye que la falta de acción de la empresa se concreta en términos procesales en una inadecuación del procedimiento colectivo del art. 124 LRJS, pues antes la inexistencia de un conflicto colectivo actual sobre el despido colectivo, lo que se produce es un desajuste

entre el interés real que subyace en la pretensión ejercitada y la modalidad procesal elegida. Ciertamente, no existe conflicto real y actual que justifique la pretensión de la empresa porque lo que esta persigue al demandar a la representación de los trabajadores –la convalidación del despido– ya lo ha obtenido de dicha representación al rubricar esta el acuerdo en el periodo de consultas.

En definitiva, no puede admitirse una acción tendente a obtener la convalidación judicial del despido colectivo a instancia de la empresa si no existe un sujeto colectivo que se oponga a la misma, por ser el proceso esencialmente contradictorio.

Aplicando esta doctrina, la STS 4ª de 22 diciembre 2014 (rec. 81/2014) aprecia falta de legitimación activa de la empresa y de legitimación pasiva de los demandados en relación con una demanda interpuesta por la empresa al cobijo del art. 124. 3 LRJS contra personas individuales, las cuales, aunque son miembros del comité de empresa que consensuó el despido con la empresa, fueron demandadas a título personal y comparecieron, cada una de ellas, a título individual, para solicitar que se declarase ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada, previo acuerdo con los representantes de los trabajadores, sin que existiera sujeto colectivo pasivamente legitimado que se opusiera a la pretensión.

La misma solución se acoge, para un supuesto parecido, en la STS de 1 marzo 2016 (rec. 189/2015), si bien en este caso la demanda de la empresa se dirigió simultáneamente contra el comité de empresa y sus miembros, compareciendo en el acto del juicio únicamente los tres integrantes del comité (de un total de cinco) que firmaron el acuerdo. En relación con estos, se aprecia falta de legitimación pasiva porque fueron demandados como personas individuales, y en cuanto al comité de empresa codemandado, aunque se trata de un sujeto colectivo, tampoco estaba legitimado porque no hizo oposición a la demanda al haber firmado el acuerdo.

Si no hubiera existido acuerdo en el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores demandados (que, por la razón que fuere, no tomaron la iniciativa de impugnar el despido en el plazo habilitado al efecto) tendrán ahora la oportunidad de oponerse a la demanda, interesando su desestimación, porque no se respetó el procedimiento de los arts. 51.2 o 51.7 ET, por no haberse obtenido la autorización del juez del concurso, o por inexistencia de causa para despedir, es decir, no existe una relación cerrada o *numerus clausus* de causas de oposición, salvo si firmaron un acuerdo previo¹⁸, en cuyo caso solo podrían aducir vicios del consentimiento en su formalización.

Ya hemos visto que la legitimación para intervenir en el proceso de despido colectivo se confiere a representaciones y entes colectivos, no a los trabajadores singularmente

.....

18 Folguera Crespo, J. A., “El impacto de la reforma laboral en el proceso”, en VV.AA. (Dirs. García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.), *La aplicación práctica de la reforma laboral*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2013, p. 375.

considerados, que, como regla general, ninguna opción tienen para personarse y comparecer en esta modalidad procesal colectiva, ni como demandantes ni como demandados, sea en la modalidad ordinaria o en la sustanciada a petición de la empresa ex. art. 124.3 LRJS.

Ahora bien, y como excepción, se ha admitido la entrada de los trabajadores directamente afectados por el despido en un proceso del art. 124.3 LRJS incoado por la empresa que tuvo como interlocutores en el periodo de consultas, no a una comisión *ad hoc*, sino, por decisión de estos, a todos los trabajadores de su reducida plantilla (17 empleados), no existiendo en la empresa representación unitaria o sindical. El periodo de consultas concluyó sin acuerdo, no obstante lo cual la empresa decidió despedir a 13 trabajadores. En la STS de 23 marzo 2015 (rec. 287/2014) se reconoce que una aplicación literal de la doctrina contenida en la STS de 26 diciembre 2013 –cit– llevaría a tener que desestimar la demanda de la empresa por falta de acción, al no existir un sujeto colectivo que se opusiera al despido y no estar legitimados pasivamente los trece trabajadores afectados por la decisión extintiva colectiva (únicos demandados), pero atendiendo a la singularidad del supuesto –inexistencia de representación unitaria o sindical, opción de los trabajadores por ser ellos mismos –todos– los interlocutores en el periodo de consultas–, se entiende que la doctrina de la STS de 18 marzo 2014 sobre legitimación procesal de la comisión *ad hoc* para actuar como parte demandante o demandada en el proceso de impugnación del despido colectivo debe ser extendida a este caso (pese a no haberse constituido dicha comisión conforme a las reglas del art. 41.4 ET), razonando que “si –en razón a la tutela judicial y a los exclusivos efectos de la legitimación del art. 124 LRJS– hemos de otorgarle entidad ‘colectiva’ a la comisión que los trabajadores nombren –de entre ellos– para ser interlocutores en el periodo de consultas, con mayor razón habría de reconocerse la misma cualidad ‘colectiva’ a la totalidad de la plantilla, pues –parece elemental– no cabe hacer de peor condición al todo que a la parte”.

Se trata, con todo, de un caso excepcional, por el que se acepta la personación en el proceso de los trabajadores que, por inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, hubieran intervenido directamente en la negociación del despido colectivo y, además, se hayan opuesto al mismo, pero ello no significa que el TS dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la negociación directa de los trabajadores, sino tan solo que las concretas circunstancias del caso (el no excesivo número de trabajadores afectados; la voluntad unánime de los mismos para negociar personalmente los despidos; el allanamiento de casi la mitad de los trabajadores...) le llevaron a entender válido el periodo de consultas¹⁹.

.....

19 San Cristóbal Villanueva, J. M., “El proceso de impugnación del despido colectivo”, cit., p. 611.

Si la interlocución con la empresa en el periodo de consultas se confía a tres representantes nombrados *ad hoc*, concluyendo las negociaciones sin acuerdo, la STSJ Cantabria de 17 julio 2015 (rec. 2/2015) sostiene que la legitimación pasiva en el proceso interesado por la empresa para obtener la ratificación del despido debe recaer sobre la representación mayoritaria de dos de los tres representantes (sujeto colectivo), al actuar bajo una misma representación y de forma colegiada, constituyendo mayoría de la comisión, careciendo de legitimación pasiva el tercer representante que interviene por sí mismo.

La jurisprudencia ha precisado que la vía de la demanda de conflicto colectivo interpretativo o acción de jactancia del art. 124.3 LRJS, sometida a un plazo concreto y con objeto bien definido, no puede ser utilizada por la empresa para combatir o lograr siquiera una determinada interpretación del acuerdo conciliatorio sobre el despido alcanzado en sede judicial por todos los sujetos colectivos, incluida la propia empresa²⁰.

4. PERSONACIÓN DE OTROS SUJETOS EN EL PROCESO INICIADO POR DEMANDA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES O DE LA EMPRESA

Aunque el artículo 124 LRJS no lo contempla, el FOGASA también podrá ser parte en el proceso de despido colectivo, puesto que si bien es cierto que la sentencia nunca le afectará directamente, pues serán los procesos individuales por despido aquellos en los que pueda estar más interesado ante la eventualidad de que se reconozcan en ellos derechos indemnizatorios a los trabajadores, sin embargo, conforme al art. 23 LRJS, en relación con los arts. 33 y 51 ET, es innegable que el FOGASA puede y debe intervenir en todos los procedimientos en los que se impugne el despido colectivo contemplados en el art. 124 LRJS, a iniciativa de los representantes de los trabajadores o de la empresa, puesto que el contenido de la sentencia colectiva, en tanto que declara ajustada o no a derecho o nula la decisión extintiva, conlleva innegables efectos de cosa juzgada en los pleitos individuales de despido, efecto que el Fondo solo podrá combatir desde y en el proceso colectivo²¹.

Por su parte, la Autoridad Laboral estará igualmente legitimada para personarse como parte en el proceso de impugnación colectiva, iniciado por demanda de los representantes

.....

20 STS 4ª, de 16 junio 2015, rec. 339/2014.

21 Preciado Domenech, C. H., «El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/12 de 6 de julio», *Jurisdicción Social*, Revista on-line de la comisión social de Jueces para la Democracia, núm. 125, octubre 2012, pág. 134, disponible en http://www.juecesdemocracia.es/pdf/REVISTA/jpd_num_125.pdf.

de los trabajadores o de la empresa, cuando haya presentado demanda de oficio impugnando el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas por dolo, coacción, fraude o abuso de derecho, interesando su posible declaración de nulidad [art. 148.b) LRJS]. Repárese en que también este puede ser el motivo de la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores, cuando no hubieran firmado el acuerdo o cuando, con posterioridad a la firma del mismo, hubieran constatado la concurrencia de tales vicios, en cuyo caso habrá de permitírseles la impugnación de lo acordado.

El artículo 124.7 LRJS regula la necesaria coordinación entre la posible impugnación de la autoridad laboral (demanda de oficio) con la impugnación del despido colectivo, señalando que: “Si una vez iniciado el proceso por los representantes de los trabajadores se plantease demanda de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 148 b) de esta Ley, se suspenderá este hasta la resolución de aquel. En este supuesto, la autoridad laboral estará legitimada para ser parte en el proceso incoado por los representantes de los trabajadores o por el empresario”. Y la sentencia que se dicte en el proceso de despido colectivo producirá efecto de cosa juzgada sobre el proceso de oficio instado por la autoridad laboral (art. 124.7 LRJS, último párrafo).

Asistimos así a la atribución a la autoridad laboral de una legitimación como parte en los supuestos en que ella haya decidido iniciar el proceso de oficio para interesar la nulidad del acuerdo y, por ende, del despido colectivo, pero surge la duda sobre si la entrada de la autoridad laboral en el proceso del art. 124 LRJS resulta viable cuando los representantes de los trabajadores no han impugnado el acuerdo por los vicios señalados sino que han decidido centrar la impugnación del despido en otras causas (p. ej., inexistencia de causa material para el despido colectivo), pues la introducción por la autoridad laboral de una nueva causa de impugnación en el proceso, no planteada por los representantes en su demanda, puede ser causa de indefensión para la parte demanda. Además, en tales supuestos, tiene difícil encaje el efecto positivo de cosa de juzgada de la sentencia que ponga fin al proceso de despido colectivo sobre un proceso de oficio con diferente objeto²². Varias soluciones se han propuesto para resolver esta situación: 1) dar traslado a los representantes de los trabajadores y a la empresa de la petición articulada por la autoridad laboral en su demanda, al objeto de permitir a unos y otros la defensa o la adhesión en su caso a tales pedimentos; 2) limitar la personación de la autoridad laboral a la realización de alegaciones, prueba y conclusiones, pero siempre en relación con la pretensión principal efectuada por los impugnantes principales²³.

Asimismo, podrán personarse en el proceso de impugnación del despido colectivo tanto la entidad gestora de las prestaciones por desempleo como la Administración de la



22 Ballester Laguna, F., *La impugnación del despido colectivo*, Valencia, tirant lo Blanch, 2013, p. 50.

23 San Cristóbal Villanueva, J. M., “El proceso de impugnación del despido colectivo”, *cit.*, p. 614.

Seguridad Social. Así se desprende indirectamente de lo dispuesto en el art. 124.12 LRJS, que ordena que le se les notifique la sentencia –también a la autoridad laboral– cuando no hubieran sido parte en el proceso, dando a entender con ello que podrían serlo. Esta posibilidad trae causa del art. 141.1 LRJS, conforme al cual “las entidades u organismos gestores y la Tesorería General de la Seguridad Social, podrán personarse y ser tenidas por parte, con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder, en los pleitos en materia de prestaciones de Seguridad Social y, en general, en los pleitos en materia de prestaciones de Seguridad Social y, en general, en los procedimientos en los que tenga interés por razón del ejercicio de sus competencias, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones”.

5. SUJETOS LEGITIMADOS EN LA DEMANDA DE OFICIO DE LA AUTORIDAD LABORAL

Cabe recordar que la Autoridad Laboral tiene la facultad de incoar el proceso de oficio ante la jurisdicción social cuando aprecie dolo, coacción, abuso de derecho o fraude en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas del despido colectivo, a efectos de su posible declaración de nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo [art. 51.6 ET, art. 148.b) LRJS].

Se trata de un proceso diferenciado y autónomo del regulado en el art. 124 LRJS, cuyo objeto queda constreñido al análisis de los vicios denunciados por la Autoridad Laboral, no pudiendo extenderse a otras cuestiones²⁴. Ya se ha referido cómo resuelve la LRJS su coordinación con la impugnación colectiva del despido por los representantes de los trabajadores o por el empresario (art. 124.7 LRJS).

Es obvio que la legitimación activa corresponde a la Autoridad Laboral ante la que se haya tramitado el despido colectivo, de conformidad con las reglas del RD 1483/2012. Puesto que la demanda persigue la anulación del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, la demanda habrá de dirigirse contra el empresario y contra los representantes de

.....

24 STSJ Castilla y León/Burgos nº 606/2014, de 1 octubre (proc. 3/2014).

los trabajadores que hubieran firmado el acuerdo, como legitimados pasivos.

Asimismo, y a diferencia de lo que ocurre en el proceso de impugnación del despido colectivo incoado por los representantes de los trabajadores o de la empresa, en esta modalidad procesal sí están legitimados los trabajadores afectados por el acuerdo de despido. Así se infiere de lo prevenido en los arts. 149.1 *in fine* y 150.2.a) LRJS, cuando establecen, el primero de ellos, la obligación de consignar en la demanda de la autoridad laboral los “datos identificativos de los trabajadores afectados y sus domicilios”, y el segundo, que el proceso “se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso”.

6. LA IMPUGNACIÓN INDIVIDUAL DE LAS EXTINCIONES DERIVADAS DEL DESPIDO COLECTIVO

Por último, el art. 124.13 LRJS contempla, después de haber regulado la impugnación colectiva del despido en sus apartados 1 a 12, la vía de la impugnación individual, confiriendo a los trabajadores singularmente afectados la posibilidad de interponer demanda de despido para combatir la decisión empresarial por la vía de los arts. 120 a 123 LRJS, con las especialidades contenidas en el art. 124.13 LRJS.

Se trata del último recurso para oponerse al despido colectivo, supeditado a lo que ocurra en el proceso del art. 124 LRJS, caso de existir impugnación colectiva, por el efecto de cosa juzgada que la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán sobre los procesos individuales. Lo cual no significa que los trabajadores tengan vedado plantear acciones individuales hasta tanto se resuelva el proceso colectivo, como ha precisado el Tribunal Supremo en sentencia de 28 febrero 2018 –rcud. 1033/2016–, donde sostiene el criterio de que la norma especial del art. 124.13 LRJS se limita a establecer el momento a partir del cual empieza a correr el plazo de caducidad de la acción individual por despido en caso de que se hayan ejercitado acciones colectivas por la representación legal de los trabajadores, pero no ha limitado el derecho al proceso ni pospuesto también el momento en el que se puede accionar ante los Juzgados y Tribunales. Caso de plantearse acciones individuales después de haberse interpuesto la demanda de impugnación colectiva por la RLT, lo que procederá es la suspensión de aquellos pleitos, aplicando analógicamente la misma solución que prevé el art. 51.6 ET para el caso inverso, esto es, para los procesos individuales que ya hubieran iniciado su trámite cuando se presenta la demanda colectiva.

Del mismo modo que los trabajadores no están legitimados para impugnar el despido colectivo con efectos *erga omnes*, tampoco lo están para combatir el acuerdo conciliatorio alcanzado en el proceso de impugnación del despido colectivo por quienes fueron parte en dicho proceso, invocando ilegalidad o lesividad²⁵.

Tampoco están legitimados los trabajadores individuales para recurrir en suplicación el auto del Juzgado de lo Mercantil resolutorio del procedimiento colectivo del art. 64 LC, facultad reservada a los representantes de los trabajadores; en todo caso, los trabajadores podrán combatir dicha resolución a través del incidente concursal laboral, “en cuestiones que se refirieran estrictamente a la relación jurídica individual” (art. 64.8, párr. 2º, LC), pero “en ningún caso el ejercicio de la acción individual puede dirigirse a combatir la decisión extintiva en sí misma, es decir, en tanto en cuanto declara la extinción de los contratos de trabajo afectados por el despido colectivo, simplemente por la razón de que la propia norma declara constitutivo de efectos de cosa juzgada tal efecto extintivo”²⁶.

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

cavas@um.es

.....
25 SAN nº 110/2014, de 13 junio, proc. 105/2014.

26 SSTSJ Aragón nº 600/2014, de 8 octubre (rec. 531/2014); nº 632/2014, de 20 de octubre (rec. 547/2014); nº 653/2014, de 29 de octubre (rec. 553/2014); nº 668/2014, de 5 noviembre y nº 348/2017, de 15 junio (rec. 289/2017).

EL CESE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 28/05/2018

Fecha de aceptación: 16/06/2018

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. TENDENCIA A LA INTERPRETACIÓN *PRO OPERARIO* EN EL ORDEN SOCIAL. III. LAS DISTINTAS FORMAS DE TEMPORALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. V. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS. 5.1. El abuso en la utilización de la figura del funcionario interino. 5.2. La libertad de elección de las Administraciones públicas. VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ÚNICA EXCEPCIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En los últimos tiempos asistimos a una cada vez más generalizada aplicación de lo que se viene conociendo como “criterio Diego Porras” a múltiples tipos de relaciones laborales de naturaleza temporal, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador. En particular, puede decirse que ya existe una tendencia uniforme de nuestros jueces y tribunales a reconocer una indemnización de 20 días de salario por año trabajado en los casos de extinción de un contrato de trabajo en régimen de interinidad, bien

por cobertura definitiva de la plaza que se ocupaba, bien por reincorporación de la persona a la que, circunstancialmente, se estaba sustituyendo. Pero la interpretación que se está convirtiendo en dominante en el ámbito de la jurisdicción social, no siempre rige ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En particular este trabajo se dedica a analizar la figura del funcionario interino y las consecuencias indemnizatorias derivadas de su cese.

ABSTRACT: In recent times, courts perform a widespread application of the “Diego Porrás criterion” to multiple types of temporary jobs, regardless of the public or private nature of the employer. In particular, there is a uniform trend of our judges and courts to recognize compensation of 20 days of salary per year worked in cases of termination of a contract of employment under interim regime, or for final coverage of the position that was occupied, either by reincorporation of the person to whom, circumstantially, it was being replaced. But the interpretation that is becoming dominant in labor courts, does not in the administrative courts. In particular, this paper analyzes the figure of the interim official and the indemnity consequences derived from his dismissal.

PALABRAS CLAVE: Indemnización por cese, personal laboral, vínculo administrativo, funcionario interino.

KEYWORDS: Compensation for dismissal, labor personnel, administrative link, interim officer.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Como es sabido, la STJUE de 14 de septiembre de 2016, al resolver el hoy conocido como “Caso Porras”, introduce un criterio interpretativo muy importante que hace cambiar la configuración tradicional no solo del contrato de interinidad, sino quizá, de cualquier modalidad de contrato de trabajo de naturaleza temporal.

La citada sentencia confirma que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse entendiendo que el concepto de *condiciones de trabajo* incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada. De esta forma, se rechaza la normativa española que, a efectos de la posibilidad de percibir una indemnización derivada de la finalización del contrato, genera desigualdad entre trabajadores fijos y temporales¹.

Aunque la STJUE antes citada versa, sobre un contrato de interinidad (al que, en principio, la legislación española no le reconoce indemnización por cese), el fallo del alto tribunal utiliza un argumento perfectamente extrapolable a las restantes modalidades de contratación laboral temporal. Precisamente por ello, jueces y tribunales españoles, concretando el alcance de las indicaciones que marca el TJUE, vienen entendiendo que, para respetar la exigencia del tribunal comunitario, ante la finalización de un contrato temporal por agotamiento de la causa temporal que lo inspiró, debe reconocerse la indemnización derivada de la finalización del contrato por causas objetivas (20 días de salario), pues solo así se producirá una verdadera equiparación entre la indemnización derivada de la finalización del contrato entre trabajadores temporales e indefinidos. En el fondo, el planteamiento radica en entender que la finalización de la causa temporal que les dio origen en realidad debería quedar considerada una causa organizativa propia, en virtud de la cual deriva la extinción del contrato temporal como si una de las causas objetivas

.....

1 Considera entonces que el mero hecho de que un trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar que dicho trabajador tenga derecho a una indemnización derivada de la finalización de su contrato. En otras palabras, el TJUE concluye que, para respetar las exigencias impuestas en el art. 4 de la citada Directiva comunitaria, las distintas legislaciones nacionales han de garantizar que trabajadores fijos y temporales disfruten de iguales condiciones de trabajo en todos los aspectos vinculados al desarrollo de su relación laboral, salvo por lo que respecta a las causas propias de extinción del vínculo que inciden sobre los contratos temporales y no sobre los indefinidos. Y entre esas condiciones de trabajo, a juicio de la reciente sentencia del TJUE, se encuentra también el derecho a percibir idéntica indemnización derivada de la finalización de su contrato a la que le correspondería a un trabajador a tiempo completo comparable.

previstas en la legislación laboral se tratara (arts. 51 y 52 ET). Y es que en caso de que se hubiera optado simplemente por reconocer una indemnización de 12 días de salario por año trabajado ante la finalización de los contratos de interinidad, en realidad no se habría producido realmente la equiparación de las condiciones de trabajo entre contratos temporales e indefinidos que exige la normativa comunitaria, sino una mera uniformización de trato en materia de indemnización entre las diversas modalidades de contratación temporal existentes².

II. TENDENCIA A LA INTERPRETACIÓN *PRO OPERARIO* EN EL ORDEN SOCIAL

Una vez transcurridos prácticamente dos años desde que fuera publicada la citada sentencia, y con el fin de cumplir las obligaciones que de ella se derivaban, nuestros jueces y tribunales, de forma cada vez más extendida, vienen reconociendo indemnización derivada de extinción del contrato por causas objetivas no solo ante la finalización de un contrato de interinidad, sino ante el agotamiento de prácticamente cualquier fórmula de contratación de duración determinada en el tiempo, por cumplimiento de su objeto o expiración de la causa temporal que lo originó, independientemente de la naturaleza pública o privada del empleador o del carácter común o especial de la relación laboral iniciada. Esto es, no solo el contrato de interinidad por sustitución, sino también el de interinidad por vacante, el contrato para obra o servicio determinado, el contrato eventual, los contratos de profesores ayudantes realizados al amparo de la Ley de Ordenación Universitaria, el contrato indefinido no fijo del personal al servicio de las Administraciones públicas o los contratos de relevo³, percibirán esta indemnización cualificada en el momento del cese.

2 Es importante resaltar que el TJUE no concreta la cuantía a la que debería ascender de esta indemnización para no ser discriminatoria, sino que simplemente insta a su equiparación a los contratos por tiempo indefinido comparables. A juicio del TSJ que planteó la cuestión prejudicial, esta equiparación se cumpliría previendo la indemnización que procede ante un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2016 –rec. 246/2014–), criterios que se ha mantenido posteriormente por otras sentencias dictadas en aplicación de la citada doctrina del TJUE.

3 Aunque la citada STJU en el caso Diego Porras estaba referida a la extinción de un contrato de interinidad por sustitución, se aprecia ya una clara tendencia extensiva en virtud de la cual, nuestros jueces y tribunales están reconociendo indemnización propia del despido por causas objetivas ante la finalización de otros contratos de trabajo de carácter temporal, distintos al de interinidad. Esto es por ejemplo lo que ocurre en las dos sentencias dictadas el día 18 de octubre de 2016 por el TSJ del País Vasco respecto a dos contratos para obra o servicio determinado suscritos respectivamente con una empresa pública y con una empresa privada (sentencias nº. 1962/2016 y 1872/2016). También responden en el mismo sentido el Juzgado de lo Social de Avilés en sentencia de 17 de octubre de 2016 (respecto a un contrato por obra o servicio determinado en una sociedad mercantil privada) y el TSJ de Andalucía, sede en Málaga, en tres Sentencias de 16 de noviembre de 2016 (rec. nº. 1411/2016,

Tanta es la aceptación jurisprudencial de los argumentos utilizados por el TJUE en el caso Diego Porras que puede empezar a hablarse de una fuerte tendencia a la equiparación “de hecho” (pues por el momento no se ha producido reforma legislativa alguna) de la indemnización derivada de la extinción del vínculo jurídico de trabajadores temporales e indefinidos. En definitiva, no se puede obviar que la citada sentencia Diego Porras “obligando a tratar de modo idéntico a temporales e indefinidos en la indemnización a percibir por extinción del contrato”; ha representado un gran avance en la creación de “un contrato único por vía judicial”⁴, como claramente está demostrando la jurisprudencia española dictada en las distintas salas de lo social de nuestro país a partir de 16 de septiembre de 2016. Y es que si la indemnización por cese pasa a considerarse una de las condiciones esenciales del contrato, sin no se respeta la equiparación de trata que exige el TJUE, se produciría una discriminación injustificada entre trabajadores temporales e indefinidos

III. LAS DISTINTAS FORMAS DE TEMPORALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Centrándonos ahora en el ámbito del empleo público, conviene recordar que la Administración se nutre de distintos tipos de empleados públicos para desarrollar sus funciones. Si bien es cierto que las necesidades de carácter permanente se cubren en la mayoría de los casos bien por personal funcionario, bien por trabajadores indefinidos, también lo es que entidades y organismos públicos pueden recurrir, lícitamente a determinadas modalidades jurídicas de duración limitada en el tiempo⁵. Así pues, se permite recurrir

.....

1515/2016 y 1532/2016), relativas a empleados con contratos eventuales en un Ayuntamiento o en una Consejería. Incluso, el TSJ de Asturias el 8 de noviembre de 2016 (rec. nº. 2142/2016), a propósito del cese de un trabajador indefinido no fijo de la Administración por cobertura reglamentaria de la plaza (situación que hasta ahora venía considerándose cumplimiento de la condición resolutoria inherente al contrato y provocaba la extinción del contrato del indefinido no fijo sin derecho a indemnización de ningún tipo), y en aplicación de la doctrina comunitaria, atribuye al trabajador la misma indemnización que le correspondería a un trabajador indefinido cuyo contrato se extingue válidamente por causas objetivas, considerando que la Directiva 1999/70/CE, que recoge el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, es también aplicable (por su analogía a los interinos por vacante) a los trabajadores indefinidos no fijos.

4 Véase profesor CRUZ VILLALÓN, J., columna *El País*, Economía, 19 de septiembre de 2016, <http://go.microsoft.com/fwlink/p/?LinkId=255141>.

5 Como pone de manifiesto CAVAS MARTÍNEZ, F., “Nuestro ordenamiento jurídico admite que las Administraciones Públicas cubran sus necesidades de personal tanto mediante funcionarios u otro personal en régimen de Derecho administrativo, cuanto con empleados contratados en régimen laboral. Esta dualidad de estatutos jurídicos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y, más ampliamente, para los empleados del sector público, no contradice lo dispuesto en la Constitución de 1978, la cual, si bien opta claramente

a la contratación laboral temporal en los mismos supuestos y con los mismos requisitos previstos en la legislación laboral (11.1 LBEP), por lo que también las Administraciones públicas podrán recibir mano de obra eventual y para obra o servicio determinado, concertar contratos de interinidad (tanto por sustitución como por cobertura definitiva de la plaza), contratos de relevo o incluso, contratos formativos, ajustándose a las mismas causas y presupuestos exigidos con carácter general, en el Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, la contratación laboral temporal no es el único mecanismo en virtud del cual la Administración pública puede recurrir a personal para realizar funciones dentro de su estructura sin dotarlo al mismo tiempo de plena estabilidad. Esto es lo que ocurre con las figuras de trabajador “indefinido no fijo” y de funcionario interino, ambas exclusivas del ámbito de contratación de los entes públicos y ambas sujetas a una causa propia y específica de extinción de la relación jurídica: la cobertura definitiva de la plaza tras la convocatoria del correspondiente proceso selectivo.

La denominada relación laboral “indefinida no fija” es una creación jurisprudencial que surgió hace dos décadas⁶ para dar respuesta a ciertas irregularidades que se solían presentar en la contratación de las Administraciones públicas. Esta curiosa expresión, conformada por una contundente contradicción *in terminis*, dando lugar a un oxímoron, no es arbitraria, sino que nuestra jurisprudencia intenta representar a través de ella las paradójicas circunstancias que, en ocasiones, dan lugar al reconocimiento de una relativa estabilidad laboral en el seno de una Administración pública, ofreciendo así una solución imperfecta al problema del empleo irregular en las Administraciones públicas⁷.

Esto es, se trata de un trabajador del citado ente público, que ha adquirido tal condición como consecuencia de la reclamación judicial efectuada en virtud de la concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un periodo de treinta meses (como permite el art. 15.5 ET)⁸, por prolongación

.....

por el régimen estatutario o funcional de los servidores públicos en sus artículos 103.3 y 149.1.18^a, no prohíbe contratar personal en régimen laboral”, posibilidad por tanto que no hace más que desarrollar el art. 11 de la LBEP, en “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2/2017, pág. 10 del soporte informático.

6 Durante la vigencia de la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la función pública. Entre otras, así lo reconocen las SSTs, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7492), 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471), 24 de abril de 1997 (Ar. 3498) y 7 de julio de 1997 (Ar. 1735), y anteriormente incluso, de 27 enero 1992 (RJ\1992\75) o de 17 de enero 1994 (RJ\1994\191), en las que se ya expresamente se proclamaba que, que aunque los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad resultan de imprescindible cumplimiento a la hora de cubrir los puestos de trabajo en régimen laboral en la Administración pública, tal situación “no excluye que la inobservancia de la legislación laboral por dichas Administraciones genere los derechos correspondientes en favor de quienes se encuentren incluidos en su ámbito”. Al respecto, véase GOERLICH PESET, J. M., y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>.

7 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 13 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

8 Repárese en que las únicas situaciones excluidas de la aplicación de las citadas consecuencias son: “los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente

de un contrato para obra y servicio determinado durante más de tres años (15.1.a ET)⁹, por apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspiraba la celebración del contrato (tal y como contempla para estas situaciones el art. 15.3 ET), por la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajo autónomo, declarado como tal por la jurisdicción laboral, o incluso, entre otras situaciones, como la consecuencia legalmente prevista para las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores, como receptor de mano de obra¹⁰. Y es que en estos casos, la ilicitud de la contratación no puede determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público –tanto funcional, como laboral– en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, exigida tanto en la CE (arts. 14 y 23.2) como en la Ley 30/1984 y, actualmente en la LBEP¹¹.

Se genera entonces una situación en la que se accede al empleo público, con carácter indefinido, a pesar de no haber superado unas pruebas selectivas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad, simplemente por aplicación directa de las consecuencias laboralmente previstas ante la concertación de una contratación laboral irregular respecto a la que el ordenamiento jurídico laboral contemple el reconocimiento automático de su carácter indefinido en los términos expuestos.

Las propias peculiaridades que justifican la creación jurisprudencial de esta figura son las que a su vez determinan el reconocimiento de causas propias de extinción del contrato. Así pues, tanto la cobertura definitiva a través de un procedimiento basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad, como la amortización del puesto de trabajo que hasta ese momento venía ocupando el trabajador indefinido no fijo¹², “hacen surgir una causa de extinción del contrato que tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 ET (esto es, aquellas causas consignadas

.....

registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado” (art. 15.5 *in fine* ET). Pese a todo, se ha de señalar un dato: la redacción original del art. 15.5 ET especificaba que la consecuencia prevista para los supuestos de encadenamiento de sucesivos contratos temporales, “surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”. Ahora bien, la eliminación de la referencia a las Administraciones públicas que se incluía en la redacción original del precepto no puede confundirse con la exclusión de sus efectos a las contrataciones laborales realizadas en este ámbito, entendiéndose que persigue únicamente una simplificación de su redacción.

9 Plazo ampliable durante 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

10 Según indica la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2009 (nº de recurso 691/2009).

11 Cfr. STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265).

12 A estos efectos, se recordaba que el art. 1117 C.C., al regular los contratos sometidos a condición resolutoria, claramente determina que también se producirá la extinción del contrato cuando “(...) fuera ya indudable que el acontecimiento (del que depende su extinción) no tendrá lugar”.

válidamente en el contrato de trabajo)”¹³, entendiéndose que se trataban estas de causas resolutorias implícitas en la propia naturaleza del vínculo.

Como se puede aplicar, se trata de las mismas consecuencias que nuestros jueces y tribunales reconocían en ese momento respecto a la figura del contrato de interinidad por vacante, respecto al cual se admitía sin reservas que la resolución del contrato derivada de la lícita cobertura de la plaza, resultaba esencial a su régimen jurídico¹⁴.

Adviértase que el efecto más importante de entender cumplida la condición resolutoria del contrato “indefinido no fijo” es que tal circunstancia generaba la extinción del contrato de trabajo *sin derecho a indemnización alguna* (49.1.b ET)¹⁵. En cualquier caso, debe destacarse que en los últimos cinco años (con más intensidad además a raíz de la promulgación de la sentencia Diego Porrás)¹⁶, esta respuesta interpretativa ha ido cambiando. Haciendo gala de un criterio claramente *pro operario* se han ido reconociendo progresivamente más derechos tanto al trabajador indefinido no fijo como al interino por vacante en los casos de extinción de su contrato de trabajo. Tendencia protectora que, abarca no solo a los supuestos de amortización del puesto de trabajo por causas económicas, organizativas o

.....

13 Como indica, entre otras muchas, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), citando a su vez lo dispuesto en las STS de 20 de julio de 2007 y 19 de febrero de 2009, en las que se especifica que “aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando esta se amortiza el contrato se extingue”.

14 En este sentido ya señaló la STS (Sala de lo Social) de 27 de mayo de 2002, y tal como reproduce después la STS de 8 de junio de 2011 (citando a las del mismo Tribunal de 2 de abril y 9 de junio de 1997, 27 de marzo de 2000 y 4 de marzo de 2002) que son indudables las analogías que existen entre el contrato “indefinido no fijo” y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones públicas, afirmando que “no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad”. En similares términos, en la STS 27 de febrero de 2012 (nº. de recurso 736/12) se dice que en las Administraciones públicas “el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino (...), pues los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo y la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad”. Sobre este tema, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, págs. 33-42.

15 En este sentido, se pronunció en su momento, la STS (Pleno de la Sala), de 27 de mayo de 2002, reiterada por otras muchas posteriores. Se sostiene en ellas que existe una causa de extinción inherente a la propia naturaleza jurídica de esta particular modalidad contractual: la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales. Basta, pues, con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga. Así pues, se venía considerando que cubriendo reglamentariamente el puesto de trabajo que hasta ese momento ocupaba el trabajador indefinido no fijo, se daba lugar a una de las causas de extinción “consignadas válidamente en el contrato” (49.1.b ET), aunque en este caso, como recordaba la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), la condición resolutoria que se incluye en el contrato (49.b ET) no lo hacía por mutuo acuerdo de las partes, sino que resulta, *ope legis*, consustancial al reconocimiento de su condición de “indefinido no fijo”.

16 Pese a todo, desde 2015, ya se empezaba a consolidar una línea interpretativa en virtud de la cual se reconocía, en casos de cobertura definitiva de la plaza, la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET ante la finalización de los contratos temporales (entre otras, la STS, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2015 (nº. Rec. 2592/2014) interpretando la doctrina recogida en el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, al contestar la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CEE relativa al trabajo de duración determinada y su posible aplicación sobre el cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del Ayuntamiento de Huétor Vega. De esta forma, el criterio Diego Porrás no ha hecho más que mejorar la protección que hasta ese momento recibían los trabajadores indefinidos no fijos en caso de cese.

técnicas sino también a las situaciones en las que el contrato se extingue por cobertura definitiva de la plaza por otro candidato, llegándoles incluso a reconocer, en sentencias muy recientes, indemnización equivalente a la finalización de un contrato por causas objetivas.

IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Con el fin de dar respuesta a la situación de crisis económica generalizada que atravesó nuestro país, el RD-Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (consolidado después por la Ley 3/2012) introduce una nueva Disposición adicional vigésima en el Estatuto de los Trabajadores (DA 20ª ET)¹⁷, gracias a la cual por fin se reconoce la concurrencia de causas económicas motivadoras de la extinción de contratos de trabajo en la Administración pública, cuando esta sufra insuficiencia presupuestaria (previsión hoy reubicada, prácticamente en sus mismos términos, en la DA 16ª del nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores)¹⁸.

En concreto, en los últimos años esta forma de extinción contractual ha resultado ser particularmente útil en el seno de las entidades locales, cuya disponibilidad económica, en muchos casos se ha visto seriamente afectada por la disminución de la recaudación por medio de tributos locales. Y es precisamente esta constatación legal de las causas económicas en las Administraciones públicas, la que ha derivado otros cambios sustanciales en el tratamiento jurídico que nuestra jurisprudencia venía ofreciendo a los trabajadores “indefinidos no fijos” y a los interinos por vacante¹⁹.

17 En concreto, la nueva Disposición adicional décimo sexta del nuevo Texto Refundido del ET (en adelante DA 16ª ET), al igual que antes hiciera la DA 20ª ET, bajo la rúbrica “Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público” indica que: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas”.

18 Sobre el alcance práctico de la citada disposición, véase MARIN ALONSO, I., “La causa económica en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público”, en AAVV, “Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis” (coord. por Ángel Arias Domínguez, José Manuel Rodríguez Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 255–285; también, TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas”, *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, págs. 165–182. También al respecto, cfr. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Particularidades del procedimiento de despido colectivo en las administraciones públicas”, en AAVV, “Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis” (coord. por Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 287–314.

19 El Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 2014 (n.º rec. 217/2013) aclara que cuando el contrato de trabajo del interino por vacante se extingue antes de que llegue su vencimiento, este tipo de extinción contractual por amortización de la plaza debe tramitarse ya, desde la entrada en vigor de la DA 20ª ET, por la vía del despido

En síntesis, aunque tradicionalmente se viniera admitiendo que la amortización de la plaza actuaba como una causa propia de resolución contractual de este particular vínculo jurídico –y que por lo tanto, no generaba a favor del trabajador despedido derecho a indemnización de ninguna clase a cargo de la empresa (art. 49.1.b ET)–, nuestro alto Tribunal pasa ahora a sostener una interpretación muy diferente²⁰. De esta forma, entiende que este tipo de extinción contractual por amortización de la plaza, para poder considerarse procedente, deberá tramitarse, desde la entrada en vigor de la DA 20ª ET, también en el ámbito del empleo público y respecto a las modalidades contractuales del contrato indefinido no fijo y del contrato de interinidad por vacante, por la vía del despido por causas económicas, organizativas o de producción, con las consecuencias indemnizatorias previstas para tales situaciones (arts. 51, 52 y 53 ET)²¹. Y es que solo de esa manera se garantiza que la decisión de amortización de una plaza obedece realmente a causas organizativas, económicas o técnicas reales de la entidad pública.

Ahora bien, ¿qué ocurre con cuando la extinción del contrato del indefinido no fijo o del contrato de interinidad por vacante concertado en la Administración pública se produce por cobertura reglamentaria de la plaza? Contestando a esta pregunta debe decirse que, también en los últimos tiempos, a raíz de los criterios interpretativos marcados por la ya emblemática sentencia Diego Porras, esta causa propia de finalización de la relación laboral ha pasado de considerarse una causa *ad nutum* de extinción de la relación laboral, y por tanto, sin derecho a indemnización alguna, a incluirse dentro de la amplia equiparación de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la finalización del contrato entre indefinidos y temporales que ha marcado el TJUE²². Y es que, no se puede negar que la



por causas económicas, organizativas o de producción, con las consecuencias indemnizatorias previstas para tales situaciones, argumentando que “nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del ET (...)”. En la misma sentencia, el alto tribunal reconoce la indudable analogía que existe entre el contrato de “interinidad por vacante” y el “indefinido no fijo”, con lo que está dando a entender que las consecuencias que expresa en su fundamentación jurídica son extensibles a ambas modalidades contractuales. En concreto, se ocupa expresamente de destacar que, dado que el último párrafo de la DA 20ª ET (hoy 16ª ET) da prioridad de permanencia al personal fijo, esto evidencia de forma indudable “que la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”.

20 Esta solución la avala la literalidad del artículo 35.2 del RD 1483/2012, de 29 de octubre que a efectos de determinar el número de extinciones contractuales cuya superación conlleva la existencia de un despido colectivo y de seguir los trámites del artículo 51 del ET y del procedimiento regulado en los artículos 37 y siguientes del reglamento citado dispone que “se incluirá a la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente”. Igualmente respalda esta conclusión el art. 1 de la Directiva 98/59 de la CE, sobre despidos colectivos que impone su aplicación a los contratos temporales que se extingan antes de llegar a su término (Cfr. SSTs de 24 de junio de 2014).

21 Al respecto, resultan muy indicativas las sentencias del TS (Sala de lo Social), de 14 y 15 de febrero de 2018 (sentencias nº. 147/2018 y 151/2018 respectivamente), en las que se valora la consecuencia de nulidad o de improcedencia dependiendo de si este tipo de extinciones se realizaron antes o después de la reforma laboral de 2012.

22 Al respecto, no puede dejar de destacarse la importante STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 8 de noviembre de 2016, en la que, tomando como modelo la indemnización que hubiese percibido un trabajador indefinido comparable a la que hiciera referencia el TJUE, y dando un paso más en esta constante tendencia extensiva en

extinción del contrato por cobertura definitiva de la plaza, coloca tanto al interino por vacante como al indefinido no fijo, en una situación muy similar, por lo que si el interino, dando aplicación a la obligación de equiparación de las condiciones de trabajo entre fijos y temporales que impone el TJUE, va a percibir indemnización cualificada derivada de la finalización del contrato, no existe ninguna justificación razonable para excluir al indefinido no fijo de estas consecuencias indemnizatorias²³, por lo que también a este colectivo debe entenderse amparado por Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 1999/70 CE)²⁴.

En síntesis, puede afirmarse que en los últimos tiempos estamos asistiendo a un cambio de criterio (de momento incipiente, pero lo suficientemente sólido como para atribuirle vocación de generalidad), dictado esta vez a la luz de los últimos argumentos utilizados por el TJUE en el caso Diego Porras y que consigue el efecto de mejorar sustancialmente la protección por cese que percibían los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA INDEMNIZACIÓN POR CESE DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

Como se ha adelantado, entre las distintas fórmulas en virtud de las cuales las Administraciones públicas pueden recibir una prestación de servicios en virtud de un vínculo jurídico no permanente, debe hacerse especial referencia a la figura del funcionario interino.

Y es que mientras la contratación laboral temporal y la indefinida no fija vienen recibiendo por parte de la jurisdicción social una clara respuesta *pro operario*, declarando aplicable en múltiples ocasiones, como se ha expuesto, el criterio “Diego Porras”, la jurisdicción Contencioso–Administrativa que es la encargada de conocer las controversias

.....

el reconocimiento de derechos a los trabajadores indefinidos no fijos, considera aplicables –habida cuenta de las profundas similitudes que existen entre el trabajador indefinido no fijo y el interino por vacante–, las consecuencias indemnizatorias previstas en el art. 53 ET (y no las del 49.1.c ET), en los casos en los que la extinción del contrato se produce por cobertura reglamentaria de la plaza. Se consolida así una importante tendencia protectora del trabajador como parte más débil de la relación jurídica, obviando incluso la posición privilegiada en la que le ha colocado una situación en la que ha podido acceder al empleo público (aunque sea con carácter temporal) sin haber superado ningún tipo de proceso selectivo al efecto, aunque esta sea una exigencia constitucionalidad básica e imprescindible (23 CE) para garantizar la eficiencia y calidad de nuestra Administración pública.

23 Sobre este tema, véase *in extenso*, SELMA PENALVA, A., “Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras”, *Revista Información laboral* n.º 7, 2017, págs. 53 y ss.

24 Sobre esta tema, véanse las argumentaciones que realiza el TS (Sala de lo Social), en sus sentencias de 14 y 15 de febrero de 2018 (sentencias n.º. 147/2018 y 151/2018 respectivamente).

que surjan en torno a la figura del funcionario interino, no presenta por el momento una postura tan uniforme, pues existen pronunciamientos de signo totalmente contrario. No se puede negar que se trata de una cuestión compleja, sobre la que no existe coincidencia absoluta ni por parte de jueces y tribunales, ni tampoco por nuestra doctrina, a la hora de determinar si tanto la Directiva comunitaria 1999/70/CE, como los criterios interpretativos marcados por la archiconocida STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596-14) en torno al personal laboral temporal, resultan extrapolables al funcionario interino, lo que ha motivado que se aprecie que el tema reviste interés casacional²⁵.

De esta forma, las sentencias que, respecto al funcionario interino, se apartan de la doctrina Diego Porras, se apoyan en la diferente naturaleza jurídica que presentan la relación funcional (aunque se trate de un funcionario interino) y la laboral, lo que explica y justifica la aplicación de ordenamientos jurídicos y principios interpretativos diferentes, sin que la práctica seguida por un orden jurisprudencial (en este caso, el orden social) tenga el efecto de vincular necesariamente la línea interpretativa seguida por otro (a estos efectos, el orden contencioso-administrativo)²⁶. Y es que las consecuencias indemnizatorias reconocidas en el orden social no vinculan a la jurisdicción contencioso administrativa que, en torno a la figura del funcionario interino puede seguir legitimando la cobertura definitiva de la plaza como forma de extinción *ad nutum* de la relación que hasta ese momento se desarrollaba²⁷.

.....

25 Auto del Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 5 marzo 2018 (JUR\2018\70883) en virtud del cual el alto tribunal deberá valorar si procede el reconocimiento de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio tras el cese de un funcionario interino, invocando la cláusula 4 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, de conformidad con la interpretación efectuada sobre la misma por STJUE de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14 conocida como “de Diego Porras”.

26 Al respecto, destaca el TSJ de Asturias, que en los últimos meses ha dictado varias sentencias del mismo signo. Así, entre otras, cabe destacar las SSTSJ de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 10 julio (sentencia nº. 622/2017), de 23 octubre (sentencia nº. 838/2017), de 13 noviembre (sentencia nº. 909/2017), de 20 noviembre (sentencia nº. 931/2017) y de 27 noviembre (sentencias nº. 958/2017 y 966/2017).

27 En concreto, las sentencias de lo Contencioso-Administrativo que optan por seguir la línea desestimatoria de las pretensiones de equiparación, se apoyan en que el Acuerdo Marco no recoge otras posibles causas de discriminación, como las que puedan tener su origen en la condición funcional o laboral del trabajador. Así lo declara la STJUE de 14 de septiembre de 2016, según la cual “una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco. Es decir, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, sino en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, cuya interpretación corresponde exclusivamente al juzgado nacional”. En sentido, se recuerda entonces que el TC ha declarado que el personal funcionario y laboral son dos colectivos distintos, que se rigen por normativas diferentes, de naturaleza administrativa una y laboral otra, por lo que la distinta regulación de sus condiciones de trabajo no es discriminatoria, dado que estamos ante situaciones jurídicas que no son comparables. De esta forma, se entiende que, aunque a la luz del derecho comunitario, la necesidad de mantener condiciones de trabajo equivalentes se ha de respetar, por una parte, entre trabajadores temporales e indefinidos (con proyección también respecto a las relaciones laborales entabladas con una Administración pública), y por otra, entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos (10.5 LBEP), no existe ninguna norma, nacional ni comunitaria que obligue a prestar un trato equivalente entre los trabajadores vinculados a la entidad a través de un contrato de trabajo temporal y los funcionarios interinos, por lo que, su diferente naturaleza jurídica y la diversidad de regímenes jurídicos que resultan aplicables a una y a otra justifican que los derechos derivados del cese en la relación jurídica, no coincidan. A estos efectos recuérdese que nuestro ordenamiento jurídico tampoco contempla ninguna indemnización cuando

Por el contrario, aquellas sentencias en las que se aprecia la procedencia de cantidad indemnizatoria también en el cese de un funcionario interino, sustentan su argumentación en la clara similitud que en la práctica existe, por una parte, entre el funcionario interino y el contrato laboral de interinidad (en especial, cuando se recurre al interino por vacante) y por otra, entre la figura del trabajador indefinido no fijo y el funcionario interino. Y es que la figura del funcionario interino comparte la provisionalidad de su nombramiento con el interino por vacante y también la existencia de una causa propia de extinción de la relación jurídica, que sería (al igual que ocurre con el indefinido no fijo) la cobertura definitiva del puesto tras la celebración del correspondiente proceso selectivo, siempre que este se haya ajustado estrictamente a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad exigidos constitucionalmente.

Pero no solo eso: existen además otros criterios que coadyuvarían una interpretación extensiva de los principios inspiradores de la sentencia Diego Porras también en este ámbito: por una parte, el abuso que en la práctica se realiza de la figura del funcionario interino, extralimitándose en la apreciación de los supuestos contemplados en la ley; y por otra, y sin necesidad de llegar a estos extremos, la libertad de elección de la que disponen nuestros entes públicos a la hora de seleccionar la utilización del contrato laboral de interinidad por vacante o de la figura administrativa del funcionario interino para ocupar provisionalmente determinado puesto a la espera de que se pueda proceder a su cobertura definitiva. Ambas cuestiones, por su importancia, merecen un análisis individualizado.

5.1 El abuso en la utilización de la figura del funcionario interino

Uno de los argumentos utilizados para extender el criterio “Diego Porras” a las situaciones de cese de un funcionario interino es, como se ha adelantado, el del abuso en su utilización. Ahora bien, antes de realizar una valoración acerca del uso correcto de la figura del funcionario interino por parte de nuestras Administraciones públicas, resulta imprescindible recordar los términos con los que nuestro ordenamiento jurídico conforma la figura tanto del funcionario de carrera como del funcionario interino.

Así, es el art. 9 del RD-Leg. 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante LBEP) el que especifica que: “1. *Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”. 2. “*En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio*

.....

procede extinguir una relación funcional (63 LBEP). Así lo entiende, por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz en su sentencia nº. 273/2017, de 18 octubre (recurso 419/2017).

de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca”.

Por su parte, el art. 10. 1 del mismo texto detalla que “*Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando (además) se de alguna de las siguientes circunstancias: a) la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; b) La sustitución transitoria de sus titulares; c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto; d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses dentro de un periodo de doce meses”.* Ambos preceptos referenciados deben interpretarse de forma conjunta para poder apreciar correctamente las condiciones y presupuestos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, realmente permiten recurrir, de forma legal, a un funcionario interino con el fin de satisfacer necesidades meramente temporales de nuestras Administraciones públicas. Y es que es en realidad, la lectura conjunta de los arts. 9 y 10 LBEP, la que permite conocer qué tipo de necesidades temporales pueden atenderse recurriendo a la contratación laboral temporal (y por tanto, a través de un contrato eventual, para obra o deservicio determinado o contrato eventual) y respecto a cuales, debe atenderse necesariamente a la figura del funcionario interino.

Así pues, de estos preceptos se puede apreciar que, si bien cualquier necesidad permanente de las entidades públicas puede cubrirse por personal funcionario, solo las que impliquen *la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas* quedarían reservadas en exclusiva a la función pública pero, en cambio, deja una cuestión pendiente de respuesta: ¿ocurre lo mismo respecto a la figura del funcionario interino?

Pese a que adolece de ciertas dosis de indeterminación, una primera lectura del art. 10 LBEP permite comprobar que este queda redactado en términos bastante restrictivos ya que, en realidad, condiciona la posibilidad de recurrir a la figura del funcionario interino a la concurrencia de dos factores: 1º. Que existan *razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia* (a estos efectos, adviértase que el legislador utiliza la conjunción cumulativa “y”); 2º. Que tal nombramiento se reserve *para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera* (esto es, tal y como expresamente indica el citado art. 9.2 LBEP, *para el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas”*).

Ahora bien, la indeseable indeterminación de esta redacción, obliga a realizar una valoración detallada de las dos exigencias apuntadas, pues ¿qué ha de entenderse por “razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”?; y ¿cuáles son exactamente las funciones que implican en la práctica la “participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas”?²⁸

Al respecto, ante la indeterminación del concepto de *potestades públicas e intereses generales del Estado*, que ni siquiera precisa con detalle la propia Constitución española (art. 103), se ha criticado el hecho de que, en la práctica, se venga configurando el carácter funcional como la regla general de prestación de servicios en las Administraciones públicas, y la laboral, como la excepción, cuando en realidad, no debe confundirse la eficacia del servicio público con el ejercicio real de autoridad pública²⁹, aunque esta no es en modo alguno una opinión pacífica.

Si bien es cierto que tradicionalmente toda necesidad permanente de la Administración pública quedaba reservada a personal funcionario y únicamente se recurría a la contratación laboral para satisfacer necesidades temporales, la actual configuración organizativa de nuestras Administraciones públicas destruye totalmente dicha apreciación, pues nada impide hoy en día que las Administraciones públicas recurran a personal laboral indefinido al mismo tiempo que se amplían al máximo los contornos de la figura del funcionario interino con el fin de permitirle atender también a través de esta vía, necesidades meramente circunstanciales y puntuales de la concreta entidad. Pero no solo eso, también el masivo reconocimiento de indefinidos no fijos al servicios de nuestras administraciones públicas para atender necesidades organizativas muchas veces ni tan siquiera contempladas en la RPT, ha motivado el cambio del organigrama tradicional. De esta situación, se

.....

28 Indeterminación del precepto que da lugar a un marco normativo no necesariamente seguro, tal y como pone de manifiesto BOLTAIÑA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, pág. 137. Sobre este tema, CANTERO MARTÍNEZ, J., “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)” (*recurso digital*), detalla que “deberían ser incluidas las funciones sancionadoras, las autorizatorias, las inspectoras o de control o fiscalización, la instrucción y la elaboración de propuestas de resolución de los procedimientos administrativos, la emanación de ordenes de policía, las funciones relativas a la elaboración de normas, etc. Dentro del concepto genérico de la salvaguarda de intereses generales del Estado o de la Administración podrían incluirse las funciones relativas a la dación de fe pública y gestión de los registros administrativos, las de recaudación, asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria o las funciones de contabilidad”, aunque sin duda, el hecho de que la propia normativa haga referencia a la gestión *directa o indirecta* de intereses generales del Estado (9.2 TRLBEP) hace todavía más complejo si cabe este proceso de interpretación, pues parece ampliar prácticamente al máximo el elenco de tareas potencialmente atribuibles a funcionarios (y por tanto, también a funcionarios interinos), elevando al máximo las potestades organizativas de las entidades públicas, págs. 11, 14, 15, 16 y 23 del soporte informático (<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>).

29 En torno a esta idea, GORRITI BONTIGUI, M., precisa que “El servicio para el cual no hace falta ejercer potestad pública no tiene justificación teórica para ser funcionario. Los puestos de laborales no deberían ser una excepción organizativa ni normativa. Hay puestos propios de las AAPP cuyo desempeño exige eficacia del servicio público sin necesidad de ejercer potestad pública”. cfr. “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº.11, 2016, pág.110.

infiere que, cuando el legislador hace referencia a las funciones reservadas a funcionarios, no será ya la duración de la necesidad el factor principal del que dependa dicha delimitación de tareas.

De lo expuesto se deduce que el legislador es más restrictivo a la hora de posibilitar la sustitución de funcionario interino que respecto a la creación de una plaza funcional, pues mientras la segunda obedece en realidad a una decisión libre de la entidad (siempre que respete la atención de una necesidad permanente y su cobertura por un procedimiento lícito), la primera ha de ajustarse a los requisitos exigidos por la ley (funciones reservadas a funcionarios y urgente necesidad), lo que la limita de forma notable. Así pues, se infiere que el resto de supuestos en los que exista una plaza de reservada a personal funcionario, pero no se cumplan los estrictos presupuestos marcados por el art 10.2 LBEP, deberá recurrirse a la convocatoria de una plaza de funcionario de carrera, quedando la plaza vacante mientras tanto.

Ahora bien, se ha de ser consciente de que, pese a la existencia de estos requisitos legales, en la práctica, son muchos los supuestos y las entidades en las que el acceso a la condición de funcionario interino no se condiciona ni a los motivos de urgente necesidad, ni se realiza por el tiempo imprescindible, ni se reserva para funciones que impliquen ejercicio de funciones esenciales del Estado o de las Comunidades Autónomas. Tanto es así que en los últimos tiempos se viene acuñando la expresión de “funcionario interino de larga duración”³⁰; haciendo con ello referencia tácita las irregularidades cometidas en su nombramiento. Y es que debido precisamente a la discrecionalidad con que se articula esta figura en el TRLBEP, en la práctica se está llevando a cabo una utilización excesiva. ¿Por qué? Normalmente para poder dotar al sustituto de los complementos económicos vinculados a la condición funcional y que no percibiría un trabajador por cuenta ajena, pero ¿podría esta diferencia, llegado el momento del cese del citado funcionario interino, convertirse en una causa de minoración de sus derechos indemnizatorios en comparación con un trabajador por cuenta ajena? En síntesis, en contra de lo que pudiera pensarse, el ámbito del empleo público no escapa de la excesiva temporalidad de la que adolece en general el mercado de trabajo español, aunque en este caso, dicha falta de estabilidad pueda afectar no solo a personal laboral sino también al funcional o estatutario³¹.

.....

30 Entre otras, véase la STJU de 14 de septiembre de 2016 dictada en el caso Martínez Andrés y López Castrejana en la que expresamente se reconoce tal situación de la que adolece el modelo español de gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas.

31 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 4 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>). Al respecto, se ha dicho que en el ámbito de empleo público español se detectan muchas prácticas de precarización, muy similares a las que hoy en día resultan típicas del derecho laboral pero frente a las que este no podía actuar por quedar incluidas, por voluntad expresa del legislador en el Derecho de la Función pública, situación que las STJUE de 14 de septiembre de 2016 han intentado corregir. TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del funcionario interino y su extensión a los funcionarios interinos”, *RTSS. CEF*, nº. 409, abril 2017, pág. 83.

Pero no solo eso. Las posibles irregularidades vinculadas a la utilización excesiva o abusiva de la figura del funcionario interino son múltiples y variadas. Así por ejemplo, pueden plantearse las siguientes situaciones: ¿los límites a la creación o cobertura de nuevas plazas derivadas de las distintas medidas aplicadas con la intención de reducir el gasto público pueden considerarse motivos de “urgente necesidad” que justificarían la dotación de una plaza vacante a través de la figura del funcionario interino por el tiempo que reste hasta que se levanten las restricciones y pueda convocarse el concurso público con carácter definitivo? A estos efectos, ha de reconocerse que se admite que la dotación de personal en unidades deficitarias por restricción de gasto público, y habida cuenta de los importantes obstáculos que han existido durante los años de crisis económica respecto a la creación de nuevas plazas funcionariales, pueda realizarse por medio de funcionarios interinos, previa emisión de un informe motivado en el que expresamente se justifique tal necesidad. Pero, ¿cómo se comprueba realmente que no se trata de una maquinación voluntaria con el fin de eludir las leyes de contención del gasto público, recurriendo a personal que, aunque sea de forma provisional, realice las mismas funciones propias de la plaza cuya cobertura se ha paralizado, cobrando idéntico sueldo, pero habiendo superado un proceso selectivo mucho menos riguroso, mientras además se le posibilita acumular de esta forma méritos propios del tiempo de prestación del servicio de indudable puntuación en el futuro proceso selectivo que pueda convocarse a efectos de proceder finalmente a cubrir definitivamente dicha plaza? ¿Se trata de procedimientos siempre detectables por el Tribunal de Cuentas? ¿Qué ocurre cuando el nombramiento no se realiza *por el tiempo imprescindible*, sino que voluntaria e intencionadamente se pospone la convocatoria del correspondiente proceso selectivo con el fin de favorecer a un candidato que, en ese momento, goza del beneplácito de la dirección de la entidad? Pero no solo eso, ¿qué ocurre cuando se superan los tres años a los que el art. 70.1 LBEP condiciona, sin excepción alguna, el periodo máximo de ejecución de la oferta pública de empleo?³²

No se puede olvidar que en el ámbito laboral, ya existe una respuesta jurisprudencial clara y contundente destinada a proteger al trabajador que ha sido objeto de un fenómeno

32 Precisamente sobre esta cuestión, resultan muy ilustrativas las STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 8 mayo y de 4 y 6 junio 2013 (Recs. nº 559/2013, 871/2013 y 768/13 respectivamente). Aunque dedicadas a analizar la figura del contrato laboral de interinidad por vacante, sus argumentos resultan perfectamente extrapolables a la figura del funcionario interino, habida cuenta que las obligaciones que marca la LBEP respecto a la oferta de empleo público, comprenden tanto a personal laboral como a funcionarial de la concreta entidad. A mismo tiempo, no se puede olvidar que el funcionario interino percibe la misma retribución que el funcionario de carrera, y por lo tanto, la dotación presupuestaria de la plaza, no cambiaría al convocarse definitivamente la plaza. En concreto, respecto a esta cuestión, se ha indicado que: “Por ello es obligación inexcusable de la Administración convocar las vacantes para su cobertura previa inclusión en la oferta de empleo público y la Ley 7/2007 fija un plazo temporal improrrogable para que la oferta de empleo público se ejecute, que es de tres años. Podría plantearse que esto solo ocurrirá si la plaza está dotada presupuestariamente, según el tenor literal de la norma, pero si se ha producido una contratación por interinidad la consignación presupuestaria habrá de darse por supuesta desde el momento en que se dispone de fondos públicos para el abono de los gastos salariales y de Seguridad Social de ese contratado interino”.

de contratación laboral irregular en el ámbito de las Administraciones públicas: el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo”, pero por el momento no existe una respuesta equivalente respecto al abuso de la temporalidad que caracteriza al funcionario interino. Y es que la jurisdicción contencioso-administrativa todavía no ha elaborado una doctrina uniforme, similar a la laboral, para proteger a este colectivo y sancionar los abusos de la Administración en sus nombramientos, aunque sí se registran pronunciamientos individuales en este sentido³³.

Pero no solo eso. Como a simple vista se puede apreciar, la redacción actual del TRLBEP tipifica diversas situaciones en las que las Administraciones públicas pueden recurrir a la figura del funcionario interino, situaciones que no solo se asemejan al contrato de interinidad por sustitución y al de interinidad por vacante, sino también el contrato eventual y al contrato para obra o servicio determinado propios de una relación laboral. Tan numerosas son ya las situaciones que, atendiendo a la amplitud del art. 10.1 TRLBEP, justifican recurrir a esta figura, que se ha llegado a hablar de una “laboralización de la figura del funcionario interino”³⁴, que ya no queda reservada únicamente a sustituciones temporales de plazas ya creadas y expresamente reservadas a funcionarios (y como tales previstas en la RPT), sino para atender necesidades temporales y circunstanciales (sin necesidad de que estas hayan dado lugar a la previsión de la correspondiente plaza en la RPT) cuando lo que se contemple en la ejecución de programas de carácter temporal que no podrán tener una duración superior a tres años³⁵ (10.1.c LBEP) o el exceso o acumulación de tareas por un plazo máximo de seis meses³⁶ (10.1.d LBEP) siempre que éstas sean necesarias para salvaguardar el indeterminadísimo concepto de “*interés general*”. Adviértase que, en realidad, con esta lista tan amplia de situaciones en las que las Administraciones públicas pueden recurrir al funcionario interino en realidad se otorga libertad para recurrir si lo desean bien a la figura del contrato laboral para obra o servicio determinado o al contrato eventual, bien al funcionario interino –siempre que se justifique la urgencia y necesidad– (art. 10.1. letras c y d LBEP) según decidan, configurando con ello una amplísima variedad de posibilidades de auto-organización para nuestras Administraciones públicas que, simplemente valiéndose, cuando proceda, de una escueta justificación de una relativa necesidad y urgencia, podrán optar libremente por recurrir a la contratación laboral o al funcionario interino (siempre amparados por el amplio concepto de *interés general*), para cubrir la mayor parte de sus necesidades temporales. De hecho, tan amplia

33 CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, pág. 20.

34 BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, pág. 137.

35 Ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

36 Dentro de un periodo de doce meses.

y permisiva es la posibilidad de recurrir a un funcionario interino por acumulación de tareas o ejecución de proyectos de carácter temporal que, con esta previsión legal, se han desdibujado los contornos que diferenciaban al trabajador temporal del funcionario interino, descausalizando esta figura³⁷, y elevando prácticamente al máximo las posibilidades organizativas de la entidad³⁸.

Es entonces cuando se plantean también las siguientes cuestiones: ¿qué tipo de proceso selectivo ha de superar un candidato a funcionario interino para acceder a tal condición? Es cierto que, como expresamente indica el art. 10.2 LBEP, este procedimiento selectivo, ha de resultar particularmente ágil, sin dejar de lado en ningún momento los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad³⁹, pero ¿qué ocurre en el caso de que bien no se haya convocado proceso selectivo alguno, bien no se hayan respetado al hacerlos los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad? ¿Se produce un fraude en la contratación Administrativa? ¿Se genera, en virtud de la citada irregularidad, la nulidad de la relación jurídica así iniciada? O por el contrario, ¿se podría acceder a la condición de “indefinido no fijo” al servicio de la Administración pública por esta vía?⁴⁰

Y es que siendo el concepto de “indefinido no fijo” de plena creación jurisprudencial, también han de ser nuestros jueces y tribunales los que, a la hora de aplicar el derecho y resolver las posibles discrepancias que se puedan suscitar entre las partes de la relación jurídica, detallan qué tipo de situaciones y bajo qué presupuestos pueden generar el reconocimiento de la condición indefinida no fija. Y es entonces cuando necesariamente se ha de plantear la siguiente cuestión: si se ha fingido dar lugar a una relación estatutaria propia del funcionario interino cuando en realidad no concurren las causas, el plazo o las formalidades necesarias para dar lugar a un procedimiento ajustado a derecho, ¿puede decirse que la citada relación estatutaria que han querido generar los sujetos implicados

37 CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 5 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

38 Así pues, si las funciones reservadas a funcionarios se venían entendiendo propias, además del ejercicio de autoridad pública y de la salvaguarda de intereses generales del Estado, como necesidades permanentes y estables de la administración, la introducción de las letras c) y d) en el citado apartado altera la configuración tradicional de la figura del funcionario interino, como pone de manifiesto CANTERO MARTÍNEZ, J., “*Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)*”, *recurso digital*, pág. 23 del soporte informático (<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>).

39 Como indica CAVAS MARTÍNEZ, F., “Está muy extendida la constitución de bolsas de empleo temporal a las que se accede previa superación de un proceso selectivo –examen, valoración de méritos– que debe ser convenientemente publicitado y transparente”, en “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 10 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

40 Cuestión que plantea TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del funcionario interino y su extensión a los funcionarios interinos”, *RTSS. CEF*, nº. 409, abril 2017, págs. 63–88. También, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión en indefinidos no fijos (comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016. recs. nums.625/2013 y 735/2013, *RTSS.CEF*, nº. 407/2017, págs. 27 y ss.

en realidad nunca surgió? O por el contrario ¿podría decirse que se ha conseguido con este tipo de entramado jurídico obtener una prestación de servicios que en realidad es voluntario, dependiente y por cuenta ajena, aunque errónea o fraudulentamente los propios contratantes le hayan querido atribuir una naturaleza jurídica que no corresponde? Y si esto es así ¿el funcionario interino que ha sido nombrado realizando una interpretación extremadamente extensiva del art. 10.2 LBEP es, en realidad, un “trabajador indefinido no fijo” al servicio de la Administración pública?⁴¹ Y es que, de admitirse esta consecuencia, tras su cese, ya no existirá obstáculo legal para beneficiar a esta relación jurídica del trato privilegiado que, tras la sentencia “Diego Porras”, está concediendo nuestro orden social. Es por tanto por lo que ciertas reclamaciones de cantidades derivadas del cese de un funcionario interino se apoyan en la utilización abusiva de esta figura, esta vez ya ante el orden social de la jurisdicción, con el fin de obtener el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, como paso previo a solicitar una indemnización derivada de la finalización del contrato en los mismos términos ya admitidos respecto a los interinos por sustitución y a los interinos por vacante.

Precisamente al respecto, no se puede olvidar que el mismo día 14 de septiembre de 2016, el TJUE dictó no una, sino tres sentencias, todas ellas relacionadas, de forma directa o indirecta, con la temporalidad en el empleo público. Y es precisamente en este caso donde resulta imprescindible traer a colación, no ya la dictada en caso Diego Porras, sino las restantes, en las que se analiza, por una parte, el alcance real de las situaciones de “urgencia y necesidad” exigidas por el legislador español para poder recurrir a la figura del funcionario interino (asuntos Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197-15 respectivamente), y por otra, el alcance real de la Directiva 1999/70/CE (asunto Pérez López, C-16/15). Y es entonces cuando el TJUE recuerda que la definición de trabajador con contrato de duración determinada (cláusula tercera del Acuerdo marco) “engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (como contrato laboral o administrativo)”⁴², motivo por el cual, el

.....

41 Se trata este de una vía incipiente, no descartada expresamente por nuestra doctrina, pero apenas reclamada judicialmente por los trabajadores afectados (sin duda, por problemas prácticos de la extrema brevedad del plazo de caducidad de la acción de despido en el orden social en comparación con el plazo general de reclamación en el orden contencioso administrativo). Sobre esta interesante cuestión, véase el auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 8 febrero 2018 (JUR\2018\67406). Adviértase que en el citado auto se inadmite a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina al apreciar inexistencia de contradicción entre las resoluciones alegadas. Y es que, hasta el momento, cuando se ha apreciado la condición de trabajador indefinido no fijo de un funcionario interino se ha hecho en virtud de relaciones laborales falsamente temporales desempeñadas con anterioridad a la concertación del vínculo administrativo con la entidad pública (a estos efectos, véase, por su interés, la STSJ de Navarra, de 5 de febrero de 2015, rec. nº. 557/2004), aunque durante todo el tiempo de prestación de servicios se hubiesen desempeñado las mismas funciones sin solución de continuidad.

42 STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, asunto Pérez López, apdo. 24, tal y como recuerda BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión en indefinidos no fijos (comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de

alto tribunal determina que el Estado español debería establecer medidas para sancionar el uso abusivo del interinaje en las Administraciones públicas y proteger a los funcionarios interinos, recordando al mismo tiempo que, a estos efectos, al tratarse del acceso a la Administración, cualquier decisión por la que se opte requerirá al mismo tiempo el cumplimiento escrupuloso de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad⁴³.

Ahora bien, este fallo a su vez suscita nuevas dudas interpretativas pues, aunque el TJUE insta a la protección del funcionario interino, no concreta los medios a través de los cuáles deberá llevarse a cabo. En otras palabras, el TJUE elogia la figura del indefinido no fijo como resultado de la necesidad de protección respecto al empleo laboral irregular en las Administraciones públicas e indica que los jueces y tribunales españoles deben dar una respuesta clara y específica ante el abuso en la utilización del funcionario interino, pero ni propone expresamente la extensión del concepto de indefinido no fijo ni plantea, ni tan siquiera a título ejemplificativo, otros mecanismos protectores, sino que simplemente, reconoce la situación de abuso e insta a la detección y corrección del problema.

Y es precisamente en virtud de este criterio del TJUE por lo que cierto sector jurisprudencial y doctrinal interpreta que, en ausencia, al menos por el momento, de previsión normativa alguna, debería aplicarse la misma respuesta que actualmente jueces y tribunales vienen ofreciendo respecto al trabajador indefinido no fijo: esto es, adquisición de estabilidad y permanencia en su puesto de trabajo para la Administración pública ante ceses irregulares, y además, el derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado en caso de que dicha readmisión no sea posible por amortización del puesto de trabajo o cobertura definitiva de la plaza. Eso es, este sector de opinión aprecia que los criterios marcados en dos de las STJU de 14 de septiembre de 2016 (por una parte, la dictada en el caso Diego Porras y por otra, la correspondiente al asunto Martínez Andrés y López Castrejana), deben interpretarse conjuntamente, consiguiendo así el resultado de, sin alterar la naturaleza jurídica del funcionario interino⁴⁴, poder ofrecerle una protección equivalente a la que hoy en día recibe el trabajador temporal y el indefinido no fijo al servicio de nuestras Administraciones públicas⁴⁵. Tanto es así que, del análisis

.....

12 de diciembre de 2016. recs.num.625/2013 y 735/2013, RTSS.CEF, nº. 407/2017, pág. 221.

43 CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, pág. 20.

44 Sobre este tema, la STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 noviembre (sentencia nº. 2891/2017), se ocupa expresamente de desestimar la solicitud de laboralización ante el abuso de la figura del funcionario interino.

45 Como pone de manifiesto CAVAS MARTÍNEZ, F., respecto al cese improcedente del funcionario interino conviene destacar que no cabe aplicar la opción entre la readmisión y la indemnización que, como regla general se atribuye a la empleadora ante el despido improcedente de personal laboral, por lo que, ante un cese de funcionario interino que no se produzca ajustándose a causas legales, solo cabrá la readmisión (cfr. “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 39 soporte electrónico), salvo aquellos supuestos excepcionales en los que, atendiendo a las reglas de la lógica, dicha readmisión no sea posible, en los cuales, la única protección posible quedaría referida al abono de la indemnización que (esta vez a la luz de la STJUE Diego Porras y no ya solo de la STJU Martínez Andrés y López Castrejana) actualmente están percibiendo los trabajadores

de ciertos fallos recientes de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, parece inferirse lo que podría llegar a ser incluso una extensión de la figura del “trabajador indefinido no fijo” al servicio de las Administraciones públicas, pasando a comprender vínculos surgidos tanto del abuso en la contratación laboral de duración limitada en el tiempo, como del abuso en la contratación administrativa temporal⁴⁶. Pese a todo, una lectura detallada de los recientes pronunciamientos de los que parece inferirse una verdadera extensión de la figura del indefinido no fijo al servicio de las Administraciones públicas, permite concluir que en realidad a lo que están dando lugar es a la creación de un nuevo concepto interpretativo (que se empieza a llamar “*funcionario interino indefinido*”⁴⁷), que comparte con el indefinido no fijo todos los rasgos sustanciales que nuestra jurisprudencia le ha ido atribuyendo en los últimos años (estabilidad + indemnización por cese) pero conservando la naturaleza administrativa de la relación inicial de cuya irregularidad parte, y por tanto, manteniendo la competencia el orden jurisdiccional contencioso administrativo no solo para reconocer su existencia sino también para resolver cualquier tipo de conflicto que pueda plantearse entre las partes.

En síntesis, con esta postura, simplemente se está apreciando que la mera diferencia de régimen jurídico (laboral o administrativo) no justifica el trato desfavorable que los funcionarios interinos sufren respecto a los trabajadores temporales⁴⁸. Adviértase que mientras el art. 15.3 ET presupone indefinidos los contratos temporales celebrados en fraude de ley, y el art. 15.5 ET prevé la automática transformación en indefinidos de los contratos laborales temporales que sufran una excesiva concatenación y prolongación, no se con-

.....

indefinidos no fijos a la finalización de su contrato bien por amortización de la plaza, bien por cobertura definitiva.
46 Como a primera vista parece desprenderse de la redacción literal de las STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 2016 (recs. nº. 625/2013 y 735/2013).

47 Así lo reconocen, entre otras, la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 30 septiembre 2016 (rec. nº. 250/2015) y las STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 12 de diciembre de 2016 (recs. 625/2013 y 735/2013). Adviértase que aunque en las sentencias correspondientes al TSJ del País Vasco, expresamente se declara el carácter “indefinido no fijo” de la citada relación jurídica (personal estatutario eventual vinculado a la entidad pública por un vínculo administrativo), expresamente se reconoce el mantenimiento de la relación jurídica con su misma naturaleza: esto es, en realidad se está declarando el carácter de *funcionario interino indefinido* que, compartiendo el mismo origen y finalidad que la figura laboral del indefinido no fijo al servicio de la Administración pública, no da lugar a la novación de la naturaleza jurídica del vínculo (pues este no pierde su naturaleza administrativa para pasar a laboralizarse), aunque sí heredará de esta figura sus rasgos protectores. Y es que en los citados pronunciamientos expresamente se advierte que “el apelante continuará vinculado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su al cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales”. Sobre esta cuestión, véase también CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, pág. 24.

48 Y es que, como se ha expuesto, tras la STJUE dictada en el caso Diego Porras, también la finalización de un contrato temporal empieza a generar una indemnización cualificada y no meramente la contemplada en el art. 49.1.c) ET. PRECIADO DOMENECH, C. H., “La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés”, Bomarzo, Albacete, 2016. También en el abuso en la utilización de la figura del funcionario interino se apoyan las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 5 de Bilbao de 24 de octubre y 8 noviembre (recursos nº. 78/2017 y 107/2017 respectivamente), a la hora de dictar un fallo favorable a la indemnización.

temple consecuencia equivalente respecto a la utilización abusiva o excesiva del funcionario interino, pese a que su utilización ajustada a derecho también queda, en virtud del art. 10.1 LBEP, sometida a causas tasadas y a plazos máximos⁴⁹.

5.2 La libertad de elección de las Administraciones públicas

Pero incluso, sin necesidad de apreciar abuso o fraude en la utilización de la figura del funcionario interino, existe un segundo argumento que permite justificar la extensión de la indemnización por cese prevista en el ámbito laboral, a funcionarios interinos: la atribución y reserva de determinados puestos de trabajo a funcionarios, no deja de ser, en la práctica, una potestad de la propia Administración, sin que a estos efectos ni la LBEP ni las correspondientes Leyes de Función Pública de cada Comunidad Autónoma introduzcan límites demasiado concretos al efecto. Y es que, como se ha expuesto anteriormente, la única referencia al respecto es la genérica reserva funcional que la LBEP realiza respecto a funciones vinculadas “al interés general” que, por sus amplísimos contornos, resulta muy difícil traducir y plasmar en situaciones concretas.

De esta forma, las mismas tareas en diferentes Administraciones públicas, en cada RPT, pueden quedar o no reservadas a funcionarios. A consecuencia de ello, el número de funcionarios y las funciones concretas que se les encomiendan a cada uno de ellos no deja de ser una decisión particular de cada entidad, que puede optar por seguir un criterio más favorable a la funcionarización de cualquier puesto de trabajo que implique satisfacer una necesidad permanente, bien reservar las plazas que han de ocupar funcionarios solo para cometidos imprescindibles, encomendando a personal laboral las restantes.

Parece que las reglas de la lógica obligarían a elegir la figura del funcionario interino con el fin de cubrir temporalmente un puesto de trabajo reservado en la correspondiente RPT a personal funcionario y a la contratación laboral temporal en los restantes casos (bien al contrato de interinidad si de lo que se trata es de ocupar un puesto de trabajo temporalmente vacante, bien a los contratos laborales para obra o servicio determinado si la idea es atender necesidades puntuales y excepcionales de la concreta entidad pública). Pero esto no siempre es así, dando lugar a un entramado complejo de relaciones jurídicas. Y es que no se puede en ningún momento olvidar que, también en lo que a la cobertura

.....

49 Y son muchas Administraciones públicas, las que conectoras de esta diferencia de régimen jurídico entre la contratación laboral temporal y la contratación de funcionarios interinos, las que voluntariamente se decantan por utilizar masivamente esta última figura, intentando evitar el incremento de su personal indefinido (por fraude en la temporalidad o por excesiva prolongación de su vínculo, que se podría producir de recurrir a categorías contractuales laborales) y también la procedencia de una eventual indemnización derivada de la finalización del contrato de trabajo temporal, prevista en el art. 49.1.c ET respecto al personal laboral, independientemente de la naturaleza privada o pública del empleador, pero no en la LBEP respecto a los funcionarios interinos. Situación que pone de manifiesto BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, pág. 141.

provisional de puestos de trabajo vacantes se refiere, las propias Administraciones públicas gozan de amplias facultades de auto-organización.

Es precisamente esta amplia configuración de las posibilidades de actuación de las Administraciones públicas la que provoca que, en muchos casos, la cobertura provisional se realice de forma indistinta recurriendo a la figura del contrato laboral de interinidad o al vínculo administrativo del funcionario interino, según intereses o conveniencias particulares de la correspondiente entidad. Así pues, en la práctica, son muchas las opciones posibles a las que pueden recurrir lícitamente nuestras Administraciones, produciéndose así, ante necesidades aparentemente similares, diversidad de situaciones de sustitución.

Al respecto, se ha de tener presente, por ejemplo, que para recurrir a la figura del funcionario interino, la normativa no siempre exige ni la atención de una necesidad permanente de la Administración, ni la previa existencia previa de una plaza expresamente reservada a personal funcionario [recuérdense los supuestos contemplados en los apartados c) y d) del art. 10.1 LBEP]. Se admite entonces que necesidades circunstanciales de la entidad, atendiendo a la libre decisión de la empleadora, puedan atenderse por medio de contratos laborales (15.1 ET) o por funcionarios interinos (10.1.c y d LBEP).

Por otra parte, es habitual encontrar RPT en las que los puestos de trabajo no quedan atribuidos de forma tajante a personal funcionario o personal laboral, sino que, en abstracto, se permite ambas modalidades para dotarlos (utilizando la conjunción “o” o el símbolo “/”). Otras veces, se realiza una utilización excesivamente amplia, por error o por conveniencia, del contrato laboral de interinidad, por sustitución o por vacante, destinándolo a cubrir puestos reservados a funcionarios y no a trabajadores (recordemos que el art. 15.1c) ET permite el contrato de interinidad para “sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto”, por lo que no resultaría adecuada esta figura para cubrir provisionalmente puestos destinados a otro tipo de relaciones jurídicas en el seno de las Administraciones públicas). Tanto es así que actualmente, nuestros jueces y tribunales no ven ningún inconveniente en asignar a un trabajador indefinido no fijo a un puesto de trabajo vacante reservado a funcionarios, sin que ello implique alterar la condición jurídica de la relación del sustituto⁵⁰, considerando que se trata de un tipo de decisión que encuentra plena acogida dentro de la facultad organizativa de cada Administración pública de crear plazas y adscribir a su personal a las mismas mientras estén vacantes⁵¹ (eso sí, siempre que no se aprecie que con este cambio de funciones, se persiga vulnerar el derecho de indemnidad del trabajador)⁵².

.....

50 Cfr. STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 870/2013 de 11 diciembre.

51 En este sentido, véase, la STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4317/2015 de 15 julio.

52 Así se aprecia, entre otras, en la STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2018 (sentencia nº. 64/2018). En el caso objeto de debate, y una vez reconocida la condición de indefinido no fijo previa reclamación del trabajador en cuestión que ha sufrido abuso o fraude en la contratación laboral temporal, se le destina a cubrir una plaza de

En síntesis, no se puede negar que recurrir a la figura del funcionario interino se ha convertido, en la práctica, en una decisión plenamente discrecional para la propia entidad pública pues, incluso, producida la vacante, el exceso de tareas o la necesidad de sustitución, puede elegir también entre dejar vacante el puesto, cubrirlo por medio de reasignación de funciones entre su personal, justificar la necesidad de recurrir a un funcionario interino o, por el contrario, hacer uso de una de las modalidades de contratación laboral a las que, según el ordenamiento jurídico, también puede recurrir en los supuestos previstos en la legislación laboral.

Adviértase que, aunque esta aparente libertad de elección ha existido siempre, es en los últimos dos años cuando se aprecian diferencias sustanciales entre las consecuencias que derivan de una u otra opción. Y es que mientras el contrato laboral de interinidad (al igual que el cese del funcionario interino) daba lugar a la extinción de la relación jurídica sin derecho a indemnización, por cumplimiento de una causa propia y específica de resolución del contrato implícita en la naturaleza del vínculo, desde septiembre de 2016, la postura laboral pasa a ser claramente protectora de los trabajadores interinos, por lo que la elección de una u otra figura contractual para conseguir la cobertura provisional de un puesto de trabajo deja de ser intrascendente.

Precisamente es esta pluralidad de combinaciones y alternativas a las que pueden recurrir nuestras Administraciones públicas para satisfacer sus necesidades de personal, la que hace a ciertos Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo decantarse una postura favorable a la equiparación de indemnizaciones derivadas de la finalización de la relación jurídica que se sigue en el orden jurisdiccional social, considerando extensible también la doctrina Diego Porras a aquellos supuestos en los que se aprecie que el sujeto en cuestión, aunque técnicamente no sea un trabajador por cuenta ajena sobre el que aplicar una interpretación *pro operario*, sigue siendo la parte más débil de la relación jurídica, con el fin de que, llegado el momento de su cese, no soporte las diferentes consecuencias económicas que, hoy en día, podrían derivar de la naturaleza jurídica que la propia entidad eligió para dar cobertura a la relación que mantenía⁵³.



funcionario respecto a la cual, era previsible su futura amortización o cobertura definitiva por celebración del proceso selectivo correspondiente. Entiende el alto tribunal que el cambio de funciones encubría una decisión intencionada tendente a conseguir la extinción de la relación laboral como represalia al trabajador que previamente había demandado a la entidad para obtener su estabilidad, y por tanto, considera el cese producido un despido nulo al vulnerar el principio de indemnidad.

53 Sobre esta cuestión, resulta particularmente importante la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 2 de La Coruña, (sentencia nº. 120/2017) de 30 de junio de 2017. El juzgador estima en este caso que, habida cuenta de la similar razón de ser que persiguen las funciones realizadas por un trabajador interino y por un funcionario interino respectivamente, si se utilizase el criterio de que una y otra provienen de relaciones jurídicas de naturaleza diferente con el fin de negar el acceso a la indemnización derivada de la extinción del contrato a este último, se produciría una discriminación manifiesta entre el empleado temporal laboral en la Administración pública al que se le reconoce un derecho a la indemnización por cese o finalización de la relación laboral en aplicación de la Directiva y doctrina del TJUE en el caso Diego Porras, y el funcionario interino al que se le niega idéntica indemnización en razón exclusivamente de su condición de funcionario interino, a pesar de que muchos

En síntesis, se trata de un criterio a través del cual se intentan corregir lo que se considera diferencias de trato injustificadas entre sujetos que desarrollan sustancialmente las mismas funciones, bajo los mismos presupuestos de “transitoriedad”, pero que, en cambio, dependiendo de la naturaleza laboral o administrativa que se atribuya a la relación jurídica que mantenían, podrían llegar a obtener diferente protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴. Así, en opinión del juzgador, si el ordenamiento comunitario veta la discriminación entre trabajadores con contrato indefinido y trabajadores con contrato temporal, tampoco existiría razón alguna para discriminar al funcionario interino respecto al personal laboral temporal de la Administración, puesto que la diferente naturaleza jurídica no es en este tipo de supuestos, justificación suficiente para tratar de manera distinta situaciones que comparten una indudable identidad de razón. Así, se señala que, en este tipo de ocasiones, cuando se deniega la indemnización por cese solicitada por un funcionario interino, “la Administración ya no es que no acredite, es que ni siquiera razona cuales pudieran ser esos criterios objetivos y concretos en los que pudiera ampararse la discriminación entre el empleo público temporal laboral y el empleo público temporal en régimen funcionarial, funcionario interino”⁵⁵.

A nuestro juicio, erran las argumentaciones tendentes a negar la equiparación indemnizatoria entre personal laboral temporal y personal indefinido no fijo, por dos motivos:

– Por una parte, porque las causas de cese no son en modo alguno comparables con las previstas para los funcionarios de carrera, sino que coinciden de forma sustancial con las correspondientes a la desaparición de la necesidad temporal que justifica la extinción



puestos de trabajo se vienen desarrollando con habitualidad y normalidad en el seno de nuestras Administraciones públicas, unas veces por personal funcionario y otras, por personal laboral, con carácter permanente o meramente temporal, sin que exista motivo acreditado que permita justificar que determinadas funciones se deban realizar necesariamente en virtud de una relación funcionarial y no laboral. Así pues, en el caso citado, el fallo se sustenta en que los servicios administrativos que desarrollaba la demandante, podrían perfectamente haberse satisfecho a través de un contrato laboral de interinidad, y por lo tanto, privar al sujeto afectado de la indemnización reconocida por el TJUE implica, sin lugar a dudas, dar lugar a una diferencia injustificable de las condiciones de trabajo, claramente prohibida por el espíritu del art. 4 de la citada Directiva 1999/70/CE sobre contratación laboral temporal antes referenciada. Al respecto, véase el comentario que sobre esta interesante sentencia realiza DE CARLOS CASTILLO, A., “Los funcionarios interinos, ¿tienen derecho a indemnización por despido?: SJCA A Coruña, de 30 junio 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8, 2017, págs. 181–182.

54 Entiende en este caso el juzgador que la indemnización derivada de la finalización de la relación jurídica es una más de las “condiciones de trabajo” que inciden sobre una relación laboral. Al mismo tiempo, valora que, al ser las mismas las funciones que desempeña en la práctica un funcionario interino y un contratado laboral en régimen de interinidad, y bajo la misma condición resolutoria, ofrecer un trato distinto a una y otra figura daría lugar a un supuesto de discriminación inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, véanse, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº. 2 de La Coruña, de 30 junio (Recurso 78/2017). En similares términos, valorando la proyección del derecho a la igualdad de trato en todas las modalidades de empleo público, véase la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº. 5 de Bilbao de 8 noviembre (Sentencia nº. 177/2017 y recurso nº. 78/2017).

55 Cfr. la anteriormente citada sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº. 2 de La Coruña, (sentencia nº. 120/2017) de 30 de junio de 2017. En similares términos se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso–administrativo nº. 1 de Pontevedra de 20 de noviembre de 2017 (nº. rec. 22/2017).

del contrato de trabajo de interinidad e incluso, de la extinción de un contrato eventual o para obra o servicio determinado en los términos previstos en la legislación laboral. Obviar esta circunstancia implica alejarse de las más básicas reglas de razonabilidad en la aplicación del derecho. No se puede olvidar que el art. 63 LBEP enumera simplemente la renuncia, pérdida de la nacionalidad española, jubilación total, sanción disciplinaria de separación del servicio o la pena de inhabilitación para cargo público como motivos de pérdida de la condición de funcionario de carrera, todas ellas muy alejadas a la causa habitual de cese de un funcionario interino como es la desaparición de la necesidad temporal que justificó su nombramiento o la amortización o cobertura definitiva de la plaza que hasta ese momento se ocupaba. Y es que, aunque posean diversa naturaleza jurídica y estén dotados de diferente régimen jurídico, por lo que respecta a las concretas tareas encomendadas y también a las causas de cese en su prestación de servicios, personal laboral temporal y funcionarios interinos, sí resultan comparables. Pero no solo eso. Recuérdese que el propio legislador precisa que, tanto el personal funcionario como el personal laboral, debe seleccionarse a través de oposición o concurso oposición (61.7 TRLBEP), pero en cambio, nada se precisa respecto al personal laboral temporal y al funcionario interino, respecto a los cuales, debido tanto a la temporalidad del puesto a ocupar como de las razones de urgencia y necesidad que en ambas situaciones justifican su contratación (art. 19.dos LPGE 2018⁵⁶), se admitiría la válida celebración de otro tipo de procesos selectivos más rápidos (como podría ser la entrevista personal, el concurso de méritos, la realización de un examen, etc.), siempre y cuando estén correctamente publicitados, por lo que no se puede negar que, también en este extremo, existen fuertes puntos de identidad entre ambas figuras.

– Por otra parte, la equiparación a la condición de indefinido no fijo que, entre líneas, propone el TJUE a modo de respuesta ante los abusos que pueda comentar la Administración pública en la utilización de la figura del funcionario o personal estatutario interino deben necesariamente entenderse realizadas a dos consecuencias inherentes a la propia condición de indefinido no fijo, estrecha e indisolublemente vinculadas entre sí: por una parte la pseudo-estabilidad de su relación jurídica (en la que solo habría que añadir, a las causas que justifican la extinción de una relación laboral indefinida, la relativa a la cobertura reglamentaria de la plaza), y por otra (esta consecuencia proclamada más recientemente por nuestra jurisprudencia al aplicar el criterio Diego Porrás también sobre la figura del trabajador indefinido no fijo), el reconocimiento de una indemnización por causas ETOP cuando se produce la extinción de su relación laboral derivada bien de la

.....

56 Recuérdese que el citado artículo dispone que “no se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”.

citada cobertura reglamentaria de la plaza por otro candidato, bien de la amortización del puesto por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin haber llegado nunca a cubrirlo definitivamente. Olvidar esta dualidad implica desconocer la respuesta que actualmente se ofrece al trabajador indefinido no fijo, y por ello, malinterpretar la remisión indirecta que el TJUE realiza a su régimen jurídico a la hora de instar a una mejora la protección que el funcionario interino recibe en el caso de que se haya abusado de su condición. Y es que ambos rasgos de su régimen jurídico resultan esenciales a esta modalidad contractual sin que a estos efectos se pueda desconocer, posponer o relegar uno de ellos⁵⁷.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO ÚNICA EXCEPCIÓN

A la vista de lo expuesto, no se puede negar que en los últimos años asistimos a una reestructuración y revaloración de la figura del funcionario interino (y con él, también del personal estatutario eventual y del personal estatutario interino⁵⁸) que se ha realizado por vía jurisprudencial y que incide sobre diversos aspectos de su régimen jurídico, como es la igualdad retributiva respecto a funcionarios de carrera que realicen funciones comparables, la adquisición de estabilidad en la prestación de servicios cuando se aprecie abuso de la Administración pública en el nombramiento aparentemente temporal, e incluso, más recientemente (como se ha analizado a lo largo de este trabajo), se constata una tendencia jurisprudencial cada vez más definida a reconocer también al funcionario

57 Y es que de lo contrario “la ausencia de reparación no parece superar el doble test de equivalencia y efectividad propuesto por el tribunal europeo”, tal y como indica TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del funcionario interino y su extensión a los funcionarios interinos”, *RTSS. CEF*, nº. 409, abril 2017, pág. 86. De la misma forma, la extensión de las dos consecuencias propias de la figura del indefinido no fijo al orden contencioso administrativo se aprecia también en las STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 12 de diciembre de 2016 (recs. nº. 625/2013 y 735/2013) en las que, después de declarar “prolongada la misma (relación jurídica) en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza”, expresamente se reconoce también que, “en el supuesto de resultar necesario su cese y justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales”.

58 La STJUE, también de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto Pérez López (C-16/15) resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 4 de Madrid respecto a la concatenación prolongada de diferentes contratos de personal estatutario temporal en los servicios de salud autonómicos, para lo cual, el alto tribunal se ve obligado a analizar el alcance real del art. 9 de la Ley 55/2003, poniendo de manifiesto que la legislación española no contempla medidas que puedan controlar el abuso en la utilización del personal estatutario temporal, cubriendo a través de esta vía necesidades permanentes y estables de la administración sanitaria y en consecuencia de puestos estructurales. De esta forma, respecto al caso concreto que se le plantea, se aprecia que se ha producido una extralimitación en las facultades organizativas de la Administración, lo que ha dado lugar a la creación de un puesto estructural, del que solo se puede remover a la persona que lo ocupaba cuando esta plaza sea objeto de convocatoria pública.

interino una indemnización derivada del cese en su puesto equivalente a la que percibiría un trabajador que sufre un despido por causas objetivas⁵⁹. Tan fuerte es esta tendencia que posiblemente desencadene en el futuro una modificación normativa tendente a limitar el empleo público temporal (tanto laboral temporal como funcionario o estatutario interino) de utilización hoy claramente excesiva (a pesar de los estrictos términos en los que queda redactado el art. 19. Dos LPGE 2018).

A estos efectos, se ha propuesto exigir un informe jurídico preceptivo en el cuál se haga constar por escrito la concurrencia de la necesidad temporal que se pretende cubrir (y no una mera declaración formal de la existencia de tal necesidad realizada por un órgano político, como hasta ahora), sin el cual, la contratación temporal se consideraría realizada en abuso de derecho y daría lugar a la responsabilidad personal (disciplinaria, patrimonial o incluso penal) del sujeto que ocupase el órgano de dirección del que dependa la decisión final de contratación⁶⁰. Y es que la muy reciente exigencia de responsabilidad personal por fraude en la contratación laboral en el ámbito del empleo público, por el momento no alcanza a la concertación de vínculos administrativos con abuso de derecho (DA 34ª LPGE 2017 y DA 26ª LPGE 2018).

No se puede negar, por tanto, que la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Diego Porras) ha provocado un hito en nuestra historia jurídica reciente, produciendo una reestructuración abrumadora de los derechos y obligaciones vinculados a la finalización de una prestación de servicios, y difuminando prácticamente al máximo las fronteras entre un vínculo laboral o permanente, tanto al servicio de empresas privadas como de entidades públicas e independientemente de la naturaleza laboral o administrativa de la relación iniciada. De esta tendencia claramente expansiva, por el momento solo escapa el personal de confianza (denominado “personal eventual”) al servicio de las Administraciones públicas, que desempeña funciones de asesoramiento especial para determinados órganos de gobierno de las Administraciones públicas⁶¹, respecto al que nuestros jueces y tribunales no aprecian la

59 Esta tendencia, por el momento, solo se ha registrado en tribunales menores, por lo que habrá que esperar a que exista jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo para entender que existe jurisprudencia, lo que obliga a aplicar la debida cautela sobre este cambio en la interpretación de la normativa comunitaria respecto a los funcionarios interinos, aunque en cualquier caso, no se puede negar que esta nueva corriente interpretativa abre una nueva puerta hacia la equiparación de derechos entre personal laboral y funcional “temporal”. Al respecto, véase *El CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS*, “Indemnización por finalización del servicio a favor de funcionarios interinos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 1, Sección Consultas, enero 2018, Ref. 15/2018, pág. 15, Editorial Wolters Kluwer.

60 Ya en su momento, en el Informe de la *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleo Público* (abril de 2005) se plasmó la necesidad de contar al menos, con un informe jurídico preceptivo en el que constase la imposibilidad legal de prorrogar una plaza temporal, de tal forma que, si se actúa contraviniendo tal indicación, el órgano responsable de nombramiento respondería de la prolongación irregular de la relación jurídica.

61 Con ánimo clarificador, el art. 12 LBEP detalla que “es personal eventual el que, en virtud de nombramiento (por tanto, en virtud de un vínculo administrativo y no laboral) y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los

misma necesidad de protección que sí detectan, de forma más o menos generalizada, en las restantes situaciones a las que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo. Ahora bien, a la hora de justificar esta postura resulta imprescindible recordar que, pese a la aparente similitud en su denominación, no se trata en modo alguno de una figura, ni tan siquiera parecida, al contrato eventual previsto en la legislación laboral⁶², ni tampoco al personal estatutario eventual previsto en el ámbito sanitario⁶³, entre otras cosas, porque no requiere superar ningún tipo de proceso selectivo (pues su selección y nombramiento depende exclusivamente de la relación que mantiene con el sujeto que ocupa el cargo político al que asesora). Precisamente esta estrecha relación de confianza es la que determina no solo el nacimiento de este vínculo jurídico sino también su cese (lo que no concurre ni en el contrato laboral de interinidad, ni en la relación indefinida no fija, ni tan siquiera en la figura del funcionario interino), que será *libre* y además, se producirá en todo caso *cuando se produzca el (cese) de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento* (art. 12.3 LBEP)⁶⁴, sin derecho a indemnización alguna ni opciones de considerar estabilizado su puesto en virtud de la continuidad del servicio prestado.



créditos presupuestarios consignados para este fin”, prestando apoyo a determinados órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Pero, si se trata también de un tipo de empleado público que desempeña funciones de carácter temporal ¿por qué no se le reconoce, tras su cese, la misma indemnización prevista en la sentencia Diego Porras? Al no ser el “personal eventual al servicio de las Administraciones públicas” una modalidad contractual de naturaleza laboral, no está sometida a las reglas de estabilidad laboral previstas en el Estatuto de los Trabajadores, y habida cuenta de que la razón de ser de su relación jurídica se basa exclusivamente en la confianza, tampoco queda sujeto a los criterios de publicidad, mérito y capacidad que con carácter general rigen el acceso a la función pública. Recordemos que todo contrato de trabajo, incluso el de duración temporal, como el acceso a la condición de funcionario de carrera e incluso, a la figura del funcionario interino, han de superar su correspondiente proceso selectivo, proceso que será más o menos ágil atendiendo a la naturaleza laboral o funcionarial, temporal o permanente, del puesto a cubrir, por lo que la clara y contundente vinculación política que presenta la figura del personal eventual al servicio de las Administraciones públicas, no concurre con modo alguno en las restantes modalidades de empleo temporal (salvo por supuesto que, maliciosamente, y dando con ello lugar a un delito de prevaricación, se altere o manipule el proceso selectivo).

62 Conviene recordar que el art. 8.2 LBEP clasifica a los empleados públicos en: a) Funcionarios de carrera, b) Funcionarios interinos, c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) Personal eventual. Y es posiblemente esta primera clasificación la que permita responder a la cuestión planteada. Como se puede advertir, el precepto citado diferencia claramente entre *personal laboral* y *personal eventual*, enumerando ambas categorías como independientes y diferenciadas. Se deduce entonces que en un caso se está haciendo referencia a un vínculo laboral, en el otro, a un vínculo administrativo y, por lo tanto, sometido a otras normas de funcionamiento. Como a simple vista se puede apreciar, aunque se utiliza una denominación coincidente, el “personal eventual” al servicio de las Administraciones públicas no comparte (salvo la duración temporal de su vínculo jurídico) ningún rasgo con la “contratación eventual” prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

63 Art. 9.3 de la Ley 55/2003 por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

64 Por otra parte, y precisamente para evitar aprovechamientos excesivos de este tipo de vinculación, expresamente se advierte que “la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función pública o para la promoción interna” (art. 12.4 LBEP). Se configura entonces un particular régimen jurídico en el que, por propia naturaleza, queda excluida la posibilidad de reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo”. Y es que ¿cómo se podría dotar de estabilidad a una categoría contractual cuyas funciones son consustancialmente temporales?

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión en indefinidos no fijos (comentario a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016. Recs. núms. 625/2013 y 735/2013, *RTSS.CEF*, nº. 407/2017, págs. 221–227).

BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, págs. 129–169.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 12, 2017, págs. 8–26.

–“Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial)”, recurso digital, soporte informático (<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>).

CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, págs. 1–41 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

CRUZ VILLALÓN, J., columna *El País*, Economía, 19 de septiembre de 2016, <http://go.microsoft.com/fwlink/p/?LinkId=255141>.

DE CARLOS CASTILLO, A., “Los funcionarios interinos, ¿tienen derecho a indemnización por despido?: SJCA A Coruña, de 30 junio 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 8, 2017, págs. 181–182.

EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, “Indemnización por finalización del servicio a favor de funcionarios interinos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº 1, Sección Consultas, enero 2018, Ref. 15/2018, Editorial Wolters Kluwer, págs. 15–17.

GOERLICH PESET, J. M., y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>.

GORRITI BONTIGUI, M., “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº.11, 2016, págs. 94–111.

MARIN ALONSO, I., “La causa económica en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público”, en AAVV, “*Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*” (coord. por Ángel Arias Domínguez, José Manuel Rodríguez

Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 255–285.

PRECIADO DOMENECH, C. H., “La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés”, Bomarzo, Albacete, 2016.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, págs. 33–42.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Particularidades del procedimiento de despido colectivo en las administraciones públicas”, en AAVV, “*Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*” (coord. por Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz), Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 287–314.

SELMA PENALVA, A., “Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras”, *Revista Información laboral* nº. 7, 2017, págs. 53 y ss.

TRILLO PÁRRAGA, F., “El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas”, *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, págs. 165–182.

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

aselma@um.es

ALCANCE Y CONSECUENCIAS DE LA (PARCIAL) SUPRESIÓN DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA A LA VÍA JURISDICCIONAL SOCIAL¹

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 26/06/2018

Fecha de aceptación: 13/07/2018

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA CONFIGURACIÓN Y FINES DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA A LA VÍA LABORAL. 3. ALCANCE MATERIAL DE LA SUPRESIÓN DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA. 3.1. Reclamaciones en materia de Seguridad Social. Especial referencia a la impugnación de las altas médicas. 3.2. La reclamación al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido. 4. SOBRE LA APLICACIÓN DE UN TRÁMITE PREPROCESAL ALTERNATIVO A LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA. 4.1. El agotamiento de la vía administrativa previa. 4.2. La conciliación administrativa previa. 4.3. Impugnación judicial directa. 5. EFECTOS DEL PLANTEAMIENTO POTESTATIVO DE LA RECLAMACIÓN O LA CONCILIACIÓN PREVIA: CÓMPUTO DE PLAZOS Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha supuesto la eliminación parcial de la reclamación previa a la vía judicial social. En esta materia, la vigente normativa

.....

1 Estudio realizado al amparo del Proyecto de Investigación DER2016-78123-R, sobre “Implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

procesal plantea diversos interrogantes en cuanto al alcance de dicha supresión en función de la naturaleza de la resolución impugnada y de la materia sobre la que versa, así como la determinación del trámite preprocesal aplicable (agotamiento de la vía administrativa o conciliación administrativa previa), en su caso, como alternativa a la reclamación previa. El presente trabajo tiene, precisamente, por finalidad responder a dichas cuestiones y analizar las consecuencias que, de la supresión de este trámite, se pueden derivar con relación a la tutela judicial de la persona trabajadora.

ABSTRACT: The entry into force of Act 39/2015, of October 1, on the Common Administrative Procedure of Public Administrations, has led to the partial elimination of the previous administrative claim which used to be mandatory, as a general rule, before appealing decisions made by the Administration to an employment tribunal. This amendment raises several questions regarding the extent of the elimination of this procedural requirement depending on the nature of the appealed decision and the matter on which it relates, as well as the determination of what alternative procedure (mandatory reconsideration by the Administration or early conciliation before the ACAS), if any, is required before making a claim to the social jurisdictional tribunals. This paper aims to answer those questions and examine the consequences that may arise from the suppression of this procedure, as regards the judicial protection of workers.

PALABRAS CLAVE: Reclamación administrativa previa, impugnación de resoluciones administrativas en materia laboral y de seguridad social, agotamiento de la vía administrativa, conciliación previa.

KEY WORDS: Previous administrative claim, challenge of administrative resolutions on labour and social security matters, mandatory reconsideration, early conciliation.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más relevantes introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) en el ámbito laboral, fue la eliminación de la reclamación previa a la vía judicial. El Preámbulo de dicha norma justificaba la supresión de este trámite preprocesal, en “la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, (...) debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas”.

Como consecuencia de la reforma, desaparece de la normativa vigente la regulación de las reclamaciones previas a la vía civil y laboral, anteriormente contenida en los arts. 120 a 126 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), al tiempo que la Disposición final 3ª de la LPACAP modifica diversos preceptos (los arts. 64, 69, 70, 72, 73, 85, 103 y 117) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Pese a su loable intención, la técnica legislativa empleada por la LPACAP adolece de falta de precisión y claridad, dando lugar a diversos interrogantes en cuanto al alcance de la medida y, lo que es más importante, el trámite preprocesal aplicable, en su caso, como alternativa a la reclamación previa. El presente trabajo tiene, precisamente, por finalidad responder a dichas cuestiones sobre las que la doctrina de suplicación comienza a pronunciarse. Igualmente, se analizarán las consecuencias que la supresión de este trámite puede comportar en la tutela de los derechos de la persona trabajadora.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA CONFIGURACIÓN Y FINES DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA A LA VÍA LABORAL

La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales, considerada por la doctrina administrativista como “uno de los privilegios de que

goza la Administración” en relación con la jurisdicción ordinaria², ha cobrado, en las últimas décadas, una especial relevancia como consecuencia de los procesos de privatización en la gestión de servicios públicos y de laboralización de la función pública, en la medida en que comportan el sometimiento de la Administración al Derecho privado³.

Desde el punto de vista técnico, la reclamación administrativa previa constituye un “presupuesto procesal”⁴, cuya configuración como trámite obligatorio ha sido criticada por la doctrina administrativista, que ha postulado su supresión o, al menos, su conversión en un trámite facultativo, aduciendo, para ello, que este requisito no cumple ya ninguna de las funciones a las que históricamente sirvió⁵; la escasa o nula utilidad práctica de la reclamación previa en orden a la evitación de procesos, en cuanto la Administración desestima sistemáticamente la reclamación previa; o su evidente efecto dilatorio en el acceso a los tribunales⁶, con el consiguiente incremento de los intereses de demora en caso de condena a la Administración.

Con todo, el Tribunal Constitucional ha venido declarando su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 21/1986, 60/1989, 162/1989, 217/1991, 120/1993 y 122/1993)⁷. Para el máximo intérprete constitucional, se trata de un legítimo requisito impuesto por el legislador con la doble finalidad de “poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción” (STC 60/1989⁸). Esta oportunidad de evitar el planteamiento de conflictos ante la jurisdicción civil o laboral, aliviando de asuntos al sistema judicial, justifica, se-

.....

2 En este sentido, MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, p. 191; VERA JURADO, D. J., “La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales (SSTC 120/93 y 122/93, de 19 de abril)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, p. 253. También el Tribunal Supremo tilda a la reclamación previa de “privilegio procesal de la Administración”, v. gr. en su STS de 18 de marzo de 1997 (rec. 2885/96).

3 VERA JURADO, D. J., “La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales”, cit., p. 254.

4 MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, cit., p. 191. Igualmente, el Tribunal Supremo ha entendido que se trataba de un presupuesto del proceso, entre otras, en SSTs de 19 octubre 1992 (RJ 7654/1992), 17 febrero 1992 (RJ 996/1992) y 4 mayo 1992 (RJ 3504/1992).

5 La reclamación previa, introducida por la Real Orden de 9 de junio de 1847, tiene su origen en la necesidad de reforzar la posición de los compradores de bienes nacionales desamortizados, así como de normalizar presupuestariamente el cobro de créditos contra los entes públicos, mediante la interposición de un trámite administrativo que demoraba el conocimiento jurisdiccional de estas cuestiones, y en la exigencias de una centralización de la defensa procesal de la Administración ante los Tribunales ordinarios, en orden a potenciar la efectividad de dicha defensa (SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pp. 99 y 112 y ss).

6 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, cit., p. 136; GARCÍA DE ENTERRIA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, p. 673.

7 Pese a ello, y seguramente en atención a las razones anteriormente señaladas, el Tribunal Constitucional ha mantenido una interpretación flexible de este requisito en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 93/190, 65/1993, 76/1996 y 104/1997).

8 En el mismo sentido, véanse las SSTC 217/1991, 108/2000, 12/2003, 275/2005 y 330/2006.

gún la doctrina constitucional, la existencia de la reclamación administrativa previa y la demora que la misma supone en el acceso a la jurisdicción (SSTC 60/1989 y 217/1991). En similares términos, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha concluido, en su sentencia de 30 de noviembre de 2000⁹, que “el requisito de reclamación administrativa previa tiene la finalidad de dar a conocer a las personas jurídicas de derecho público la existencia de un propósito de litigar para que, en su caso, consideren la posibilidad de evitar el litigio o puedan preparar su defensa”.

La referida “función de mecanismo preventivo del proceso, similar a la del acto de conciliación previa”, constituye el principal argumento en el que se apoyaba el Consejo de Estado, en el Dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015, emitido con relación al Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁰, para posicionarse en contra de la supresión de la reclamación previa en materia laboral¹¹, sugiriendo “la posibilidad de mantener su regulación en la norma”, si bien otorgándole “carácter potestativo”.

Ahora bien, ni la similitud parcial desde el punto de vista teleológico de la reclamación previa y la conciliación, ni la semejanza externa de ambos trámites, en cuanto preceden obligadamente al proceso civil o laboral, bastan para identificar, sin más, ambas instituciones. Y ello porque, cada una obedece a una dinámica distinta, unilateral en el caso de la reclamación previa, frente a la bilateralidad propia de la conciliación¹², y, lo que es más importante, “la conciliación implica necesariamente la posibilidad de transacción o cesión parcial de derechos, elemento inexistente” en la vía administrativa previa¹³, puesto que, como advierte la doctrina constitucional, “el Estado y sus organismos no pueden transigir”(STC 60/1989). Como habrá ocasión de comprobar, esta circunstancia va a resultar determinante a efectos de valorar la exigibilidad, en su caso, de la conciliación previa como trámite alternativo a la reclamación previa.

9 RJ 2001, 1444.

10 Para el citado órgano consultivo, “su supresión podría suponer para algunos interesados una carga mayor que su exigencia, al obligarles a acudir siempre y en todo lugar a la vía jurisdiccional, con los costes que ello conlleva”.

11 Por el contrario, según el Informe del CGPJ, de 5 de marzo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dicha supresión constituía un acierto, por facilitar el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, y porque en la actualidad la reclamación previa no cumplía la aludida función conciliatoria “pues la gran mayoría de las reclamaciones previas son desestimadas, incluso por silencio”.

12 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, cit., p. 102, cit. por VERA JURADO, D. J., “La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales”, cit., p. 253.

13 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, cit. p. 102.

3. ALCANCE MATERIAL DE LA SUPRESIÓN DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

En su redacción previa a la reforma introducida por la LPACAP, el art. 69.1 LRJS, establecía la necesidad de interponer reclamación previa a la vía judicial social, como requisito general “para poder demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos”. No obstante, no se trataba de una regla absoluta, pues del precitado art. 69 LRJS se deducía que no procedía seguir dicho trámite cuando se requiriera haber agotado la vía administrativa de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable.

La exigencia, con carácter general, de reclamación administrativa previa a la jurisdicción social se refería, pues, a las actuaciones fundadas en derecho laboral (art. 120.1 LRJAP-PAC), en las que la Administración Pública intervenía como empleadora, mientras que la impugnación judicial de los actos administrativos dictados en el ejercicio de una potestad administrativa requeriría el agotamiento de la vía administrativa.

Aun tratándose de actos basados en derecho privado o laboral, el art. 120.1 LRJAP-PAC contemplaba la posibilidad de que dicho requisito estuviera exceptuado por una disposición con rango de ley. Entre dichas excepciones, y con cierto mimetismo respecto de los supuestos en que el art. 64.1 LRJS excluye el requisito de conciliación previa, el art. 70 LRJS se refería a las acciones que habían de tramitarse mediante modalidades procesales caracterizadas por la urgencia¹⁴ y brevedad de sus plazos, por la intervención de la Administración de oficio o por la tramitación de un expediente administrativo previo¹⁵.

A tenor del art. 71 LRJS, también quedaba exceptuada de dicho requisito, la impugnación de altas médicas emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de

14 La excepción relativa a las demandas “de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical” (recogida en el anterior art. 70.2 LRJS), ha sido la única mantenida en la vigente redacción del art. 70 LRJS, por cuanto no venía referida a la reclamación administrativa previa, sino, con carácter general, al agotamiento de la vía administrativa.

15 En su redacción anterior a la reforma introducida por la LPACAP, el art. 70.1 LRJS exceptuaba del requisito de reclamación previa: “los procesos relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, procedimientos de oficio, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, siendo en estos últimos potestativo, y reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, al amparo de lo prevenido en el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Asimismo, se excluía la necesidad de interponer la reclamación previa, para el ejercicio de “las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” (art. 70.3).

la Seguridad Social, al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal.

En la actualidad, como se ha señalado, la vigente LPACAP no contempla en su articulado la reclamación previa a la vía civil y laboral, y, coherentemente con la finalidad de acabar con una exigencia que la propia norma tilda de inútil, su Disposición final 3 modifica el art. 69.1 LRJS para eliminar con carácter general dicho requisito de procedibilidad. Con todo, la ley rituarial laboral continúa refiriéndose expresamente a la necesidad de seguir este trámite preprocesal con relación a las demandas en materia de seguridad Social y de reclamación al Estado de salarios de tramitación, por lo que procede analizar en qué casos es aplicable.

3.1 Reclamaciones en materia de Seguridad Social. Especial referencia a la impugnación de las altas médicas

En materia de Seguridad Social, el art. 71.1 LRJS mantiene el requisito de reclamación previa en los procesos sobre prestaciones, debiendo interponerse por los beneficiarios frente a la Entidad Gestora de las mismas. El citado precepto exceptúa únicamente de la reclamación administrativa los procedimientos de impugnación del alta médica, emitida por la Entidad Gestora precisamente “al agotarse” el plazo de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal, supuesto en el que, asimismo, el art. 140.1 LRJS exime del previo agotamiento de la vía administrativa.

Una interpretación *contrario sensu* del mismo precepto permite concluir que continúa siendo preceptiva la reclamación previa respecto de la impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica, emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social con carácter previo a la expiración del citado plazo, así como con posterioridad a la resolución que declara la prórroga expresa de la incapacidad temporal¹⁶.

No deja de sorprender que, pese a la supresión generalizada de la reclamación previa a la vía laboral, la LPACAP haya optado por mantener este trámite en los procesos de Seguridad Social¹⁷, en particular, en el caso de la impugnación de altas médicas, respecto

16 Sin embargo, para LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 64, en este caso lo que procede es la impugnación judicial.

17 Quizá resulte relevante en este punto, la mayor contundencia con que la LPL exigía la reclamación administrativa previa a los procesos en materia de Seguridad Social, estableciendo el art. 71.1. LPL expresamente que dicho trámite era requisito “necesario”, a diferencia del art. 69.1 LPL que se limitaba a señalar que era requisito “previo haber reclamado en vía administrativa”, para poder demandar a la Administración (GONÍ SEIN, J. L. y APILLUELO MARTÍN, M., “De la reclamación previa a la vía judicial”, en AAVV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. y GALLEGU MORALES, A. J. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo I, Comares, Granada, 2001, p. 467). No obstante, la posterior LRJS eliminó tal diferencia, estableciendo en ambos casos el carácter “necesario” de dicho trámite.

del que el citado requerimiento había sido objeto de crítica doctrinal, tanto durante la vigencia de la LPL, como tras la entrada en vigor de la LRJS, en la medida en que contribuía a retrasar la resolución del conflicto¹⁸ y casaba mal con la introducción de la modalidad procesal de impugnación del alta médica (art. 140.3 LRJS), caracterizada por una tramitación urgente y preferente, y destinada a la obtención con celeridad de un pronunciamiento sobre el estado de salud del beneficiario lo más aproximado posible al momento en que se produjo el alta, y a minimizar los efectos perjudiciales que el alta médica, cuando es indebida, comporta para el beneficiario y para la empresa¹⁹.

Las anteriores consideraciones son extrapolables a la impugnación de altas emitidas al agotarse el periodo de trescientos sesenta y cinco días desde el inicio de la situación de incapacidad temporal, pues si bien en tal caso no se aplica la reclamación administrativa previa, el art. 170.2 LGSS contempla el denominado “procedimiento de disconformidad”²⁰, que permite al beneficiario recabar el criterio del SPS –a través de la inspección médica– y evidenciar, en su caso, posibles discrepancias de este con el alta emitida por la Entidad gestora. Lo que ocurre es que las posibilidades de éxito de la petición son remotas, pues en el improbable supuesto de que la Inspección médica manifieste su discrepancia con la resolución de la Entidad gestora, esta no se halla vinculada por el criterio de la Inspección, pudiendo reconsiderar su decisión o reafirmarse en la misma, aunque para ello deba aportar las pruebas complementarias que fundamenten la confirmación del alta.

El procedimiento de disconformidad frente a las altas médicas emitidas por la Entidad gestora al agotarse el periodo de trescientos sesenta y cinco días viene a sustituir a la re-



18 RABANAL CARBAJO, P. F., “La nueva modalidad procesal de impugnación del alta médica (art. 140.3 LJS)”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 16.

19 Como se sabe, el alta médica comporta la obligación de reincorporación inmediata al puesto de trabajo (en el plazo de 24 horas, según se deduce de los arts. 5.1 RD 625/2014, de 8 de julio y 10.2 Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio), sin que la impugnación judicial suspenda la ejecutividad del alta [STS de 15 abril 1994 (RJ 1994, 3249)]. Si no se produce la reincorporación o el trabajador se reincorpora tardíamente, el empresario podrá emprender las medidas disciplinarias oportunas, en su caso de despido vía art. 54.2.a) ET [STS de 7 octubre 2004 (RJ 7889)], o apreciar el desistimiento del trabajador, cuando de las ausencias – v. gr. el largo lapso temporal transcurrido desde el alta hasta la reincorporación–, se deduzca “de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato” [STS de 29 marzo 2001 (RJ 3410); LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Reincorporación tardía del trabajador tras la incapacidad temporal: ¿abandono o despido?. Comentario a la STS (unif. doc.) 29 marzo 2001”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, 2001, p. 3337]. Aun en el caso de que se reincorpore, si, pese al alta, el trabajador no se halla en disposición de cumplir con las tareas fundamentales de su actividad, la empresa podrá extinguir la relación laboral por causas objetivas, basadas en el absentismo laboral [art. 52.d) ET], pero deberá abonar la indemnización prevista en el art. 53.2.b) ET. Sobre la cuestión, véase, RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 112–120.

20 Introducido por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, con la finalidad, expresada en su Exposición de Motivos, “de coordinar las actuaciones de los Servicios de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y evitar la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnósticos de una y otra instancia, (...) garantizándose en todo caso la continuidad de la protección del interesado hasta la resolución administrativa final con la que se culmine el procedimiento”. Este procedimiento se asemeja al recurso administrativo de reposición, aunque con plazos más reducidos y con la peculiaridad de que también intervienen entes distintos a la Entidad que emite el alta (LÓPEZ–TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, cit., p. 64).

clamación previa²¹, por lo que no será necesario acudir a dicho trámite cuando el beneficiario pretenda impugnar en vía judicial la resolución de la entidad gestora que pone fin al procedimiento de disconformidad, como se deduce del art. 71 LRJS, que, como se ha visto, excluye la exigencia de reclamación previa en estos casos.

Si bien, en principio, este procedimiento administrativo parece tan superfluo como la reclamación administrativa a la que sustituye, tiene la ventaja de que, durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y la resolución que ponga final al mismo confirmando el alta, se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal (art. 170.2 LGSS), tanto en sus efectos económicos como en el plano contractual. Sin embargo, tal prórroga de la situación de incapacidad temporal se corresponde con una demora, por igual tiempo, en el acceso a la vía judicial ante la más que probable confirmación del alta por la Entidad gestora, por lo que parece más funcional prescindir de cualquier trámite previo al planteamiento de la impugnación del alta médica ante la jurisdicción social, a fin de procurar una más rápida valoración judicial de la resolución controvertida.

Con todo, según se deduce del art. 170.2 LGSS, se trata de un procedimiento potestativo (*“el beneficiario podrá plantear su disconformidad con el alta”*), por lo que es posible acudir directamente a la vía judicial, planteando la demanda de impugnación del alta²², que habrá de formularse en el plazo de veinte días *“desde la adquisición de plenos efectos del alta médica”* (art. 71.6 LRJS).

Aunque la LRJS no lo establezca expresamente, es preciso concluir que, tampoco se requiere reclamación administrativa previa a la impugnación de las altas médicas emitidas por las mutuas y empresas colaboradoras de la Seguridad Social, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días de duración de dicha situación, cuando la persona interesada²³ insta la revisión del alta mediante el procedimiento administrativo especial establecido en el art. 4. del RD 1430/2009, de 11 de septiembre²⁴, en la medida en que el aptdo. 12 del mismo precepto, dispone que las resoluciones emitidas por la entidad gestora en el marco de dicho procedimiento, *“podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa”*²⁵. En inter-

.....

21 TRILLO CARCÍA, A., “Artículo 170”, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R., TRILLO GARCÍA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2016, p. 828.

22 RABANAL CARBAJO, P. F., “La nueva modalidad procesal de impugnación del alta médica (art. 140.3 LJS)”, cit., p. 19.

23 Debiendo entenderse por tal, el trabajador o trabajadora afectada por la decisión de la entidad colaboradora (MERCADER UGUINA, J. R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 215).

24 Por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

25 En interpretación de dicho precepto, LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la IT en los primeros*

pretación de dicha previsión normativa, el Criterio de Gestión del INSS de 3 de diciembre de 2009, ha concluido que no cabe formular reclamación previa para impugnar el alta emitida por la entidad colaboradora, y, de hacerlo así la persona afectada, la Entidad gestora no podría entrar a conocer de la cuestión. Ahora bien, el mismo Criterio permite que en caso de plantearse la reclamación previa ante la Entidad Gestora en el plazo de cuatro días previsto para solicitar la revisión del alta médica, podrá reconducirse dicha petición al procedimiento administrativo de revisión previsto al efecto, por el art. 4 del RD 1430/2009²⁶.

Pese a lo señalado por el mencionado Criterio del INSS, puesto que se trata de un procedimiento potestativo, y el art. 71 LRJS no excluye de la exigencia de reclamación administrativa previa la impugnación de las altas emitidas dentro de los primeros 365 días, parece posible afirmar la posibilidad de que, superado el plazo de cuatro días, la persona interesada pueda acudir a la vía judicial para impugnar el alta médica emitida por la entidad colaboradora, interponiendo la correspondiente reclamación previa²⁷.

Como sucede en el procedimiento de disconformidad, también en este caso, el inicio del procedimiento de revisión suspende los efectos del alta médica emitida por la entidad colaboradora, de forma que se situación de incapacidad temporal se mantiene hasta la fecha de la resolución, si bien, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de disconformidad, si posteriormente la entidad gestora confirma el alta emitida por la entidad colaboradora, “se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución” (art. 4.8 RD 1430/2009). La aplicación, sin paliativos, del art. 45.1 LGSS en este caso supone un trato diferenciado falto de justificación, que desincentiva la solicitud de revisión de las altas emitidas por las Mutuas; por ello, se ha señalado que esta previsión parece un castigo desproporcionado al trabajador que no obtiene la anulación del alta médica²⁸.

Dejando a un lado los casos excepcionales en los que se ha previsto un procedimiento administrativo especial, en el resto de los supuestos de impugnación del alta médica y de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social las demandas deben ir precedidas de reclamación administrativa, siendo conveniente recordar que lo expresado en la misma determinará el objeto del posterior proceso, en la medida en que no se podrán

.....

trescientos sesenta y cinco días, cit., p. 673, concluye que la interposición de la reclamación previa no es necesaria en tales casos. Por lo demás, a tenor del art. 6.8 del RD 1430/2009, se concede igual eficacia a las resoluciones emitidas por la entidad gestora en el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal.

26 MERCADER UGUINA, J. R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, cit., p. 218.

27 MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, J., “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, p. 35.

28 LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, cit., pp. 68 y 69.

introducir “*variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad*” (art. 72 LRJS)²⁹.

Precisamente porque lo establecido en la reclamación previa fija el objeto del futuro proceso y tiene por finalidad poner en conocimiento de la Administración los términos en que se planteará la demanda de forma que pueda preparar su defensa, la jurisprudencia³⁰ ha concedido validez a efectos de agotar la vía administrativa a una segunda reclamación previa efectuada ante el INSS en materia de prestaciones de Seguridad Social, en la medida en que la demanda, posteriormente formulada, coincida en contenido y pretensión con lo planteado en la segunda reclamación, respetando el principio de vinculación entre el procedimiento administrativo y el proceso expresado en el art. 72 LRJS, de forma que no se produzca indefensión de la Administración.

3.2 La reclamación al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido

La reforma introducida por la LPACAP³¹ en la modalidad procesal especial relativa a la reclamación al Estado de los salarios de tramitación, ha dejado en la materia que nos ocupa algunas dudas interpretativas. Y ello, porque el legislador se limita a modificar la rúbrica del art. 117 LRJS para sustituir la referencia al “requisito de la reclamación administrativa previa”, por el “*requisito del agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial*”, pero en la redacción del precepto se mantiene como “*requisito previo*”, para demandar al Estado por salarios de tramitación, “*haber reclamado en vía administrativa en la forma y plazos establecidos*” (art. 117.1 LRJS).

La referencia que el art. 117.1 LRJS hace a la reclamación en vía administrativa ha de entenderse efectuada al procedimiento administrativo de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido, regulado en el RD 418/2014, de 6 junio. Con carácter previo al cambio de rúbrica efectuado por la LPACAP, se venía entendiendo que la reclamación de pago planteada ante la Delegación y Subdelegación del Gobierno por el empresario o, en caso de insolvencia de este, por el trabajador despedido (arts. 2 a 4 RD 418/2014), equivalía a la reclamación previa, de

.....

29 Por su parte, la Administración demandada “*únicamente podrá formular reconversión cuando la hubiese anunciado (...) en la contestación a la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta*” (art. 85.3 LRJS).

30 SSTs de 3 marzo 2015 (RJ 2015, 1428) y 16 septiembre 2015 (RJ 2015, 4728).

31 Disposición final 3, aptdo. 8.

forma que no era necesario plantear nueva reclamación frente a la resolución de dicho procedimiento³².

En apoyo de esta interpretación, conviene recordar que, según el art. 7.2 RD 418/2014, la resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia con la que concluye el procedimiento, estimando o desestimando la solicitud (expresa o presuntamente³³), “pone fin a la vía administrativa”, de ahí que la persona interesada pueda demandar ante el órgano jurisdiccional competente frente a la resolución desestimatoria (art. 8.2 RD 418/2014), sin que la norma reglamentaria exija un trámite adicional.

Cabe pues interrogarse, si la referencia al agotamiento de la vía administrativa en la nueva rúbrica del art. 117 LRJS, implica la necesidad de plantear recurso de alzada frente a la resolución desestimatoria emitida por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, en cuyo caso el RD 418/2017 sería incompatible con la LRJS, ya que no requiere recurso de alzada³⁴, como tampoco lo hacía el anterior RD 924/1982, de 17 de abril³⁵. En contra de tal conclusión, es preciso señalar que el art. 117.2 –cuya redacción, conviene recordar, no ha cambiado– establece que, a la demanda habrá de acompañarse copia de la resolución administrativa denegatoria o, en caso de silencio administrativo, “de la instancia de solicitud de pago”, mas no el “documento acreditativo de la interposición o resolución del recurso administrativo”, a diferencia de lo dispuesto por el art. 69.2 LRJS.

En definitiva, la reforma operada en este punto por la norma administrativa carece de efectos prácticos; únicamente otorga la consideración de “agotamiento de la vía administrativa previa” al procedimiento administrativo de reclamación de los salarios de tramitación, con cuya resolución denegatoria se entenderá agotada la vía administrativa, en los términos del art. 69.2 LRJS. De esta forma, se adecúa la denominación del trámite a la naturaleza del acto impugnado, en la medida en que la resolución denegatoria del abono de los salarios de tramitación, emitida por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, del Ministerio de Justicia, no constituye un acto de la Administración como empleadora, sino un acto administrativo en materia laboral³⁶, fundado

.....

32 FALGUERA BARÓ, M. A., “La ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaborismo por el Derecho administrativo”, *Iuslabor*, núm. 2, 2015, p. 6. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/312036/402135>.

33 A tenor del art. 8.1 RD 418/2014, podrá entenderse desestimada la reclamación de salarios, transcurrido el plazo previsto en el art. 7.1, sin que la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia haya notificado la correspondiente resolución. El citado plazo es de un mes desde la recepción de la propuesta de resolución formulada por la Delegación o Subdelegación del Gobierno (que, según el art. 6.1 RD 418/2014, habrá de emitirse dentro de los quince días siguientes al de la fecha de entrada de la reclamación en el registro del órgano competente para su tramitación).

34 FALGUERA BARÓ, M. A., “La ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaborismo por el Derecho administrativo”, cit., p. 6.

35 El art. 5 RD 926/1982 disponía expresamente que la resolución que ponía fin al procedimiento no era recurrible en la vía administrativa.

36 ARASTEY SAHÚN, M. L., “Análisis de las reformas procesales introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *XXVIII Jornadas Catalanas de*

en la responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121 CE), así como en el objetivo de aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso del tiempo³⁷.

4. SOBRE LA APLICACIÓN DE UN TRÁMITE PREPROCESAL ALTERNATIVO A LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

Con la salvedad de los supuestos analizados en el apartado anterior, en que la acción debe ir precedida de reclamación previa, el citado presupuesto de procedibilidad ha desaparecido, suscitando una intensa controversia doctrinal acerca de la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción social para impugnar las decisiones adoptadas por la Administración como empleadora o, de no considerarse posible, respecto del trámite preprocesal aplicable. Sobre la cuestión se han mantenido, en esencia, tres tesis: la exigencia de agotamiento de la vía administrativa mediante recurso administrativo de alzada; la necesidad de conciliación administrativa previa; o la posibilidad de impugnación judicial, sin trámite previo. A continuación, se exponen los argumentos que, a juicio de la doctrina científica y judicial, avalan o rebaten cada una de estas soluciones.

4.1 El agotamiento de la vía administrativa

En un primer momento, tras la aprobación de la LPACAP, algún autor afirmó la sustitución de la reclamación previa por el recurso administrativo aplicable³⁸, fundándose en el propio tenor del art. 69.1 LRJS, según el cual, para demandar a una Administración pública, “*será requisito necesario haber agotado la vía administrativa, cuando así proceda, de acuerdo con lo establecido en la normativa de procedimiento administrativo aplicable*”. También, el apartado 3 del mismo precepto, parece exigir el agotamiento de la vía administrativa en la acción por despido, en la que antes se requería la reclamación previa, en

.....

Derecho Social: Los nuevos retos del Derecho del Trabajo: Cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudencia, Barcelona, 2017, p. 17; GARCÍA GIMÉNEZ, M., “¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se “transforma”?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 405, 2016, p. 215; MERCADER UGUINA, J. R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, cit., p. 318.

37 En este sentido, véanse, por todas, las SSTs de 26 febrero 2008 (RJ 2008, 3037) y 19 enero 2011 (RJ 2011, 918).

38 Por todos, CABERO MORÁN, E., “La reclamación administrativa previa a la vía judicial social tras la promulgación de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común”, *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2015, pp. 97-101; FALGUERA BARÓ, M. A., “La ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaborismo por el Derecho administrativo”, cit., p. 3.

cuanto dispone que “el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles (...), contados a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos”³⁹.

Sin embargo, desde un punto de vista teleológico, esta interpretación de la reforma no se sostiene, pues la eliminación de la reclamación administrativa previa no cumpliría la finalidad pretendida por la norma⁴⁰, si, en su lugar, hubiera que agotar la vía administrativa, imponiendo al trabajador o trabajadora el “calvario de plazos y recursos” que la misma implica⁴¹.

Por otra parte, a efectos de determinar los mecanismos de impugnación aplicables, es preciso distinguir entre actos de la Administración en los que la misma interviene como sujeto privado, como ocurre cuando es parte de una relación laboral, y actos administrativos, dictados en el ejercicio de una potestad administrativa en materia laboral y de Seguridad Social (excluidos los prestacionales). Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 20 de junio de 2017⁴², únicamente, respecto de los actos administrativos, se aplica el art. 69 LRJS, exigiéndose el agotamiento de la vía administrativa⁴³, mediante los recursos administrativos previstos en la LPACAP⁴⁴.

Esta conclusión se deduce, asimismo, de un análisis diacrónico de la normativa procesal, pues la LPL únicamente exigía la reclamación administrativa como trámite previo para demandar a la Administración, no siendo hasta la atribución de competencia a la jurisdicción social para conocer de la impugnación de actos administrativos en materia laboral y sindical, y de Seguridad Social, en virtud de los apartados n) y s) del art. 2 LRJS, cuando la citada norma establece la necesidad de agotar la vía administrativa⁴⁵.

39 MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *El Derecho, Foro legal* 17.11.2016. Disponible en http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Agotamiento-via-administrativa-plazo-caducidad_12_1022310001.html.

40 LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “La supresión de la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 411, 2017, p. 92.

41 La expresión es de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, cit., p. 132.

42 Rec. 1166/2017. La STSJ País Vasco se apoya en la STS de 8 de octubre de 2009 (rcud. 3604/2008), según la cual “(...) los actos de la Administración cuando actúa como empresario no están sujetos al derecho administrativo, sino al derecho laboral, como los de cualquier otro empresario. Y al no estar sujetos al derecho administrativo, es claro que no le son de aplicación las previsiones que para la revisión de los actos administrativos en sentido estricto establece el Título Vil de la Ley 30/1992 LRJPAC, y más concretamente, su art. 103 sobre declaración de lesividad de los actos anulables. La Administración, cuando actúa como empresario laboral puede, como cualquier otro, modificar sus decisiones por sí mismo, sin perjuicio de su posterior control judicial y el trabajador con relación laboral a su servicio, tampoco está obligado a agotar los recursos que los arts. 107 y siguientes de la LRJPAC prevén para la revisión de los actos administrativos sujetos al derecho administrativo”.

43 PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15, de 1 de octubre, y su impacto en el proceso laboral”, *Información Laboral*, núm. 10, 2016, p. 40; MERCADER UGUINA, J. R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, cit., p. 318.

44 Cfr. los arts. 112 a 126 LPACAP, que regulan los recursos administrativos de alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión.

45 STSJ Asturias, de 26 septiembre 2017 (rec. núm. 1759/2017).

En definitiva, el agotamiento de la vía administrativa se exigirá respecto de los actos administrativos a los que se refiere el art. 2.n) LRJS⁴⁶, y en particular: las resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos de suspensión de los contratos y de despido por causa de fuerza mayor, conforme a los arts. 47.3 y 51.7 ET; las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical; así como, en general “*las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional*”⁴⁷. Igualmente, deberá ir precedida del agotamiento de la vía administrativa, mediante los recursos administrativos correspondientes, la impugnación de los actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictados en materia de Seguridad Social no prestacional, incluyendo las resoluciones recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las resoluciones excluidas de la jurisdicción social en virtud del art. 3.f) LRJS [art. 2.s) LRJS].

4.2. La conciliación administrativa previa

En lo que concierne a los actos de administración, en los que la Administración interviene como empleadora con sujeción al Derecho laboral, se ha afirmado que la supresión de la prerrogativa de la reclamación administrativa previa a la vía judicial determina la equiparación de la Administración al empresario privado, siéndole por ello aplicable la exigencia general de conciliación administrativa previa⁴⁸.

Ciertamente, entre las excepciones que el art. 64.1 LRJS introduce a esta regla general, no se enuncian los supuestos en que se demanda a la Administración como empleadora, sino únicamente aquellos “*procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa*”. También, en favor de esta tesis, cabría traer a colación la consideración de la reclamación previa como un trámite similar a la conciliación previa, avalada por el propio Tribunal

.....

46 Y cuya impugnación se tramitará conforme a la modalidad procesal prevista en el art. 151 LRJS.

47 Como es el caso de las resoluciones administrativas sobre autorización de trabajos de menores, suspensión del plazo de efectividad de los traslados colectivos, extensión de convenios, impugnación de la certificación de representatividad, reclamación al Estado de salarios de tramitación por despido, etc. (BLASCO PELLICER, A., “El proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social”, en AA.VV., BLASCO PELLICER, A. (Dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1646; GARCÍA GIMÉNEZ, M., “¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se “transforma”?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, cit., p. 214). No obstante, en lo que concierne a la impugnación de la certificación de representatividad de los sindicatos emitida por la Oficina Pública de Elecciones Sindicales, alguna doctrina de suplicación había declarado el carácter preceptivo de la reclamación administrativa previa [STSJ Navarra núm. 367, de 29 julio 1997 (RJ 1997, 2535)].

48 PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15, de 1 de octubre, y su impacto en el proceso laboral”, cit., p. 40; GARCÍA GIMÉNEZ, M., “¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se “transforma”?”, cit., pp. 215 y 216.

Constitucional (v. gr. en la STC 120/1993)⁴⁹. No en vano, ambas instituciones aparecen reguladas en el Título V de la LRJS, dedicado a la evitación del proceso. En análogo sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que “la finalidad del trámite de conciliación previa a los procesos frente a personas jurídicas privadas es equivalente a la finalidad señalada de la reclamación administrativa previa”⁵⁰.

No obstante, ya durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral, la jurisprudencia había concluido que la conciliación previa no era de aplicación a los conflictos colectivos en que fuera parte un ente público, por más que quedaran excluidos de reclamación previa (art. 70.1 LPL) y no aparecieran enunciados entre las excepciones al requisito de conciliación previa (art. 64.1 LPL)⁵¹.

En otro orden de consideraciones, como ha señalado la Comunicación Laboral 67/2016 de la Abogacía del Estado, de 18 de octubre⁵², el papel de la Administración en la conciliación se halla condicionado por “los límites legales a la transacción, previstos en el caso del Estado en el art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”⁵³. En consecuencia, aunque la Administración puede modificar sus decisiones, aceptando en todo o en parte la petición del administrado, cuando así proceda en cumplimiento de la legalidad vigente⁵⁴, no podría, a diferencia del empresario privado, resolver un conflicto mediante la avenencia o la autocomposición, v. gr. acordando una indemnización superior a la legal a fin de evitar un procedimiento judicial⁵⁵.

.....

49 Basándose en esa similitud funcional, la sentencia de la STS de 31 enero 2003 (RJ 2004, 1826), otorga plena virtualidad jurídica a la presentación de la papeleta de conciliación ante un órgano administrativo incompetente, para suspender el plazo de caducidad de la acción. Similares argumentos han llevado al Tribunal Constitucional, en Sentencia 12/2003, de 28 de enero, a considerar que la presentación de conciliación previa, cuando lo procedente era la reclamación previa, no supone la caducidad de la acción.

50 STS de 30 noviembre 2000 (RJ 2001,1444). Cfr. SSTS de 2 febrero 1995 (RJ 1995, 732), 7 abril 1995 (RJ 1995, 2986) y 15 febrero 1996 (RJ 1996, 1405).

51 Antes bien, como el vigente art. 156.1 LRJS, el art. 154.1 LPL establecía como requisito necesario para la tramitación del proceso colectivo, el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos. Pese a ello, la STS 8545/1999, de 29 diciembre 1999 (rec. 1300/1999), recordó que el art. 155.2 LPL contemplaba la posibilidad de que en algunos supuestos no fuera necesario dicho trámite preprocesal, en cuanto disponía que a la demanda debía “acompañarse certificación de haberse intentado la conciliación previa o alegación de no ser necesaria esta”. Pues bien, según la citada sentencia, habría que incluir en esta salvedad “aquellos supuestos en que la parte demandada sea un ente público – a los que, por regla general, les está prohibida la transacción, fuera del seno de la propia administración, por lo que el acto de conciliación pierde todo sentido y finalidad –, en cuyo supuesto el requisito preprocesal de carácter obligatorio sería la reclamación previa. Ahora bien, tampoco procedería en el caso concreto tal reclamación, ya que el art. 70 LPL dispensa de este trámite a los procesos de conflicto colectivo.”

52 Comunicación emitida por el Departamento Social de la Abogacía General del Estado, en interpretación de la supresión de la reclamación administrativa previa por la LPACAP.

53 También insiste en las amplias limitaciones que el ordenamiento establece respecto de la capacidad de transigir de la Administración Pública, QUINTANA DAIMIEL, A., “Análisis preliminar de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, Actualidad Administrativa, núm. 11, 2015, p. 7 (La ley 5899/2015), con cita del art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y del ya mencionado art. 7.3 de la LGP 47/2003, de 26 de noviembre.

54 BAJO GARCÍA, I., “La evitación del proceso”, en AA.VV., BLASCO PELLICER, A. (Dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 428.

55 Por el contrario, LAFUENTE SUÁREZ, J.L., “La supresión de la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral”, cit., p. 95, afirma la posibilidad de transigir por parte de la Administración respecto de los actos sujetos

En fin, en contra de la exigencia de este trámite preprocesal para plantear demandas frente a la Administración empleadora, juega el argumento esgrimido anteriormente respecto del agotamiento de la vía administrativa previa, y es que, si como sostiene la Exposición de Motivos de la LPACAP, se trata de suprimir obstáculos que dificultan el acceso a los derechos, no tiene sentido sustituir la reclamación administrativa por otro trámite previo, como es la conciliación previa.

4.3. Impugnación directa ante la jurisdicción social

Por las razones expuestas, de índole sistemática y finalista, tanto la doctrina mayoritaria⁵⁶, como la Abogacía del Estado en la mencionada Comunicación Laboral 67/2016, han entendido que las demandas frente a actos de la administración pública fundados en Derecho laboral, deben interponerse directamente ante los órganos de la jurisdicción social sin necesidad de cumplimentar ningún requisito preprocesal (reclamación previa, agotamiento de la vía administrativa o intento de conciliación administrativa). Siguiendo el mismo criterio, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la precitada sentencia de 20 de junio de 2017, ha afirmado que “las demandas dirigidas frente a una Administración Pública en su condición de empleadora pueden instarse directamente, sin tener que cumplir ningún trámite previo en vía de evitación del proceso”⁵⁷.

La posibilidad de acudir directamente a los tribunales, sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa para formular las acciones de impugnación de actos de la Administración, determina necesariamente la inaplicación del plazo de caducidad de la instancia, previsto en el art. 69.2 LRJS. Por ello, es preciso reflexionar sobre el significado del apartado 3 del mismo precepto, en cuanto dispone que: “*En las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas a plazo de caducidad, el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada, o desde que se deba entender agotada la vía administrativa en los demás casos*”. Así, la LPACAP ha mantenido la redacción anterior con la única cautela de suprimir el inciso final del art.



al Derecho privado y laboral, siendo buen ejemplo de ello la celebración de convenios colectivos por parte de la Administración, por lo que confluje la viabilidad de la conciliación o mediación previas.

⁵⁶ Por todos, ARASTEY SAHÚN, M. L., “Análisis de las reformas procesales introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit., p. 13; HERNÁNDEZ VITORIA, M. J., “Trámites preprocesales en el ejercicio de acciones judiciales contra órganos públicos en el proceso laboral”, *Revista de Información Laboral* núm. 2, 2016, pp. 19–40 (BIB 2016|798); LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R., “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *El Derecho, Foro legal* 17.11.2016. Disponible en http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Agotamiento-via-administrativa-plazo-caducidad_12_1022310001.html.

⁵⁷ Igualmente, sin ánimo exhaustivo, véanse, la STSJ de Aragón, en su sentencia de 12 abril 2018 (rec. núm. 172/2018); y SSTSJ Castilla y León (Valladolid), de 12 abril 2018 (rec. núm. 266/2018) y 31 mayo 2018 (rec. núm. 594/2018).

69.3 LRJS, en el que se establecía que “la interposición de la reclamación previa suspende el plazo de caducidad, en los términos del artículo 73”.

La referencia del art. 69.3 LRJS a “las acciones derivadas de despido y demás acciones sujetas al plazo de caducidad” (fijación de vacaciones, movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, etc.), no parece contradictoria con la tesis mantenida, pues la norma admite que el cómputo del plazo de la acción se inicie “a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada”, sin exigir, por tanto, el agotamiento de la vía administrativa. De esta forma, la regla que establece el *dies a quo* del cómputo del plazo de 20 días hábiles “desde que se deba entender agotada la vía administrativa”, sería aplicable a “los demás casos” en que el ejercicio de la acción se halla sometido a plazo de caducidad y en que dicho trámite preprocesal es obligatorio, como sucede en el supuesto de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de suspensión o despido por fuerza mayor previstas en los arts. 47.3 y 51.7 LRJS⁵⁸.

5. EFECTOS DEL PLANTEAMIENTO POTESTATIVO DE LA RECLAMACIÓN O LA CONCILIACIÓN PREVIA: CÓMPUTO DE PLAZOS Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Pese a la alegada inutilidad de la reclamación administrativa previa, la supresión de este trámite impide a la Administración reconsiderar sus actos, obligando a la persona afectada a acudir a la vía jurisdiccional, con los costes que ello conlleva⁵⁹. Por esta razón, se ha afirmado la conveniencia de mantener, siquiera potestativamente, la reclamación previa o, si no esta formalmente, sí una petición o solicitud que haga las veces de aquella, propiciando el conocimiento por parte de la Administración y, en su caso, el reconocimiento del derecho solicitado⁶⁰.



58 En este sentido, véase ARASTEY SAHÚN, M. L., “Análisis de las reformas procesales introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, cit., p. 15.

59 MERCADER UGUINA, J. R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, cit., p. 323. Ciertamente, y por más raros que sean los supuestos en que así se admita, en algunos casos puede “ser tan perfecto el derecho del particular demandante que deba ser desde luego reconocido”, siendo esta la razón en la que el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 justificaba “la conveniencia y necesidad de que a falta de acto de conciliación y como garantía en favor de los derechos del Estado, con ventaja posible para los particulares”, se exigiera “la reclamación previa en la vía gubernativa antes de entablar demandas contra el Estado”.

60 Según propone LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “La supresión de la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral”, cit., p. 100.

Esta opción suscita el interrogante de si la falta de respuesta por parte de la Administración a la reclamación previa interpuesta cuando ya no es preceptiva, puede generar indefensión para la persona demandante. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla León (Valladolid), en sentencia de 21 de mayo de 2018⁶¹, ha negado que el silencio administrativo provoque indefensión alguna, cuando la Administración se limita en el acto de juicio a oponerse a la demanda en base a datos que constan en el expediente, y que, por tanto, pudieron ser conocidos por la parte demandante.

Asimismo, la vigente regulación plantea la duda de si la reclamación previa formulada de forma voluntaria interrumpe los plazos de prescripción o suspende de los de caducidad de las acciones. A diferencia de lo previsto en el art. 64.3 LRJS, relativo a la interposición de la conciliación previa cuando la misma no constituye un trámite obligatorio, la normativa procesal no se manifiesta sobre los efectos de la reclamación previa potestativa, pues tras la reforma el art. 73 LRJS se limita a regular los efectos de la interposición de la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, supuesto en que, como se ha señalado, constituye un trámite obligatorio⁶². La omisión de una previsión en análogo sentido al art. 64.3 LRJS ha llevado a la doctrina a concluir que la interposición potestativa de la reclamación previa no tendrá virtualidad suspensiva ni interruptiva de los plazos para el ejercicio de las acciones en el ámbito laboral⁶³, aunque conviene recordar que el art. 1973 CC establece que la reclamación extrajudicial comporta la interrupción de los plazos de prescripción⁶⁴.

El Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, en su sentencia de 14 de octubre de 1993, señalando que la interposición de una reclamación previa a la vía judicial no exigida por el ordenamiento jurídico interrumpe el plazo para accionar⁶⁵. La sentencia, relativa a un proceso de Seguridad Social en materia de accidente de trabajo, respecto del que el art. 63.2 de la LPL/1980 eximía de la necesidad de reclamación previa, invocó el principio *pro actione* recogido en la doctrina constitucional, y en particular en la STC 69/1990, de 5 de abril, concluyendo que “no se puede adoptar un criterio interpretativo formalista que lleve a considerar la inadmisión como una sanción a la parte que haya incurrido en un error de procedimiento, debiendo los Tribunales atender a una ponderación del medio en que consiste el requisito y el fin que con él se persigue, evitando la preponderancia de lo que es solo instrumento con mengua de la finalidad última de la función jurisdiccional, convirtiendo cualquier irregularidad en obstáculo insalvable para la consecución de la tutela judicial”⁶⁶.

61 STSJ núm. 921/2018, Rec. núm. 489/18.

62 Cfr. el art. 121.2 de la derogada Ley 30/1992.

63 BAJO GARCÍA, I., “La evitación del proceso”, cit., p. 442.

64 LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “La supresión de la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral”, cit., p. 98.

65 Rcd. 3965/1992 (RJ 1993, 7061).

66 Por su parte, la Sentencia de 16 noviembre 2004 (rcud. 6485/03), concluye que la reclamación previa presentada frente a la Cruz Roja Española tiene eficacia para suspender el plazo de caducidad de la acción de despido, pese

Finalmente, este debate ha llegado a la doctrina de suplicación, al hilo de los recursos de suplicación planteados frente a las sentencias de instancia que apreciaban la caducidad de la acción por despido formulada por trabajadores de la Administración Pública, tras haber formulado reclamación previa (en la mayoría de las ocasiones, no respondida por la empleadora). Partiendo de la base de que, en los casos en que se demanda a la Administración como empleadora, ya no es preceptiva la reclamación administrativa previa, esta doctrina de suplicación concluye que “la interposición de la misma, que puede efectuarse potestativamente, no suspende el plazo de caducidad, como se desprende de la reforma legislativa operada”, en el art. 69.3 LRJS, según el cual, la acción por despido se ha de interponer dentro del plazo de veinte días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que se produjo el acto o la notificación de la resolución impugnada⁶⁷.

En cualquier caso, según el art. 69.1 LRJS, cuando en la notificación de la resolución administrativa se haya omitido informar sobre los recursos procedentes en vía administrativa o judicial que caben contra la misma, se mantendrán suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción. De conformidad con el citado precepto, dicha notificación únicamente surtirá “efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda” (art. 69.1 LRJS). Con ello, se pretende evitar que en aquellos casos en los que la actuación de la Administración pueda ser irregular por no acomodarse a las normas del derecho administrativo, ofreciendo serias dudas sobre el momento en el que debe comenzar el cómputo del plazo de caducidad, la Administración se coloque en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987)⁶⁸.

Por último, respecto de la eficacia de la presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano de conciliación con carácter previo a la interposición de la demanda frente a la Administración empleadora, la misma no impedirá, con carácter general, que el cómputo



a que frente a dicha Institución debió plantearse conciliación extrajudicial.

67 SSTSJ Asturias, de 11 julio 2017 (rec. núm. 1408/2017) y 26 septiembre 2017 (rec. núm. 1759/2017); STSJ Castilla-La Mancha, de 14 diciembre 2017 (rec. núm. 1546/2017); STSJ Aragón, de 12 abril 2018 (rec. núm. 172/2018); y SSTSJ Castilla y León (Valladolid), de 12 abril 2018 (rec. núm. 266/2018) y 31 mayo 2018 (rec. núm. 594/2018). En los casos enjuiciados, puesto que las demandas se interpusieron una vez transcurrido dicho plazo, los Tribunales confirman las sentencias de instancia que declararon la caducidad de la acción.

68 SSTS de 10 junio 2016 (rec. 601/2015) y 29 mayo 2018 (rec. 1138/2016). En base a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia citadas, la STSJ Madrid, de 27 noviembre 2017 (rec. núm. 904/2017), concluye que no procede estimar la caducidad de la acción de despido, cuando la resolución que notificaba el despido no informó sobre los recursos aplicables, motivando que el trabajador despedido plantease, por error, la reclamación previa. Por ello, entiende que “la interposición de la reclamación previa, aunque no sea preceptiva, suspende el plazo de caducidad” para ejercer dicha acción. Esta sentencia mantiene un criterio contradictorio con la doctrina de suplicación mayoritaria, abriendo la posibilidad a un pronunciamiento del Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

de los plazos para interponer la demanda siga su curso, incluso en el supuesto de que el órgano de conciliación hubiera citado a la Administración, que, por lo demás, no tendría la obligación de comparecer al acto de conciliación. Y es que, según lo dispuesto en el art. 64.3 LRJS, la posibilidad de que el intento previo de conciliación, cuando dicho trámite no es obligatorio, tenga la virtualidad de suspender los plazos de caducidad o interrumpir los de prescripción, queda condicionada, de un lado, a que ambas partes acudan de común acuerdo a tales vías previas, y, de otro, a que el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse pueda tener eficacia jurídica, extremo que dependerá de que el contenido del eventual acuerdo implique una transacción o la mera aplicación de la legalidad vigente⁶⁹.

6. CONCLUSIONES

Tras la reforma introducida por la LPACAP, las decisiones adoptadas por la Administración como empleadora son susceptibles de impugnación directa ante la jurisdicción social, sin necesidad de interponer previamente reclamación administrativa previa, agotar la vía administrativa mediante los recursos administrativos previstos en la LPACAP (de aplicación a los actos administrativos sujetos a Derecho público), o intentar la conciliación previa.

La supresión de la reclamación administrativa facilita el acceso a los tribunales, al tiempo que se elimina el riesgo derivado del planteamiento, en muchos casos sin la conveniente asesoría, de una solicitud que va a condicionar los términos del posterior proceso. No obstante, con esta reforma también desaparece la posibilidad de instar ante la Administración empleadora la reconsideración de la decisión adoptada, obligando a las personas afectadas a acudir a los tribunales a fin de obtener una decisión fundada en Derecho, con lo que ello comporta en cuanto a gastos de carácter procesal e incremento del volumen de trabajo para los órganos de la jurisdicción social.

Por esta razón, puede plantearse la conveniencia de mantener la reclamación administrativa de forma potestativa, con el objeto de recabar una resolución administrativa favorable que evite el proceso (y sus costas). No obstante, a la vista de la última doctrina de suplicación, y en espera de una jurisprudencia que clarifique si la reclamación admi-

.....

69 La precitada STSJ Aragón, de 12 abril 2018, afirma “que en el procedimiento de despido, únicamente suspenderá la caducidad la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59.3 del ET, cuando no se trate de una Administración pública”.

nistrativa no preceptiva tiene eficacia suspensiva del cómputo de los plazos de caducidad de las acciones sometidas a plazos de tal naturaleza, parece más aconsejable reservar dicha estrategia a las acciones sometidas a plazo de prescripción, o, alternativamente, formular la demanda dentro del plazo de caducidad, a contar desde la notificación del acto o decisión administrativa impugnada, sin perjuicio de interponer paralelamente la reclamación administrativa previa⁷⁰ o, si se prefiere, el escrito de petición del derecho que se invoca.

BIBLIOGRAFÍA

ARASTEY SAHÚN, M. L., “Análisis de las reformas procesales introducidas por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, *XXVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social: Los nuevos retos del Derecho del Trabajo: Cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudencia*, Barcelona, 2017.

BAJO GARCÍA, I., “La evitación del proceso”, en AA.VV., BLASCO PELLICER, A. (Dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BLASCO PELLICER, A., “Reclamación administrativa previa: últimos pronunciamientos jurisprudenciales antes de su parcial desaparición”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 22, 2016, pp 79–85.

BLASCO PELLICER, A., “El proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social”, en AA.VV., BLASCO PELLICER, A. (Dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CABERO MORÁN, E., “La reclamación administrativa previa a la vía judicial social tras la promulgación de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común”, *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2015, pp. 97–101.

FALGUERA BARÓ, M. A., “La ley 39/2015 o la invasión colonialista del iuslaborismo por el Derecho administrativo”, *Iuslabor*, núm. 2, 2015.

GARCÍA DE ENTERRIA MARTÍNEZ–CARANDE, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

70 RENTERO JOVER, J., “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *El Derecho, Foro legal* 17.11.2016. Disponible en http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Agotamiento-via-administrativa-plazo-caducidad_12_1022310001.html.

GARCÍA GIMÉNEZ, M., “¿La reclamación administrativa previa desaparece o solo se “transforma”?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 405, 2016.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., J.R. MERCADER UGUINA, A.R. TRILLO GARCÍA (Dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2016.

GOÑI SEIN, J. L. y APILLUELO MARTÍN, M., “De la reclamación previa a la vía judicial”, en AAVV., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dirs.), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo I, Comares, Granada, 2001.

HERNÁNDEZ VITORIA, M. J., “Trámites preprocesales en el ejercicio de acciones judiciales contra órganos públicos en el proceso laboral”, *Revista de Información Laboral* núm. 2, 2016, pp. 19-40 (BIB 2016\798).

LAFUENTE SUÁREZ, J. L., “La supresión de la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 411, 2017, pp. 83-102.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Reincorporación tardía del trabajador tras la incapacidad temporal: ¿abandono o despido?. Comentario a la STS (unif. doc.) 29 marzo 2001”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, 2001.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., *Gestión y control de la IT en los primeros trescientos sesenta y cinco días*, Bomarzo, Albacete, 2016.

LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R., “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *El Derecho, Foro legal* 17.11.2016. Disponible en http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Agotamiento-via-administrativa-plazo-caducidad_12_1022310001.html.

MERCADER UGUINA, J. R., *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, J., “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pp. 13-47.

MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1979.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I. “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *El Derecho, Foro legal* 17.11.2016. Disponible en http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Agotamiento-via-administrativa-plazo-caducidad_12_1022310001.html.

PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “La supresión de la reclamación previa laboral por la Ley 39/15, de 1 de octubre, y su impacto en el proceso laboral”, *Información Laboral*, núm. 10, 2016.

QUINTANA DAIMIEL, A., “Análisis preliminar de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2015.

RABANAL CARBAJO, P. F., “La nueva modalidad procesal de impugnación del alta médica (art. 140.3 LJS)”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, pp 15–32.

RENTERO JOVER, J., “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *El Derecho, Foro legal* 17.11.2016. Disponible en http://www.elderecho.com/foro_legal/laboral/Agotamiento-via-administrativa-plazo-caducidad_12_1022310001.html.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pp 81–138.

VERA JURADO, D. J., “La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales (SSTC 120/93 y 122/93, de 19 de abril)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994.

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

franferr@um.es

STANDING OF UNIONS AND COMPETENT COURT ON SOCIAL CLAUSES IN PROCUREMENT PROCEEDINGS

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 22/06/2018

Fecha de aceptación: 13/07/2018

SUMMARY: 1. SOCIAL CLAUSES IN PROCUREMENT REGULATION. 2. CASE LAW ON SOCIAL CLAUSES IN PROCUREMENT. 3. ENTITLEMENT OF UNIONS IN PROCUREMENT DISPUTES. 3.1. Genesis of the case law about entitlement of unions in trials about individual rights. 3.2. Legitimate interest as necessary prerequisite of the entitlement. Ascertainment of the presence of the constituent features of the legitimate interest. 3.3. Union standing on social clauses contained in procurement. 3.4. Limits related to the object of the proceeding. 4. COMPETENT JURISDICTION. 4.1. Competent jurisdiction in procurement. 4.2. Main proceedings and questions referred for a preliminary ruling. 4.3. The so-called civil preliminary question. 4.4. Administrative and labour preliminary questions. 4.5. Administrative preliminary questions before labour court. 4.6. Collective conflict procedure. 5. CONCLUSION

ABSTRACT: Improvement of labour conditions is more balanced when it is reached through reform of Employment Law. The protection of workers interests is placed in labour courts, labour inspectorate and union. The state of readiness of procurement bodies to protect the workers interest is doubtful. The members of administrative bodies have not received training on such special branch of law. Labour courts, labour inspectorate and unions have specific regulation which provides the necessary tools to reach their goals. It

should be agreed that the inspectorate state of readiness to protect the workers interests is much higher than the abilities of the procurement bodies. It is beyond discussion that labour inspectorate is more prepared to establish unified criteria to avoid contradictory and discriminating action.

RESUMEN: La mejora de las condiciones laborales está más equilibrada cuando se logra a través de la reforma de la legislación social. La protección de los intereses de los trabajadores está depositada en los tribunales del orden social, la Inspección de trabajo y los sindicatos. Es bastante dudoso el grado de preparación de los órganos administrativos de contratación para proteger los intereses de los trabajadores. Los miembros de los órganos administrativos no han recibido formación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Los tribunales del orden social, la inspección de trabajo y los sindicatos tienen una regulación legal que les facilita las herramientas necesarias para alcanzar sus fines y objetivos. Se puede considerar un hecho notorio que la Inspección de se encuentra en una posición mucho más efectiva que los órganos administrativos para garantizar los interés de los trabajadores. Está mas alla de toda discussion que la Inspección de Trabajo está más preparada para establecer criterios unificados que eviten decisiones contradictorias y situaciones discriminatorias.

KEY WORDS: Procurement, social clauses, appeal, competent jurisdiction, standing of union.

PALABRAS CLAVE: Contratación administrativa, cláusulas sociales, impugnación, jurisdicción competente, legitimación del sindicato.

1. SOCIAL CLAUSES IN PROCUREMENT REGULATION

About regulatory matters, one finds the social clauses in article 145 LSCP 2017 which includes the demanded requirements and the kind of award criteria. The award of contracts is solved by a set of criteria which are based on the best relationship quality–prize. Supporting evidence collected by the procedure should be appraised. Based on such evidence, contracts can be awarded following criteria which are based whether on cost and efficiency, whether prize and cost, as well assessment of life time. The best relationship can be based whether on economic or qualitative criteria. Qualitative criteria establish by procurement bodies based on qualitative data can include environmental or social perspectives, which be attached to the object of the contract.

Social features will be related, among others, to the following goals: promotion of social integration of disabled persons, exposed collectives included among personal assigned to the contract. Also the scope includes people at risk of social exclusion, outsourcing with Special Employment Center or Integration companies, plans for gender equity related with the contract, equality among women and man, promotion of hiring female workers, reconciling personal and working life, improvement of labour conditions and wages, employment stability, hiring a bigger work task, training in health and security, ethical criteria and corporative responsibility, being provided with goods from equity commerce along the execution of the contract.

Article 147 LSCP 2017 includes tiebreaker criteria with a deep social founding. First of all the contracting bodies are able to set specific award criteria in the contract specifications when there is a tie according to general award criteria. These tiebreakers are linked to the object of the contract and will include: a) petitions of companies which hire a higher number of disabled worker than the number fixed by regulation at the end of the deadline for offers; b) Petitions of Integration companies ruled by Law 44/2007, December 13th, which have all the legal requirements; c) by award of contracts with social caring programs features, the proposals submitted by non–profit organizations which pursue goals directly related to the contract, when it is has been established by the foundation of the organization and the organization is officially registered; d) offers submitted by fair commerce entities in order to be awarded with procurements that allow fair commerce; e) proposals submitted by companies which by the proposal submission deadline, contain

social and employment measures that promote equality of opportunities among men and woman. The documents containing evidence of tiebreakers will be provided by tenderers when the tie is caused, it is not necessary to submit the evidence prior to the tie.

In the absence of any provision in the procurement specifications, the tie among offers will be broken according to the following social criteria. The social criteria will be appraised referred to the time of the offers submission deadline. a) higher percentage of disabled worker or employees risking social exclusion in each company; in this case the tie will be broken favoring higher indefinite workers or the higher amount of hired employees. b) lesser percentage of temporary or time fixed labour contracts; c) higher percentage of hired women; d) randomly if the former criteria could not break the tie.

In case of unusual low offers, article 149 LSCP 2017 establishes that procurement bodies will reject the abnormal low offers when it is proven that the lowliness comes from not complying with contractors, environmental, social or labor rules whether they are national or international, including sectorial collective agreements which are in force.

This provision should be connected with article 201 LSCP, whose title is “Environmental, social or employment duties”. The referred article 201 establishes that procurement bodies will take action guaranteeing that the procurement execution by the contractors are consistent with environmental, social or labour duties from European Union Law, state law, collective agreements or provisions of international law regarding environmental, social or labour matters which are mandatory for the state, especially those contained in Appendix V.

The Appendix V cited above contains the following international regulations regarding social and labour matters:

ILO 87th Convention about union freedom and protection of the right to organize; ILO 98th Convention about the right to organize and collective bargain; ILO 29th Convention about eradicating forced labour; ILO 138th about minimum age; ILO 111th Convention against discrimination (employment and occupation); ILO 100th about equal pay; ILO 182th Convention about the worst forms of child labour.

One can easily notice a big reinforcement of collective bargain by integrating ILO Convention about union freedom and protection of the right to organize and ILO Convention about the right to organize and collective bargain.

That should be understood without prejudice of the procurement bodies to take action to check that while the bidding procedure, the applicants and bidders comply with social and labour duties.

Breach of social or employment duties and, specially, non-compliance or delays in paying salaries or application of lower salaries conditions than those established by collective bargain are punished. In case of serious misconduct and willful behavior, the penalties contained in article 192 LSCP will be imposed.

The above mentioned article 192 LSCP 2017 regulates partial non-compliance or defective compliance. It establishes that procurement and the descriptive document can also make provision of penalties the defective execution or non-compliance of obligations or specific conditions procurement execution.

These penalties should be proportionate to the seriousness of the infringement and the amount of the penalties should not be higher than 10 percent of the procurement price, excluding VAT. The complete amount can neither be higher than 50 percent of the contract price. When the contractor partly fails to execute the services agreed in the procurement for reasons attributable to the contractor, then the public administration will appraise the specific circumstances and it can either terminate the procurement or impose penalties foreseen for such cases by the special specifications or by the descriptive document. The conditions of institutional agreements could establish provisions regarding the penalties contained in article 192 LSCP.

2. CASE LAW ON SOCIAL CLAUSES IN PROCUREMENT

The STS 3^a 1301/2016, de 2 junio (rec. 852/2015) Ruling is related to social clauses in Procurement Law and its relationship with collective bargain. In this procedure is discussed a Regional Act from Guipúzcoa which approved a new rule about public procurement. According to this rule, specific administrative clauses included in public procurement necessarily should comply with the Collective Agreement of construction and public works from Guipuzcoa, which was published in the Official Gazette from Guipuzcoa. At the same time the Regional Act approved another rule about specific administrative clauses which referred to public work contracts. It was established that such specific administrative clauses should contain a special provision. The scope of this provision was to stop extreme low offers. The tools to achieve that goal were the award criteria. It was understood that an offer was extremely low when the offer was lower by more than 10% of the arithmetic mean from the prices of all the accepted offers. It was meant to be an objective appraisal criterion. This objective criterion meant that abnormal appraisal would cause the decrease of labour wages affecting the Collective agreement. In last place, the Regional Act decreed that contractors are compelled to hire at least 30% of the worker through indefinite labour contracts. This provision was meant to secure employment stability¹.



1 LARRAZABAL ASTIGARRA, E., “Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de ejercer un salario mínimo en la ejecución de los contratos”, *Lan Harremak*, 31, 2014, pp. 135–156.

The referred STS 3^a 1301/2016, de 2 junio (rec. 852/2015) Ruling understands that the provision which forces public procurement is dependent from the fulfillment of employment law, regulation and collectives agreements. In this group of acts one can find the provisions related to company level collective agreements and the withdraw of the force and effectiveness of the collective agreements. In such case, the requirement of fulfillment of labour acts including the imposed effectiveness of the current collective bargain for construction and public work goes too far. This problem must be decided in relationship with the new labour regulation. It is not a covert derogation of employment (neither an attempt to do so), because the referred collective agreement is not corrupted. The collective agreement has not been changed. Its content remains the same. Even it could be defended that the collective agreement has become more operative, effective and transparent. The question must be solved concluding that the Regional Act does not usurp the **role of employment regulations**. At the same time, the specific administrative clauses will not prevent the effectiveness of article 84.2 ET. It cannot be argued that the collective agreement is the prerequisite of effectiveness of free competition law. Finally it should be remarked that the deeper meaning of possible regulatory movements of employment law in relationship with the effectiveness of the collective agreements are dependent of the employment law itself. It means that everything depends of the ET and their relationship with collective agreements and labour case law. Labour case law must follow the lead of law and international treaties. According to this reasoning, the refuted Regional Act is under the protection of Convention Number 94 ILO about working conditions in public administration. This ILO Convention establishes that public administration contracts must guarantee for the workers, wages, working time and other working conditions. The content of the guarantee is that public workers should not receive worst working conditions than the work of the same character in private industry whether it comes from collective bargain, arbitral resolution or state law. The STS 3^a 26 noviembre 2015 (rec. 3405/2014) Ruling reaches a different reasoning in a procedure, where it was under discussion the legitimacy of an Instruction of the Government Counsel of the Regional Chamber from Bizkaia. The Instruction regulated Criteria of guaranteeing working conditions and social measures in relationship with the activity in procurement contracting. This Instruction goal was to force procurement contracting bodies after the employment reform of year 2012. The Instruction argued that labour reform would worsen employment conditions, concretely the wages would decrease, labour conflicts would arouse, the reform would also cause a decrease of large consumption. All these facts would affect labour contracts, in which intervened exposed collectives which should receive a special protection. After picturing the later referred situations, the Instruction remarks its goal of preventing the cases which meant losing former working conditions. The scope was to protect and preserve former

working conditions. That meant the will of neutralizing the labour reform. It is also argued that these measures are taken under the provisions of the Public Procurement Law. Anyway, it is clear enough that the provisions of procurement law were not designed to affect labour reforms. The hidden will of the Instruction is discovered. This hidden will is to neutralize the power of the State to regulate employment reform. The Instruction contains the criteria which would be applied to contractors who decide to decrease working conditions. It must be said the worsening of the working conditions is related to the loss of effectiveness of collective agreement caused by not complying with the new legal deadlines. In this context one can easily conclude that the goal of the Instruction is labour and sociale rather that a procurement contracting scope. Another reason to declare the illegitimacy of the Instruction is the lack of jurisdiction of Regional Council Chamber in employment matters.

Based on the same reasoning the STS 3^a 1154/2016, de 23 mayo (rec. 1383/2015) Ruling which solved the legitimacy of a Regional Act, approved by General Assembly of Alava. The Regional Act requires social clauses to be included in the public work contracts along the Region. It imposed complying with all legal, regulatory and collective agreements. Specifically, the Collective agreement for construction of Alava is named. The Regional Act promotes the making of a Committee with jurisdiction to watch over all the parties about complying with the working conditions. This Committee could even impose sanctions. The content and goals of the Regional Act cannot be defended based on the self-organizing powers of the public administration. After reading the Regional Act one immediately detects the influence over the development of the public contracts. And more important the effects over the contractors who can be sanctioned for not complying with employment laws, even security and health laws. It is clear that the effectiveness of the Regional Act goes way beyond administrative self-organization.

3. ENTITLEMENT OF UNIONS IN PROCUREMENT DISPUTES

3.1 Genesis of the case law about entitlement of unions in trials about individual rights

The case law of the Constitutional Court which entitles the standing of the union in individual disputes has a double origin. On one side, the origin lies on the union taking action in collective conflicts special procedure. On the other side, the root is the rebuttal of administrative agreements which affect the interest of the workers.

At the time, when the case law about entitlement of unions for standing began, the standing to take legal action through the **special procedure of collective conflict** was granted only for the representatives of the workers (article 18.1.a/ Royal Decree 17/1977, March the 9th, about labour relationships). The restrictive interpretation adopted by ordinary courts caused the intervention of the Constitutional Court².

The interpretation by ordinary courts about the standing of the union in the rebuttal of administrative decisions, when these decisions affected the workers, was a very restrictive interpretation. This situation moved again the unions to seek the Constitutional Court protection.

The Constitutional Court built its case law based on its own prior rulings, independently of the belonging of the rulings to the matter of union standing. This understanding has allowed to create a harmonized case law about the access of union to judiciary process. This was general case law. After that case law there is the specific case law about union entitlement in individual labour disputes.

The first ruling about the union standing in judiciary trials solved a collective conflict about appraisal of overtime payment. In that case, the union belonged to health care field. The Constitutional Court developed an innovative understanding about the kinds of entitlement. The function of the union exceeds the classic layout of power of attorney and empowerment in Private Law³.

The Constitutional Court understands that the classic concept of the power of representation is acting on behalf of a third person. In the traditional concept, the representation is based on the will of the represented person or the will of the law. The Constitutional Court understanding includes a third kind of representation which names “institutional representation”. This institutional representation has on one side an explicit stipulation by voluntary adherence of the concerned party. On the other side the institutional representation is implied when the legal system empowers an entity to defend and manage the rights and interests of groups of persons⁴.

3.2 Legitimate interest as necessary prerequisite of the entitlement. Ascertainment of the presence of the constituent features of the legitimate interest.

The layout set by articles 7 and 28 of the Constitution leads to understand that in the scope of intervention of the unions, they have the ability to represent the workers interests. It must be remarked that the condition of union is not enough to produce the regular

.....

2 The first ruling about the union standing is Judgment STC 70/1982, November the 29th.

3 STC 70/1982.

4 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 6^a Edición, 2016, p. 833.

procedural juridical relationship. To that end the acting union must be directly related to the dispute. The link with the dispute results of the implementation degree in the conflict. The constitutional function attributed to the unions does not turn them in to abstract guardians of the legal system⁵.

The concept of implementation should not be mistaken for the concept of representativeness. The former is the key to appraise the standing for collective bargain with general effects or for institutional representation. Therefore when a union has enough representativeness in an area, then it has also sufficient implementation. The opposite is not true, implementation does not guarantee representativeness. The implementation may also be related to the concrete scope of a concrete union according to the articles of association or the level of affiliation. Implementation constitutes the tool to appraise the presence of the link or nexus between the union and the conflict⁶.

The continued review of the idea of link or connection between the union and the object of the procedure brings in new features which shape the concepts mentioned above. Union procedural standing can be located in the conception of professional or economic interest. This interest is identified by the achievement of an advantage or the demise of something harming. The interest has not necessarily a patrimonial condition⁷.

The interest must be qualified and specific. These conditions are fulfilled when an advantage becomes enforceable in favor of the union affiliates and other workers, if the complaint is finally granted by the court ruling⁸. Prior intervention or involvement of the union at the negotiation table contributes to the understanding of presence of procedural union entitlement⁹.

The intensity of comprehensive projection or the contained generality also contribute to ascertain of union standing¹⁰. Alleged discrimination may be enforced the intensity¹¹. Generality becomes stronger when the advantage or utility impacts the whole personnel instead of concrete persons¹².

.....

5 The STC 210/1994 Ruling judged a case about the legal action taken by a union about the registration of a group of workers in the General Regime of the Social Security. These workers were registered in the Agriculture Special Regime.

6 STC 37/1983 Ruling about entitlement to take action through special procedure of collective conflict.

7 STC 101/1986 Ruling about a complain filed before the administrative court for rebutting an administrative agreement of personnel provision at a university.

8 STC 7/2001 Ruling.

9 STC 101/1996 Ruling which analyzed a disputed agreement which was adopted by the university Governing body subsequently to some meetings of the negotiating table where the union was engaged. The Governing body agreement disregarded some of the prior decisions of the negotiating table. Therefore is challenged before court by the union.

10 STC 24/2001 Ruling.

11 STC 24/2001 Ruling judged the union standing for rebutting before administrative court the application conditions for a merit based and open competition for recruiting firefighters. The challenging union denounced breach of gender rights because the fitness test was the same for men and women.

12 STC 84/2001 Ruling.

3.3 Union standing on social clauses contained in procurement

It is remarkable that LSCP 2017 establishes in article 44 a “Special remedy for procurement matters”. Against the rulings detailed by article 44, the parties can appeal through the special administrative appeal. In such cases is not possible to appeal by ordinary means. The object of this special appeal is the acts and rulings contained in 2nd paragraph of the article 44 LSCP 2017, when such acts and decisions are linked to the procurement settled by public administration or other entities which have the status of awarding bodies:

a) Procurement of work whose appraised value is higher than three million euros. Also supply and service contracts with a higher appraised value than a hundred thousand euros; b) Institutional agreements and dynamic acquisition systems whose object is any of the contracts mentioned in the former letter. Also contracts based on the prior classification of contracts and c) Work or services granting agreement whose appraised value is higher than three million euros.

Special administrative contracts can be appealed when because of their features; it is not possible to appraise their bid value. Also special administrative contracts can be appealed when their appraised value is higher than the value fixed for service contracts. Also the subsidized contracts of the article 23 LSCP can be object of the special appeal. The assignments can be object of the special appeal when due to their features cannot be appraised or when their extensions last more or the same time provided for service contracts. The following proceedings can be appealed:

a) Procurement notice, specifications and documents linked to the contract which establish the procurement conditions; b) Procedure acts approved through the awarding process, when these acts have a direct or indirect decisive influence on the award; also when either the procedure acts prevent the completion the process, either cause legal powerlessness or irreparable damages to rights or legitimate interests. The prior mentioned circumstances necessarily exist related to agreements of the procurement bodies which admit or prevent the acceptance of candidates or bidders; also the acceptance of abnormal low offers consequence of article 149 LSCP 2017; c) award agreements; d) changes which are based on non-compliance of the content of articles 204 and 205 LSCP 2017 and also based on the understanding that modification should have been subjected to renew awarding; e) Formalization of assignments through the administration own means, when these assignments breach legal requirements; f) Procurement bailout agreements.

Procedure faults which affect acts that are not mentioned on the above paragraph can be underlined by the parties to the procurement body. Those faults can be highlighted when the parties appeal the award agreement. The emergency award procedure results cannot be appealed through special procurement remedies.

When procurement appeal is not allowed, the parties can follow the regular appeal of Law 38/2015, October the 1st of Common Administrative Procedure. The judiciary appeals of LJCA can also be used by the parties. When the award has been agreed by subjects which are not public administration, then Law 38/2015, October the 1st of Common Administrative Procedure must be applied. In such cases the appeal will be channeled through the head or chairman of the department or body in charge of supervising those non administrative awarding subjects. When the procurement body is linked to several public administrations, the jurisdiction belongs to the body which has the highest degree of supervision power. Procurement appeal is optional and free of charge.

Article 48 of LSCP 2017 is named “Entitlement for procurement appeal”. Any natural or legal person can follow procurement appeal when their rights or legit interest, whether individual or collective, have directly or indirectly suffered. The cause of undermining those rights must be the agreements subject of procurement appeal.

It should be remarked that trade unions are able to file procurement appeal. It happens when the decision-making of procurement agreements execution has been breached by the employer. These agreements are related to social or labour rights of workers linked to the procurement services. The association of employers will also be entitled to procurement appeal.

Article 196 LSCP 2017 regulates compensation of damages caused to third parties. Article 196 establishes the duty for contractor to compensate all damages inflicted to third parties when the damages are caused by procurement execution. It is not clear whether this regulation means an enhancement of liabilities foreseen by ET.

When damages are caused directly by directions or instructions coming from public administration, then the public administration is liable within legal limits. The public administration is also liable for the damages inflicted to third parties when these damages have been caused by defects of the project of work procurement or defects of the supply procurement.

Third parties can request the procurement body to produce a report about which contractors are liable. The request deadline is one year. It is necessary to hear the contractor previously of producing the report. When third parties raise this kind of requirement, then it is granted a stay of execution for legal actions deadline.

3.4 Limits related to the object of the proceeding

There is a dividing line drawn between matters which by their nature belong to the civil jurisdiction and matters which exceed this scope. As a matter of principle the civil jurisdiction is selected by objective criteria to claims of civil kind. (“Matters which belong [to civil jurisdiction]” article 9.2 LOPJ). It means to embrace all claims based on private law: it covers not only strictly civil claims.

4. COMPETENT JURISDICTION

4.1 Competent jurisdiction in procurement

When the union brings legal action in defense of collective or individual rights, it must be decided which jurisdiction is competent. The article 27 LSCP 2017 is named “Competent jurisdiction”. This article 27 grants jurisdiction to Administrative Courts regarding the following matters:

a) Matters linked to preparation, award, effects, modifications and termination of procurement; b) Questions aroused about preparation and awarding of private contracts of public administrations. Also belong to administrative courts matters contained in first and second subparagraphs of letter a/ of first paragraph of article 25 LSCP 2017 subject of harmonized legislation. The administrative court is competent about rebuttal based on articles 204 and 205 LSCP 2017 against modifications lacking award renewal; c) Matters linked to preparation, award, effects, modifications in contracts signed by non-administrative bodies when the rebuttal is based on articles 204 and 205 LSCP 2017 against modifications lacking award renewal; d) matters related to preparation and awarding of contracts signed by public sector entities which lack the condition of awarding power; e) appeals regulated by article 44 LSCP 2017; f) questions related to preparation, award, and modifications of subsidized contracts which are regulated by article 23 LSCP 2017.

The Civil Courts will be competent to solve the following matters:

a) Disputes between parties when these conflicts are linked to the effects and termination of private contracts signed by awarding power entities, whether these entities are public administration or they lack such condition; b) Matters related to effects and termination of contracts signed by public sector entities which lack the condition of awarding body; c) Questions linked to private founding of public works contract and grant of services, excluding exercise of administrative jurisdiction by the awarding administration, in this case administrative court will be competent about the mentioned exercise of administrative jurisdiction.

4.2 Main proceedings and questions referred for a preliminary ruling

The preliminary rulings are questions linked to the merits of the case. The competent court to judge preliminary rulings is a court which belongs to a different jurisdiction.

Recent case law understands that preliminary rulings features are related to the procedure object. There is a link with the *res in iudicio deducta*. On the opposite side there is no relationship with the procedure itself. Therefore the preliminary ruling is not integrated in

the merits of the case, but that does not mean an accessory condition. Its accessory condition is accidental. A question can be object of preliminary ruling in some procedures, while in other procedures could it constitutes the main object of an autonomous procedure.

Preliminary rulings are competence of courts which belong to different jurisdictions. This is their key feature. There lies the difference with incidental questions. However there is a civil preliminary ruling which is regulated by article 43 LECiv. When the civil question arises in a civil procedure will usually have the status of an incidental question and it will be addressed by the court who is judging that procedure. Nevertheless when the incidental question is already being judged in a different pending civil proceeding (before the same or different civil court), there are two possible solutions: 1) Joining of proceedings following proceeding accumulation rules; or stay of proceedings until the end of the proceeding whose object is the preliminary civil question.

Preliminary question have always caused serious problems of practice implementation. The legal regulation are the article 10.1 and 10.2 LOPJ and articles 40 to 43 LECiv. The practice implementation has been solved by distinguishing different kinds of such questions.

4.3 The so-called civil preliminary question

In civil proceedings should not arouse a truly civil preliminary question. When to judge a civil question, another civil question must be previously judged, it should not pose any problem. The civil court is competent, therefore the absence of complexity. In this case, the nature of the matter is an incidental question. It will be always solved through article 387 LECiv and following. Nevertheless, article 43 LECiv regulates the civil preliminary question, when such a question does not actually exists.

Article 43 LECiv regulates three different cases: 1º) When in a civil proceeding comes up a civil matter which is logic prerequisite of the ruling. There is no other civil court judging this civil question. The court judging the civil proceeding will also solve the preliminary civil question. 2º) When to judge a civil question is necessary to solve another civil matter pending before another or the same civil court, then the court has the possibility to merge the pending proceedings through articles 74 LECiv and following; 3º) When procedures merging is not possible, the court at request of one or both parties can decree a stay until the end of the where the preliminary question is being judged.

4.4 Administrative and labour preliminary questions

The administrative question mentioned here is not the procedure before public administration but the proceeding before administrative courts. The general rule is that civil court

will decide labour or judiciary administrative questions as a logic prerequisite to judge the civil main matter. The decision will only have preliminary effects (article 10.1 LOPJ and 42.1 LECiv).

Preliminary effects mean that the ruling is not *res iudicata*. Therefore the question can arise afterword and it can be judged before a labour or administrative court as main question. The mentioned effects are regulated in article 42.2 LECiv.

There is another possibility. The civil procedure can be adjourned until the preliminary matter is solved as a main matter by administrative or labour court. Before passing judgement by civil court the court clerk can decree the stay of civil proceeding at the request of one party, the request of both parties and when there is a specific provision which allows the adjournment. The stay will last until the administrative or labour court judge the question. The ruling by administrative or labour court is *res iudicata* for civil court (article 42.3 LECiv).

4.5 Administrative preliminary questions before labour court

The labour court lacks jurisdiction to judge the validity of procurement administrative acts. Awarding decisions, tiebreaking agreement, and rejection of abnormally low offers and monitoring while procurement execution belong to administrative courts.

Social or labour duties from European Union Law, state law, collective agreements or provisions of international law regarding social or labour matters belong to labour courts.

The interpretation problem arises when the content of mentioned procurement administrative acts (awarding decisions, tiebreaking agreement, rejection of abnormally low offers and monitoring while procurement execution) is Social or labour duties from European Union Law, state law, collective agreements or provisions of international law regarding social or labour matters.

This causes an awkward situation. The procurement body can understand that the contractor is not fulfilling labour duties. If it is a compliance matter, then there will be no difficulties. But if the matter regards interpretation instead of simple compliance, then it becomes a complex question. Namely the contractor could disagree on the applicable collective agreement. There could be disagreement on wages appraisal or working time. The administrative court is not trained on such matters. The mentioned questions belong entirely to Employment Law.

Article 4 of 29/1998, July 13, on administrative s jurisdiction Act regulates preliminary questions. The competence of administrative courts will include the judgement of preliminary questions which do not belong to administrative jurisdiction, when the preliminary question is directly related to an administrative lawsuit. The competence about prelimi-

nary questions does not include criminal or constitutional matters and provisions made by international treaties.

Since there is no unitary jurisdiction to judge all claims filed against public administration, one must go to the competent court. The competent jurisdiction is decided based on the grounds of the claim.

Article 4 tries to break the barriers of the diversity of jurisdictions by assigning jurisdiction to administrative courts to judge matters “which do not belong to administrative courts” when these matters “are related to administrative proceeding and they are significant to the matter object of ruling”. This idea was generalized by article 10 LOPJ¹³.

Administrative court exceptionally extends the area of its jurisdiction to preliminary questions when they are directly linked to administrative judiciary claims. In such cases the ruling has no effect outside of administrative court ruling. The steps to follow do not include the stay of administrative claims until the competent court rules. The administrative court rules with limited effects. The ruling on the preliminary question will not be binding for the competent court.

The general rule establishes that as long as there is no binding law which defers the ruling to a specific court, then the administrative court will judge with the limited effects mentioned above. Article 4 LRJCA sets some exception to this common regime of preliminary questions: constitutional questions, criminal questions and those questions provided by international treaties. The preliminary question is featured by having their solution in a different law branch. Another feature is that the ruling on the preliminary question will condition the main matter.

Beside preliminary questions, there are incidental questions. The incidental questions arise an objective procedural crisis. In this crisis appears a secondary or incidental question. The incidental question will be judged in whether in the main procedure or in a special procedure. The later is the so-called incidental proceeding.

4.6 Collective conflict procedure

The 36/2011, October 10, has established the possibility of stay of individual lawsuits pending before administrative courts, when there is a pending procedure of collective conflict. The article 160.5 LRJS regulates this suspension. The article 160.5 LRJS establishes that the definitive ruling on collective conflict will be *res iudicata* regarding individual pending or future proceedings followed whether before labour courts as well before administrative

.....

13 GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 julio), Thomson Reuters, 6ª Edición, p. 180.

courts. This outcome will take place when the object is the same or directly related. The individual proceedings will be adjourned until there is a ruling in collective conflict. The adjournment decision can be adopted even while an appeal is pending.

Labour courts lack competence to judge the validity of procurement acts. It does not mean that the parties are not going to file lawsuits before labour courts. It can also happen that the workers have filed claims about labour conditions of an employer which is a procurement contractor. These claims pose another problem. The public administration is not entitled in these proceedings since the conflict regards only the worker and the employer.

It is also possible that the union or the workers representatives file collective conflict lawsuit. The labour conditions mentioned by LCSP will usually affect a group of workers.

5. CONCLUSION

The prior LCSP 2007 was neutral on social or labour questions. To the contrary the current LSCP has plenty of social clauses. The LCSP follows the present trending. Today the social clauses in procurement are highly regarded. Nevertheless some troubling questions are aroused by the enforcement of these clauses through procurement legal regulation. There is a law-making question: is it a good path to improve employment conditions? This debate exceeds the purpose and object of the present paper.

On the practical side, it can be argued that improvement of labour conditions is more balanced when it is reached through reform of Employment Law. The protection of workers interests is placed in labour courts, labour inspectorate and union. The state of readiness of procurement bodies to protect the workers interest is doubtful. The members of administrative bodies have not received training on such special branch of law. Labour courts, labour inspectorate and unions have specific regulation which provides the necessary tools to reach their goals.

The closest organization to the procurement bodies is the labour inspectorate. The mentioned capacities empower the inspectorate to monitor the compliance of employment duties, demand accountability and advising. The labour inspectorate is regulated by 23/2015, July the 21th; Act of organization of the system of labour and social security inspectorate, 192/2018 Royal Decree of regulatory statutes of labour inspectorate; 138/2000, February the 4th, Royal Decree, and Ministerial Decree 12 February 1998. The Inspectorate has its own legal entity. It has the necessary powers to enhance its scopes. The mentioned capacities empower the inspectorate to monitor the compliance of employment duties, demand

accountability and advising. The inspectorate will plan and program monitoring action. Organizing, operative and technical mandatory criteria will be established.

The inspectorate will monitor and command services on complying with law, statutory regulation and collective agreements will include the following areas: 1) Union relationships; 2) health and security; 3) subscription to social security and exacting contributions; 4) social security subsidies and pension funds; 5) employment, migratory movements, recruitment agencies and temporary work companies

The inspectorate will take action through the following measures: 1) warning notice when there are no direct damage to workers interest; 2) initiation of sanction procedures by inspection report; 3) initiation of contribution procedures by liquidation reports; 4) initiation of subscription procedure for mandatory association to social security; 5) proposal of stay or termination of subsidies when there is non-compliance of awarding regulation; 6) proposal of surcharge in cases of liability for non-compliance of health and security regulation; 7) proposal of surcharge or decrease of contributions for non-compliance of health and security regulation; 8) command to cease immediately working activities; 9) notice to competent bodies of non-compliance on grants and subsidies for work training; 10) filing of lawsuits before labour courts.

It should be agreed that the inspectorate state of readiness to protect the workers interests is much higher than the abilities of the procurement bodies. It is beyond discussion that labour inspectorate is more prepared to establish unified criteria to avoid contradictory and discriminating action.

Given that procurement bodies are empowered to decide on labour matters, it is beyond doubt that disagreement of contractors will take place. Since the decisions of the procurement bodies are adopted through administrative acts, the rebuttal of the procurement decisions due to disagreement of the contractors will be judged by administrative courts. The lack of preparation of administrative courts to judge these labour related matters is based on the same principle that the lack of readiness of procurement bodies. Administrative matter is considered a specialized field in branches of law. Labour matters are also a specialized area in Spanish law. The degree of specialization is so high that each group of matters is judged by a special jurisdiction instead of by regular courts.

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia*

josem.rios@upct.es

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL RETA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES¹

M^a MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 16/07/2018

Fecha de aceptación: 5/08/2018

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL TRABAJO AUTÓNOMO EN SITUACIONES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL. 2.1. Planteamiento. 2.2. La cobertura de las contingencias profesionales como presupuesto para la reclamación por daños derivados de AT y EP en el orden social. 2.3. La *vis atractiva* de la jurisdicción social respecto de las reclamaciones por daños derivados de contingencias profesionales en el RETA. 3. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La atribución de competencia al orden social, en virtud de la LRJS, respecto de los conflictos relacionados con el trabajo autónomo, la reclamación por daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, así como en materia de prevención de riesgos laborales,

.....

1 Estudio realizado al amparo del Proyecto de Investigación DER2016-78123-R sobre implicaciones procesales de la reforma del mercado de trabajo, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

genera ciertas dudas en cuanto al orden jurisdiccional competente para conocer de las acciones por daños derivados de contingencias profesionales en el trabajo autónomo en situaciones de concurrencia de actividades profesionales, sin que exista una doctrina judicial clara y unánime al respecto, de ahí la necesidad de aportar los parámetros sustantivos que han de servir como criterio orientativo en la determinación del orden competente.

ABSTRACT: The attribution of competence to the social jurisdiction, by virtue of the LRJS, with respect to conflicts related to autonomous work, the claim for damages originated in the scope of the rendering of services or that have their cause in accidents at work or occupational diseases, as well as in matters of prevention of occupational hazards, raises certain doubts as to the competent jurisdictional order to hear actions for damages arising from occupational contingencies in autonomous work in situations of concurrence of professional activities, without there being a clear and unanimous judicial doctrine about it; hence the need to provide the substantive parameters that should serve as a guiding criterion in determining the competent order.

PALABRAS CLAVE: Trabajo autónomo, prevención de riesgos, reclamación de daños.

KEY WORD: Autonomous work, prevention of occupational hazards, claim for damages.

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo autónomo se enmarca dentro de la esfera de las relaciones jurídicas privadas, sustancialmente civiles y mercantiles², basadas en la autonomía de las partes y en la posición igualitaria de las partes contratantes, por lo que el conocimiento de los litigios que puedan surgir derivados de la prestación de sus servicios, con carácter general, quedarán reservados a la jurisdicción civil o contencioso administrativa, habida cuenta que, con carácter general, su régimen profesional común se rige por las normas de contratación civil, mercantil o administrativa y por los pactos que celebren con sus clientes.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (en adelante LETA) reitera el derecho genérico a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española (CE)³ y, en este sentido, reconoce el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de la actividad profesional y a la tutela judicial efectiva de los derechos profesionales, así como al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos [art. 4.3, apartados i) y j) LETA]⁴.

Como es sabido, la LETA establece un régimen profesional común para quienes trabajan por cuenta propia y otro régimen particular para la persona trabajadora autónoma económicamente dependiente (TRADE), configurando un régimen más proteccionista para esta última.

A semejanza de la LETA, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), amparándose en la desigualdad contractual en el caso de la persona TRADE, atribuye a la jurisdicción social determinadas cuestiones sustantivas a pesar de su carácter civil o mercantil y no laboral⁵. En este sentido, se ha considerado oportuno establecer “una tutela algo más intensa por parte de la legislación estatal, tanto en su vertiente individual, como en lo que se refiere a su tutela colectiva”⁶, entendiendo más

.....

2 AA. VV. LUJÁN ALCARAZ, J. (dir), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007, p. 191.

3 GOERLICH, PESET, J. M., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, cit. p. 81.

4 Para GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Derechos y deberes de los trabajadores autónomos”, AA. VV., DEL REY GUANTER, S., (dir), *Comentarios al estatuto del trabajo autónomo*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 124, se trata de una declaración programática que necesita un desarrollo reglamentario.

5 LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La tutela judicial de los TRADE. Un estudio de la atribución de la competencia a la Jurisdicción Social”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, p. 160.

6 VALDÉS DAL-RÉ, F. (coord.) CRUZ VILLALÓN, J., DEL REY GUANTER, S., MAROTO ACÍN, J.A., y SÁEZ

adecuado el orden social por los principios que informan el proceso laboral y por su normativa menos formalista⁷.

Es preciso señalar que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley Orgánica del Poder Judicial o por otra Ley⁸. Respecto del orden jurisdiccional social, se le atribuirán aquellas pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando la legislación laboral le atribuya responsabilidad⁹.

La LRJS plantea la necesidad de consolidar el ámbito material del orden social donde, hasta ese momento, eran frecuentes los conflictos derivados de la heterogeneidad en las resoluciones judiciales que partían de distintos órdenes jurisdiccionales¹⁰. En este contexto, la norma pretende reforzar y adaptar los principios constitucionales de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica a las particularidades de la rama social del Derecho. A tal fin, persigue la unificación de la materia social en esta Jurisdicción con el objeto de ofrecer una cobertura más especializada y coherente a los conflictos y pretensiones que se produzcan en la materia social del Derecho y una respuesta más eficaz y ágil a los litigios que se puedan suscitar.

La LRJS introduce importantes novedades respecto del ámbito de conocimiento del orden social, en el que se produce una ampliación, con el fin de racionalizar y clarificar el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social. La ampliación del orden social pretende superar las dificultades y la inseguridad jurídica que había generado el denominado “peregrinaje de jurisdicciones” que venía provocando graves disfunciones y una merma en la efectiva protección de los derechos de las personas debido, fundamentalmente, a la disgregación del conocimiento de algunas materias sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social, como la contencioso-administrativa o la civil¹¹. La competencia del orden social se ha pretendido extender a aquellas materias que, “de forma directa o por esencial conexión”, puedan calificarse como sociales así como la mayor especialización del orden jurisdiccional social. Ahora bien, como se verá, esta previsión no se ha cumplido, puesto que en materias como la prevención de riesgos laborales se mantiene la exclusión de la jurisdicción social del conocimiento de ciertos litigios.



LARA, C., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la Comisión de expertos designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la elaboración del Estatuto del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005. p. 112.

7 En este sentido, VALDES DAL-RÉ, F. (Coord.) CRUZ VILLALÓN, J., DEL REY GUANTER, S., MAROTO ACÍN, J. A. y SÁEZ LARA, C., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., p. 132.

8 Art. 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (en adelante LOPJ).

9 Art. 9.5 LOPJ.

10 Apartado III del preámbulo.

11 Apartado III del preámbulo.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 9.5 LOPJ, la LRJS atribuye al orden jurisdiccional social, con carácter general, las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquellas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias (art. 1 LRJS). De la literalidad del precepto se deduce que la LRJS delimita la competencia del orden social en razón de la “materia del asunto”, prescindiendo del criterio de la concurrencia objetiva y subjetiva, centrando su atención en el objeto de litigio y no tanto en la cualificación personal de los litigantes¹².

En materia de trabajo autónomo y, concretamente, respecto de las personas TRADE, la LRJS, con el objetivo de mejorar su tutela jurisdiccional, procura “establecer reglas para los supuestos, frecuentes en la práctica, en los que el demandante, al accionar por despido, pueda pretender que la relación es laboral y no de trabajo autónomo económicamente dependiente, posibilitando que, con carácter eventual, y para el caso de desestimación de la primera, se ejerciten las acciones que corresponderían al tratarse de un trabajador en el régimen de autónomos, sin obligar a un nuevo procedimiento en esta segunda hipótesis”¹³. Así, el art. 2.d) LRJS atribuye al orden social la competencia en relación con su régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluidos los litigios que deriven del ejercicio de las reclamaciones de responsabilidad por daños originados en el ámbito de la prestación de servicios siempre que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales de conformidad con lo previsto en el art. 2.b) LRJS. Como advierte la doctrina, si bien la remisión al apartado 2.b) de la LRJS, no es precisa respecto de su alcance, al no aclarar si se podrá demandar a un tercero en igualdad de condiciones con la persona asalariada¹⁴, debe entenderse que se produce una remisión completa al contenido del art. 2.b) LRJS siempre que el daño se haya producido en el ámbito de la prestación de servicios realizada para el cliente. La LRJS dispone una serie de peculiaridades en materia de acumulación de acciones¹⁵ y en materia de tramitación de los procesos que afectan al TRADE¹⁶, que plantean cuestiones controvertidas y cuyo análisis excede de nuestro objeto de estudio.



12 MONTROYA MELGAR, A., “Capítulo I, De la Jurisdicción”, AA.VV. SEMPERE NAVARO, A.V., et altri, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 63–64. En su opinión “la LJS atiende, pues, más que a la circunstancia formal del carácter derivado o público del acto impugnado, a la naturaleza sustantiva, laboral, o ‘social’, de dicho acto, lo que indudablemente supone un gran paso a favor de la seguridad jurídica y de la efectividad de la tutela judicial, aunque rompa con un criterio clásico (que también conocía excepciones) de atribución de competencias”.

13 Apartado V del preámbulo.

14 Véase, GARCÍA-ATANZE J, M., “Las novedades competenciales de la ley reguladora de la jurisdicción social” *Aranzadi Social*, vol. 4., nº 10, 2012, p. 141.

15 Vid. art. 26.5 LRJS.

16 Vid. art.102.3 LRJS.

La tutela judicial, en el orden social, de la persona TRADE viene reconocida en la LETA, que atribuye de forma expresa la competencia para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, así como para las solicitudes de reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 17.1 LETA)¹⁷. Al mismo tiempo, el art. 11 bis LETA¹⁸, señala que, en el caso de que su cliente se niegue a la formalización del contrato de trabajador económicamente dependiente o cuando transcurrido un mes desde la comunicación fehaciente no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de la condición de TRADE ante los órganos jurisdiccionales del orden social. Por su parte, el art. 17 LETA reconoce la competencia de este orden para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre una persona TRADE y su cliente, así como para las solicitudes de reconocimiento de la condición de TRADE. Al mismo tiempo, atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia (art. 17.2 LETA), y reconoce legitimación a las organizaciones de trabajadores autónomos para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ellas firmados (art. 17.3).

Respecto de la persona que desarrolla un trabajo autónomo común, con carácter general, las controversias surgidas en la actividad desarrollada se dilucidarán en el orden civil o en el contencioso administrativo, habida cuenta el carácter generalmente no laboral de las controversias sustantivas que se puedan originar. Ahora bien, el orden social conocerá de determinadas cuestiones relacionadas con la materia social del Derecho.

Sin ánimo exhaustivo, entre las cuestiones litigiosas que se atribuyen a la jurisdicción social, además de las que le competen en materia de Seguridad Social, destaca la atribución a la jurisdicción social de los litigios entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios [Art. 2.c) LRJS]. Habida cuenta que la LRJS no distingue, debemos entender que estos litigios se atribuyen al orden social con independencia del encuadramiento en el RGSS o en el RETA de sus socios trabajadores.

En materia de libertad sindical, el art. 2.f) LRJS señala la competencia del orden social para conocer de los litigios sobre “tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la dis-



17 El número 1 del artículo 17 fue modificado por el apartado tres de la disposición final segunda de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, para incluir en orden social las cuestiones relativas a la solicitud de reconocimiento de la condición de TRADE.

18 El artículo 11 bis de la LETA fue introducido por el primer apartado de la disposición final segunda de la LRJS.

criminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a este por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios (...).”

Teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), reconoce, a los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, el derecho de afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo dispuesto en esta norma (art. 3.1 LOLS), las cuestiones litigiosas relacionadas con la tutela de su derecho de libertad sindical, concretamente respecto del derecho de afiliación, se atribuirían al orden social.

Cabe advertir que si bien no se recoge expresamente esta posibilidad respecto de los trabajadores por cuenta propia, tampoco se excluye la misma, como sucede respecto de otros colectivos. Así, el art. 3.c) LRJS establece que los órganos de la jurisdicción social no conocerán de “la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”. En consecuencia, la ausencia de esta materia entre las expresamente excluidas del orden social permitiría someter a la jurisdicción social las cuestiones litigiosas relacionadas con el derecho de afiliación que puedan surgir entre una persona que trabaje por cuenta propia y la organización sindical respecto de la que ejerza este derecho.

En materia de derechos fundamentales, el apartado II del preámbulo de la LRJS señala que “la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a este en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo”.

Concretamente en esta materia el art. 2.f) LRJS reconoce la competencia de la jurisdicción social en materia de “tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a este por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”.

Cabe señalar que la LETA reconoce a quienes trabajan por cuenta propia el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”[art. 4.3.a)]; el derecho a “no ser discriminados por razones de discapacidad, de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre” [art. 4.3.b)]; y al “respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, así

como a una adecuada protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia o condición personal o social” [art. 4.3.c)].

Por su parte, el art. 6.3 LETA señala que “cualquier trabajador autónomo, las asociaciones que lo representen o los sindicatos que consideren lesionados sus derechos fundamentales o la concurrencia de un tratamiento discriminatorio podrán recabar la tutela del derecho ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento sumario y preferente”. Respecto del orden jurisdiccional competente en esta materia, se ha considerado que, en el supuesto de la persona TRADE, será el orden jurisdiccional social mientras que si se trata de personas trabajadoras autónomas que no ostentan la condición de TRADE, la jurisdicción competente será la civil¹⁹. En nuestra opinión, cabría plantear la atracción de la jurisdicción social para resolver estos litigios cuando la vulneración de los derechos se haya producido en el ámbito de la prestación de servicios y tenga conexión directa con ella, concretamente, en los supuestos de concurrencia de actividades empresariales, cuando la lesión del derecho provenga del empresarios concurrentes, de otra persona autónoma o incluso, por parte de otras personas trabajadoras al servicio de las empresas concurrentes. Con ello se garantizaría que la jurisdicción social fuera la garante ordinaria de los derechos fundamentales y libertades públicas de quienes están implicados en el ámbito de la relación de trabajo.

Otra de las novedades que introdujo la LRJS se refiere a la atribución a la jurisdicción social del conocimiento de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las reclamaciones en materia de prevención de riesgos laborales [art. 2. letras b) y e) de la LRJS] a cuyo estudio se dedica el siguiente apartado.

2. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA LA RECLAMACIÓN POR DAÑOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN EL TRABAJO AUTÓNOMO EN SITUACIONES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL

2.1. Planteamiento

Como es sabido, si bien la realización de una actividad laboral, sea por cuenta propia o ajena, puede tener efectos positivos sobre la salud del individuo que la desarrolla, con-

.....

¹⁹ En este sentido, PÁEZ ESCÁMEZ, R. “La tutela judicial del trabajador autónomo”, en AA.VV. MONEREO PÉREZ, J. L., y VILA TIerno, F. (dir), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2017, p. 595.

viene no olvidar que, al mismo tiempo, las condiciones de trabajo que envuelven dicha actividad pueden perjudicar su salud o ponerla en peligro si no se adoptan las medidas necesarias para proteger a la persona que interviene en la ejecución de la actividad.

Los riesgos que genera una actividad por cuenta propia son similares a los que se generan en el ámbito del trabajo por cuenta ajena y dependen, en gran medida, de las características de la actividad. En efecto, en el desarrollo de una actividad profesional por cuenta propia, la persona se ve expuesta a riesgos laborales que pueden comprometer y perjudicar su salud, tal y como sucede cuando se sufre un accidente de trabajo o se contrae una enfermedad profesional. Estas contingencias profesionales provocan daños en la salud de la persona, perjuicios en su patrimonio e, incluso, pueden poner en riesgo la continuidad de la actividad autónoma.

En este sentido, las normas de prevención de riesgos laborales se dirigen a proteger a la persona que trabaja, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, frente a los riesgos derivados del trabajo, de forma que, mediante la aplicación de medidas de prevención y /o protección frente a los riesgos derivados de la actividad productiva se logre eliminarlos o reducirlos y evitar daños en la salud. Ahora bien, la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos de origen laboral requiere un tratamiento preventivo dirigido a evitar que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produzcan, y una protección, desde el punto de vista de la Seguridad Social, para el caso en el que se materialicen tales daños de origen laboral.

En el ámbito normativo, las normas de prevención de riesgos laborales pretenden garantizar la seguridad y salud en el trabajo de las personas implicadas, cumpliendo, al mismo tiempo, una función de orden público.

Con carácter previo al análisis del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones interpuestas por quien trabaja por cuenta propia en el ámbito de la concurrencia de actividades empresariales, por los daños ocasionados en el ámbito de la prestación de servicios o a causa de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, procede hacer referencia a las normas de prevención de riesgos laborales aplicables al trabajo autónomo común en situaciones de concurrencia de actividades empresariales. Concretamente, es preciso describir de forma breve los derechos de quien trabaja por cuenta propia en estos supuestos. Téngase en cuenta que la vulneración de sus derechos o el incumplimiento de normas de prevención por parte de las empresas concurrentes o de los trabajadores al servicio de esas empresas pueden provocar daños en la salud de quien trabaja por cuenta propia mientras desarrolla su actividad profesional.

Si bien el trabajo autónomo ya se tuvo en cuenta en la Ordenanza de Seguridad e Higiene el Trabajo, en la actualidad, la referencia a las personas que trabajan por cuenta propia la encontramos en la LPRL y en la LETA y en otras normas aplicables en sectores en los

que es frecuente la presencia de este colectivo (así, en el sector de la construcción o en el transporte). La LPRL establece distintas medidas dirigidas a garantizar la protección de la vida y de la seguridad y salud de las personas trabajadoras por cuenta ajena dentro de su ámbito de aplicación. Dicha protección se hará efectiva siempre que la empresa cumpla con las obligaciones que, en materia preventiva, dispone esta norma, encaminadas a eliminar o reducir los riesgos en el puesto de trabajo y a evitar los daños. Cabe advertir que el incumplimiento de normas preventivas por parte de la empresa o de las personas asalariadas a su cargo puede provocar daños en la salud de quien trabaja por cuenta propia en situaciones de concurrencia de actividades empresariales.

LA LRPL incluye a las personas trabajadoras autónomas dentro de su ámbito de aplicación al establecer que la misma se aplicará a quienes trabajan por cuenta propia, en la medida en que se puedan derivar derechos y obligaciones para las mismas (art. 3.1 LPRL). Las menciones expresas a los derechos y obligaciones en materia preventiva de las personas trabajadoras autónomas las encontramos en los arts. 15.5 LPRL y 24 LPRL (coordinación de actividades empresariales). Como se ha mencionado, si bien la LPRL se refiere al trabajo autónomo de manera puntual, años más tarde, la LETA, como estatuto marco y transversal²⁰, aplicable al trabajo autónomo, incluye la prevención de riesgos laborales, además de otros derechos y obligaciones. La LETA establece un régimen profesional común aplicable a quien trabaja por cuenta propia, que contempla el reconocimiento de un conjunto de derechos profesionales, la atribución de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE, junto con un conjunto de deberes profesionales básicos²¹.

Tras la aprobación de la LETA –calificada por un sector de la doctrina como ambigua, confusa y decepcionante²²–, se reconocen una serie de derechos en materia de prevención de riesgos laborales para los trabajadores autónomos en general, y para los TRADE. Destaca su art. 8, dedicado a la “Prevención de riesgos laborales”, que ha sido calificado como un mero “ensayo de regulación de la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos” alejado de una auténtica regulación de esta materia²³. Como se ha mencionado, si bien excede de este trabajo el análisis del marco jurídico aplicable al tra-



20 GARCÍA JIMÉNEZ, M., y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 48.

21 Como señalan, GOERLICH, PESET, J. M., PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., *Trabajo autónomo: nueva regulación*, cit. p. 75, el régimen común para todas las personas que trabajan por cuenta propia lo forman cuatro bloques de materias; a) el régimen jurídico contractual individual; b) el régimen jurídico de los derechos colectivos; c) el régimen jurídico de la protección social; d) el régimen jurídico de la promoción del empleo autónomo.

22 MOLINA NAVARRETE, C., “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, *RTSS, CEF*, nº 295, 2007, p. 94, califica la nueva regulación de “decepcionante, ambigua y confusa” pues pesar de prometer un cambio sustancial en el enfoque normativo dado hasta el momento a los autónomos, estos no aparecen como sujetos protegidos sino más bien como sujetos obligados, por actuar en un régimen de autoorganización, y por considerar sus lugares de trabajo como un factor adicional de riesgo para los trabajadores asalariados.

23 LUJÁN ALCARAZ, J. (dir), en AA.VV., *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, cit., p. 27.

bajo autónomo en materia preventiva y, en particular, en las situaciones de concurrencia de actividades empresariales, conviene describir los derechos específicos de quien trabaja por cuenta propia en estos supuestos, habida cuenta que su vulneración puede constituir el presupuesto sustantivo de la acción de reclamación por daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

En los supuestos de concurrencia de actividades empresariales –entre otros derechos en materia de prevención de riesgos laborales aplicables a los trabajadores autónomos– conviene destacar: el derecho constitucional a su integridad física (art. 15 CE) y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo [art. 4.3 e) LETA]; el derecho a interrumpir su actividad de forma justificada en el caso considerar riesgo grave e inminente (art. 8.7 LETA); y el derecho de concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar, como ámbito de cobertura, la previsión de riesgos derivados del trabajo a los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos (art. 15.5 LPRL). Concretamente, respecto de los supuestos de concurrencia de actividades empresariales, el art. 8.3 LETA remite a la regulación contenida en el art. 24. 1 y 2 LPRL, norma que si bien establece obligaciones para la persona que trabaja por cuenta propia, también se infiere de la misma un derecho de información en estos supuestos para este colectivo. El citado precepto señala que cuando “en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación, información e instrucción previstos en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”. Por su parte, la propia LPRL prevé que “los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo”²⁴.

Del contenido de estos preceptos se infieren obligaciones pero también derechos para las empresas y para las personas trabajadoras autónomas concurrentes. Así, en las situaciones de concurrencia, además de obligaciones, la persona que trabaja por cuenta propia sin personal asalariado a su cargo tendrá derecho a ser informada acerca de los riesgos que proyectan las demás personas trabajadoras concurrentes sobre ella así como sobre las situaciones de emergencia que se produzcan.

Dentro de las situaciones de concurrencia de actividades empresariales, el art. 24.2 LPRL señala que el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que “aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de

•••••
24 Art. 24.5 LPRL.

trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”.

En este sentido, el empresario titular del centro debe informar a las empresas y a las personas que trabajen por cuenta propia concurrentes en el centro de trabajo, sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades desarrolladas tanto por las empresas como por quienes trabajan por cuenta propia, así como de las medidas preventivas y de emergencia.

La LETA contempla otro supuesto de descentralización productiva en el art. 8.5, al señalar que en el caso de que “los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, esta asumirá las obligaciones consignadas en el último párrafo del artículo 41.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”.

De la literalidad del art. 8.5 LETA, a *sensu contrario*, se infiere el derecho de recibir de la empresa que le proporciona la maquinaria, equipos, productos o útiles en los términos expuestos, la información necesaria para que su utilización, por parte quien trabaja por cuenta propia, se produzca sin riesgos para su seguridad y salud²⁵.

Por otro lado, en el caso de que las empresas incumplan las obligaciones previstas en los apartados 3 a 5 del art. 8 LETA, asumirán las obligaciones indemnizatorias de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños causados. La LETA señala en estos supuestos, que la responsabilidad del pago, recaerá directamente sobre el empresario infractor, con independencia de que el trabajador autónomo se haya acogido o no a las prestaciones por contingencias profesionales (art. 8.6 LETA).

En el contexto de la descentralización productiva, la reducción de la siniestralidad en el ámbito del trabajo autónomo requiere que las condiciones de trabajo sean saludables, que se apliquen las medidas de prevención y protección adecuadas y que se garantice que quienes trabajan por cuenta propia tengan suficiente formación e información en materia preventiva para evitar o reducir el riesgo de sufrir daños, y por tanto, la probabilidad de que sucedan accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

.....

25 Con acierto, VALDÉS ALONSO, A., “La prevención de los riesgos laborales del trabajador autónomo: una revisión crítica de su regulación jurídica”, *Documentación laboral*, nº 93, 2011, p. 105, señala que: “la LETA, en su art. 8.5 da carta de naturaleza al falso autónomo al aceptar la posibilidad de que un trabajador autónomo lleve a cabo su prestación con la maquinaria del empresario. Recordemos que tanto el autónomo como el TRADE aportan los medios necesarios y relevantes para el desarrollo de la actividad. Si estos no se aportan, nos encontramos ante el supuesto de trabajo por cuenta ajena ya que se cumple entre otras, la teoría de la ajenidad en los medios de producción”.

Cabe señalar que el incumplimiento de las obligaciones preventivas de quienes intervinen en ese escenario de concurrencia respecto de las personas que trabajan por cuenta propia puede favorecer o incluso provocar daños derivados de la actualización de las contingencias profesionales.

Ciertamente, existe la posibilidad de que sucedan daños en el ámbito de la prestación de servicios de quien trabaja por cuenta propia en situaciones de concurrencia empresarial, pero, como se verá, la calificación de accidente de trabajo o enfermedad profesional dependerá de la cobertura de estas contingencias profesionales en el RETA por parte de quien trabaja por cuenta propia, cuestión que se aborda en el siguiente apartado.

2.2. La cobertura de las contingencias profesionales como presupuesto para la reclamación por daños derivados de AT y EP en el orden social

Las personas que trabajan por cuenta propia, en general, y las personas TRADE, en particular, quedan encuadradas en el RETA y, por ello, están obligadas a darse de alta y a cotizar en el Sistema de la Seguridad Social. Estas obligaciones les dan derecho a determinadas prestaciones. En este sentido, la persona trabajadora autónoma que lleve a cabo su actividad económica o profesional bajo un contrato civil, mercantil o administrativo debe asumir la posibilidad de sufrir un accidente de trabajo o de contraer una enfermedad profesional.

Con carácter previo al análisis de la jurisdicción competente para reclamar por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en el RETA originados en supuestos de concurrencia de actividades empresariales es preciso hacer referencia al tratamiento que, desde el punto de vista de la Seguridad Social, se le otorga a las contingencias profesionales como presupuesto sustantivo para la acción de reclamación por daños derivados de contingencia profesional en el RETA. La protección específica en materia de contingencias profesionales ha estado tradicionalmente reservada a las personas trabajadoras del RGSS, lo que, con frecuencia, hacía indiferente para las trabajadoras del RETA la calificación como profesional o común de los daños sufridos²⁶, considerándose todas

.....

26 Sobre las razones de la tradicional exclusión de la cobertura de los riesgos profesionales en el RETA, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 49, 2004, p. 48, señala: “Una de ellas, suficientemente conocida, fue la que se asentaba en el hecho de que los autónomos que se accidentasen en el ejercicio de su profesión no estaban desprotegidos, pues en todo caso se les reconocía la prestación económica de incapacidad temporal. Prestación que era única e indiferenciada para todos los riesgos profesionales o comunes. Otras razones que ampararon la exclusión fueron de naturaleza económica (fundamentalmente, la crisis económica de la Seguridad Social) y de técnica jurídica (la heterogeneidad de colectivos, de las actividades profesionales, que protege el RETA impide, se decía, una protección homogénea de los riesgos profesionales) y ya, finalmente, la concurrencia de un obstáculo insalvable: la evidente ausencia o dificultad extrema de fiscalización de los accidentes de trabajo que sufren estos trabajadores y las consiguientes posibilidades de fraude ante la inexistencia del control empresarial”.

las lesiones ocasionadas de origen común²⁷. La protección por contingencias profesionales se materializa con la aprobación de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social²⁸, que incorporó la disposición adicional 34^a a la LGSS 1994²⁹. Tras la entrada en vigor de la Ley 53/2002, se permitió que las personas que trabajan por cuenta propia pudieran mejorar voluntariamente la acción protectora del RETA, a través de la incorporación de la prestación de incapacidad temporal, abonando la cotización correspondiente por tal motivo. En estos casos, podrían optar por incorporar su protección por contingencias profesionales³⁰. Esta materia fue desarrollada reglamentariamente por el RD 1273/2003, de 10 de octubre. Entre las obligaciones de las personas que trabajan por cuenta propia en esta materia, cabe destacar la obligación de concertar con una Mutua la Incapacidad Temporal (IT) y la cobertura voluntaria u obligatoria de las contingencias profesionales.

La LETA ha impuesto la obligatoriedad de la cobertura en materia de IT³¹, a partir del 1 de enero de 2008, para todas las personas trabajadoras autónomas, con algunas excepciones. Dichas excepciones alcanzan, por un lado, a los que tengan derecho a la prestación derivada de esta contingencia en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social y en tanto se mantenga su situación de pluriactividad; y, por otro, a las personas trabajadoras por cuenta propia, incorporadas al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia (SETA), para los que la cobertura de la incapacidad temporal sigue siendo voluntaria. En el mismo sentido, la vigente LGSS confirma la obligatoriedad de la cobertura de la prestación por incapacidad temporal (art. 315 LGSS). Esta última excepción, de las personas que trabajan por cuenta propia incluidas en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios (SETA), confirmada en el art. 326 LGSS, supone mantener un trato distinto entre quienes trabajan por cuenta propia y quedan incluidas en el RETA, persistiendo las diferencias entre ellas en razón al sector en el que desarrollen su actividad, lo que conlleva un claro incumplimiento de las recomendaciones del Pacto de Toledo³².

Respecto de la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA, conviene destacar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización

27 LÓPEZ ANIORTE, M. C., “La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general”, *Revista Derecho Social*, nº 53, 2011, p. 121.

28 Art. 40.4 de Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

29 Un sector de la doctrina considera que la LETA debió abordar en profundidad la protección social de este colectivo, contribuyendo a sistematizar el contenido básico de su régimen de protección, contenida fundamentalmente, hasta ahora, en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., “Título IV. Protección Social del Trabajador Autónomo”, AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V., y SAGARDOY BENGUECHA, J. A., (dir.), *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 398.

30 Vid. art. 40.4 Ley 53/2002, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

31 Disposición adicional tercera LETA.

32 En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M C., “La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general”, cit., p. 123.

del Sistema de Seguridad Social introdujo la disposición adicional 58ª en la LGSS 1994, que preveía que las personas trabajadoras que causaran alta a partir del 1 de enero de 2013 en cualquier Régimen tendrían la obligación de cubrir las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Posteriormente, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año fueron aplazando la entrada en vigor de su obligatoriedad hasta la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, que derogó la disposición adicional 58ª LGSS 1994.

En la actualidad, el art. 308.1 LGSS 2015, se refiere al carácter voluntario la cobertura de contingencia profesionales en el RETA al señalar que cuando “los trabajadores incluidos en este régimen especial tengan cubiertas las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo previsto en el párrafo primero del artículo 19.3 se aplicará sobre la base de cotización elegida por el interesado”.

Por otra parte, el art. 316.1 LGSS se refiere al carácter voluntario de la cobertura de las contingencias profesionales al prever que los “trabajadores incluidos en este régimen especial podrán mejorar voluntariamente el ámbito de su acción protectora incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que tengan cubierta dentro del mismo régimen especial la prestación económica por incapacidad temporal”.

La LETA confirma la voluntariedad para los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al SETA para quienes la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria³³. En el mismo sentido, el art. 326 LGSS afirma el carácter voluntario de la cobertura de las contingencias profesionales para este colectivo. En el supuesto de no optar por la cobertura de las contingencias profesionales, en todo caso, deben soportar una cotización adicional del 0,10% para financiar las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural³⁴.

Si bien se establece la voluntariedad en la cobertura de contingencias profesionales, con carácter general, existen algunos supuestos en los que dicha cobertura es obligatoria. Así, la LETA contempla la obligatoriedad de su cobertura en el caso del TRADE (art. 26.3 LETA) y de las personas trabajadoras por cuenta propia que desarrollen actividades profesionales que presenten un mayor riesgo de siniestralidad laboral. Sobre el particular, la LETA encomienda al Gobierno determinar aquellas actividades profesionales por cuenta propia que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la

.....

33 Vid. disposición adicional tercera, apartado tercero LETA.

34 Art. 106. Cinco, apartado 5 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

Seguridad Social³⁵. Esta habilitación al Gobierno, hasta la fecha, no se ha materializado. Ello evidencia que la LETA es una obra todavía inacabada, puesto que deja cuestiones importantes pendientes de un futuro desarrollo³⁶.

Además de los supuestos contemplados en la LETA, la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales se extiende a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a otros colectivos. De esta forma, el carácter obligatorio de la cobertura de las contingencias profesionales alcanza a las personas que trabajan por cuenta propia siendo socias de Cooperativas de Trabajo Asociado, dedicadas a la venta ambulante, que perciban los ingresos directamente de los compradores³⁷, así como a las personas que trabajen por cuenta propia que, sin ser socias de cooperativas, se dediquen de forma individual a la venta ambulante en mercados tradicionales o mercadillos con horario de venta inferior a ocho horas al día, siempre que no dispongan de establecimiento fijo propio, ni produzcan los artículos o productos que vendan³⁸. Sorprende que, en la actualidad, la consideración de actividades con alto riesgo de siniestralidad, a estos efectos, quede todavía pendiente de desarrollo reglamentario, por lo que existe el riesgo de que muchas de estas personas autónomas estén desarrollando su actividad profesional sin tener cubiertas las contingencias profesionales.

Como se ha señalado, de la obligación de concertar la protección de contingencias profesionales quedan excluidas las personas trabajadoras por cuenta propia incorporadas al Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia, para las que esta cobertura sigue siendo voluntaria³⁹. Sin embargo, esta constituye una excepción parcial, puesto que la cobertura de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en este Sistema Especial resultará obligatoria respecto a las contingencias de invalidez, muerte y supervivencia, sin perjuicio de la posibilidad de proteger voluntariamente la totalidad de dichas contingencias profesionales, en cuyo caso deberán optar por incluir la IT⁴⁰.

Esta medida contribuye a mantener el trato diferenciado que nuestro Derecho tradicionalmente ha otorgado a las personas trabajadoras autónomas frente a las asalariadas. La no obligatoriedad de la cobertura de las contingencias profesionales para quienes trabajan por cuenta propia no solo favorece el mantenimiento de una protección social más precaria, sino que al mismo tiempo impide una adecuada protección de este colectivo en

.....
35 Disposición adicional tercera, apartado segundo, LETA.

36 LUJÁN ALCARAZ, J. (dir), en AA.VV., *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, cit., p. 28.

37 Vid. art. 106, Cinco, 8 LGPE 2017.

38 Vid. art. 106, Cinco, 10 LGPE 2017.

39 Disposición adicional segunda, 3, LETA.

40 Art.326 LGSS en relación con el art. 47.bis.4 y 5 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

materia de prevención de riesgos laborales e impide reclamar por daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

En cuanto a la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA⁴¹, como se ha advertido, el art. 316.1, párrafo segundo, LGSS señala que la cobertura de las contingencias profesionales se llevará a cabo con la misma entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal, y determinará la obligación de efectuar las correspondientes cotizaciones, en los términos previstos en el art. 308. En relación con la cotización por contingencias profesionales, la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, ocupación o situación en la tarifa de primas establecidas legalmente. Las primas correspondientes tendrán, a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social⁴². Respecto de esta cotización, se aplicarán los porcentajes de la tarifa de primas incluidos en la disp. ad. 4ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007⁴³. La doctrina y las asociaciones profesionales vienen reclamando una reforma del sistema de cotización de las personas encuadradas en el RETA, que debería ser más acorde con las rentas obtenidas. En este sentido, también se mantiene que la cotización adicional por accidente de trabajo y enfermedad profesional sigue suponiendo un coste desproporcionado para quien trabaja por cuenta propia en relación a las prestaciones que recibe, teniendo en cuenta que posiblemente un accidente de trabajo o una enfermedad profesional pueda afectar negativamente a la continuidad del negocio, incluso puede suponer el cierre temporal⁴⁴; ello explicaría el reducido número de personas trabajadoras autónomas que, hoy día, opta por esta cobertura⁴⁵. Según el informe de siniestralidad presentado por ATA, durante el año 2016, solo “uno de cada cinco autónomos está inscrito en contingencias profesionales”⁴⁶.

Conviene recordar que en los supuestos de cobertura de las contingencias profesionales de acuerdo con lo previsto en el art. 316.2 LGSS “se entenderá como accidente de trabajo



41 El art. 307.2 LGSS señala: “Sin perjuicio de las especialidades contenidas en los artículos siguientes, en materia de cotización, liquidación y recaudación serán de aplicación a este régimen especial las normas establecidas en el capítulo III del título I y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo”.

42 Vid. art. 308 LGSS.

43 Vid. art. 106, Cinco, apartado 5 Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en su desarrollo por el art. 15.9 de Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017. Sobre la cotización por contingencias profesionales y lo dispuesto en los arts. 43 a 45 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

44 LÓPEZ ANIORTE, M. C., “La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general”, cit., p. 138.

45 GARCÍA JIMÉNEZ, M., y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, cit., p. 232.

46 ATA, Informe sobre siniestralidad laboral 2016, p. 1, http://www.ata.es/sites/default/files/np_siniestralidad_laboral_autonomos_2016_ok.pdf, en línea 2 marzo 2018.

del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial”. Respecto de la enfermedad profesional, el citado artículo establece que “se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro”⁴⁷.

Por último, cabe señalar que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, a los que están especialmente expuestas las personas trabajadoras autónomas, generan daños que entrañan importantes costes sociales y humanos que estas pueden reclamar judicialmente. En este sentido, si se garantiza una protección social frente a los riesgos del trabajo, en el caso de que el trabajador por cuenta propia tenga cubiertas las contingencias profesionales, y se conceden derechos en materia preventiva, en atención a lo dispuesto en el art. 24 CE y en el art. 4.3.j) LETA, del mismo modo es preciso garantizar la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales cuando aparecen daños derivados de las contingencias profesionales, atribuyendo la competencia a la jurisdicción que tenga reservada la competencia en la materia social del Derecho tal y como se expone a continuación.

2.3. La *vis atractiva* de la jurisdicción social respecto de las reclamaciones por daños derivados de contingencias profesionales en el RETA

En un accidente de trabajo suele existir una causa o un conjunto de causas que lo desencadenan. Entre las causas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales es posible encontrar la influencia de factores técnicos, organizativos y humanos; muchos de ellos pueden ser causa de incumplimientos de normas de prevención de riesgos laborales impuestas por la LPRL y su normativa de desarrollo y por la LETA, particularmente en lo referente a la exigencia de coordinación de actividades preventivas.

Si bien, los daños a la salud de quien trabaja por cuenta propia, provocados por los accidentes de trabajo se pueden conocer a través de los estudios de siniestralidad laboral,

.....

47 Recientemente, ha sido modificado el número 2 del artículo 316 por el artículo 14 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, ampliando el concepto de accidente de trabajo de forma que, en la actualidad, “También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales”.

en la actualidad, habida cuenta que no todo el colectivo tiene concertada la cobertura de las contingencias profesionales, la información que nos proporcionan estos estudios es orientativa, al limitarse a los casos en los que el daño producido haya sido comunicado como contingencia profesional.

Entrando en el análisis del orden jurisdiccional competente para conocer de la reclamación interpuesta por la persona que trabaja por cuenta propia (no TRADE) en situaciones de concurrencia de actividades empresariales por los daños derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, cabe señalar el diferente trato que la LRJS ofrece a las personas que desarrollan un trabajo autónomo común respecto de las personas TRADE. En efecto, como se verá, a diferencia de la protección que la LRJS ofrece a la persona TRADE, respecto de las personas que desarrollan un trabajo autónomo común, la LRJS carece de una referencia expresa a este colectivo y “está inspirada en criterios restrictivos que no siempre armonizan con el conjunto legislativo”⁴⁸.

Con anterioridad a la aprobación de la LRJS, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (TS) se pronunció, en Auto de 26 de septiembre de 2011⁴⁹, sobre la competencia jurisdiccional en esta materia. Se trataba de un supuesto en el que la viuda de un trabajador por cuenta propia fallecido a consecuencia de un accidente reclama por daños frente a los empresarios concurrentes y frente a otros sujetos que no tenían una relación jurídico-laboral con el marido. De forma acertada, el TS justifica de modo objetivo la atribución de la competencia al orden social en razón de la materia objeto de litigio y del sector del ordenamiento jurídico al que pertenece la normativa sustantiva de aplicación. En este supuesto, al ser de aplicación la LRPL y su normativa de desarrollo, el TS entendió que la competencia correspondía al orden social. Afirma el órgano judicial que, de acuerdo con la doctrina que se venía manteniendo por el TS [Fundamento Octavo de la STS (Sala IV) de 22 de junio de 2005 (RCUD 786/2004)], “y en relación al problema planteado de determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones de la responsabilidad civil o patrimonial derivada de un accidente de trabajo, tendente a obtener la indemnización de daños y perjuicios causada por culpa de una negligencia, debe tenerse en cuenta lo complejo de este tipo de accidente, que acoge e incluye toda la materia amplísima de la prevención de riesgos laborales como su muy extensa normativa tanto nacional como comunitaria e internacional, materia que encaja, sin discusión, en la rama social del derecho, siendo manifiestamente ajena al derecho civil lo que conduce, a que si cualquier persona causa por acción y omisión interviniendo culpa o



48 LLUIS Y NAVAS, J., “Problemas del tratamiento procesal de los trabajadores autónomos”. *Actualidad Laboral*, nº 15, 2012, p. 2.

49 Auto de 26 de septiembre de 2011 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, conflicto nº 37/2011.

negligencia, que a su vez produce lesiones o daños a uno o varios trabajadores, la responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad en el mismo⁵⁰. El TS confirma su posición con apoyo en lo dispuesto en el art. 3.1 LPRL, norma que delimita su ámbito de aplicación, “de forma omnicomprendensiva puesto que incluye no solamente a trabajadores sujetos de un contrato de trabajo regulado por el Estatuto de los Trabajadores sino también a los trabajadores –en sentido no técnico– que son sujetos de relaciones de carácter administrativo o estatutario; y, desde el punto de vista de la contraparte, no solamente a los empresarios o a las Administraciones Públicas receptoras del trabajo de los mencionados sujetos sino también a los fabricantes, importadores y suministradores de la maquinaria cuyos defectos han podido ser origen de los accidentes. Y, finalmente, considera incluidos dentro del ámbito de la ley “los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos”. Y entre esos derechos del trabajador autónomo –que es nuestro caso– es evidente que se encuentra el de reclamar por los daños sufridos con motivo del desarrollo de su actividad profesional contra quien o quienes en atención a los deberes establecidos en la propia LPRL y otras normas concordantes puedan resultar responsables.

Con posterioridad a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, la LRJS da un paso atrás en la atribución de la competencia en razón a la materia y en atención a la ley sustantiva que contiene la normativa invocada, pues si bien atribuye ciertos litigios en materia preventiva al orden social [art. 2.e) LRJS], excluye otros en los que por razón de la materia debería conocer la jurisdicción social.

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

.....
50 Vid. FD. Quinto del citado Auto.

ejercicio de sus funciones. Sin embargo, de forma injustificada, excluye del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social “de las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con este las actividades preventivas de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención” [art. 3.b) LRJS].

Al respecto, cabe advertir que no parece razonable expulsar del orden social cuestiones litigiosas que provienen del incumplimiento de normas laborales que establecen obligaciones y derechos para las personas que trabajan por cuenta propia, básicamente, las recogidas en el art. 24 de la LPRL y desarrolladas en el Real Decreto 171/2004, en materia de coordinación de actividades empresariales. Esta exclusión se contradice con las intenciones expresadas en el preámbulo de la LRJS de “unificar la materia laboral” y “convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Al mismo tiempo, la exclusión del orden social de esta materia supone otorgar el conocimiento de estos asuntos a una jurisdicción no especializada en la materia de prevención de riesgos laborales, correspondiendo la resolución de los pleitos entre los obligados a la coordinación de actividades en materia de prevención al orden civil⁵¹.

En resumen, se trata de una exclusión de materias de carácter social injustificada que provoca, tal y como advierte la doctrina, problemas interpretativos que se hubieran evitado si se hubiesen incluido todos los litigios en materia de prevención de riesgos laborales dentro del ámbito de la jurisdicción social, por razón de la materia, dada su naturaleza laboral (social) del objeto del litigio⁵².

El planteamiento en el orden social de la jurisdicción de los daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional por parte de quien trabaja por cuenta propia tendría también cabida en virtud de lo dispuesto en el art. 2.b) LRJS que atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”. La justificación de la atribución al orden social de estas cuestiones litigiosas tendría su fundamento en la propia intención de la norma expresada en su preámbulo y por razón de la materia.

.....

51 MONTROYA MELGAR, A, “Capítulo I, De la Jurisdicción” en AA. VV. SEMPERE NAVARRO, A.V., (coord) et altri, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, cit., p. 97.

52 MONTROYA MELGAR, A, “Capítulo I, De la Jurisdicción” cit. p. 98.

Se trata de otra de las novedades que incluye la LRJS, en este caso, respecto de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. La LRJS persigue con la atribución de la competencia al orden social la concentración en esta jurisdicción social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social. Se pretende “superar los problemas de disparidad de los criterios jurisprudenciales, dilación en la resolución de los asuntos y, en consecuencia, fragmentación en la protección jurídica dispensada”⁵³, contribuyendo a una mayor seguridad jurídica y respeto al principio de tutela judicial efectiva. La LRJS pretende superar las dificultades y las consecuencias que ha generado el denominado «peregrinaje de jurisdicciones»⁵⁴. En este sentido, la LRJS atribuye a la jurisdicción social el enjuiciamiento conjunto de todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo⁵⁵. En este sentido, de un lado, la persona que trabaja por cuenta propia podría ser demandada como deudora de seguridad en los supuestos de concurrencia empresarial por causar daños a las personas asalariadas de una de las empresas concurrentes y, de otro lado, como acreedora de seguridad respecto de las empresas concurrentes, quedaría legitimada para reclamar por los daños derivados de un AT y EP frente a quienes considere responsable.

Como señala el apartado III del preámbulo de la LRJS, se persigue crear un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado, al tiempo que se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo.

En la doctrina de suplicación no existe unanimidad sobre el orden jurisdiccional competente en estos supuestos. De un lado, negando la competencia del orden social y a favor del orden civil se manifiesta la Sentencia de 3 de noviembre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁵⁶. La citada sentencia fue dictada en un proceso de reclamación por daños y perjuicios derivados de accidente laboral iniciado por un agente comercial autónomo que sufre un accidente de trabajo en un supuesto de concurrencia de actividades empresariales.

El trabajador autónomo recurrente alega la infracción del art. 2.e) LRJS; del art. 8 LETA; y del art. 24 LPRL, argumentando que “se recoge en el hecho probado tercero de la Sentencia recurrida que ALDA comunicó la visita del demandante a las instalaciones de

.....

53 Apartado III de Preámbulo.

54 *Ibidem*.

55 Entre los sujetos demandados, podrían encontrarse, además del empleador, otros sujetos que concurren en el mismo centro de trabajo, la empresa usuaria, o los servicios de prevención. En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C., en “La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción?”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, p. 41.

56 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, rec.194/2015.

SMURFIT al departamento de riesgos laborales de esta empresa; que el demandante no acudió a mostrar productos para su venta, sino que el producto ya estaba comprado y acudió para su aplicación sobre el tejado como trabajador autónomo que es; que ha de estarse a los apartados 3 y 4 del artículo 8 del Estatuto del Trabajador Autónomo; que el apartado 6 de este artículo determina la obligación de las empresas incumplidoras de las obligaciones anteriormente dichas de indemnizar los daños y perjuicios; que, en consecuencia, está acreditada la competencia de la jurisdicción social”⁵⁷.

El TSJ del País Vasco señala que la “única cuestión que se debate en el recurso es la competencia de este orden social de la jurisdicción para resolver la controversia planteada en reclamación de cantidad por indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo como consecuencia del incumplimiento por las demandadas de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales”. El citado Tribunal concluye que no es competente el orden social para resolver este litigio por los siguientes motivos: “de un lado, porque el artículo 2. e) LRJS se refiere a litigios en materia de cumplimiento de las obligaciones legales o convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados, en dicción que interpretamos en el sentido de considerar que, en todo caso, hay un empresario demandado y, por ende, una relación laboral en la base y, en el presente caso, se ha acreditado que el demandante era un trabajador autónomo prestando servicios para ALDA en régimen de agencia civil; de otro lado, porque la letra d) del precitado artículo 2 LRJS atribuya la competencia al orden social en litigios relativos al régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente, cualidad que no se ha mencionado en el presente caso respecto del demandante; por otra parte, dado que ello no significa negar las obligaciones que, en materia de prevención de riesgos laborales tuvieron, en su caso, ex artículo 8.3, 4 y 6 Ley 20/2007 las demandadas, sino que ello supone que tales obligaciones y consecuencias indemnizatorias han de ser exigidas en otro orden jurisdiccional, lo que no contraviene el artículo 24.1 CE referido a la tutela judicial efectiva”.

De forma acertada, otra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia resuelve a favor de la competencia del orden social en el supuesto de reclamación de accidente de trabajo en un supuesto de descentralización productiva. Se trata de la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2014⁵⁸, que resuelve el recurso de suplicación planteado por la esposa de un trabajador autónomo, socio trabajador de una sociedad limitada, que falleció en un accidente de trabajo, en el ámbito de la descentralización productiva⁵⁹, frente a la sentencia de instancia que atribuyó la competencia para conocer el

57 Vid. FD.Tercero de la citada Sentencia.

58 STSJ de Galicia, sede de la Coruña, de 30 de septiembre de 2014, que resuelve el recurso nº 6274/2012.

59 Conviene señalar que la demanda se interpuso por la viuda de un socio trabajador de una sociedad limitada

asunto a la jurisdicción civil al ser un trabajador encuadrado en el RETA. El TSJ de Galicia considera competente la jurisdicción social para conocer del presente litigio por cuanto, de conformidad con el preámbulo de la LRJS, procede “la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social”. El citado TSJ recuerda que “con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado”. De forma acertada, justifica su decisión añadiendo que la “asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional o estatutaria o laboral”, por lo que concluye que ante la voluntad del legislador “de atribuir al orden social esta materia, no tiene sentido que excluyamos a los socios trabajadores, ni siquiera por el hecho de que estén encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social”. En este supuesto, el TSJ de Galicia fundamenta, además, su conclusión al amparo de lo dispuesto en el art. 2.b) LRJS sin que exista dificultad “en considerar accidente de trabajo al que sufrió el demandante pues, aunque no estemos ante un trabajador por cuenta ajena [ver STS de 23 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5733), rec. 822/2009], por lo que no puede considerarse que se trate de la figura prevista en el art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social, el concepto de accidente de trabajo no está limitado al campo del trabajo por cuenta ajena”.

La *vis atractiva* de la jurisdicción social en materia de reclamación por daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales en los términos expuestos, se refuerza en la LRJS cuando contempla supuestos de acumulación, permitiendo “que los procesos que tengan su origen en un mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional, se acumularán aunque no coincidan todas las partes o su posición procesal, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimientos administrativos separados, en cuyo caso solamente podrán acumularse las impugnaciones referidas a un mismo procedimiento”⁶⁰.

frente: a la empresa contratista, la subcontratista; al coordinador de seguridad; al encargado de la obra; y frente a las aseguradoras implicadas, entre otros demandados.

60 Art. 30.2. LRJS.

En resumen, la cuestión de la competencia para conocer de estos litigios debe resolverse en nuestra opinión a favor del orden social y ello a pesar de la falta la atribución expresa de la competencia plena al orden social en materia de prevención de riesgos laborales. Como, con acierto, señala la doctrina, el orden social será competente para conocer además de los litigios de las personas TRADE [art. 2.b) y d) LRJS] particularmente “para reclamar por los daños sufridos con motivo del desarrollo de su actividad profesional contra quien o quienes –en atención a los deberes establecidos en la LPRL y otras normas concordantes– puedan resultar responsables”⁶¹; así lo declaró la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo en el Auto anteriormente citado.

3. CONCLUSIONES

La modernización de la normativa procesal laboral que pretende la LRJS en aras de unificar la materia social del Derecho en la jurisdicción social y facilitar el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo no se ha conseguido, habida cuenta que la materia referente a reclamación por daños derivados de contingencias profesionales por incumplimiento de medidas de prevención por parte de personas que desarrollan un trabajo autónomo común no se contemplan de forma expresa, existiendo pronunciamientos judiciales y doctrinales que consideran competente el orden civil para conocer de estas reclamaciones. La opción de la jurisdicción civil en estos supuestos obligaría a mantener diversos órdenes jurisdiccionales, eventualidad que, como se afirma en el apartado III del preámbulo de la LRJS, ocasiona dilaciones, gastos innecesarios y pronunciamientos contradictorios. La regulación vigente no garantiza la total racionalización y clarificación del ámbito del orden jurisdiccional social, tal y como persigue la LRJS.

Es preciso proporcionar un marco jurídico que garantice la seguridad jurídica en materia de prevención de riesgos laborales y de reclamación por daños derivados de AT y EP en el trabajo autónomo. Para ello, es necesaria la atribución plena a la jurisdicción social de todas las cuestiones en materia de prevención de riesgos laborales, por razón de la materia social. Con ello se garantizaría la creación de un ámbito unitario de la tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado.

.....

61 SALINAS MOLINA, F., “La Garantía judicial de la seguridad y salud en el trabajo: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV. MOLINA NAVARRETE, C., GARCÍA JIMÉNEZ M., SORIANO SERRANO, M., “Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Una revisión crítica veinte años después”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016, p. 229. En sentido parecido, LLUIS NAVAS, J., “Problemas del tratamiento procesal de los trabajadores autónomos” cit. p. 14.

La regulación vigente ofrece, de forma injustificada, un tratamiento jurídico diferente a las personas que trabajan por cuenta propia respecto de la materia preventiva y de las reclamaciones por daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en función de que desarrollen un trabajo autónomo común o sean personas TRADE.

Es necesario que la LRJS aborde la concurrencia de personas que trabajan por cuenta propia y, en aplicación de la *vis atractiva* de la jurisdicción laboral en materia de accidentes de trabajo y de prevención de riesgos laborales, de *lege ferenda*, es preciso acoger la doctrina de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo y, en consecuencia, proceder a la inclusión en el ámbito de la jurisdicción social de las materias en la actualidad excluidas por el art. 3.b) LRJS así como el expreso reconocimiento de la competencia del orden social de las reclamaciones interpuestas por personas que trabajan por cuenta propia (no TRADE) por daños en el ámbito de la prestación de servicios o derivados de AT y EP en los términos previstos en el art. 2.b) LRJS.

BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F., “Título IV. Protección Social del Trabajador Autónomo”, AA.VV. SEMPERE NAVARRO, A.V., SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., (dir.), *Comentarios al Estatuto del trabajo autónomo*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.

GARCÍA-ATANZE J, M., “Las novedades competenciales de la ley reguladora de la jurisdicción social”, *Aranzadi Social*, vol. 4., nº 10, 2012.

GARCÍA JIMÉNEZ, M., y MOLINA NAVARRETE, C., *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, Madrid, 2007.

GOERLICH, PESET, J. M., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LUJÁN ALCARAZ, J. (dir), *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Laborum, Murcia, 2007.

LÓPEZ ANIORTE, M. C., “La enfermedad profesional del trabajador autónomo: Hacia la completa equiparación con el régimen general”, *Revista Derecho Social*, nº 53, 2011.

LÓPEZ ANIORTE, M. C., “La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción?”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La tutela judicial de los TRADE. Un estudio de la atribución de la competencia a la Jurisdicción Social”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009.

LLUIS Y NAVAS, J., “Problemas del tratamiento procesal de los trabajadores autónomos”. *Actualidad Laboral*, nº 15, 2012.

MONTOYA MELGAR, A., “Capítulo I, De la Jurisdicción”, AA.VV. SEMPERE NAVARRO, A.V., et altri, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MOLINA NAVARRETE, C., “Trabajadores en la frontera: comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, *RTS–CEF*, nº 295, 2007.

PÁEZ ESCÁMEZ, R. “La tutela judicial del trabajador autónomo”, en AA.VV. MONE-REO PÉREZ, J. L., y VILA TIERNO, F. (dir). *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2017.

SALINAS MOLINA, F., “La Garantía judicial de la seguridad y salud en el trabajo: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV. MOLINA NAVARRETE, C., GARCÍA JIMÉNEZ M., SORIANO SERRANO M., *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Una revisión crítica veinte años después*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2016.

TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., “La nueva acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 49, 2004.

VALDÉS ALONSO, A., “La prevención de los riesgos laborales del trabajador autónomo: una revisión crítica de su regulación jurídica”, *Documentación laboral*, nº 93, 2011.

VALDÉS DAL–RÉ, F. (coord.) CRUZ VILLALÓN, J., DEL REY GUANTER. S., MAROTO ACÍN, J. A., y SÁEZ LARA, C., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la Comisión de expertos designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la elaboración del Estatuto del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

M^a MONSERRATE RODRÍGUEZ EGÍO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

mrodriguez@um.es

ASPECTOS CRITICOS DEL PROCESO LABORAL Y EL EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO

JOAQUÍN TORRÓ ENGUIX

Letrado de la Administración de Justicia

Fecha de recepción: 28/05/2018

Fecha de aceptación: 19/06/2018

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. II. EL NUEVO EXPEDIENTE JUDICIAL (ELECTRÓNICO). III. UNA NUEVA FE PÚBLICA JUDICIAL. IV. LOS ACTOS PROCESALES (actuaciones, resoluciones y comunicaciones digitales). 4.1. Plazos digitales. 4.2. Constancia de la presentación de escritos. 4.3. Actos de comunicación digital. a) Notificaciones, en general. b) El emplazamiento al demandado. c) La caducidad del envío. V. LA CONCILIACIÓN DIGITAL. VI. APORTACIÓN / PRUEBA DOCUMENTAL (DIGITALIZADA). VII. EPÍLOGO.

RESUMEN: el desarrollo del proceso social en el entorno digital supone la exigencia de un replanteamiento sobre si su actual regulación es suficiente para atender a las necesidades y exigencias de tramitación, preservando las garantías y derechos de los intervinientes en el mismo, tanto en cuanto a los modos y medios de los actos de comunicación, como respecto de la misma documentación de lo actuado, una vez desaparecido el soporte papel, así mismo facilitando la labor del juzgador.

ABSTRACT: The development of the social proceeding in the digital environment requires a rethinking of whether its current regulation is sufficient to solve the needs and demands of proceeding, keeping the guaranties and rights of the parties involved in it, both

in terms of and means of communication acts, such as regarding the documentation of the proceeded, once the paper support has disappeared, as well as with the aim of facilitate the work of the Judge.

PALABRAS CLAVE: Expediente Judicial Digital; documentación; proceso social.

KEYWORDS: Digital judicial file, documentation, social proceeding.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Al abordar la cuestión de la incidencia o influencia que el expediente judicial electrónico puede llegar a tener en el desarrollo del proceso laboral nos encontramos básicamente en un entorno en el que la tecnología, la evolución tecnológica, viene a marcar el ritmo de dicha influencia, sin ser nada estática, más bien cambiante, desconociéndose el alcance o desarrollo posterior que pueda llegar a tener.

Es una cuestión que está llena de nuevos conceptos y aptitudes, que desde un punto de vista sociológico exige una actualización de conocimientos por parte del usuario, entendido este en un sentido amplísimo, no solo el ciudadano que se va a relacionar con la administración de justicia, sino de todos y cada uno de los operadores que tienen intervención dentro del proceso, desde el profesional (Abogados, Graduados Sociales, Procuradores...) hasta el órgano decisor, pasando por los funcionarios que tienen intervención en cada uno de los actos procesales (formal y materialmente hablando).

En este punto, surge incluso un nuevo paradigma capacitante. No solo vienen a ser necesarios instrumentos técnicos adecuados y capaces, sino que además el usuario de dichos instrumentos tiene que tener la cualificación necesaria para su uso. No se trata ya de una cualificación meramente académica (que por otra parte sí debería comenzarse a exigir en determinados puestos, dentro de las relaciones de puestos de trabajo de la Administración de Justicia) sino más bien de cultura tecnológica que se va impregnando en la sociedad del siglo XXI, antes inimaginable. Así, era impensable que en el nacimiento de las grandes leyes procesales la escritura sobre papel pudiese tener una alternativa, incluso cualquier actividad procesal diferente a la de dictar una resolución o aportar un documento ya elaborado, fuese público o privado (como las declaraciones de intervinientes, un juicio oral, un embargo, un lanzamiento...), necesariamente deberían tener su reflejo en papel¹, en el papel que formaban los autos, que incluían la biografía escrita del proceso, y reflejaban el cumplimiento de los distintos trámites exigidos por las leyes.



1 “Decir adiós al papel no es nada más que aceptar que una tecnología con miles de años de antigüedad deja paso a otra intrínsecamente superior. Negarse a aceptar esos cambios nunca ha llevado a ningún sitio” así de contundente lo afirmaba el profesor de Sistemas de Información D. Enrique Dans en “Adiós al papel...” el 14 de mayo de 2016, en <https://www.enriquedans.com/2016/05/adios-al-papel.html>.

En definitiva, se ha iniciado el tránsito hacia un nuevo modelo de documentación del proceso, así como la necesidad de ponderar los distintos impactos que dicho modelo puede provocar. Tanto el impacto tecnológico o de herramientas sustitutivas del papel y lápiz, como del impacto organizativo, humano, sociológico y económico que puede llegar a tener.

Igualmente, el tránsito pasa incluso por una redefinición de la terminología tradicionalmente empleada, llenando los nuevos conceptos tecnológicos el devenir de los clásicos utilizados hasta la fecha². Todo ello inmerso en el marco de la nueva configuración de la Administración de Justicia desde la implantación de la Nueva Oficina Judicial (NOJ) que obliga igualmente a reubicar las fases del proceso no tanto en un sentido horizontal o continuo ante un solo órgano judicial (en la primera instancia), sino que viene fraccionado en distintos momentos que, pese a pertenecer a una misma fase, intervienen una pluralidad de órganos que conforman la nueva Administración de Justicia, como son los distintos Servicios Comunes (Generales, de Ordenación, de Ejecución), y las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPADs), siendo el hilo conductor entre todas ellas el mismo procedimiento que se ha tramitado, lo que en terminología de la ley 18/2011 vendrá a ser el Expediente Judicial Electrónico (EJE).

II- EL NUEVO EXPEDIENTE JUDICIAL (ELECTRÓNICO)

Como acabamos de indicar, la propia ley 18/2011, de 5 de Julio, en su inicial redacción definía el Expediente Judicial Electrónico³ (EJE) en el apartado 1 del art. 26,

.....

2 Así por ejemplo, las distintas resoluciones procesales deben ir firmadas. El art. 208.3 de la LEC, dispone “3. Si se tratara de sentencias y autos habrá de indicarse el Tribunal que las dicte, con expresión del Juez o Magistrados que lo integren y su firma e indicación del nombre del ponente, cuando el Tribunal sea colegiado. En el caso de providencias dictadas por Salas de Justicia, bastará con la firma del ponente. En las resoluciones dictadas por los Secretarios Judiciales se indicará siempre el nombre del que la hubiere dictado, con extensión de su firma.” Pues bien, dicha firma ha de ser una firma electrónica (según el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, esta es conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante), pero ello no es válido para una resolución procesal, sino que ha de ser conforme al art. 14.3 de la Ley 18/2011 alguno de los sistemas de que la Administración de Justicia podrá utilizar para su identificación electrónica y para la autenticación de los documentos electrónicos que produzca, refiriéndose así a: a) Sistemas de firma electrónica basados en la utilización de certificados de dispositivo seguro o medio equivalente que permita identificar la sede judicial electrónica y el establecimiento con ella de comunicaciones seguras.; b) Sistemas de firma electrónica para la actuación judicial automatizada; c) Firma electrónica del personal al servicio de la Administración de Justicia; d) Sistemas de intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación, conforme a lo que específicamente se haya convenido. Especificando el art. 21 el régimen general de firma electrónica de magistrados, jueces, secretarios judiciales, fiscales, abogados del estado y funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y otros entes públicos. Todo lo anterior, unido a la terminología, firma electrónica reconocida y firma electrónica avanzada, que define la propia ley en su anexo.

3 Se contraponen (supera) a lo que sería el expediente judicial tradicional, considerado este “Desde un punto de vista material [...] como el conjunto físico de documentos que, en soporte de papel y en forma de legajos, plasman de forma cronológica el conjunto de actuaciones del órgano judicial y de las partes así como aquellos otros elemen-

como “conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga”. Dicha definición se realizó en términos bastantes generales, únicamente contemplando los documentos electrónicos que la propia ley a continuación trataba de identificar (arts. 27 y ss)⁴ señalando la propia exposición de motivos que venía a ser el “heredero digital de los ‘autos’ que tradicionalmente han constituido el decorado de nuestros juzgados y tribunales”. Tras la reforma operada por la disposición final séptima de la ley 42/2015, de 5 de octubre, se da una nueva definición, superando aún más si cabe al nuevo heredero digital, considerándose como “el conjunto de datos, documentos, trámites y actuaciones electrónicas, así como de grabaciones audiovisuales correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga y el formato en el que se hayan generado”, extensión que seguramente pueda llegar a superarse conforme evolucione el estado de la tecnología de la documentación. En todo caso, es en este entorno donde se va a mover el proceso laboral, entorno que tiene que respetar los principios que lo definen y que deberá favorecer la intervención del Órgano Judicial (órgano en sentido amplio) para su constitución, y para dar respuesta a las pretensiones que se ejerciten.

Del mismo modo, el EJE viene a suponer una tendencia hacia la “globalización procesal” (“globalización procedimental”) en el sentido de que la normativa sobre la que va a descansar tiene un sentido transversal⁵, no nace para una clase de procedimientos propios de un orden jurisdiccional, sino que se proyectan sobre todos los procedimientos cualquiera que sea el orden jurisdiccional, tanto por la normativa específica (véase la ley 18/2011, o el entorno legal de LexNET), como por la aplicación supletoria generalizada de la LEC. Se ha iniciado de esta forma el camino hacia la necesidad de un “código” procesal, aglutinador de los distintos requisitos, forma, configuración, garantías, ejecución..., de la actividad procesal de los Órganos Judiciales, hacia un compendio unitario y sistematizado



tos documentales que, relacionados con el asunto que se discute, se ha considerado oportuno incluir para mejor decisión de la controversia.” CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Francisco Javier, pág. 4 “El expediente judicial electrónico y los letrados de la administración de justicia: la imposible custodia de lo intangible”, pág. 4, *Diario LA LEY*, nº 9078, 10 de noviembre de 2017.

4 GARCÍA TORRES, María Luisa, aclaraba que “cierto es que el expediente judicial se compone de todos los documentos existentes en un proceso judicial. Pero estos documentos son de diversa índole. Por una parte, estarán los presentados por las partes, siendo bien escritos procesales, bien documentos que se acompañan a estos. Por otra, se encuentran las resoluciones que el juez, tribunal o secretario judicial dictan y también los actos de comunicación que se realizan a lo largo del proceso” y añadía: “También están los documentos o instrumentos que documentan las vistas y comparecencias llevadas a cabo en dicho proceso” pág. 4 *in fine* de “La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, según ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. Especial referencia al proceso civil.” *Revista Internacional de estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2011 (www.riedpa.com).

5 Así ya reconocido por el propio TS, entre otras, en sentencia Sala Cuarta, Sección: 1, de 25/07/2017, N° de Recurso: 3256/2014, Ponente: MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA, que en su R.J. PRIMERO, pf. 7, termina afirmando: “Finalmente la Disposición adicional séptima de la Ley 18/2011 proclama el carácter transversal de la misma para todos los órdenes jurisdiccionales, completando la legislación vigente en lo concerniente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de justicia; carácter transversal que en esta materia respaldan los arts. 230 y 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

de las distintas normas reguladores, que dejará poco margen a especialidades procesales.

III. UNA NUEVA FE PÚBLICA JUDICIAL

El EJE viene a exigir dotar de una nueva óptica a la fe pública judicial, y por tanto a la actividad del LAJ. en orden a la documentación de actos y del impulso procesal, dentro de la ordenación material y formal del proceso, produciéndose una suerte de comunicación, mezcla y participación de dichos principios en el nuevo entorno digital.

Mecanismos ordinarios como la dación de cuenta deberán no solo documentarse, sino que al propio tiempo proceder a poner a disposición del destinatario (Órgano Jurisdiccional) el contenido de la dación, para lo que no parece suficiente que se haya generado un acontecimiento en el expediente, sino que exista un mecanismo de alerta, aviso y puesta a disposición efectiva del contenido de la dación.

En todo caso, dentro del EJE deberá diferenciarse entre actos estrictamente procesales, de aquellos otros que son simplemente puesta a disposición, remisión o traslado de actuaciones entre los Servicios de la Administración de Justicia. Carece de relevancia procesal documentar (v. gr. por medio de diligencia) que el procedimiento se remite (conforme ya viene acordado en una resolución procesal presente) a los fines, por ejemplo, de un recurso interpuesto, ya que lo relevante será que dictada la resolución, el EJE pase “informáticamente” a disposición del receptor de la dación (es decir, aquella diligencia de constancia carece de sentido si no se produce el “acontecimiento” informático, y del mismo modo no aporta a los autos mayor sentido, por lo que su supresión en el EJE mejoraría su lectura al desaparecer una actuación–documento que debió ser solo una actuación–informática o mecánica).

En este orden de cosas, hoy se podría hablar ya de una fe pública digital. La certeza y estabilidad del documento, del acto procesal de que se trate, así como la autenticidad del mismo y la garantía de ser ajustado a las formas y a los requisitos legales (aspectos todos que integran la fe pública) debe ejercerse conforme a los nuevos parámetros exigidos en la ley 18/2011, aspecto que no es baladí, ya que dentro de las causas/motivos que pueden alegarse para instar la nulidad de actuaciones se encuentra la infracción de del principio de fe pública, disponiendo el art. 204.3 de la LEC: “Las resoluciones judiciales deberán ser autorizadas o publicadas mediante firma por el Secretario Judicial, bajo pena de nulidad” (en relación con lo dispuesto en el art 225.7 de la LEC y en los mismos términos en el art. 238.6 de la LOPJ).

Conforme a lo anterior, la ley 18/2011 en el art. 27.1 dispone que “tendrán la con-

sideración de documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente...” y seguidamente en su art. 28.1 añade que “las copias realizadas por medios electrónicos de documentos electrónicos emitidos por el propio interesado o por las oficinas judiciales, manteniéndose o no el formato original, tendrán inmediatamente la consideración de copias auténticas con la eficacia prevista en las leyes procesales, siempre que el documento electrónico original se encuentre en poder de la oficina judicial donde haya sido originado o incorporado y que la información de firma electrónica y, en su caso, de sellado de tiempo permitan comprobar la coincidencia con dicho documento...”. Señala, por tanto, que serán copias “auténticas”, por lo que literalmente atendido el precepto podría llegar a afirmarse que la copia de una sentencia, es en sí misma “auténtica”, es decir, se trataría de un documento público, con la eficacia legalmente prevista. Ahora bien, esa aparente expansión viene a su vez recortada en la propia ley, ya que el citado art. 27, en su apartado 3 especifica que “tendrá la consideración de documento público el documento electrónico que incluya la fecha electrónica y que incorpore la firma electrónica reconocida del secretario judicial...”.

En este orden de cosas, también habrá que incidir entre la diferenciación del documento electrónico y el soporte electrónico, ya que desaparece el papel, entendido este como el soporte documental, el continente material y permanente en que se recogía la actividad procesal, inicialmente inalterable una vez reflejado el acto, la resolución..., conservado en dicho material para llegar a su archivo y custodia final, o para su incorporación a otros procedimientos, ya por el mismo original, ya por su testimonio también en papel⁶.

Esa diferenciación obliga a ya a no confundir el soporte electrónico como continente, y el documento público electrónico como contenido en aquel soporte, diferenciación que será necesaria ante cualquier EJE, y siguiendo a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS⁷ descansará sobre las notas de Autosuficiencia (el soporte lo entiendo como pieza de convicción, y el documento electrónico hará prueba por sí mismo); en la integridad (el documento electrónico no atiende al soporte material sino a la información contenida en el mismo y al método para reconocer un conjunto de información estable); y también en la identidad, que exige reflejar la forma en que se ha procedido a la extracción de datos del soporte, para acabar autenticando la información obtenida, “lo que transmutará su

6 Por ello, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio Evaristo. “La documentación del proceso en la nueva era digital”. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44, 2018, partiendo de esa idea de continente, afirma: “La imposibilidad de separar continente y contenido es nota esencial de la documentación en papel, hasta el punto que cuando la tinta impregnada en el papel ha sido alterada solemos entender que se ha producido una falsificación”, para seguir advirtiendo “que en los soportes digitales este carácter inseparable entre la información y el soporte resulta bastante más complejo de determinar” (pág. 13).

7 Ob. Cit. *Infra*, pág. 14 y 15.

naturaleza en un verdadero documento electrónico”, siempre que “la información quede fijada de forma estable, de modo tal que no se haga posible su alteración y que se permita identificar sus contenidos”⁸.

Finalmente cabría referirnos también a la nueva visión de la conservación de la documentación y su custodia, que vienen exigidas por la fe pública en su garantía de estabilidad. La LRJS en su art. 47 dispone: “Los autos permanecerán en la oficina judicial bajo la custodia del secretario, donde podrán ser examinados por los interesados que acrediten interés legítimo, a quienes deberán entregárseles testimonios, certificaciones o copias simples cuando lo soliciten, todo ello en los soportes y con los medios técnicos de los que se disponga”. El tenor literal del precepto ya ha quedado desfasado tras la reforma operada por la ley 42/2015, en todo caso, se complementará con el art. 148 de la LEC que también señala como: “Los Secretarios Judiciales responderán de la debida formación de los autos dejando constancia de las resoluciones que dicten los Tribunales, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley. Igualmente responderán de la conservación y custodia de los mismos, salvo el tiempo en que estuvieren en poder del Juez o Magistrado ponente u otros Magistrados integrantes del Tribunal”. Pues bien, la ley 18/2011 ya en su artículo 1 obliga a la Administración de Justicia a que la tecnología de la información que utilice debe asegurar la “conservación e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que gestione”; en el art. 28 de la misma, en cuanto a la obtención de imágenes electrónicas de documentos privados en el ejercicio, enfatiza que se realizará “a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen”; en el apartado 3 del art. 29 cuando establece que: “Los medios o soportes en que se almacenen documentos deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de los documentos...”; el diseño que ha de tener el Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad, deberán garantizar la “conservación de los datos, informaciones...” (artículos 47 y ss) y únicamente se refiere a la custodia documental respecto de aquellos documentos que no se puedan digitalizar (vid. Art. 38). Por tanto, el sentido del art. 47 de la LRJS no solo deberá ser reinterpretado, sino que la legislación tecnológica transversal sobre la materia deberá con-



8 La ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su art. 26, punto 2, viene a contemplar dicha transformación cuando dispone que: “2. Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán:

- a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.
- b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.
- c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.
- d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos.
- e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

Se considerarán válidos los documentos electrónicos que, cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos.

templar el alcance de la obligación de conservación y custodia del EJE, alejado del ámbito de actuación propio del Letrado de la Administración de Justicia⁹.

IV. LOS ACTOS PROCESALES (ACTUACIONES, RESOLUCIONES Y COMUNICACIONES DIGITALES)

4.1 Plazos digitales

Otro de los aspectos de incidencia del EJE, y de la tramitación electrónica, viene referido por su propia naturaleza al régimen de las actuaciones procesales previsto por la LRJS (artículos 42 a 48), donde se puede apreciar esa llamada globalización procesal, en detrimento de especialidades propias del orden social, que podría pasar en un futuro por al menos suprimir los preceptos redundantes, indicando simplemente la norma distinta a la LRJS aplicable.

Así, con carácter general, el momento final del plazo de que se dispone para la presentación de escritos viene delimitado por el art. 45 LRJS al disponer que: “Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo...”, precepto que se corresponde con el art. 135.5 de la LEC. Pero el precepto debe a su vez relacionarse con el momento inicial del cómputo. Se ha sostenido que la LRJS contiene un precepto específico, el art. 60.3, que señala: “Los actos de comunicación al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado, a los letrados de las Cortes Generales y a los letrados de las Comunidades Autónomas y de la Administración de la Seguridad Social, así como las notificaciones a las partes, incluidas las que se realicen a través de los servicios organizados por los Colegios profesionales, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya

.....

9 Se evidencia esa necesidad de redefinición funcional por Fernando Javier CREMADES LÓPEZ de TERUEL que reflexiona cómo: “Ninguna posibilidad tiene el letrado judicial de responsabilizarse de un Archivo Judicial de Gestión que ahora está gestionado por un complejo de dispositivos de almacenamiento y una particular codificación en un servidor central que depende de un determinado ente administrativo.” Lo que hace que se pregunte: “¿Qué sentido tiene que las leyes procesales puedan seguir apoderando a jueces y magistrados en la tenencia de unos expedientes que tan solo circulan ya por la intangibilidad de la red?; ¿qué grado de responsabilidad puede atribuirse a un letrado de la administración de justicia por una ‘negligente’ custodia de documentos que transitan por una red que no solo no controla sino que directamente está sujeta al dominio de lo informático (y de los informáticos)?; y ¿qué virtualidad puede tener que se siga hablando de libros de sentencias, autos y decretos si no se asume que deben ser también electrónicos y, por tanto, deben sujetarse a las mismas prevenciones que estamos manifestando?” pág. 9, en “El expediente Judicial Electrónico y los letrados de la administración de justicia: la imposible custodia de lo intangible”, *Diario LA LEY*, núm. 9078, de 10 de noviembre de 2017.

efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

No obstante, el propio art. 162, no en su apartado 1, sino en el apartado 2, refiriéndose a todos los casos que regula el precepto, dispone: “... cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, [...] transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos”, por lo que cabría pensar que establece una prórroga sobre la base de una preclusión tácita. Es decir, que una cosa es la recepción, que se puede producir el día X, y otra el “acceso al contenido”, que se puede producir el día X, Y o Z (los 3 días siguientes), y desde ahí comenzaría a contarse un plazo que llegaría hasta el último día que computase las 15.00 horas del día siguiente (claro está que si ni siquiera se produce el acceso, el plazo ya habría comenzado a correr desde el tercer día sin acceso).

Esta circunstancia ha provocado que el propio TS (sala cuarta) en Auto de 8 de noviembre de 2016¹⁰, se rechace la especialidad aparente del art. 60.3 de la LRJS. En su R.J. PRIMERO, párrafo 4 concluye el Alto Tribunal: “... el hecho de que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no haga mención expresa en su articulado al sistema LexNET, no debe entenderse en absoluto como una singularidad excluyente, al no apreciarse justificación alguna de tal interpretación, sino que más bien ha de entenderse su vigencia en el ámbito de la jurisdicción social por vía de la aplicación supletoria de aquella norma procesal general, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que como se ha visto se han insertado con precisión las peculiaridades técnicas y los efectos procesales de su utilización, posibilitando su aplicación generalizada y homogénea para los órganos judiciales, profesionales y particulares, con el sentido de transversalidad predicado desde el principio para este medio técnico”. Fruto de esa comunicabilidad normativa, también concluye la compatibilidad de la LRJS y LEC en este punto ya que “la previsión de los artículos 60.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 162.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lejos de contener previsiones incompatibles, vienen a complementarse, decidiendo la primera cuándo se considera efectuado el acto de comunicación: al día siguiente de la fecha de recepción, y determinando la segunda cuándo se considera efectuado el acto de comunicación en los casos en los que aquella recepción no tiene lugar” (R.J. PRIMERO *in fine*).

Incluso relativiza alguno de los principios propios del proceso social, como el de celeridad, para que puedan servir de sustento al carácter especial de sus normas, con un tratamiento diferenciado, cuando en el R.J. SEGUNDO concluye que: “El principio de celeridad

.....

10 ATS 11200/2016, Sala de lo Social, de 08/11/2016, N° de Recurso: 29/2016, Ponente: JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, Id Cendoj: 28079140012016202789.

que preside el proceso laboral no se ve en absoluto comprometido por la aplicación del art. 162.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino más bien al contrario, porque dicho precepto no hace sino traer a la norma procesal general el efecto tradicional de la inactividad procesal; efecto general de exclusión de la posibilidad de realizar el acto omitido (efecto preclusivo) y efectos especiales que determina la ley para cada caso concreto, siendo uno de ellos el de la ficción de que el acto omitido se ha realizado, cuando su ejecución sea necesaria para la continuación del proceso.

4.2 Constancia de la presentación de escritos

Dentro de este apartado, la propia LRJS con carácter general, en su art. 46 prevé: “... Cuando se utilicen los medios técnicos a que se refiere el artículo 44, el sistema devolverá al interesado el resguardo acreditativo de la presentación en la oficina judicial que proceda de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. No obstante la remisión a la LEC la misma es defectuosa, ya que tras la reforma de 2015 no guarda correspondencia, más bien habrá que atender al contenido íntegro del nuevo art. 135. En todo caso, para el EJE y los efectos que pueda tener dicha constancia, será de suma importancia el resguardo generado por el sistema LexNET, en especial en supuestos de dificultad de acceso o errores de utilización.

Por ello el TS¹¹, ante la falta de constancia en el EJE advierte que si “presentada en tiempo y forma la interposición del recurso, el sistema LexNET Abogacía no dio alerta alguna, constando en el resguardo acreditativo que el envío fue realizado el 27 de septiembre de 2017, sin que conste ningún tipo de alarma, aviso o notificación sobre el rechazo del escrito, y sin que conste tampoco justificante de rechazo por el sistema...” no puede después no tenerse por interpuesto dicho recurso, aún el caso de que hubiese existido un error por el profesional al tiempo de hacer el envío, ya que no fue advertido por el sistema de dicho error. Advertencia esta última que incide el tribunal en destacar, y que necesariamente habrá que tener en cuenta en el entorno electrónico y digital por las especialidades técnicas que presente, ya que recuerda que no obstante el principio *pro actione* como el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “es doctrina reiterada de este Tribunal que está excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2 ; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2 ; o 160/2009, de 29 de junio).

.....

11 ATS 3030/2018. Sala de lo Social, Sección: 1ª, DE 08/03/2018. Ponente: MARÍA LOURDES ARASTEY SAHÚN, Cendoj: 28079140012018200682.

4.3 Actos de comunicación digital

a) Notificaciones, en general

La LRJS en materia de actos de comunicación mantiene especialidades literales en su tenor, aunque se produce una remisión genérica a la LEC, concretamente a los artículos 149 a 168 de la misma, destacando que deben “siempre agotarse todas las posibles vías existentes para lograr la efectividad de las notificaciones” (léase notificaciones en el sentido amplio de actos de comunicación). Así, en materia de emplazamiento, surge la necesidad emplear previamente todos los medios al alcance del órgano para garantizar su emplazamiento personal (SSTC 181/1985; 222/1987; 16/1989, y muchas posteriores mas).

Es contenido esencial del derecho de defensa conocer la existencia del procedimiento, y tener la efectiva posibilidad de intervenir, por lo que habrá que analizar el contenido del acto en que inicialmente se ha participado a las partes la existencia de un proceso, así como la forma en que se transmitió dicho conocimiento¹².

La disp. Transitoria Cuarta de la ley 42/2015, vino a hacer efectiva la obligación de todos aquellos que no fuesen personas físicas de comunicarse electrónicamente con la administración de justicia desde el 1 de enero de 2017, ya que dio una nueva redacción al art. 152.2 disponiendo que “los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquellos, sin estar obligados, opten...”, y el art. 273 señala las personas obligadas, pudiéndose resumir que únicamente no lo están las personas físicas, los particulares..., del mismo modo que reformó la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en su artículo 33.1, declarando que: “Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con la Administración de Justicia, sea o no por medios electrónicos [...]. Asimismo, se podrá establecer legal o reglamentariamente la obligatoriedad de comunicarse con ella utilizando solo medios electrónicos cuando se trate de personas

.....

12 STS, SALA CUARTA, 25-SETP-2001, Id Cendoj: 28079140012001100777, en el FJ. SEGUNDO. Resumidamente precisa que: “Ya señaló esta Sala [...] el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE impone, como este precepto expresa, la necesidad de respetar plenamente el derecho de todos los ciudadanos a defenderse en cualquier proceso judicial en que sean parte, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Es de todo punto preciso que tengan noticia de la existencia del litigio y de los distintos acontecimientos procesales que en él se van produciendo; de ahí “la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados”, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en sus SS 36/1987 de 25 marzo, y 110/1989 de 12 junio. Por ello ese mismo Tribunal ha precisado que con estos actos de comunicación se trata “de garantizar la defensa de las partes de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión...”

jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”.

En este marco, deberá tenerse en cuenta las normas que definen a los distintos obligados. Dentro de estos se encontrarán los “profesionales de la justicia”, definidos en Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET. En concreto, en su art. 2, letra b), considerando como tales: “b) Profesionales de la justicia: profesionales que actúan en el ámbito de la Administración de Justicia. En concreto, Abogados, Procuradores, Graduados Sociales, Cuerpo de Abogados del Estado, Letrados de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas y Letrados del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones públicas, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, así como los Colegios de Procuradores [...]. También tendrán la consideración de profesionales de la justicia a estos efectos los administradores concursales.”

Igualmente, el citado R.D. 1065/2015 contempla los distintos canales que pueden ser utilizados para la práctica de actos de comunicación, el apartado 3 del art. 11, exige que “todos estos medios deberán cumplir los requisitos de autenticidad, integridad, temporalidad y resguardo acreditativo en los procesos de envío y recepción”.

b. El emplazamiento al demandado

Por tanto, este vendría a ser el marco general que en el proceso social debería tenerse en cuenta. La cuestión más delicada puede que sea la forma en que se realice la primera comunicación. Ya sea una comunicación iniciadora, y por tanto, de los justiciables con la administración de justicia, o ya sea la primera invitación (emplazamiento) que se les efectúe para poder intervenir. En el primer caso, salvo los particulares personas físicas, deberá acudir a los tribunales por cauces electrónicos (aunque el art. 273 de la LEC, en el segundo párrafo del apartado 4 impone una obligación adicional, y señala que: “Únicamente de los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado o ejecutado, se deberá aportar en soporte papel, en los tres días siguientes, tantas copias literales cuantas sean las otras partes”)¹³.

.....

13 Dentro de este baile normativo, no se puede olvidar tampoco la nueva redacción que la ley 42/2015 dio al art. 135. 4 de la LEC: “Sin perjuicio de lo anterior, los escritos y documentos se presentarán en soporte papel cuando los interesados no estén obligados a utilizar los medios telemáticos y no hubieran optado por ello, cuando no sean susceptibles de conversión en formato electrónico y en los demás supuestos previstos en las leyes. Estos documentos, así como los instrumentos o efectos que se acompañen quedarán depositados y custodiados en el archivo, de

En el segundo caso, el emplazamiento plantea la problemática de si puede ser electrónico o no. En una primera hipótesis, se podría acudir al art. 166 de la LEC, que si bien sanciona con la nulidad la práctica de actos de comunicación con infracción de las normas procesales, prevé un supuesto de anulabilidad, ya que no obstante haberse infringido dichas normas “cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá esta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley.” Por lo que, sería indiferente que el emplazamiento se hubiese efectuado o no electrónicamente si el interesado lo acepta, aún no teniendo obligación legal, y no alega dicho vicio, y en los mismos términos la LRJS acoge dicho criterio cuando en su art. 61 señala que “serán nulos las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo. No obstante, si el interesado se hubiere dado por enterado o constara de forma suficiente su conocimiento procesal o extraprocesal de los elementos esenciales de la resolución, la diligencia surtirá efecto desde ese momento”.

Si esto es así, la pregunta podría ser ¿el emplazamiento en el proceso social puede ser electrónico aún tratándose de intervinientes obligados a relacionarse electrónicamente?

Una primera pista para responder a la cuestión planteada podría encontrarse en el citado art. 273, cuando impone la obligación de aportar en papel copias de escritos que den lugar a un primer emplazamiento. Pero, la propia LEC en el artículo 155.1 expresamente prevé que “1. Cuando las partes no actúen representadas por procurador o se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes”. La cuestión que se deriva, ampliando el interrogante, sería qué debe entenderse por remisión. Si está pensando en la clásica remisión postal, con acuse de recibo, o amplía los mecanismos remisorios. Es más, cualquiera que sea dicha solución, qué sentido tendría que el propio art. 155 obligue a acudir al art. 158 (entrega personal en la forma prevista en el art. 161). En resumen, ¿se podrá acudir a la Dirección Electrónica Habilitada para realizar el primer emplazamiento?¹⁴ (sobre todo en el proceso social, en el que el demandado es el empresario).



gestión o definitivo, de la oficina judicial, a disposición de las partes, asignándoseles un número de orden, y dejando constancia en el expediente judicial electrónico de su existencia. En caso de presentación de escritos y documentos en soporte papel, el funcionario designado para ello estampará en los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio el correspondiente sello en el que se hará constar la oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación”.

14 La Ley 39/2015, de 2 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha establecido la obligación de relacionarse de manera electrónica con la Administración en el art. 14.2 para determinados sujetos: a. Las personas jurídicas. b. Las entidades sin personalidad jurídica. c. Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles. d. Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

Como hemos visto, el llamado Decreto LexNET, en su artículo 11, señala que los actos de comunicación de las partes se realizarán, entre otros medios, “c) El Servicio Compartido de Gestión de Notificaciones Electrónicas y la Carpeta Ciudadana provistos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas siempre que los medios tecnológicos lo permitan”. Por tanto, cabría acudir a la DEH que allí conste para dicho emplazamiento. La propia LEC contempla la posibilidad de que el actor desconozca un domicilio o lugar de notificaciones del demandado, y solicite diligencias de averiguación¹⁵, y pudiendo el LAJ utilizar los medios oportunos, contemplándose en el art. 155.3 el domicilio que aparezca en un registro oficial, y por tanto, el llamado Servicio Compartido de Hacienda. Realizada esa averiguación procedería la remisión, pero la pregunta inicial sigue sin adecuada respuesta. No se responde concretamente a la posibilidad del primer emplazamiento a través de la DEH. La DEH viene a corresponderse con un “domicilio virtual”¹⁶, si bien en su generación el usuario habrá tenido que dar los datos de su identificación, entre los que se incluye el domicilio real (o a los menos otros domicilios legalmente reconocidos, como por ejemplo puede ser el domicilio fiscal). Está asociada a una persona y a sus datos.

Por tanto, vendría a ser como una especie de apartado postal electrónico, cuya eficacia ya está reconocida en amplios sectores del ordenamiento, además de la propia ley 39/2015¹⁷. Así que podría decirse que es un vehículo adecuado para intentar el emplazamiento en el proceso social.

No obstante, ya se ha señalado como el primer emplazamiento cumple una función fundamental en orden a la válida iniciación del proceso, y debe estar adornado de todas las garantías que permitan al destinatario intervenir en el procedimiento haciendo



15 Dispone el art. 156.1 de la LEC: “1. En los casos en que el demandante manifieste que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán por el Secretario judicial los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155”.

16 La ampliación de concepto de domicilio hacia el domicilio “virtual”, es tratada por el Notario D. Francisco Rosales, en un extenso trabajo reflexivo sobre su evolución y el entorno de las nuevas tecnologías, en <https://www.notariofranciscorosales.com/el-domicilio-virtual/>, aunque la evolución del concepto parece que está lejos de detenerse, y deberá ser continuamente revisado conforme evolucione el estado de la técnica. Si es de destacar que si llegase a identificarse con una IP, entonces nos encontraríamos ante un dato de carácter personal, que exige analizar las posibilidades de cesión y uso.

17 *En materia fiscal*: –Orden EHA/3552/2011, de 19 de diciembre, por la que se regulan los términos en los que los obligados tributarios pueden ejercitar la posibilidad de señalar días en los que la Agencia Estatal de Administración Tributaria no podrá poner notificaciones a su disposición en la dirección electrónica habilitada y por la que se modifica la Orden HAC/661/2003, de 24 de marzo, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo y se determinan el lugar, la forma y los plazos para su presentación. –Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. –Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por la que se establece el régimen del sistema de dirección electrónica habilitada previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre. *En materia de Seguridad Social*: –La Orden ESS/485/2013 de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social establece los supuestos y condiciones en que los sujetos responsables quedan automáticamente obligados a recibir por medios electrónicos las notificaciones y comunicaciones que les dirija la Administración de la Seguridad Social.

eficaz el derecho de defensa frente a la demanda contra él dirigida. Teniendo en cuenta dicha exigencia, la Sala de lo Social del TSJ CLM, en sentencia de 9 de febrero de 2018¹⁸, analizando la actual regulación procesal, señala que “la primera comunicación de la que depende la personación de la parte se realice en su domicilio, no constituye una previsión extravagante o desproporcionada. Por el contrario, incorpora garantías elementales para la válida constitución de la relación jurídico procesal, considerando la propia naturaleza y peculiaridades derivadas de las comunicaciones telemáticas, que implican la posibilidad de que no se activen, se activen y no se atiendan, o se atiendan por personas no vinculadas directamente con la vida orgánica de la persona jurídica, que puede no haber tomado conciencia del potencial alcance y sentido, de tal tipo de comunicaciones”, (F.D. SEGUNDO, Letra D, pf. 4º), y estima el recurso planteado, anulando la sentencia dictada por haberse efectuado el emplazamiento a través de la DEH, sin que el demandado hubiese podido llegar a abrir la comunicación recibida al haberle caducado el envío. Por ello en el F.D. SEGUNDO, letra E) advierte que: “1.- La obligación de comunicación telemática, no altera ni incide en los conceptos generales en la materia. En consecuencia, no puede confundirse el domicilio, como lugar de residencia o de desarrollo de actividades, con vocación de permanencia, tal como se regula en los diversos ámbitos civil, mercantil, laboral o administrativo del ordenamiento, con la dirección electrónica, ya sea la que conforma la DEH, o cualquier otra. Como tampoco puede confundirse la obligación de las personas jurídicas derivada de la ley de utilizar medios telemáticos, con el momento a partir del cual tal obligación se activa, previo cumplimiento de las prevenciones inexcusables en la materia”, y tratándose de la comunicación que el órgano judicial ha de hacer al interesado, “deberá realizarse necesariamente en su domicilio, por los medios generales establecidos en la LRJS” si se trata de la primera comunicación, y de ella depende su personación¹⁹.

.....

18 Parte del supuesto de la comunicación a una mercantil en la DEH que obraba, cuando después resultó que se produjo su transformación, cambiando de denominación y forma social, por lo que la DEH ya no era la propia. Advierte que también pueden plantearse otros casos, como los de cese de actividad tácita, o incluso alcanzar la liquidación llegando a producir el cierre en registros de S.Social, o de Hacienda, perviviendo una DEH que se va a mantener no obstante la extinción de la sociedad. Sala de lo Social TSJ CLM, sentencia de 9 de febrero de 2018, ponente Ilma. Sra. D^a. LUISA MARÍA GÓMEZ GARRIDO, REC 1625/2017, Id Cendoj: 02003340022018100032.

19 En sentido contrario, en el orden civil, la jurisprudencia ya contiene pronunciamientos sobre la validez del emplazamiento en la DEH. Así la Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, Sección 3^a, de 28/11/2017 (Núm. de recurso 357/2017, Id Cendoj: 07040370032017100360), en el FJ SEGUNDO *in fine* señala que “la admisión de la demanda y el emplazamiento a través de la sede electrónica, en la que consta recibida el día 4 de abril de 2017, por lo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes transcrito, transcurridos tres días sin que el destinatario haya tenido, se tiene por realizada la comunicación. Se ha cumplido el procedimiento establecido por la Ley, sin que deba admitirse la alegación de indefensión por una entidad que tiene el deber de comunicación con la Administración de Justicia por canales electrónicos, lo que exige una diligencia en su actuación para favorecer su recepción. Las copias aportadas no restan valor al detalle de la notificación que consta en el expediente electrónico en el que hay una constancia clara de la recepción del emplazamiento en fecha 4 de abril de 2017. El motivo debe ser desestimado” (también en este sentido Sent. Audiencia Provincial Palma de Mallorca –Sección: 5– Fecha: 23/01/2018 N^o de Recurso: 517/2017, aunque declaró la nulidad por que la DEH asignada a la persona jurídica era defectuosa).

c. La caducidad del envío

Otro de los problemas subyacentes es el contenido del acto electrónicamente comunicado, si se produce la caducidad del envío. Si lo que se está realizando es un acto de comunicación, cabría plantearse la necesidad de que si transcurrido un plazo legal para que el destinatario tenga acceso al mismo sin haberlo tenido, se produzca el cierre al contenido del acto. Es decir, en la mecánica de las comunicaciones tradicionales por correo con acuse de recibo, cuando menos podría seguirse la “pista” para llegar al órgano emisor y procedimiento de referencia. Ello podría suponer en ocasiones la pérdida de oportunidades procesales, pero también permitía acceder a los autos, incluso personarse y tener a partir de entonces todas las posibilidades y oportunidades procesales no precluidas.

La cuestión se plantea cuando utilizada la DEH, si no se accede a ella el sistema lleva a que, transcurrido un plazo²⁰, ya no se pueda acceder al contenido de la comunicación, ni a identificar el origen. Eso sí, constará en autos (digitalmente) que fue enviada, fue recibida, y no fue aperturada. A los fines del procedimiento, bastaba que se dijese que “no fue aperturada en plazo”, para dar por efectuada la comunicación, pero la era digital debe permitir acceder a un contenido incluso después de transcurrido dicho plazo, sin perjuicio de haberse producido pérdidas de oportunidades procesales²¹.

V. LA CONCILIACIÓN DIGITAL

A sí las cosas, uno de los aspectos/acontecimientos procesales a los que viene a afectar la digitalización del proceso es al acto de conciliación intraprocesal, tanto en lo referente al momento de su celebración como a su documentación, sobre todo cuando se haya alcanzado una avenencia entre las partes, o también para aprovechar dicha comparecencia a fines diferentes de los de poner fin al procedimiento, como puede ser la suspensión del procedimiento (por mutuo acuerdo o por concurrir causa justificada), unido ello a la circunstancia de su celebración dentro del diseño de la NOJ.

.....

20 Sala Cuarta del Tribunal Supremo (entre otros en los Autos de 29 de noviembre de 2016, Rec. 82/16 y 14 de junio de 2017, Rec. 14/17) ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el cómputo de los plazos cuando el sistema de notificación es LexNET diciendo que cuando haya constancia de la correcta remisión del acto de comunicación y transcurran tres días hábiles sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada con plenos efectos procesales. En este caso los plazos para desarrollar actuaciones impugnatorias comenzarán a computarse desde el día siguiente al tercero, todos ellos hábiles.

21 El apartado 2, in fine, del art. 34 de la ley 18/2011, expresamente prevé que “en todo caso, el destinatario del acto de comunicación tendrá derecho a obtener copia de la documentación recibida en formato electrónico”.

La LRJS en su artículo 82 prevé en el apartado 1: “De ser admitida la demanda, una vez verificada la concurrencia de los requisitos exigidos, en la misma resolución de admisión a trámite el secretario judicial señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio, debiendo mediar un mínimo de diez días...”. El momento procesal de la conciliación es anterior a la celebración del juicio inmediato seguido. Hay unidad de acto procesal convocando a las partes para ambos, la ley exige que sea “sucesivamente” pero en el ámbito de la organización material, el ámbito de los recursos y medios para esa celebración, con la reforma de 2009 y la atribución al Letrado de la Administración de Justicia la competencia para la conciliación intraprocesal, se exige cuando menos una redefinición de espacios. Es decir, “sucesivamente” no puede entenderse que se comparta una misma sala de vistas, en la que una vez comparecidas las partes, primero el LAJ dirija el acto, se documente, y se finalice con el resultado de avenencia, sin avenencia o sin efecto, para que concluido, abandone la sala de vistas y sucesivamente haga su aparición el Juez de lo Social, procediéndose a iniciar el juicio con su respectiva digitalización (documentación). Físicamente los espacios destinados a la celebración de los actos de conciliación y juicio deberán estar diferenciados. Es un criterio de eficacia y buena práctica, además de lógico, y así también debe entenderse la previsión del apartado 2 del citado artículo al señalar: “2. La celebración de los actos de conciliación y juicio, el primero ante el secretario judicial y el segundo ante el juez o Magistrado, tendrá lugar en única convocatoria pero en sucesivos actos”. El problema vendrá, como veremos, en la forma de documentación y su reflejo en el EJE.

Sentado el criterio cronológico y físico, hay que tener en cuenta que tras la reforma de la NOJ, los señalamientos de vistas en la “agenda programada” es una actividad propia del LAJ, pero conforme a los criterios del Órgano Jurisdiccional. Así se prevé con carácter general en la LEC, artículo 182, disponiendo el apartado 2 del mismo que “2. Los titulares de órganos jurisdiccionales unipersonales y los Presidentes de Sala o Sección en los Tribunales colegiados fijarán los criterios generales y darán las concretas y específicas instrucciones con arreglo a los cuales se realizará el señalamiento de las vistas o trámites equivalentes.”, falta dicha previsión para cuando se trate de vistas ante el LAJ, quizás sea porque la ley esté pensando que el propio LAJ puede tener la previsión de acomodar su actividad a la del Órgano, pero en el diseño de la NOJ al venir diferenciado el Servicio que realiza el señalamiento y cita (Servicio Común de Ordenación Procesal) del LAJ que va a celebrar dicha vista (LAJ de la UPAD social correspondiente) puedan surgir disfunciones. Baste pensar que una conciliación pueda desarrollarse con lentitud, o surgir temas que las partes traten de purgar para allanar el camino hacia un acuerdo..., en definitiva, prolongarse el acto más allá de lo previsible, para terminar sin avenencia, debiendo pasar después (“sucesivamente”) a juicio, habiéndose superado la hora de señalamiento, permaneciendo

el Juez de lo Social expectante e inactivo hasta que finalice aquella frustrada conciliación.

La anterior circunstancia debería tenerse en cuenta en una próxima reforma, como seguidamente abordaremos.

Siguiendo con lo anterior, la digitalización obliga a tener diferenciados los acontecimientos procesales. ¿Tratándose la conciliación de una comparecencia su documentación cómo deberá realizarse?. Si la comparecencia se documenta informáticamente, generando la oportuna acta, se hace necesaria su impresión para que los intervinientes firmen la misma. Se ha generado un documento informático que si deviniese como definitivo carecería de las referidas firmas, por lo que deberá procederse a su escaneo e integración posterior dentro del expediente digital, al menos hasta que existan medios de firma electrónica que permitan la no impresión, como habitualmente se observa su existencia en amplios sectores de la actividad económica (facturación, supermercados, reparto postal, ... etc). Ahora bien, no se impide por la ley que dicha comparecencia se documente por medio de grabación audiovisual. Es decir, de la misma manera que se va a documentar el juicio.

Con carácter general la LEC en su art. 147 dispone el desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, si no fuere posible, solo del sonido, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de esta ley. Y el citado artículo 147 señala, incluyendo la actividad ante el LAJ que “Las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los secretarios judiciales, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y no podrán transcribirse”. Es decir, está pensando que una comparecencia de conciliación y un acto de juicio deben ser objeto de grabación audiovisual, con interdicción de la transcripción, con las excepciones que por motivos tecnológicos contempla el citado precepto. Esta previsión legal desconoce la herramienta informática que ha de permitir la grabación, y quizás su funcionamiento, ya que si se observa la misma (denominada en el entorno de gestión procesal como aplicación “FIDELIUS”), los actos/comparecencias/juicios vienen identificados por los descriptores que se corresponden con la clase de procedimiento y su número, por lo que si celebrada y grabada la conciliación se cierra el acto, no puede ser objeto de registro otra comparecencia, se hace necesario “reabrir” la que ya conste, pero la que consta es una comparecencia ante el LAJ, por lo que el juicio ante el Juez de lo Social sería un añadido a un acto anterior y distinto (lo que no ocurre si se hubiese tratado de una suspensión de juicio, para después volver a celebrarlo). Por tanto, la digitalización de dos actos orales, en un mismo procedimiento, ante órganos distintos ofrece graves problemas técnicos, más allá de los que deban poder resolver el personal que los utiliza.

Es más, tratándose de un acto oral, la conciliación intraprocesal en el caso de llegar a

ser fructífera, tiene vocación de título de ejecución. El art. 84 de la LRJS señala “La conciliación y la resolución aprobatoria, oral o escrita, se documentarán en la propia acta de comparecencia”, literalmente permite que dicho título sea un título oral, documentado en esa grabación. Hay que tener en cuenta que la aprobación de la conciliación por el LAJ reviste la forma de decreto, y que dicho decreto se convierte en título de ejecución (para el caso de incumplimiento total o parcial o incumplimiento defectuoso del acuerdo conciliatorio), conforme previene de forma general el art. 517.3 de la LEC, señalando como títulos ejecutivos “Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones” y de forma específica la LRJS en su art. 68 1. al disponer que “lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de esta Ley.”

Tratándose de documentación, y digitalización, está claro que un soporte de grabación audio visual no puede servir de título, formalmente hablando, para una eventual ejecución. Del mismo modo, la conciliación y el decreto que la apruebe pueden tener una trascendencia ultraprocesal. Pueden servir (o ser exigidos) en ámbitos diferentes a los del proceso, como por ejemplo ante el Servicio Público de Empleo Estatal, a los fines de una prestación por desempleo como consecuencia de una extinción de la relación laboral avenida entre las partes, o para prestaciones que puedan ser de cargo del FOGASA, o para acreditar datos laborales, o fiscales, incluso personales en un procedimiento o trámite administrativo, etc.

En relación con la cuestión precedente, puede traerse a colación el contenido de los artículos 50 y 51 de la LRJS. Expresamente prevén que tanto las sentencias, como los autos puedan dictarse “verbalmente” al terminar el juicio o una comparecencia. Surge con ello el referido problema de la documentación, dado que si la vista se celebra en los términos que para la documentación prevé el art. 82 de la LRJS, resultaría poco práctico el soporte de grabación.

El citado precepto, en su punto 2 establece que siempre “que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del secretario judicial”. Todo ello en consonancia con el art 135 de la LEC. No obstante, deberá procederse a la redacción del auto (al igual que debe hacerse con las sentencias pronunciadas *in voce*), ya que en otro caso se producirían dificultades de inteligencia y cumplimiento. Además, así lo prevé

la LEC, supletoriamente considerada, cuando dispone en su art. 210. 1. que “salvo que la Ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el Tribunal o Secretario judicial se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose este con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones”.

En cuanto a la forma de documentación de dichas resoluciones (no documentación del acto de la vista sino de la resolución en sí), el art. 212.1 de la LEC dispone que “las sentencias y demás resoluciones definitivas, una vez extendidas y firmadas por quienes las hubieran dictado, serán publicadas y depositadas en la Oficina judicial, ordenándose por el Secretario judicial su notificación y archivo, dándoseles publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las Leyes” es decir, han de ser transcritas, y ello permitirá además cumplir con la obligación prevista en el art. 213 de la LEC, cuando establece que “en cada tribunal se llevará, bajo la custodia del Secretario Judicial, un libro de sentencias, en el que se incluirán firmadas todas las definitivas, autos de igual carácter, así como los votos particulares que se hubieren formulado, que serán ordenados correlativamente según su fecha”. En definitiva, deberá constar el expediente digital una resolución final, que será el decreto numero, y firmado digitalmente, del LAJ.

VI. APORTACIÓN / PRUEBA DOCUMENTAL (DIGITALIZADA)

Uno de los aspectos que quizás más dificultades puede tener en la práctica forense sea el de la aportación de documentos en el proceso social en el entorno del EJE. Aportación entendida en sentido amplio, tanto cuando con la demanda se deban acompañar los mismos (en casos expresamente previstos por la LRJS, sin existir una norma general), como cuando se trate de prueba documental, ya anticipadamente al juicio o ya en el mismo acto del juicio, incluso de forma espontánea, durante la fase declarativa y antes del juicio, no existe norma que prohíba que se puedan aportar documentos al proceso.

En el entorno del EJE, la ley 18/2011 en su art. 38 puede decirse que sienta el principio de la digitalización total. Únicamente prevé una excepción, en su apartado 2, letra d) “No se admitirá la aportación en otra forma, salvo en el supuesto de que, por las singularidades características del documento, el sistema no permita su incorporación como anexo para su envío por vía telemática”, indicando la necesidad de que quede reflejo digital de haber sido aportados en papel, y señalando en la letra e) que “en los casos en que se deban aportar al procedimiento medios o instrumentos de prueba que por su propia naturaleza

no sean susceptibles de digitalización, serán depositados y custodiados por quien corresponda en el archivo de gestión o definitivo de la oficina judicial, dejando constancia en el expediente judicial electrónico de su existencia”²²

No obstante aquel principio, en el proceso laboral rige el inmemorial principio de oralidad, y concentración. No quiere ello decir que no existan documentos, sino que su aportación natural al proceso será, como medio probatorio, en el momento del juicio, proponiéndose en forma y, en su caso, admitiéndose. La propia LRJS en su artículo 87.1, con carácter general (y por tanto también respecto de la prueba documental), una vez contestada la demanda, y resueltas las excepciones que se hubiesen planteado, prevé que “se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, siempre que aquéllas sean útiles y directamente pertinentes a lo que sea el objeto del juicio y a las alegaciones o motivos de oposición previamente formulados por las partes en el trámite de ratificación o de contestación de la demanda” y el art. 90.1 LRJS con carácter general señala que “Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba,…” sin exigir, tratándose de la documental, que sea debidamente digitalizada. Lo mismo cabría afirmar ante la posibilidad de que, anticipadamente al señalamiento, cualquier de las partes utilizase la facultad de instar una aportación anticipada, conforme al art. 90.3 LRJS al disponer que “podrán asimismo solicitar, al menos con cinco días de antelación a la fecha del juicio, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en el mismo, requieran diligencias de citación o requerimiento”, es decir, por ejemplo, que se requiera al demandado de la aportación del documento X. (aportación que debe hacerse en el acto del juicio, como momento procesal previsto para la proposición y admisión)

Además de la aportación en el momento del juicio, la LRJS prevé supuestos de anti-

.....

22 El propio art. 38, señala que en casos de imposibilidad de aportación digital, la parte tiene la carga de aportar el “papel” en el plazo de los 3 días siguientes. En relación con dicha carga la A. Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3), en Auto de 19/12/2017 (núm. Recurso 192/2017, Id Cendoj: 38038370032017200136) destaca las muchas dificultades que puede implicar en RJ. SEGUNDO, y cómo debería computarse dicho plazo, ya que “tampoco puede exigirse a la parte que presenta en forma telemática una demanda o un escrito inicial ..., que en el plazo de tres días siguientes a la presentación del mismo aporte las copias en soporte papel, puesto que puede ocurrir que en ese plazo ni siquiera se haya repartido el asunto, e ignore la parte a qué Juzgado ha correspondido, ... que... no se haya registrado en el Juzgado de destino, ... A fin de que la parte pueda efectivamente cumplir con los requerimientos que el precepto recoge, el Juzgado de destino, mediante diligencia de ordenación del Letrado de la Administración de Justicia, tras registrar el asunto y darle número al expediente, debe poner en conocimiento de la parte presentante dichos datos, y acordar de conformidad con lo que previene el artículo 273.4 De esta forma, el dies a quo del cómputo del plazo legal previsto en el precepto, ha de ser el de la notificación a la parte demandante de la resolución que forma autos y le comunica el requisito legal y plazo para cumplimentarlo, ... Si no fuera así el soporte papel aportado iría desconectado de cualquier número de referencia de expediente, e incluso, de Juzgado que lo tramita, y se almacenaría en los decanatos provocando un caos”

cipación. El artículo 78 de la misma, con gran generalidad, contempla tanto el caso de aseguramiento de la prueba como su práctica anticipadamente, destacando la circunstancia de que su realización no pueda realizarse en el momento del juicio, como que pueda presentar graves dificultades en dicho momento. Por tanto, cabría que se tratase de la prueba documental y por ello la LEC (supletoria en esta materia de forma específica) en el art. 296.1 dispone que “1. Los documentos y demás piezas de convicción en que consistan las pruebas anticipadas o que se obtengan como consecuencia de su práctica, así como los materiales que puedan reflejar fielmente las actuaciones probatorias realizadas y sus resultados, quedarán bajo la custodia del Secretario del tribunal que hubiere acordado la prueba hasta que se interponga la demanda, a la que se unirán, o hasta que llegue el momento procesal de conocerlos y valorarlos”. En ultimo termino, estamos ante un “incidente” probatorio, por lo que su tramitación y su resultado ya deberán estar acomodados al EJE, integrados en la tramitación del futuro proceso (o el que ya está iniciado), lo que no afectaría en principio al normal desarrollo del juicio en el entorno digital (en ultimo término, la propia LEC en el art. 295.4 permite que la prueba pueda realizarse de nuevo en su momento procesal, si ello fuera posible)

Por tanto, los hasta ahora citados preceptos de la LRJS (arts. 87.1; 90.1; 90.5; y 78) vienen a dar una solución digital a las exigencias del art. 38 de la ley 18/2011. No obstante, la solución podría encontrarse en el art. 82.4 de la LRJS cuando dispone que “De oficio o a petición de parte, podrá requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba.” En una primera lectura, parece permitir que se acuerde la digitalización de la prueba documental, incluso de oficio (lo que exige casi una apreciación intuitiva por parte del juzgador), aunque lo limita a los supuestos de conveniencia por “volumen o complejidad” (lo que exige, al menos, se argumente sobre dichos extremos, excluyendo la “simple” documental). No obstante, es consolidada jurisprudencia²³ que dicho precepto ni siquiera tiene carácter preclusivo, pudiendo la parte requerida realizar su aportación en el momento procesal oportuno, por lo que en dicho momento (acto del juicio) nacería la dificultad de la aplicación del citado art. 38 de la ley 38/2011. Así la STS, Sala 4^a²⁴, en el FJ SEPTIMO

.....

23 Véase en ese sentido GALLO LLANOS, Ramón PONENCIA 23 DE JUNIO DE 2016. “Determinados aspectos de la prueba en procesos sociales colectivos examinados desde la perspectiva de recientes resoluciones del TS.”, el apartado E. PRÁCTICA DE LA PRUEBA: LA ¿NECESARIA? ANTICIPACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL., Jornadas sobre despido colectivo, Mesa de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la fundación SIMA 2016 (<http://fsima.es/wp-content/uploads/Jornada-Mesa-de-lo-Social-AN-SIMA-23-6-16-Ponencia-Ramon-Gallo.pdf>)

24 STS 5661/2014 – Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección: 1 de 02/12/2014 N° de Recurso: 97/2013 Ponente: FERNANDO SALINAS MOLINA (Cendoj: 28079140012014100801)

punto 3 entiende que “no existen diferencias esenciales entre los arts. 82.4 y 124.10 LRJS que justifiquen legalmente una interpretación tan radicalmente distinta de los preceptos comparados como lo efectúa la Sala de instancia, sin que, por tanto, el posible incumplimiento del requerimiento judicial de aportación anticipada de prueba documental o pericial voluminosa o compleja pueda, en ninguno de los casos, comportar la preclusión de la aportación de tales pruebas en el acto del juicio conforme a las principios generales del proceso social anteriormente expuestos”

Todo lo anterior lleva a la conclusión de la extraordinaria dificultad que plantea la práctica de la prueba documental digitalizada en el proceso social. Ya que incluso para su proposición previamente deberá haber sido integrada en el expediente judicial electrónico, lo que es incompatible con la propia dinámica del juicio oral, salvo que se contemple el impacto temporal que ello conllevaría en el desarrollo ordinario de la actividad de los tribunales, así como el impacto tecnológico (incluso de personal cualificado) que es preciso. De LAMO RUBIO²⁵, después de describir someramente, precisando incluso los minutos que podría conllevar tener preparado un juicio digital, concluye que por ahora (sin perjuicio de la posibilidad de suspensión y nuevo señalamiento) “las soluciones... de lege data pasan por permitir a las partes que aporten las documentales en formato papel, y así sean trasladadas al resto de partes y admitidas dichas pruebas; y, una vez celebrado el juicio, los funcionarios correspondientes las escanean e incorporan al EJE” advirtiendo la necesidad de una reforma del proceso social (a la nos referiremos al final) a partir de las novedades digitales que la ley 42/2015 introdujo en la LEC en la tramitación del juicio verbal civil, lo que vendría a ser casi el adiós a ese proceso social singular que ha sobrevivido hasta ahora, y que la globalización digital parece llamar a su desaparición.

Estas mismas dificultades son vistas y pormenorizadas por GIMENO LAHOZ²⁶, analizando las distintas vicisitudes por las que puede pasar el expediente administrativo dentro de los procesos de Seguridad Social (que podríamos decir que alcanzan una tercera parte del total de los procesos en primera instancia), para poner el acento en la función jurisdiccional, en el papel del juez que habrá de resolver, y así entiende que “se puede afirmar, sin temor a equivocarnos, que la digitalización puede llegar a ser una mejora en la “labor de tramitar”, pero no en la “labor de juzgar”. Así como en la “labor de tramitar” se pueden ver bondades en la digitalización del expediente, como puede ser el ahorro de espacio físico o la remisión de documentación a las partes de forma más rápida..., no hay ni una sola valoración que afirme que la digitalización del expediente

.....

25 De LAMO RUBIO, Jaime “La prueba documental en el proceso social digital y la necesidad de un nuevo modelo de procedimiento social”, Diario LA LEY, nº 9131, de 2 de febrero 2018, pág. 5/11

26 GIMENO LAHOZ, Ramón, “cuestiones conflictivas en el proceso de seguridad social: el expediente” pág. 16 <http://www.elaboralista.com/media/docs/2018-03-02-ponencia-gimeno-lahoz.pdf>

mejora la “labor de juzgar”. Ya en nuestro caso, la “labor de tramitar” los expedientes que tiene la Administración de Seguridad Social, igual que la “labor de tramitar” los procedimientos que tienen los Juzgados, debe ser objeto de revisión por los Jueces, para detectar los errores alegados y no alegados, dado que en nuestro orden jurisdiccional no rige el principio rogativo, sino el principio “da mihi factum, dabo tibi ius”. Difícilmente se va a poder detectar los errores en la “labor de tramitar” de la Administración, si se actúa de igual modo.”

VII. EPÍLOGO

Para finalizar, debería abrirse un periodo de reflexión legislativa, y junto con la transversalidad que proyecta el régimen jurídico de la digitalización de los procedimientos judiciales, terminar con una reforma procesal social que hiciese efectiva la misma. Siguiendo en algunos aspectos las propuestas de De LAMO RUBIO, deberían contemplarse las soluciones que para el juicio verbal supuso la reforma de 2015, tanto en la exigencia de que la parte actora aporte con su demanda los documentos procesales y de fondo en que funde su pretensión (amén de los documentos que para determinadas modalidades procesales se puedan exigir), que necesariamente habrá de ser en formato digital, como lo contempla el art. 38, y que se introduzca un trámite de contestación por escrito, con la misma carga procesal, conforme prevé el art. 438 de la LEC, en relación con los artículos 265 y ss. de la misma; del mismo modo, la Fe Pública Judicial debería ser redefinida, en especial en su aspecto de la custodia documental, quizás ampliando la titularidad subjetiva a personal técnico auxiliar del Letrado de la Administración de Justicia o de los Servicios Comunes correspondientes; también, concretar las garantías del emplazamiento inicial, generalizando la obligación jurídica de las personas jurídicas y demás entes dotados de D.E.H. de atender la recepción de actos de comunicación en ese nuevo “domicilio digital”, y posibilitar el acceso al contenido de los actos de comunicación incluso después de haber transcurrido el plazo legalmente previsto. No obstante todo ello, quizás sea necesario un nuevo régimen transitorio durante el cual se hayan contemplado todos los impactos (tecnológicos, organizativos, de formación...) que la nueva cultura digital viene exigiendo.

BIBLIOGRAFIA

–ENRIQUE DANS, “Adiós al papel...” 14 de mayo de 2016 <https://www.enriquedans.com/2016/05/adios-al-papel.html>.

–GARCÍA TORRES, María Luisa, *Revista Internacional de estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 2011 (www.riedpa.com) “La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, según ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. Especial referencia al proceso civil”.

–CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Francisco Javier, “El expediente judicial electrónico y los letrados de la administración de justicia: la imposible custodia de lo intangible”, pág. 4 *Diario LA LEY*, nº 9078, 10 de noviembre de 2017.

–ROSALES, Francisco, “El domicilio virtual”, <https://www.notariofranciscorosales.com/el-domicilio-virtual/>.

–GUDÍN RODRÍGUEZ–MAGARIÑOS, Antonio Evaristo, “La documentación del proceso en la nueva era digital”. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 44, 2018.

–CREMADES LÓPEZ de TERUEL, Fernando Javier. “El expediente Judicial Electrónico y los letrados de la administración de justicia: la imposible custodia de lo intangible”, *Diario LA LEY*, núm. 9078, de 10 de noviembre de 2017.

–GALLO LLANOS, Ramón, PONENCIA 23 DE JUNIO DE 2016. “Determinados aspectos de la prueba en procesos sociales colectivos examinados desde la perspectiva de recientes resoluciones del TS.”, el apartado E. PRÁCTICA DE LA PRUEBA: LA ¿NECESARIA? ANTICIPACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL., Jornadas sobre despido colectivo, Mesa de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la fundación SIMA 2016 (<http://fsima.es/wp-content/uploads/Jornada-Mesa-de-lo-Social-AN-SIMA-23-6-16-Ponencia-Ramon-Gallo.pdf>).

–De LAMO RUBIO, Jaime, “La prueba documental en el proceso social digital y la necesidad de un nuevo modelo de procedimiento social”, *Diario LA LEY*, nº 9131, de 2 de febrero 2018.

–GIMENO LAHOZ, Ramón, “Cuestiones conflictivas en el proceso de seguridad social: el expediente” <http://www.elaboralista.com/media/docs/2018-03-02-ponencia-gimeno-lahoz.pdf>.

JOAQUÍN TORRÓ ENGUIX

Letrado de la Administración de Justicia

joaquin.torro@um.es

**INSTRUCCIONES PARA LA
PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox. y 2 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco). Las tribunas, escritas en Times New Roman 12, serán de 5 folios a espacio 1,5.

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La Revista Derecho Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derecho Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista electrónica

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben **señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes** de cada epígrafe de su trabajo

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101–124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 20 to 25 pages aprox. Books reviews maximum length should be 2 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. These external referees are the basis for decisions on publication or not. The decision is in any case the Editorial Board of the journal and the management team of the journal. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**revista@centrosagardoy.com**). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works. :** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501–505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression cit.. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, cit.).