

## **“El legado jurisprudencial del Magistrado Manuel Ramón Alarcón”**

Fernando Salinas Molina

Magistrado del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)

### Sumario:

#### I.- INTRODUCCIÓN

#### II.- LEGADO BÁSICO EN TEMAS LABORALES.

II.1.- Ampliación, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS y con fundamento en la LPRL, de la competencia del orden jurisdiccional social extendiéndola en materia de prevención de riesgos laborales a los trabajadores autónomos: ATS/SECC 28-septiembre-2011 (conflicto nº 37/2011).

II.2.- Administraciones públicas empleadoras y condiciones más beneficiosas: si concurren los presupuestos para su adquisición son plenamente válidas pese a la naturaleza pública del empleador e incluso de contrariarse las restricciones genéricas: SSTS/IV 25-junio-2014 (rcud 1885/2013) y 25-junio-2014 (rcud 1994/2012).

II.3.- Los rasgos definitorios del contrato de trabajo: la ajenidad y la dependencia (art. 1 ET).- La dependencia como un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia- sino al empresario).- La diversas manifestaciones de la ajenidad: ajenidad en el mercado, ajenidad en los medios de producción, dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional, ajenidad en los frutos (resultados del trabajo) y en la utilidad patrimonial y ajenidad en los riesgos.

II.3.1.- STS/IV 6-octubre-2010 (rcud 2100/2009).

II.3.2.- SSTS/IV 21-julio-2011 (rcud 2883/2010) y 22-diciembre-2011 (rcud 3796/2010).

II.3.3.- STS/IV 17-mayo-2012 (rcud 871/2011).

II.3.4.- STS/IV 19-febrero-2014 (rcud 3205/2012).

II.3.5.- STS/IV 11-febrero-2015 (rcud 2353/2013).

II.4.- Compensación o absorción: la necesaria homogeneidad de las partidas salariales objeto de compensación o absorción: STS/IV 26-noviembre-2014 (rcud 1982/2013).

II.5.- El rechazo a la reiterada jurisprudencia que posibilitaba que formalmente a través de los denominados trabajos temporales de colaboración social las Administraciones públicas contrataran trabajadores que realmente efectuaban servicios que correspondían a las actividades normales y permanentes de dichas Administraciones: STS/IV 27-diciembre-2013 (rcud 217/2012, Pleno).

II.6.- No hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna.- No es posible pactar en un contrato de alto directivo que en caso de desistimiento por parte del empleador el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna: STS/IV 22-abril-2014 (rcud 1197/2013).

### III.- LEGADO BÁSICO EN MATERIA COLECTIVA.

III.1.- Ampliación del crédito horario de los delegados sindicales tomando como referencia el conjunto de trabajadores de la empresa y no el de cada centro de trabajo, cuando ha sido el ámbito de empresa el tomado en consideración para la elección de los delegados sindicales: STS/IV 18-julio-2014 (rco 91/2013).

III.2.- Rigurosidad en la interpretación de la exigencia de negociación de buena fe en los despidos colectivos, con la derivada declaración de nulidad del despido en casos de incumplimiento: SSTS/IV 11-abril-2014 (rco 170/2013) y 21-mayo-2014 (rco 162/2013).

IV.- LEGADO BÁSICO EN CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL: especial referencia a la STS/IV 28-octubre-2014 (rcud 1600/2013).

### V.- LEGADO BÁSICO EN TEMAS PROCESALES.

V.1.- Interpretación extensiva de la competencia del orden social en materia de libertad sindical aunque la cuestión afecte directamente a un delegado sindical que ostente la condición de funcionario público, y no de trabajador por cuenta ajena, pues quien padece la falta de reconocimiento del delegado sindical no son los concretos empleados públicos, sean funcionarios o laborales –pues unos y otros existen en la empresa- sino el propio Sindicato como tal: STS/IV 8-julio-2014 (rco 282/2013).

V.2.- El derecho de los representantes sindicales a recibir información de la empresa en las mismas condiciones que los representantes de los trabajadores forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, por lo que si se impugna su vulneración es adecuada la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas que, en el orden social, constituye el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona: STS/IV 8-julio-2014 (rco 282/2013).

V.3.- La flexibilización de la doctrina que exigía que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial: STS/IV 27-marzo-2015 (error judicial nº 3/2014).

## I.- INTRODUCCIÓN.

La aportación que el magistrado Manuel Ramón Alarcón Caracuel efectuó a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en un momento de profundas reformas normativas que estaban poniendo en cuestión la esencia misma del Derecho Social en todas sus manifestaciones ha sido de enorme trascendencia.

Debe partirse de que desde el primer día en que accedió a la Carrera Judicial por el turno de juristas de prestigio y a la Sala IV asumió la vocación judicial con el deseo de impartir Justicia a través de la tutela judicial efectiva con la plena aplicación de los derechos y libertades constitucionales, en especial el de igualdad, tan maltratado en muchas relaciones sociales, teniendo además, como norte, los principios constitucionales como el de defender la existencia de *“un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”* y asumiendo la obligación constitucional que corresponde a todos los poderes públicos, incluido el judicial, de *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”*.

Su legado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se pudo limitar al estudio de las sentencias o autos de las que ha sido ponente, tanto en la Sala Social como en las Salas Especiales del Tribunal Supremo (como en la del Art. 61 LOPJ o en las Salas Especiales de Conflictos de competencia ex art. 42 LOPJ), defendiendo en tal caso, la tesis que consideraba más justas en interpretación de la normativa constitucional y ordinaria vigentes.

Su legado se trasluce también en los votos particulares que redactó o a los que compartiéndolos se adhirió; pero también en las minuciosas (se estudiaba con detalle todas las ponencias ajenas) y razonadas, incluso enérgicas, deliberaciones en las que intervenía, logrando, la mayoría de las ocasiones, la mejora de la ponencia final.

El poder discutir los temas jurídicos que se planteaban ante la Sala con un Maestro como Manuel Ramón nos ha hecho reflexionar sobre muchas cuestiones y perfeccionar nuestras decisiones; siendo insustituible el papel que ha desempeñado.

Intentaré destacar partiendo de sus ideas básicas como se han ido reflejando las mismas en las resoluciones que Manuel Ramón dictó como Ponente en temas laborales, colectivos, de seguridad social y procesales.

Entre los primeros, los **laborales**, haré referencia a aquéllas que han sentado doctrina sobre: **a)** La ampliación, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS y con fundamento en la LPRL, de la competencia del orden jurisdiccional social extendiéndola en materia de prevención de riesgos laborales a los trabajadores autónomos; **b)** La problemática de las Administraciones públicas empleadoras y condiciones más beneficiosas, estableciéndose que si concurren los presupuestos para su

adquisición son plenamente válidas pese a la naturaleza pública del empleador e incluso de contrariarse las restricciones genéricas; **c)** La tesis básica sobre los rasgos definitorios del contrato de trabajo: la ajenidad y la dependencia, de la dependencia como un aspecto más de la ajenidad y las diversas manifestaciones de la ajenidad (ajenidad en el mercado, ajenidad en los medios de producción, dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional, ajenidad en los frutos-resultados del trabajo y en la utilidad patrimonial y ajenidad en los riesgos) y su reflejo en diversos y trascendentes supuestos; **d)** Los requisitos de la compensación o absorción y la necesaria homogeneidad de las partidas salariales objeto de compensación o absorción; **e)** El rechazo a la reiterada jurisprudencia que posibilitaba que formalmente a través de los denominados trabajos temporales de colaboración social las Administraciones públicas contrataran trabajadores que realmente efectuaban servicios que correspondían a las actividades normales y permanentes de dichas Administraciones; o **f)** La rotunda afirmación de que no hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna, con la derivada consecuencia que no es posible pactar en un contrato de alto directivo que, en caso de desistimiento por parte del empleador, el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna.

En **materia colectiva**, destacaré sus sentencias relativas: **a)** La ampliación del crédito horario de los delegados sindicales tomando como referencia el conjunto de trabajadores de la empresa y no el de cada centro de trabajo, cuando ha sido el ámbito de empresa el tomado en consideración para la elección de los delegados sindicales; y **b)** La rigurosidad en la interpretación de la exigencia de negociación de buena fe en los despidos colectivos, con la derivada declaración de nulidad del despido en casos de incumplimiento.

En temas de **seguridad social**, -- aun sin poder abordar sus numerosas sentencias especialmente en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, destacando la insuficiencia y las contradicciones normativas especialmente en la protección de las parejas de hecho --, se hace una especial referencia a la STS/IV 28-octubre-2014 (rcud 1600/2013) en la que se establece la compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con una pensión de jubilación parcial causada en virtud de un trabajo distinto al que dio origen a aquella.

Finalmente, sobre **cuestiones procesales**, -- aun haciendo ahora referencia a su decisiva aportación para la flexibilización del acceso a la casación unificadora, en especial a través de la invocación de sentencias del Tribunal Constitucional, recordando la **STS/IV 04-11-2014** (recurso 1236/2014, Ponente Alarcón) en la que se declara la nulidad del decreto de la Secretaria judicial disponiendo que, ante la licencia por enfermedad de la juez de instancia, se había de celebrar un nuevo juicio, procediendo a señalar día y hora para el mismo --, destaco: **a)** La interpretación extensiva de la competencia del orden social en materia de libertad sindical aunque la cuestión afecte directamente a un delegado sindical que ostente la condición de funcionario público, y no de trabajador por cuenta ajena, pues quien padece la falta de reconocimiento del delegado sindical no son los concretos empleados públicos, sean funcionarios o

laborales –pues unos y otros existen en la empresa- sino el propio Sindicato como tal; **b)** La declaración de idoneidad del procedimiento de tutela seguido, en un supuesto en el que cuestionaba el derecho de los representantes sindicales a recibir información de la empresa en las mismas condiciones que los representantes de los trabajadores, afirmándose que el mismo forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, por lo que si se impugna su vulneración es adecuada la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas que, en el orden social, constituye el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; o **c)** su última sentencia dictada como Ponente, sobre la flexibilización de la doctrina que exigía que sólo un error craso, evidente e injustificado pueda dar lugar a la declaración de error judicial.

## **II.- LEGADO BÁSICO EN TEMAS LABORALES.**

### **II.1.- Ampliación, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS y con fundamento en la LPRL, de la competencia del orden jurisdiccional social extendiéndola en materia de prevención de riesgos laborales a los trabajadores autónomos: ATS/SECC 28-septiembre-2011** (conflicto nº 37/2011).

En un **Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo** (art. 42 LOPJ) de fecha **28-septiembre-2011** (conflicto nº 37/2011, ponente Alarcón), dictado, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS y con fundamento en la LPRL (art. 3), se declaró la competencia del orden jurisdiccional social extendiéndola en materia de prevención de riesgos laborales a los **trabajadores autónomos**, en especial 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, partiendo de que la materia de prevención de riesgos laborales forma parte del ordenamiento jurídico-laboral, argumentando, en esencia, que:

*<<si –como es el caso de autos- estamos ante un trabajador autónomo que, por ende, no tiene (o no tenía, pues falleció a resultas del accidente) relación jurídico-laboral con ninguno de los empresarios o sujetos a los que se demanda (por su viuda, en este caso) como posibles responsables del daño causado, el punto de conexión para determinar la responsabilidad y el orden jurisdiccional competente no puede ser la existencia de relación laboral sino otro>> y que <<ese otro punto de conexión, de carácter objetivo, es la índole de la materia –seguridad en el trabajo: sea de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia- y sector del ordenamiento al que pertenece la normativa de aplicación: Ley de Prevención de Riesgos Laborales y otras normas concordantes, que forma parte del ordenamiento jurídico-laboral>> y de que <<Dicha doctrina viene avalada además por el tenor del art. 3.1 de la propia LPRL que, al delimitar su ámbito de aplicación, lo hace de forma omnicomprendiva, 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>>.*

Por tanto, tras la entrada en vigor de la LRJS en la que expresamente se establece la atribución competencial plena al orden social de la materia de prevención

de riesgos laborales (art. 2.e LRJS), resulta que la competencia se extiende, -- además de con relación a funcionarios públicos y al personal estatutario --, cuando se trate de trabajadores autónomos no solo con respecto a los **trabajadores autónomos económicamente dependientes** (arg. ex art. 2.b y d LRJS), sino también para los restantes trabajadores **autónomos propiamente dichos**.

**II.2.- Administraciones públicas empleadoras y condiciones más beneficiosas: si concurren los presupuestos para su adquisición son plenamente válidas pese a la naturaleza pública del empleador e incluso de contrariarse las restricciones genéricas: SSTS/IV 25-junio-2014** (rcud 1885/2013) y **25-junio-2014** (rcud 1994/2012).

La doctrina jurisprudencial consistente en declarar que el hecho de tratarse de una Administración pública empleadora no exime del respeto a las reglas de adquisición de la condición más beneficiosa (CMB) pues con ello no se infringe ninguna norma sino que se respeta el ordenamiento jurídico laboral, se estableció de forma tajante en dos asuntos análogos muy debatidos que concluyeron en las **SSTS/IV 25-junio-2014** (rcud 1885/2013, Pleno, ponente Alarcón, Voto particular López García de la Serrana, Gilolmo, Luelmo y Souto) y **25-junio-2014** (rcud 1994/2012, Pleno, ponente Alarcón, Voto particular López García de la Serrana, Gilolmo, Luelmo y Souto), rechazando la tesis opuesta reflejada en otras sentencias del propio Tribunal Supremo (entre otras, la STS/IV 16-febrero-2009 rcud 1472/2008) que habían exigido que cuando se tratara de una Administración pública era necesario que la condición más beneficiosa se hubiere establecido por el órgano de la citada Administración pública que tuviera competencia para ello.

*Se analizaban dos supuestos en los que debía resolverse <<si existe una condición más beneficiosa de los trabajadores de una Residencia de Pensionistas, que disfrutaban de un complemento salarial en especie -consistente en hacer una comida gratis en la propia Residencia en los días en que presten servicio- y si dicha condición debe ser mantenida o puede ser eliminada unilateralmente por la entidad empleadora que es una administración pública: el Cabildo Insular de la Isla de La Palma. Los trabajadores disfrutaban de esa condición porque originariamente la tenían reconocida en el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias y, posteriormente, al ser transferidos al Cabildo Insular de La Palma, momento en que ya no les era de aplicación dicho Convenio, la siguieron disfrutando durante varios años>>.*

Se afirma en dichas sentencias de Pleno, para destacar la existencia de la exigible voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales, que <<No se trata de ningún ejercicio clandestino ni de una práctica ilegal que nunca podría haber sido consentida ni tolerada; y, por tanto, aquí no hay afectación alguna al principio de legalidad; ni se trata tampoco de una tolerancia indebida por parte de algún órgano inferior –por ejemplo, la dirección del centro- del que se le pudiera hacer responsable: no consta sanción alguna a ningún miembro del equipo de dirección del centro, ni es creíble que los órganos administrativos de tutela del centro, y controladores de sus

presupuestos, tardaran cinco años en enterarse del disfrute de esta condición más beneficiosa por parte de los trabajadores de esta Residencia de Pensionistas de una isla que destaca por su belleza pero no precisamente por su extensión y número de pobladores>>. Argumento este último grato al querido Ponente de las sentencias y utilizado para resaltar lo real de su argumentación.

Se finaliza muy razonadamente analizando la naturaleza, requisitos, eficacia e instrumentos para dejar sin efecto una CMB, sentando una clara doctrina al respecto, señalando que:

*<<Esta conclusión no puede alterarse ... por el hecho de que la empleadora sea una administración pública sometida, como tal, al principio de legalidad en todas sus actuaciones. Porque la sumisión a tal principio incluye, obviamente, el más riguroso respeto a la normativa laboral cuando la administración actúa como empleadora, y entre esa normativa figura, en primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 3.1,c) establece que las relaciones laborales se regulan –aparte de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y por los convenios colectivos- por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo. Pues bien, hace ya muchos años que la doctrina y la jurisprudencia residencian el denominado principio de condición más beneficiosa en dicho precepto estatutario, como hemos visto en la citada STS de 14/3/2005. Es decir, el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso sino que, con mucha frecuencia, es tácito y su existencia se demuestra por la permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida. Pero ese carácter tácito, basado además en la doctrina de los actos propios, en modo alguno significa que dicha condición se efectúe donandi causa -por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la puede suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee. El contrato de trabajo tiene naturaleza onerosa y la prestación de trabajo y la contraprestación salarial son obligaciones recíprocas: una es siempre causa de la otra y al revés. Por decirlo sintéticamente, “laboralidad” y “liberalidad” son términos antagónicos y recíprocamente excluyentes. Por ello, el socorrido argumento de la “tolerancia” que, en definitiva, es una suerte de liberalidad, tampoco puede aceptarse por mera afirmación de parte y, menos aún, cuando de una administración pública se trata, pues la tolerancia en tal caso puede deslizarse hacia la figura delictiva de la malversación de fondos públicos.*

*Dicho lo cual, es obvio que el acuerdo de voluntades –expreso o tácito- que da origen a la condición más beneficiosa puede verse afectado por algún vicio en el consentimiento que, quien lo alegue, habrá de demostrarlo. Y, por otra parte, es posible que, en algún caso excepcional, se pueda considerar que el empresario ha hecho un regalo a los trabajadores sin voluntad alguna de obligarse a su repetición: es el caso de la cesta de Navidad contemplado en la STS de 31/5/1995 (rcud 2384/1994). Pero ni una cosa ni otra aparece en nuestro caso. Lo que tenemos en nuestro caso es, simplemente, el respeto a un complemento en especie que tenían los trabajadores procedentes de otra administración pública y que se les ha querido conservar pese al Acuerdo de Homologación de condiciones pactado en su día, como una excepción al mismo: de ahí su carácter de “condición más beneficiosa”, en relación con los trabajadores que nunca han disfrutado de ese complemento. Lo cual es perfectamente legal puesto que, como hemos dicho, no es sino una conducta ajustada al mandato del art. 44 ET. Ello no quiere decir que dicha condición más beneficiosa deba perdurar eternamente: el*



*ordenamiento jurídico laboral provee de diversos instrumentos para conseguir su eliminación, con la debida justificación y, en su caso, contrapartidas. Entre esos instrumentos, el primero de todos es el pacto novatorio que, desde luego, excluye la voluntad unilateral del empresario. Y otro instrumento, cuando concurren las pertinentes causas justificadoras, es la modificación de condiciones de trabajo contempladas en el art. 41 ET>>.*

La anterior doctrina, -- a pesar de los reiterados informes negativos emitidos por el Ministerio Fiscal que sigue reiterando que <<en el ámbito del empleo público no cabe que surja una condición más beneficiosa en contra de lo que establezca el ordenamiento jurídico>> --, ha sido seguida, entre otras, en la STS/IV 16-septiembre-2015 (rco 233/2014, ponente Calvo) – aunque en este supuesto relativo a trabajadores de la Junta de Castilla y León sobre la utilización del servicio de cocina y comedor sin ampliar por ello la jornada laboral ni que ésta se prolongue en los calendarios se afirma que no es CMB por falta de requisitos (<<En el supuesto que nos ocupa no concurren las específicas circunstancias de personal transferido a una Administración, procedente de otra en la que un Convenio Colectivo reconocía un derecho cuya adaptación a las nuevas condiciones aún no ha sido negociada sino suprimida unilateralmente sin trasladar la ventaja que comporta a otros derechos asentados en las nuevas condiciones de acogida., de ahí que la doctrina de mérito no sea de aplicación a la reclamación origen de esta litis>> y <<Es precisamente esa negociación la que intenta sustraer la demandante, atribuyendo por el contrario esa finalidad a la demandada, al pretender que se declare la existencia de una condición más beneficiosa para a través de la misma obtener lo que no consiguió mediante el Convenio Colectivo, como lo prueba que la demanda se interponga una vez aprobado en Convenio de 2013>>) --; y en la STS/IV 3-febrero-2016 (rco 143/2015, ponente Sempere) en un supuesto de CMB en el sector público (Agencia de Turismo Gallega) sobre abono de “dietas” adicionales no previstas en el Convenio colectivo y su configuración como verdadero salario al no compensar o indemnizar al trabajador, a pesar de su nombre, por los gastos ocasionados con motivo de la actividad laboral (art. 26 ET), concluyéndose que:

*<<Son varias las razones que abocan a la confirmación de la sentencia recurrida, todas ellas ya expuestas en apartados precedentes y ahora compendiadas en este pasaje conclusivo: a) Las cantidades abonadas en concepto de “dieta” constituyen salario y derivan de un reconocimiento empresarial explícito incardinable en la figura del derecho adquirido o “condición más beneficiosa”; b) La eliminación de su pago no se ha basado en norma coetánea y sobrevenida, ni ha seguido los trámites del artículo 41 ET; c) La eventual colisión de remuneraciones superiores a las convencionales con normas dirigidas al empleo público no basta para eliminar por completo el juego de las instituciones laborales; d) La entidad empleadora ha realizado actos expresos de reconocimiento y mantenimiento de las remuneraciones cuestionadas a lo largo de veinte años; e) Nuestra doctrina más reciente, que hemos de aplicar por razones de seguridad jurídica e igualdad, ha admitido la existencia de condiciones más beneficiosas en el ámbito del empleo público incluso cuando se oponen a prescripciones restrictivas.*

*Recalquemos, por último, que estamos ante surgimiento de un derecho de forma lícita, ante actos explícitos emanados de órgano competente; se está ante una CMB praeter legem (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido contra legem (de manera contraria a lo querido por las normas); que ni siquiera se ha invocado una norma concreta que*

*colisione con el derecho en cuestión; que tampoco se ha expuesto a partir de qué momento la condición se convierte en anómala; que no se ha seguido el camino novatorio (pactado o impuesto por la vía del art. 41 ET); que en modo alguno estamos consagrando la validez de derechos surgidos de manera anómala e ilegal.*

*Por completo fuera de nuestro objeto material quedan las posibles consecuencias o responsabilidades exigibles a quienes han venido manteniendo una práctica que la Administración Autonómica considera contraria a Derecho o, en su caso, el modo en que la empleadora puede hacerla desaparecer>>.*

### **II.3.- Los rasgos definitorios del contrato de trabajo: la ajenidad y la dependencia**

**(art. 1 ET).- La dependencia como un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia- sino al empresario).- La diversas manifestaciones de la ajenidad: ajenidad en el mercado, ajenidad en los medios de producción, dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional, ajenidad en los frutos (resultados del trabajo) y en la utilidad patrimonial y ajenidad en los riesgos.**

#### **II.3.1.- STS/IV 6-octubre-2010 (rcud 2100/2009).**

La tesis que venía defendiendo doctrinalmente el Profesor Alarcón, en la que ponía el acento en la “*ajenidad*” en sus diversas manifestaciones como elemento definidor del contrato de trabajo, se reflejó, aplicando su construcción doctrinal a los supuestos concretos objeto de enjuiciamiento, siendo Ponente el Magistrado Alarcón, primero en la **STS/IV 6-octubre-2010** (rcud 2100/2009), en la que se declara la existencia de relación laboral en un supuesto relativo a los actores de doblaje <<*que trabajan para empresas del sector, sin exclusividad, desarrollando su actividad profesional en los estudios de doblaje de dichas empresas y utilizando su infraestructura productiva (al menos en parte), sin horario fijo y cobrando sus servicios por unidad de obra mediante la emisión de facturas con su correspondiente IVA, estando dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) de la Seguridad Social*>>, precisando que:

*<<En efecto, concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el artículo 1 del ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa. Los clientes (productoras de cine y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (**ajenidad en el mercado**). Dichos doblajes se hacen en los estudios propiedad de la empresa (**ajenidad en los medios de producción**), aunque los ensayos puedan realizarse en el domicilio de los actores, puesto que los medios tecnológicos actuales lo permiten, lo cual no significa sino que una parte de la actividad puede ser realizada como trabajo a domicilio, modalidad expresamente prevista en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajo se hace bajo la dirección del Director*

de Doblaje que contrata y designa la empresa (**dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional**), quien da las instrucciones pertinentes a los actores, lo cual no es óbice para que estos disfruten de un amplio campo de autonomía en el desarrollo de su actividad profesional, dado el carácter artístico y creativo de la misma. El producto del trabajo realizado –es decir, los doblajes- y la utilidad patrimonial derivada del mismo –es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (**ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial**) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra, expresamente contemplada en el artículo 26.3 del ET, teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga (**ajenidad en los riesgos**).

Frente a todo esto resulta **claramente irrelevante** el que los actores trabajen para varias empresas, puesto que el pluriempleo no está reñido con la laboralidad: véase al respecto el artículo 110.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Como irrelevante es también el que, como consecuencia de ese pluriempleo, los trabajadores y las empresas contratantes tengan que “conciliar sus agendas”. E igualmente carece de relevancia el que los actores no estén sometidos a horario de trabajo, pues ello es característico de toda actividad profesional que se contrata y retribuye por unidad de obra, lo cual no quiere decir que, al fijar el precio de ésta, no se tenga en cuenta el tiempo que se prevé como necesario para su realización. Y, por otra parte, no solamente es irrelevante sino también fraudulento (de ahí la demanda de oficio origen de estas actuaciones) el que los actores, sobre la base de su indebida calificación como trabajadores por cuenta ajena, sean dados de alta en el RETA en lugar de en el Régimen General de la Seguridad Social y reciban su salario bajo la fórmula de facturación de emolumentos profesionales sujeta a IVA>>.

### **II.3.2.- SSTS/IV 21-julio-2011 (rcud 2883/2010) y 22-diciembre-2011 (rcud 3796/2010).**

Utiliza esa tesis para **distinguir el contrato laboral y el administrativo de servicios**, en las **SSTS/IV 21-julio-2011** (rcud 2883/2010, Ponente Alarcón) y **22-diciembre-2011** (rcud 3796/2010, Ponente Alarcón), recaídas en supuestos análogos, en las que acude al Rey Midas para dar fuerza real a sus argumentos, razonando, en esencial y especialmente con relación al Real Decreto Legislativo 2/2000, que:

*<<En efecto, es bien sabido que, desde el punto de vista material, la prestación de servicios profesionales en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral y que solamente es posible calificarla como contrato administrativo porque una ley expresamente permita esa exclusión que, por ello mismo, tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa. Ahora bien, esa exclusión constitutiva no se produce en el vacío, esto es, no es un cheque en blanco que se conceda a la Administración Pública para que –cual nuevo Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba- pueda convertir en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral por el solo hecho de calificarlo como tal (a través de las sucesivas configuraciones legales y denominaciones que esos contratos administrativos de prestación de servicios han recibido por parte de las sucesivas leyes de la contratación administrativa que se reseñan en la propia sentencia recurrida: para trabajos específicos y concretos no habituales; de consultoría y asistencia, de asistencia o servicios,*

etc.). Por el contrario, esa exclusión constitutiva tiene que tener un fundamento, pues de lo contrario entraría en abierta contradicción con el artículo 35.2 de la Constitución que establece que “la ley regulará un estatuto de los trabajadores”, de la misma forma que el artículo 103.3 dice que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”. Es decir, la Constitución establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modelo al que se han ido aproximando las sucesivas concreciones de la legislación ordinaria –y la que más lo hace es el Estatuto del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, artículos 8 a 12), si bien ese **modelo bipolar** siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestación de servicios personales que, como tales excepciones deben ser interpretadas restrictivamente y que ... siempre se han autorizado sobre la base de alguna razón justificadora>>.

Añadiendo que <<Pues bien, el contrato celebrado por la recurrente el 1/10/2007 lo fue al amparo del recién citado Real Decreto Legislativo 2/2000, en relación con el cual esta Sala del TS ha mantenido la validez de su doctrina inveterada: “la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a ... un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma”. Naturalmente, ese producto no tiene que ser un objeto físico: puede ser un proyecto arquitectónico, un dictamen profesional, una conferencia, etc. etc. Algo que el profesional hace con sus propios medios y que entrega ya finalizado a la Administración contratante. Lo que no cabe es que el profesional se inserte en el ámbito organizativo de la Administración contratante para, codo con codo con el resto del personal funcionario y laboral de la misma, y bajo la dirección de superiores jerárquicos de la propia Administración contratante y con los medios de ésta, participe, como es el caso, en tareas habituales de la propia Administración contratante, por mucho que las mismas se subdividan en proyectos concretos, por cierto de varios años de duración. Ese es el caso de la sentencia recurrida y, como decimos, para supuestos semejantes el legislador no ha autorizado el contrato de consultoría y asistencia, según la doctrina de esta Sala reproducida más arriba>>.

Finalizando, a modo de “*obiter dicta*”, con relación a la posterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, inaplicable al supuestos de autos, que <<En cualquier caso, parece claro que cuando esta nueva Ley está exigiendo ... que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato administrativo deberán acreditar “solvencia económica, financiera y técnica o profesional”, está pensando en una organización empresarial que tenga capacidad de alcanzar el objeto del contrato y no en un trabajador que se inserta en la organización de la Administración empleadora para llevar a cabo una tarea profesional del tipo que sea>>.

La anterior doctrina ha sido seguida, entre otras, en la SSTS/IV 16-mayo-2012 (rcud 2227/2011, Ponente Virolès), 19-junio-2012 (rcud 3159/2011, Ponente Segoviano), 15-julio-2013 (rcud 3227/2012, Ponente Agustí), 16-diciembre-2013 (rcud 3265/2012, Ponente de Castro), 26-marzo-2014 (rcud 1255/2013, Ponente Alarcón), 27-abril-2015 (rcud 1237/2014, Ponente de Castro), 23-junio-2015 (rcud 2360/2014, Ponente Sempere).

### II.3.3.- STS/IV 17-mayo-2012 (rcud 871/2011).

Igualmente se ha utilizado la tesis de la ajenidad para declarar la existencia de relación laboral en peritos tasadores de compañías aseguradoras en la **STS/IV 17-mayo-2012** (rcud 871/2011, Ponente Alarcón), -- en la que afirma seguir la doctrina de la STS/IV 10-julio-2010 (rcud 4121/1999, Ponente Salinas) --, precisando incluso al analizar el requisito o presupuesto de contradicción de sentencias que *<<En efecto, en ambos casos el perito tasador no utilizaba en su trabajo ningún medio de producción propio sino los de la empresa aseguradora (**ajenidad en los medios de producción**); en ningún caso era el taller de reparación o el propietario del vehículo accidentado el que contrataba los servicios del perito tasador, que ninguna relación jurídica establece con dichos clientes (**ajenidad en el mercado**), sino que era la empresa aseguradora la que reclamaba al perito que efectuara la tasación de los daños producidos en los vehículos de sus propios clientes, como una operación más cuya realización es indispensable en el marco de su actuación como tal compañía aseguradora, en cuya organización productiva se insertan los peritos tasadores (**ajenidad en la organización de la actividad productiva o dependencia**)>>*.

En dos sentencias ulteriores de distinto Ponente, se ha excluido el carácter laboral de la relación de determinados peritos tasadores de aseguradores afirmando que no concurrían determinados requisitos pero sin que la Sala de lo Social en Pleno haya variado la doctrina precedente, así en las **SSTS/IV 26-noviembre-2012** (rcud 536/2012, Ponente de Castro), **9-julio-2013** (rcud 2569/2012, Ponente Martín Valverde) y **3-noviembre-2014** (rcud 739/2013, Ponente de Castro)

En la primera de ellas se afirma que: *<<si bien existen innegables indicios que nos sitúan en el marco de la relación laboral [la programación del trabajo correspondía a la aseguradora demandada, que asignaba la zona de actuación y le enviaba telemáticamente los encargos y peritaciones; el trabajador realizaba directa y personalmente las peritaciones; la prestación de servicios era habitual, siéndole señalados de forma diaria por correo electrónico; en su actividad debía seguir las indicaciones que la empresa le daba, siendo al efecto también convocado a reuniones informativas; y la posible pretensión de rechazar un peritaje era decidida por el Gerente de Peritos], sin embargo concurren otras circunstancias que con mayor fuerza apuntan a la inexistencia de vínculo de trabajo: a) la falta de exclusividad, con trabajo –sustancialmente mayor– para otras compañías; b) la inexistencia de horario y de vigilancia o dirección directa de la demanda, así como de control del resultado de la actividad por personal de la empresa; c) la falta de retribución mínima y la facturación a la sociedad constituida junto con su esposa; d) la aportación personal de todos los medios materiales necesarios para su actividad; e) la libre fijación de sus vacaciones, cuya fecha únicamente comunicaba a los efectos de que no se le asignasen peritaciones; y f) el no sometimiento –sobre ello no consta el menor dato indiciario– del Perito a supervisión, control o poder disciplinario algunos. Datos todo ellos que nos llevan a excluir que en el presente supuesto concurren la esencial nota de la dependencia [inclusión en «círculo rector y disciplinario» de la empresa], aún entendida con la flexibilidad que hemos referido más arriba, y la de ajenidad en los medios de producción>> y que <<Ciertamente que el supuesto objeto de debate en estas actuaciones guarda indudable similitud con el examinado en la STS 17/05/12 [rcud 871/11], en el que afirmamos la existencia de relación laboral entre el perito tasador y la Compañía aseguradora demandada, pero ello no significa que con la presente decisión rectifiquemos nuestra doctrina,*

*pues en una materia de tan dificultosa calificación como la presente –indudable «zona gris» de laboralidad–, algunas diferencias pueden implicar una decisiva trascendencia en orden a la consideración del vínculo jurídico entre las partes –contrato de trabajo; arrendamiento de servicios–, y en el caso actual median dos circunstancias ausentes en el precedente y que –en esta materia límite– comportan alcance decisorio: a) el demandante de autos empleaba medios propios para desarrollar su trabajo [en el precedente eran de la empresa: «el perito tasador no utilizaba en su trabajo ningún medio de producción propio sino los de la empresa aseguradora» ...]; y b) en el caso presente, la destinataria de las tasaciones y de la correlativa contraprestación económica era una sociedad de la que el Perito tasador era miembro [dato también ausente en nuestra citada sentencia de 17/05/12]. Diferencias que justifican –entendemos– **diversa solución en el marco de una misma e inmodificada doctrina**>>.*

#### **II.3.4.- STS/IV 19-febrero-2014 (rcud 3205/2012).**

**STS/IV 19-febrero-2014** (rcud 3205/2012, Pleno, ponente Alarcón, voto particular de Desdentado y voto particular de López García de la Serrana y de Gilolmo), en la que se declara que existe relación laboral entre un periodista tertuliano de una cadena radiofónica para la que presta habitualmente sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil.

En esta sentencia, muy discutida en la Sala IV, es especial por la distinción con los denominados “*tertulianos*” o por la existencia de una sociedad mercantil que factura los trabajos, como se refleja en los votos particulares, se razona, partiendo de la doctrina ya sentada sobre los actores de doblaje y la ajenidad, que:

*<<Aplicando esta doctrina jurisprudencial, acierta la sentencia recurrida cuando afirma: “En cuanto a la ajenidad, hay un encargo previo del trabajo y mediante el concurso del Sr. C. en ciertos programas la empresa adquiere el fruto del trabajo de aquél y lo comercializa en espacios radiofónicos ... En efecto, ahí se manifiesta la “**ajenidad en los frutos**” (es decir, en los resultados del trabajo), pero también la “**ajenidad en el mercado**”: el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes (los oyentes de la radio: la famosa “audiencia”, que es el mercado por el que compiten los diversos medios) sino a la empresa radiofónica que es quien hace llegar ese producto a dicha audiencia, al mercado.*

*... Y por eso concurre también la dependencia, entendida como esa integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario” (es decir, la **ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral**), que es la fórmula que emplea el artículo 1 del ET, cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la “autonomía profesional” imprescindible en determinadas actividades. Por eso acierta también la sentencia recurrida cuando afirma: “Por lo que se refiere a la dependencia, en este caso ciertamente es atenuada, pues aunque podrían darse directrices sobre la participación del periodista, la libertad profesional que ha reconocido la demandada al contertulio - limitándose a fijar el tema del debate - no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral .... Pero en todo caso la demandada fija el tema a debatir y se lo comunica al demandante, y además éste debe participar en los días que se le señalen y en el horario de los programas en que interviene, circunstancias que denotan todas*

ellas la existencia del presupuesto de dependencia o integración en el ámbito de organización y dirección de la empresa.- En este aspecto no es excluyente el dato de que pueda existir alguna flexibilidad en cuanto a la concreción del día de intervención del periodista cuando éste solicita algún cambio. Y por lo que se refiere a la presencia física en la sede de la emisora, evidentemente no es necesaria para la realización del programa ni ello puede servir como elemento de definición de la relación, y además **la conexión se realizaba con medios propios de la demandada**, como ya se ha dicho“. Y añade, también muy acertadamente, la sentencia recurrida: “Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación del Sr. Carnicero, ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna“.

Este dato es muy importante en un caso como el de autos porque subraya el carácter "profesional" de la actividad, **excluyendo a aquellos "tertulianos no profesionales" que no solamente no tienen una relación laboral con la empresa sino que puede que ni siquiera la tengan de carácter civil**. A partir de ahí, se trata de determinar si esa prestación profesional de servicios se hace en el marco de una relación laboral o de arrendamiento de servicios. Y es ahí donde juegan los criterios de ajenidad y dependencia que hemos ya analizado. Y también es importante el dato básico de que quien presta el servicio es personalmente el trabajador -el Sr. Carnicero en este caso- y **no la empresa a través de la cual cobra**, como veremos a continuación. Si así fuera, dicha empresa habría de tener un contrato de trabajo con el señor Carnicero, lo que no es el caso.

... Por ello mismo, también acierta la sentencia recurrida al determinar que la **peculiar forma de retribución empleada** en el caso, en absoluto logra transformar lo que es una prestación personal de servicios en un inexistente contrato mercantil entre dos sociedades. Dice así la sentencia recurrida: “En cuanto a la retribución, el demandante percibía una cantidad fija y unitaria mensual por su participación en los programas ya indicados. La jurisprudencia no exige que la retribución sea fija y periódica, aunque ello refuerce la laboralidad de la relación, pero también se admite dentro del concepto de salario la retribución por resultado, o dentro del ámbito periodístico, por crónica realizada (sentencias del TS de 16-12-08 y 11-5-09). Por otra parte, tampoco se opone a la laboralidad de la relación el dato de que el Sr. Carnicero perciba sus retribuciones por su trabajo a través de una sociedad de la que es administrador único, circunstancia que en este ámbito jurisdiccional no es decisiva en el supuesto ahora enjuiciado, pues no es dudoso que la prestación del servicio del demandante es personal, y cualquiera que haya sido la causa de la anomalía consistente en instrumentar la percepción salarial a través de una sociedad y las consecuencias que ello pudiera tener en otros órdenes, lo cierto es que las facturas a nombre de Producciones ... S.L. se refieren en realidad a retribuciones del trabajo personal del Sr. C., dato no controvertido en el proceso“.

En ese mismo sentido **-irrelevancia de la fraudulenta interposición de una sociedad mercantil a los efectos de enervar el carácter laboral de la relación-** se pronunció esta Sala en su Sentencia de 10/07/2000 (rcud 4121/1999). Y es que, con harta frecuencia, sucede lo que ya afirmamos en nuestra STS de 18/10/2006 (rcud 3939/2005): **"Las altas en el Régimen Especial de Autónomos, el pago de licencia fiscal y la facturación con inclusión del IVA son sólo datos formales, que no se corresponden con la naturaleza del vínculo, ni definen su carácter; más bien forman parte del mecanismo que se ha puesto en marcha para tratar de descalificar la**

relación como laboral". Lo mismo ocurre cuando a todo ello se añade o se sustituye por el citado mecanismo interpositorio.

... También acierta la sentencia recurrida cuando afirma que "la existencia o no de **vacaciones anuales** no es un dato decisivo", puesto que "el no disfrute de vacaciones no determina necesariamente la exclusión de la relación laboral". Y también, finalmente, cuando afirma que "la condición de consejero en varias sociedades o su **participación en programas de otras emisoras** son datos que no perturban la laboralidad de la relación con la demandada, no siendo la exclusividad un presupuesto del contrato de trabajo (sentencia del TS de 24/11/10 entre muchas)">>.

Pero ello no obsta a que en la propia sentencia se acuerde que <<Procede, asimismo, dar cuenta de esta sentencia a la TGSS y a la Agencia Tributaria a los efectos pertinentes en relación con los deberes de cotización a la Seguridad Social por parte de la empresa y del trabajador, así como del pago del IRPF por los salarios percibidos, derivados de la constatada existencia de la relación laboral en cuestión>>.

### **II.3.5.- STS/IV 11-febrero-2015 (rcud 2353/2013).**

La tesis de la "ajenidad" también la aplica el Magistrado Alarcón en su ponencia de la **STS/IV 11-febrero-2015** (rcud 2353/2013, Ponente Alarcón), para declarar el carácter laboral y no de arrendamiento de servicios de quien prestaba servicios como psicólogo en el servicios de atención a las víctimas en las oficinas judiciales de una Comunidad Autónoma, razonando, en esencia, que <<la prestación de servicios del actor se realizaba en un indiscutible marco de trabajo por cuenta ajena. Lo hace el Psicólogo empleando los medios materiales de la empleadora (**ajenidad del trabajador respecto a los medios de producción o de prestación del servicio**), bajo las directrices de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen (**ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia**) y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio (**ajenidad en el mercado** que, en este caso, no es un mercado con ánimo de lucro económico de la entidad empleadora –puesto que los servicios eran gratuitos- sino un "mercado político": los ciudadanos retribuirán con su voto a los responsables políticos de la CAM si el servicio es de su agrado y los penalizarán en caso contrario; pero a una cosa y a la otra son completamente ajenos los profesionales que prestan sus servicios y que, si trabajaran realmente por cuenta propia, lo que harían sería cobrar el servicio a sus clientes)>>.

### **II.4.- Compensación o absorción: la necesaria homogeneidad de las partidas salariales objeto de compensación o absorción: STS/IV 26-noviembre-2014 (rcud 1982/2013).**

Otra de las preocupaciones del Profesor Alarcón a su llegada al Tribunal Supremo era la doctrina que se había establecido por la Sala sobre la absorción y compensación y la flexibilización en la exigencia de homogeneidad de lo compensado o absorbido y sobre la posibilidad de excepcionar esa regla por acuerdo individual, como



se había efectuado esto último en las SSTS/IV 29-septiembre-2008 (rcud 2255/2007), 27-noviembre-2013 (rcud 714/2013) y 4-diciembre-2013 (rcud 720/2013), cuya doctrina matiza y concreta en la **STS/IV 26-noviembre-2014** (rcud 1982/2013, Pleno, Ponente Alarcón), delimitando los conceptos de absorción y el de compensación, fijando la regla de homogeneidad y los límites de las posibles cláusulas convencionales sobre absorción y/o compensación.

Se analiza un supuesto en el que el contrato de trabajo figuraba una cláusula en la que se indicaba que *<<el trabajador recibirá un complemento por ventas que se denominará comisiones y que se reincorporará a la retribución global desde la primera venta que haga, por lo que no se trata de un complemento de cantidad de trabajo, sino de una participación en ventas, este complemento tendrá carácter salarial y como tal estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo>>* y la empresa procedía a compensar o absorber dichas comisiones con los incrementos salariales. Se razona, en esencia, que:

*<<Es evidente que el modo en que la empresa está aplicando la citada cláusula contractual infringe el art. 3.1,c) del ET, en el que se prescribe que en el contrato de trabajo “en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos”. Es claro que una, así denominada, mejora, que consiste en, de entrada, rebajar el salario base establecido en el Convenio Colectivo de aplicación infringe dicho precepto estatutario y, en aplicación del art. 3.5 ET, la aceptación de dicha cláusula contractual peyorativa –si es que ese fuera su contenido- por parte de los trabajadores sería un acto de disposición o renuncia que no puede considerarse válida. Ahora bien, sucede que en la cláusula no se dice tal cosa: es la práctica empresarial la que procede a interpretarla –indebidamente- de ese modo. Y lo hace amparándose en el inciso final de la cláusula, según el cual el complemento salarial en cuestión “estará sujeto a la posibilidad de compensarlo y absorberlo”. Dado que la sentencia recurrida da por válida esa presunta “compensación” de parte del salario base con el complemento ... debemos entrar a considerar esta cuestión inmediatamente>>*

*<<El instituto de la compensación y/o absorción es de los peor comprendidos y aplicados en nuestras relaciones laborales dando lugar a una abundante litigiosidad. Recordemos que su base normativa se encuentra en el art. 26.5 ET que dice así: “Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia”. De entrada, hay que decir que “los salarios realmente abonados” tienen un origen contractual: aunque el contrato de trabajo originario contemple una cuantía diferente, es sabido que la relación laboral se prolonga en el tiempo y su contenido concreto va evolucionando; pero se trata de una relación obligatoria de carácter oneroso y sinalagmático y, por ende, todas las prestaciones de una y de otra parte que se vayan produciendo tienen una base contractual: en principio –y salvo supuestos absolutamente aislados, ocasionales y excepcionales- ninguna prestación –y especialmente las salariales- tiene su origen en la mera liberalidad del empresario. Pues bien, son esas prestaciones salariales de origen contractual las que deben compararse con las establecidas en “el orden normativo o convencional de referencia”. En la práctica: o con el salario mínimo fijado anualmente en el Decreto de Salarios Mínimos o, con mucha mayor frecuencia, con los salarios establecidos para cada*

categoría profesional en el Convenio Colectivo que resulte aplicable y que, habitualmente –y dejando ahora al margen lo que la crisis económica que padecemos desde 2008 nos está deparando- también van evolucionando con cadencia anual y en sentido expansivo. Hecha la comparación pertinente, habrá que aplicar la cuantía que resulte más favorable para el trabajador: si es la del contrato, ésta; y si es la del Convenio Colectivo, esta otra, pues de lo contrario estaríamos infringiendo el art. 3.1,c) del ET y violando la fuerza vinculante de los convenios colectivos consagrada en el art. 37.1 CE. Hasta aquí la cuestión no tiene dificultad alguna.

Pero el problema surge porque el art. 26.5 ET dice que la comparación debe hacerse “en su conjunto y cómputo anual”. Ello, habida cuenta de que los salarios están compuestos por un salario base y una serie de complementos de trabajo de diversa naturaleza (esencialmente, los personales, los de puesto de trabajo y los ligados al resultado productivo; con diversas modalidades en cada una de estas tres categorías), la aplicación de esa regla de comparación global podría llevar a un resultado ilógico y jurídicamente inaceptable. Simplificando la cuestión, supongamos que un convenio colectivo sectorial fija un salario base de 900 euros y un plus por toxicidad de 200 euros. Entendiendo la empresa A que su proceso productivo reviste una gran toxicidad, pese a las medidas de salud e higiene adoptadas, fija en los contratos de trabajo un plus de toxicidad de 300 euros pero, en compensación, baja el salario base a 850 euros, argumentando que la suma total pagada ( $850 + 300 = 1.150$ ) es superior a la establecida por el Convenio Colectivo ( $900 + 200 = 1.100$ ) y que, por lo tanto, está respetando lo establecido en el art. 26.5 ET. Pero sucede que, con ello estamos mezclando dos deudas –la del salario base y la del complemento de toxicidad- que provienen de dos títulos jurídicos diferentes: el desarrollo normal de la jornada de trabajo, común a todos los trabajadores de la empresa, y la prestación en determinadas condiciones de toxicidad que solamente afectan a los trabajadores que ocupan ciertos puestos de trabajo afectados por ese problema. No cabe, por ello, esa compensación por no tratarse de conceptos salariales homogéneos. Eso es lo que ha dicho la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS desde hace muchos años y que es bien conocida: ... entre muchas otras, la STS de 28/2/05 (rcud 2486/04), que dice así: "La cuestión aquí debatida ha sido abordada por la reciente sentencia de esta Sala de 6 de julio de 2004 (recurso 4562/03), estableciendo “El art. 26.5 ET establece que... . La doctrina de esta Sala ha señalado con reiteración que la institución de la compensación y absorción que en el precepto citado se recoge tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en diferentes fuentes reguladoras, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (sentencias de 10 de noviembre de 1998, 9 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001 y 2 de diciembre de 2002). Ello implica que, en principio, la compensación tenga que producirse necesariamente en el marco de retribuciones que presenten la necesaria homogeneidad (sentencias de 15 de octubre de 1992 y 10 de junio de 1994), al menos en el orden de la función retributiva; homogeneidad que, desde luego, no puede existir entre los conceptos salariales que aquí se consideran. Por una parte, los incrementos compensados se refieren a partidas salariales por unidad de tiempo -el salario base, la antigüedad y las pagas extraordinarias, entre ellas, la paga de beneficios- y, por otra parte, el concepto que actúa como absorbente -la comisión por ventas- es ciertamente una remuneración compleja, pero tiene en cuenta tanto un mayor esfuerzo o habilidad del trabajador como el resultado de ese esfuerzo que se traduce en la realización de una operación comercial por parte de la empresa". Digamos -para terminar de precisar la cuestión- que si no cabe la compensación entre conceptos no homogéneos, tampoco cabe la absorción. La

*diferencia entre compensación y absorción es meramente temporal, es decir, depende de la dinámica de los acontecimientos. ... Pues bien, esa absorción tampoco es lícita por la misma razón de heterogeneidad que impedía, en el supuesto anterior, la compensación. Dado que en la vida de una relación laboral se pueden dar sucesivamente situaciones de compensación y de absorción es por lo que, habitualmente, se habla de ambas conjuntamente porque, en esencia, son instituciones prácticamente iguales, con el mismo fundamento legal y sometidas al criterio jurisprudencial de la necesaria homogeneidad de las condiciones salariales a las que una u otra se aplican.*

*... En conclusión, esa posibilidad de “compensar o absorber” el citado complemento solamente se puede interpretar de la manera que, con total acierto, lo hace la sentencia de contraste ...: “la lectura del inciso final de la cláusula sobre dicha mejora limita su alcance a la posibilidad de que ésta se reduzca o suprima por sobrevenir otras partidas salariales, pero no es esto lo que aquí ha sucedido, sino que desde un primer momento se han abonado los conceptos salariales de convenio por un importe inferior al establecido en dicha fuente“. Es decir, es la propia “mejora” del complemento por ventas la que podría ser compensada o absorbida por futuras mejoras salariales (y, por supuesto, respetando el criterio de homogeneidad jurisprudencialmente establecido), no que esa “mejora” sirva para disminuir – compensándolos- conceptos salariales heterogéneos del Convenio Colectivo, nada menos que el salario base, como se ha hecho>>.*

Estableciendo, finalmente, como doctrina sobre las referidas cláusulas convencionales de absorción y/o compensación, que:

*<<En conclusión, la doctrina que establecemos es la siguiente: cuando la cláusula convencional que introduce una mejora salarial especifique que la misma podrá ser "compensable o absorbible", ello significa que lo podrá ser con futuras mejoras salariales siempre que las mismas cumplan el requisito de homogeneidad -en los términos exigidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia- para que sea jurídicamente válida esa compensación o absorción. Ahora bien, si lo que se pretende decir con esa cláusula convencional es que con esa mejora se elimina –por "compensación o absorción"- una condición salarial previa, deberá indicarse cuál es esa condición salarial preexistente para que así se pueda controlar judicialmente si concurre el requisito de homogeneidad necesario para que esa cláusula convencional sea válida. En cualquier caso, ninguna mejora salarial podrá dar como resultado la disminución del salario base establecido en el Convenio Colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo>>.*

**II.5.- El rechazo a la reiterada jurisprudencia que posibilitaba que formalmente a través de los denominados trabajos temporales de colaboración social las Administraciones públicas contrataran trabajadores que realmente efectuaban servicios que correspondían a las actividades normales y permanentes de dichas Administraciones: STS/IV 27-diciembre-2013 (rcud 217/2012, Pleno).**

La Sala IV en tres sentencias dictadas en Pleno cambia una reiterada doctrina que estaba posibilitando que formalmente a través de los denominados trabajos

temporales de colaboración social las Administraciones públicas contrataran trabajadores que realmente efectuaban servicios que correspondían a las actividades normales y permanentes de dichas Administraciones.

Este cambio doctrinal se produce en tres sentencias de fecha **27-diciembre-2013** (rcud 217/2012, Ponente Alarcón; rcud 3214/2012, Ponente Salinas y rcud 2798/2012, Ponente Salinas), en la primera de ellas se razona:

*<<Analizaremos ahora el primero de los requisitos que el legislador ha establecido para la validez de este tipo de contratos: **el objeto del contrato debe consistir en la realización de trabajos “que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad”**. Desde luego, el legislador no define cuáles son esos trabajos y no podría hacerlo, pues es algo indeterminable a priori. Ahora bien, es razonable entender que todo trabajo realizado para una Administración Pública que se corresponda con los fines institucionales de ésta es, en principio, un trabajo de utilidad social y que redunde en beneficio de la comunidad, habida cuenta de que, por imperativo constitucional, “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales” (art. 103.1 CE). Por tanto, salvo casos excepcionales de desviación de poder, se puede afirmar que los trabajos realizados para cualquier Administración Pública cumplen el requisito exigido por el art. 213.3,a) de la LGSS y, en idénticos términos, por el art. 38,Uno,a) del R.D. 1445/1982, sin necesidad de que dichos trabajos tengan una especial connotación “social” (por ejemplo, relacionados con la asistencia social) y pudiendo además consistir en tareas meramente instrumentales. Por ello la acreditación de que las obras, trabajos o servicios contratados son de utilidad social, como exige el art. 39,Uno,b) del R.D. 1445/1982 se deriva, en principio, de la propia naturaleza pública de la Administración contratante, si bien se trata de una presunción iuris tantum de veracidad, recayendo la carga de probar lo contrario en quien niegue que eso es así lo que, como hemos dicho antes, solamente ocurrirá en casos verdaderamente excepcionales. Así pues, ratificamos en esto nuestra anterior doctrina, con las matizaciones hechas.*

*Ahora bien, todo lo que acabamos de afirmar en el párrafo anterior solamente vale para los casos en que la entidad contratante sea una Administración Pública, entendiendo por tal las relacionadas en el art. 2.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril). Se excluyen, pues, de la posibilidad de celebrar contratos de colaboración social cualesquiera de las diversas sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y el resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local que, conforme a la normativa vigente, forman parte del sector público pero no son Administración Pública en sentido estricto, salvo que se trate de entidades sin ánimo de lucro, de acuerdo con lo previsto en el art. 213.3 de la LGSS. Por otra parte, sí pueden celebrar contratos de colaboración social las “entidades sin ánimo de lucro”, a tenor del art. 213.3, párrafo segundo, de la LGSS.*

*Pero, a diferencia de lo que hemos dicho respecto a las AAPP, recaerá sobre estas entidades sin ánimo de lucro, tanto si son públicas como si son privadas, la carga de acreditar documentalmente que las obras, trabajos o servicios objeto del contrato en cuestión tienen “utilidad social”, pues así lo exige terminantemente el art. 39,Uno,b) del R.D. 1445/1982, sin que baste su mera y simple declaración y sin poder beneficiarse de ninguna presunción de que los trabajos por ellas contratados tienen utilidad social y/o redundan en beneficio de la comunidad. Y, naturalmente, la virtualidad de esa acreditación podrá ser objeto de control por*

parte del Servicio Público de Empleo Estatal -que suministra los trabajadores desempleados que van a ser contratados- así como del pertinente control judicial, en su caso>>.

<<Analizaremos a continuación el **requisito de la temporalidad** ... El argumento de que, precisamente por esa necesidad de que el trabajador contratado sea un desempleado ya existe la temporalidad del objeto del contrato, encierra una clara petición de principio consistente en afirmar: el contrato es temporal porque legalmente tiene que serlo y, por lo tanto, su objeto cumple “necesariamente” la exigencia de temporalidad que la propia ley prescribe. Si ello fuera así, carecería de sentido que el artículo 39.1 del R.D. 1445/1982 exija a la Administración Pública contratante la acreditación de “la obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización” (letra a), así como “la duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores por especialidades y categorías” (letra c). Tales cautelas serían ciertamente superfluas si el carácter temporal de la contratación dimanara, simplemente, del hecho de que el trabajador contratado debe ser necesariamente un receptor de la prestación o subsidio de desempleo que, obviamente, no dura indefinidamente.

Pues bien, **en el presente caso los servicios prestados corresponden a las actividades normales y permanentes de la Administración demandada sin que se haya justificado ningún hecho determinante de temporalidad y habiéndose mantenido la relación durante más de dos años a partir de sucesivas prórrogas.** Por ello, la contratación efectuada no tiene amparo en el art. 213.3 de la LGSS ni en el Real Decreto 1445/1982 y, en consecuencia, no juega la exclusión de laboralidad prevista en el art. 213.3 LGSS y, al no existir tampoco causa válida de temporalidad, la denuncia extintiva formulada por la empresa constituye un despido improcedente, tal como se ha declarado en el fallo de instancia que confirma la sentencia recurrida. El recurso debe, por tanto desestimarse, con condena en costas de la Administración recurrente (art. 235.1 LRJS)>>.

La anterior doctrina es seguida, entre otras, en las SSTS/IV 22-enero-2014 (rcud 3090/2012, Ponente Arastey), 6-mayo-2014 (rcud 906/2013, Ponente López García de la Serrana) y 11-junio-2014 (rcud 1772/2013, Ponente Agustí).

**II.6.- No hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna.- No es posible pactar en un contrato de alto directivo que en caso de desistimiento por parte del empleador el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna: STS/IV 22-abril-2014** (rcud 1197/2013).

La afirmación con la que el Ponente Alarcón concluye afirmando que “No hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna” refleja la contundencia de la tesis que prosperó en el debate en Pleno dando lugar a la **STS/IV 22-abril-2014** (rcud 1197/2013, Pleno, Ponente Alarcón, voto particular Gilolmo, López García de la Serrana, Luelmo), en la que se concluye que no es posible pactar en un contrato de alto directivo que en caso de desistimiento por parte del empleador el trabajador no tendrá derecho a indemnización alguna. Se argumentaba, en lo esencial, que:

*<<Pues bien, a juicio de esta Sala Cuarta, la **interpretación más lógica del art. 11.1, párrafo segundo del RD 1382/1985**, en sí mismo considerado, es que no lo permite. El precepto en cuestión se compone de tres elementos normativos, que son los siguientes: a) El legislador confiere directamente al alto directivo un derecho no condicionado a recibir una indemnización cuando su contrato se extinga por voluntad unilateral del empresario sin necesidad de justa causa alguna (desistimiento, dice el precepto con toda propiedad): “El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones...”; b) El legislador no establece directamente la cuantía de dichas indemnizaciones sino que se remite a la que pacten las partes: “...pactadas en el contrato”; c) El legislador establece una norma subsidiaria para el caso de que las partes no hayan pactado dicha cuantía: “a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días de salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades”.*

*Dada esa estructura y ese contenido del precepto, no parece lógico interpretar que el legislador permita un pacto –como el del caso de autos- cuyo contenido no se limite a fijar una cuantía diferente a esa subsidiaria sino que consista, lisa y llanamente, en eliminar toda indemnización. Si fuera así, el legislador incurriría en una palmaria contradicción con lo que él mismo establece en primer lugar y de manera terminante: el alto directivo “tendrá derecho”. Cabrán, pues, modulaciones varias de ese derecho pero no su completa ablación>>*

*Concluyendo que <<Es claro que el perjuicio que sufre un trabajador –en este caso alto cargo- por la pérdida de su trabajo es una consecuencia necesaria del desistimiento (que, como decimos, es, en definitiva, una falta de cumplimiento total para el futuro, poniendo fin a un contrato antes de la llegada del término pactado) por parte del empleador, perjuicio que debería ser siempre indemnizado. El libre desistimiento sin causa y sin indemnización alguna no parece cohonestarse muy bien con ese otro principio general del derecho de los contratos que dice que “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 C.c.), pues **no hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna>>**.*

### **III.- LEGADO BÁSICO EN MATERIA COLECTIVA.**

#### **III.1.- Ampliación del crédito horario de los delegados sindicales tomando como referencia el conjunto de trabajadores de la empresa y no el de cada centro de trabajo, cuando ha sido el ámbito de empresa el tomado en consideración para la elección de los delegados sindicales: STS/IV 18-julio-2014 (rco 91/2013).**

La referida doctrina que amplía la interpretación hasta entonces aplicable del art. 10.3 LOLS en relación con el art. 68 ET, otorgando mayor crédito horario a los delegados sindicales, con especial incidencia en las empresas con numerosos centros de trabajo de escasas dimensiones, se contiene en la **STS/IV 18-julio-2014** (rco 91/2013, Pleno, ponente Alarcón; voto particular Gilolmo y López García de la Serrana).- En el resumen de la misma elaborado por el Ponente se sintetiza <<Delegados sindicales de sección sindical de empresa de ámbito estatal.- Derecho al crédito de horas para funciones de representación sindical otorgado por el art. 10.3 LOLS de acuerdo con la escala establecida en el art. 68 ET para los representantes unitarios, si bien referenciando su escala al conjunto de trabajadores de la empresa y no de cada centro de trabajo, dado que ese ha sido el ámbito tomado en consideración para la elección de los dos delegados sindicales.- Se rectifica doctrina contenida en la STS/IV 30-abril-2012 (rco 47/2011)>>.

En dicha sentencia se razona, entre otros extremos, que:

<<a diferencia de lo que ocurre con el Comité de Empresa –que, pese a llamarse así, es en realidad, en nuestro sistema, un Comité de centro de trabajo de 50 o más trabajadores: art. 63.1 ET- la Sección Sindical de Empresa sí hace honor a su nombre. El art. 10.1 de la LOLS dice que podrán constituirse “en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores”. La diferencia con el Comité es clara: para el Comité la referencia es el centro de trabajo; y sólo en ciertos casos se podrá constituir o un “comité de empresa conjunto”, para posibilitar la representación unitaria cuando hay varios centros de trabajo pero de menos de 50 trabajadores (art. 63.2 ET) o el “comité intercentros” para el supuesto contrario: muchos centros de trabajo con Comités a los que les puede interesar coordinarse (art. 63.3 ET). Por el contrario, para los Delegados Sindicales la referencia que aparece en primer lugar es la empresa y solo “en su caso” aparece el centro de trabajo. Y la razón del legislador es perfectamente razonable: ¿Cuántos centros de trabajo de más de 250 trabajadores hay en nuestro país? Muy pocos. Tan pocos que si la exigencia de esa cifra para poder contar con Delegados Sindicales con los derechos y garantías establecidos en el art. 10 de la LOLS apareciera en relación a cada centro de trabajo eso equivaldría a dedicar nada menos que un artículo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical a un supuesto de hecho realmente marginal. Esta diferencia entre los representantes unitarios (regla general: para centros de trabajo de 50 o más trabajadores) y los Delegados Sindicales (regla general: para empresas de más de 250 trabajadores) debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar el alcance de las remisiones del régimen jurídico de unos a otros>>.

Tras rebatir la doctrina contenida en la citada sentencia 30-abril-2012 que rectifica indicando que:

*<<Pero recientemente se planteó un caso en el que se daba la particularidad de que en una empresa no existían centros de trabajo con 50 o más trabajadores por lo que no podían constituir Comités de Empresa pero sí alcanzaban dicha cifra sumando los trabajadores de varios centros de una provincia por lo que, haciendo uso de la posibilidad abierta por el art. 63.2 del ET, constituyeron un Comité de Empresa conjunto. Pues bien, en este caso (resuelto por la STS de 30/4/2012, rc 47/2011), dado que esos trabajadores de todos los centros de trabajo de la provincia sumaban más de 250 se reconoció el derecho a un sindicato –que acreditaba los demás requisitos de implantación y representatividad exigidos por el art. 10 de la LOLS- a tener un Delegado Sindical/LOLS, pero se insistió en la idea –que ahora rectificamos- del paralelismo entre la representación unitaria y la representación sindical, de tal manera que si la representación unitaria toma como referencia el centro de trabajo, la Sección Sindical de Empresa y sus Delegados Sindicales también deben tomar esa referencia y no el conjunto de la empresa; salvo en un caso en que, precisamente, lo que exista sea un Comité de Empresa conjunto de ámbito provincial en cuyo supuesto –claramente excepcional- sí cabe tomar esa referencia superior>>.*

Se concluye que *<<En definitiva, corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical. Y, si ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo>>.*

La anterior doctrina ha sido tenida en cuenta, entre otras, en la STS/IV 30-enero-2015 (rcud 3221/2013, Ponente Virolès), sobre la determinación del ámbito de constitución de los delegados sindicales en empresa que gestiona el servicio público de un Área de Salud, en la que aun no apreciando el presupuesto de contradicción ex art. 219.1 LRJS, recuerda que la doctrina de la Sala *<<ha sido rectificada por sentencia de 18 de julio de 2014 (rco 91/2013), en la que señalamos en síntesis que: “corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical. Y, si ha optado por el nivel de empresa, la aplicación de la escala del artículo 68 ET para determinar el número de horas sindicales a que tendrá derecho cada Delegado Sindical debe hacerse interpretando que el número de trabajadores a que se refiere cada uno de los niveles de esa escala es el de la empresa en su conjunto y no el de cada uno de sus centros de trabajo”>>.*

La doctrina referida se aplica sobre la cuestión de fondo en la STS/IV 23-septiembre-2015 (rco 253/2014, ponente Salinas), afirmando que *<<Siendo éste el único motivo por el que se combate la cuestión de fondo resuelta por la sentencia impugnada y debiendo el mismo, por lo expuesto, ser desestimado, debe confirmarse la referida sentencia que resuelve con base, esencialmente, en la doctrina contenida en nuestra STS/IV 18-julio-2014 (rco 91/2013 –rco 91/2013, Pleno), en la que se razona, sobre el cambio de doctrina que en la*



*misma se efectúa, que “recientemente se planteó un caso en el que se daba la particularidad de que en una empresa no existían centros de trabajo con 50 o más trabajadores por lo que no podían constituir Comités de Empresa pero sí alcanzaban dicha cifra sumando los trabajadores de varios centros de una provincia por lo que, haciendo uso de la posibilidad abierta por el art. 63.2 del ET, constituyeron un Comité de Empresa conjunto. Pues bien, en este caso (resuelto por la STS de 30/4/2012, rc 47/2011), dado que esos trabajadores de todos los centros de trabajo de la provincia sumaban más de 250 se reconoció el derecho a un sindicato –que acreditaba los demás requisitos de implantación y representatividad exigidos por el art. 10 de la LOLS- a tener un Delegado Sindical/LOLS, pero se insistió en la idea –que ahora rectificamos- del paralelismo entre la representación unitaria y la representación sindical, de tal manera que si la representación unitaria toma como referencia el centro de trabajo, la Sección Sindical de Empresa y sus Delegados Sindicales también deben tomar esa referencia y no el conjunto de la empresa; salvo en un caso en que, precisamente, lo que exista sea un Comité de Empresa conjunto de ámbito provincial en cuyo supuesto –claramente excepcional- sí cabe tomar esa referencia superior” y en la que se concluye que “la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical”>>.*

### **III.2.- Rigurosidad en la interpretación de la exigencia de negociación de buena fe en los despidos colectivos, con la derivada declaración de nulidad del despido en casos de incumplimiento: SSTS/IV 11-abril-2014 (rco 170/2013) y 21-mayo-2014 (rco 162/2013).**

El Magistrado Alarcón en diversas ponencias defendidas ante el Pleno de la Sala IV en supuestos de despido colectivos acreditó una loable rigurosidad en la interpretación de la exigencia de negociación de buena fe en los despidos colectivos, con la derivada declaración de nulidad del despido en casos de incumplimiento. Así, entre otras, en la **STS/IV 11-abril-2014** (rco 170/2013, Pleno, Ponente Alarcón, empresa “Alcorimp, S.L.U.”) o en la **STS/IV 21-mayo-2014** (rco 162/2013, Pleno, Ponente Alarcón, voto particular López García de la Serrana y Gilolmo, empresa “Agencia Valenciana de Movilidad”), declarándose en esta última que:

*<<Pasando a los motivos de fondo, el cuarto motivo denuncia la infracción del art. 51.2, párrafos primero y octavo del ET. La infracción consistiría en haber apreciado el tribunal a quo que **la empresa no cumplió el deber de negociar de buena fe** cuando, en realidad, quien –según el recurrente- incumplió tal deber fue la representación de los trabajadores. Tal aseveración del recurrente se basa, en realidad, en el fallido intento del motivo anterior destinado a demostrar que hubo mala fe en la negociación por parte de los trabajadores al pretender la subrogación en los contratos de todos los trabajadores, olvidando que ... ya desde la primera reunión, la representación de los trabajadores propuso medidas alternativas conducentes a mitigar las consecuencias dañosas de los despidos que, por tanto, se admitían como posibles, no siendo cierto que su única postura en la negociación fuera la maximalista de no admitir ningún despido. Lo que sí es cierto, en cambio, es que la postura de la empresa no varió ni un milímetro a lo largo de toda la negociación, parapetándose, una y otra vez, en lo dispuesto en las Resoluciones de la Consellería de tutela. La única excepción fue la oferta puntual –y finalmente no mantenida- de repartir 108.000 euros entre todos los*

*despedidos, que la propia sentencia considera ... que ni siquiera puede considerarse tal: “No puede ser tenida por tal contraoferta la alegación en la reunión mantenida el 30/11/2012 de que se podría llegar a disponer de la cantidad de 108.000 euros para mejoras a distribuir entre los trabajadores afectados...”. De una lectura completa y atenta de las actas de las reuniones realizada por esta Sala se llega a la conclusión –en este caso no compartida por el Ministerio Fiscal- de que no ha habido por parte del tribunal de instancia ningún defecto de interpretación y, por ende, infracción alguna del art. 51.2 del ET. El motivo debe rechazarse>>.*

#### **IV.- LEGADO BÁSICO EN CUESTIONES DE SEGURIDAD SOCIAL: especial referencia a la STS/IV 28-octubre-2014** (rcud 1600/2013).

Sin poder abordar en esta apretada síntesis de las actuaciones jurídicas más trascendentes del Magistrado Alarcón en una materia tan estudiada por el mismo en su faceta de Profesor universitario como es la seguridad social, y su reflejo en múltiples sentencias, presididas todas ellas por los principios contenidos en el art. 41 CE (“*asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*”), especialmente en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, destacando la insuficiencia y las contradicciones normativas especialmente en la protección de las parejas de hecho; selecciono, por su el profundo y encendido debate que generó, la **STS/IV 28-octubre-2014** (rcud 1600/2013, Ponente Alarcón, voto particular de Castro), sobre la **compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con una pensión de jubilación parcial causada en virtud de un trabajo distinto al que dio origen a aquélla**. Se razona, para llegar a la anterior conclusión, que:

*<<Se trata de una interpretación plenamente coherente con el encaje de la **jubilación parcial** y de la **incapacidad permanente total** en el conjunto de nuestro sistema de Seguridad Social, cuyas prestaciones tienen como función proporcionar al beneficiario una renta sustitutoria de las rentas profesionales que deja involuntariamente de percibir por el acaecimiento de tales contingencias. De ahí que la pensión de incapacidad permanente total solamente otorgue el 55 % de la base reguladora habida cuenta de que al sujeto le queda una capacidad de trabajo suficiente para poder percibir, en una actividad distinta, una renta profesional que, obviamente, es compatible con el percibo de la pensión de IPT derivada de la primera actividad. Y, por esa misma razón, si el trabajador decide jubilarse parcialmente de dicha segunda actividad es completamente lógico que –sin pérdida de su pensión de IPT– perciba la correspondiente pensión sustitutoria de la parte de renta profesional que deje de percibir por esa segunda actividad, en la que seguirá trabajando parcialmente con la correspondiente reducción salarial. **Cuando deje de hacerlo, pasará a la jubilación total que sí es incompatible con la IPT.** Cosa distinta es que no haya tal segunda actividad sino que el trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total haya continuado trabajando en la misma actividad –“en virtud del mismo contrato”, precisa el art. 14 del RD 1131/2002– en cuyo caso el Reglamento citado sí declara expresamente incompatibles la pensión de IPT con la de jubilación parcial, quizás porque el legislador reglamentario ha entendido que, en tal caso, lo lógico será pasar directamente a la situación de jubilación completa, cuya pensión será superior a la pensión de IPT; en el caso muy extraño de que así no fuera, el sujeto podrá optar por seguir percibiendo exclusivamente la pensión de IPT.*

*Por otra parte, las cotizaciones que se computan para la jubilación (tanto a efectos de período de carencia como de cálculo de la cuantía) son cotizaciones que, con suma frecuencia, han dado lugar a otras prestaciones –de desempleo, de incapacidad temporal para el trabajo, etc.- a lo largo de la vida del beneficiario. De ahí que no es coherente con el funcionamiento general del sistema que se diga, como hace la sentencia recurrida, que las cotizaciones que se computaron para otorgar la IPT no pueden ser tenidas en cuenta para conceder una pensión de jubilación, tanto si ésta es completa como si es parcial>>.*

## **V.- LEGADO BÁSICO EN TEMAS PROCESALES.**

**V.1.- Interpretación extensiva de la competencia del orden social en materia de libertad sindical aunque la cuestión afecte directamente a un delegado sindical que ostente la condición de funcionario público, y no de trabajador por cuenta ajena, pues quien padece la falta de reconocimiento del delegado sindical no son los concretos empleados públicos, sean funcionarios o laborales –pues unos y otros existen en la empresa- sino el propio Sindicato como tal: STS/IV 8-julio-2014** (rco 282/2013).

Esta doctrina extensiva de la competencia del orden social se inicia en la **STS/IV 8-julio-2014** (rco 282/2013, ponente Alarcón), relativa al derecho de un sindicato, a través de su sección sindical y de sus delegados sindicales, a recibir determinadas informaciones de la empresa, en la que se negaba por la Administración pública empleadora la competencia del orden jurisdiccional social argumentando la recurrente que la petición de algunas de las informaciones en cuestión se había realizado por miembros del sindicato que prestan sus servicios en la empresa en calidad de funcionarios, rechazándose en la citada sentencia la referida excepción con el argumento de que:

*<<la cuestión es que quien padece –si es que ello se confirma- la carencia de información que se denuncia no son los concretos empleados públicos, sean funcionarios o sean contratados laborales –pues unos y otros existen en la empresa- sino el propio Sindicato CGT como tal, que tiene constituida en el seno de la empresa una sección sindical mixta, que está representada por 9 Delegados Sindicales de acuerdo a lo establecido en los artículos 8 y 10 de la LOLS, al contar con representación superior al 10 por ciento tanto en el Comité de Empresa (laboral) como en la Junta de Personal (funcionario), y que está integrada por todos los afiliados –sean funcionarios o laborales- a la CGT, sindicato que ve dificultado su derecho a la acción sindical, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, al verse privado de esas informaciones a las que tiene derecho a acceder como tal sindicato representativo en el seno de la empresa y que, como veremos, son de interés general para todos los empleados de la empresa y tienen un carácter inescindible. Por lo tanto es indiferente que la persona concreta que, en nombre del sindicato CGT, solicite la información sea funcionario o laboral>>.*

La anterior doctrina es seguida, entre otras, por las **SSTS/IV 23-septiembre-2015** (rco 253/2014, ponente Salinas).

**V.2.- El derecho de los representantes sindicales a recibir información de la empresa en las mismas condiciones que los representantes de los trabajadores forma parte del contenido del derecho de libertad sindical,**

**por lo que si se impugna su vulneración es adecuada la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas que, en el orden social, constituye el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona: STS/IV 8-julio-2014** (rco 282/2013).

En la misma ya citada **STS/IV 8-julio-2014** (rco 282/2013, ponente Alarcón), se desestima la excepción de inadecuación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas opuesta por la Administración pública empleadora, afirmándose que el derecho de los representantes sindicales a recibir información de la empresa en las mismas condiciones que los representantes de los trabajadores forma parte del contenido del derecho de libertad sindical, por lo que si se impugna su vulneración es adecuada la referida modalidad procesal de tutela, el que, en el orden social, constituye el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Se razona que:

*<<no es cierto que aquí se esté ventilando una cuestión de mera legalidad ordinaria. Por el contrario, el derecho que tienen los Sindicatos con suficiente representatividad en la empresa, como es el caso de CGT, a recibir determinadas informaciones (a través de los Delegados Sindicales que representan a la Sección Sindical de Empresa) les viene reconocido por el artículo 10.3,1º de la LOLS: “tener derecho a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa”; o a la más específica que, en materia de Seguridad y Salud Laboral, deba la empresa proporcionar a los Delegados de Prevención, puesto que, en definitiva, estos no son otra cosa que los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo” (art. 35.1 LPRL). Pues bien, la LOLS es, de acuerdo con el artículo 81 CE, la que contiene el desarrollo del derecho fundamental de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 CE y, por lo tanto, todos los derechos sindicales (y muy singularmente el derecho de acción sindical en la empresa: art. 8), competencias, facultades y garantías que en ella se contienen forman parte de ese derecho genérico (o macroderecho) de libertad sindical y gozan de un procedimiento especial de tutela como prescribe el artículo 13 de la LOLS: “Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical (sic, en plural), por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas, o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona”. Y ese proceso, en nuestro caso, no es otro que el regulado en los artículos 177 a 184 de la LRJS, que el sindicato demandante ha utilizado.*

*Lo que hace la sentencia recurrida aceptando la adecuación de este proceso de tutela de derechos fundamentales es –en contra de lo que pretende la recurrente- plenamente respetuoso con la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS y con la jurisprudencia constitucional. Y, de hecho, la propia sentencia recurrida cita, entre otras, nuestra STS de 3/5/2011 (Rec. 168/2010) en la que afirmamos: “(...) tales representantes no sólo gozan del derecho recibir información del empresario acerca de las cuestiones que han quedado señaladas. Pesa también sobre ellos el deber de mantener informados a sus representados «en todos los temas y cuestiones señalados... en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales» (art. 64.1.12 LET). Como hemos tenido la*

*oportunidad de decir en anteriores ocasiones, esa transmisión de noticias de interés sindical, ese flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores, «es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical» (SSTC 94/1995, de 19 de junio, F. 4; y 168/1996, de 25 de noviembre, F. 6).”. Y en idéntico sentido se pronuncia la STS de 30/11/2009 (Rec. 129/2008), precisamente en un caso en que se condenó a la misma empresa y por el mismo tipo de comportamiento que en el caso de autos>>.*

La anterior doctrina es seguida, entre otras, por las SSTS/IV 15-julio- 2015 (rco 115/2014, ponente Agustí), 23-septiembre-2015 (rco 253/2014, ponente Salinas) y 21-diciembre-2015 (rco 56/2015, ponente López García de la Serrana).

**V.3.- La flexibilización de la doctrina que exigía que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial: STS/IV 27-marzo-2015** (error judicial nº 3/2014).

Realmente en la que podemos considerar como la última sentencia que desgraciadamente pudo dictar el Magistrado Alarcón, incluso completada desde el centro hospitalario en que se encontraba ingresado, se sigue evidenciando su ideal de Justicia rechazando interpretaciones restrictivas en perjuicio de quienes podían tener la razón en sus pretensiones.

En efecto, en la STS/IV 27-marzo-2015 (error judicial nº 3/2014, Ponente Alarcón), se flexibiliza la doctrina que exigía que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, afirmándose, en el supuesto enjuiciado, que concurría una interpretación manifiestamente errónea de cláusula de póliza de seguro con desconocimiento total de los términos de la misma y existía error judicial al negarle la indemnización correspondiente a su situación de IPA derivada de accidente de trabajo, argumentando erróneamente que solo comprendía la póliza la cobertura de la incapacidad derivada de enfermedad profesional, cuando en otro apartado principal de la misma se pactó que cubría todo tipo de accidentes “*que puedan sufrir las personas aseguradas, tanto durante el desempeño de sus funciones profesionales al servicio de la Entidad Mutualista como en su vida privada*”. Se argumenta que:

*<<De lo expuesto se deduce claramente, sin necesidad de compleja interpretación jurídica, que conforme al punto I (objeto y alcance) de la póliza de seguro y con carácter general se estipula que dicho seguro "tiene por objeto la cobertura de los accidentes que puedan sufrir las personas aseguradas, tanto en el desempeño de sus funciones profesionales al servicio de la Entidad Mutualista como en su vida privada" y con tal amplitud no cabe duda jurídica que el supuesto del demandante de error judicial, declarado incapaz permanente absoluto como consecuencia de accidente de trabajo, estaba incluido plenamente en la póliza, la que incluso le habría cubierto tratándose de un accidente no laboral.*

*No obstante, la Sala sentenciadora no ha examinado ni valorado, con claro error, el referido punto I de la póliza de seguro, y ha interpretado que lo único que se cubría en tal seguro era lo que realmente constituía una mera adición a la cláusula general totalmente ignorada, consistente en que también quedaban incluidas en las garantías del seguro los riesgos derivados de "D) La incapacidad Absoluta derivada de las Enfermedades Profesionales silicosis y/o siderosis", y teniendo en cuenta exclusivamente dicho apartado de la póliza concluye, erróneamente, que como la situación de incapacidad absoluta del demandante no derivaba de enfermedad profesional "silicosis y/o siderosis" no tenía derecho a lo solicitado.*

*Pues bien, en aplicación de esta doctrina es claro que la demanda de error judicial debe ser estimada. **La respuesta judicial** –ignorando de manera paladina la expresa inclusión en la póliza de seguro de un supuesto como el de autos en el que se produce una Incapacidad Permanente Absoluta derivada de Accidente de Trabajo y denegando la indemnización solicitada sobre la base de que no concurre la enfermedad profesional de silicosis o siderosis, tema que no tiene absolutamente nada que ver con la pretensión ejercitada- **es manifiestamente errónea y como tal debe ser declarada**>>.*