

BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

AJFV

Número 32
Julio 2020



In memoriam:

Miguel Ángel Limón Luque

DESPIDO COLECTIVO QUE FINALIZA CON ACUERDO ENTRE LA EMPRESA Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Felipe Soler Ferrer

Magistrado

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social)

LA SENTENCIA DE GRAN SALA DEL TEDH LÓPEZ RIBALDA II Y OTRAS CONTRA ESPAÑA TRAS LA NUEVA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.

Miguel Ángel Limón Luque

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 5 Las Palmas de Gran Canaria

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y POLIGAMIA: Los últimos no siempre serán los primeros...

Susana María Molina Gutiérrez

Magistrada

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -Valladolid- (Sala de lo Social)

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: Del aguinaldo a la cesta de Navidad.

Alicia Cano Murillo

Magistrada

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social)



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Ramón Gimeno Lahoz



ISSN: 2605-275X

RESUMEN VOCES

DESPIDO COLECTIVO QUE FINALIZA CON ACUERDO ENTRE LA EMPRESA Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES. En los procesos individuales de despido no puede revisarse la concurrencia de las causas justificativas invocadas por la empresa, que han sido asumidas por los representantes legales de los trabajadores con la firma del acuerdo. Voto particular

Felipe Soler Ferrer

Magistrado

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social)

RESUMEN: *Tras la reforma laboral de 2012 el despido colectivo puede derivar en dos tipos de procedimientos: a) El colectivo, cuando es impugnado por los representantes legales de los trabajadores o sindicatos, por la Autoridad Laboral (o incluso por la empresa, cuando no ha sido impugnado por los ante-*

riores sujetos, para que se declare ajustada a Derecho la decisión); y b) Los individuales, interpuestos por los trabajadores afectados. La LRJS establece que el procedimiento colectivo (tanto la sentencia como el acuerdo de conciliación judicial) tiene eficacia de cosa juzgada sobre los procedimientos individuales. De

existir sentencia en el pleito colectivo que declara que concurren las causas alegadas por la empresa, éstas no pueden cuestionarse en los procedimientos individuales posteriores. Pero la LRJS no aclara qué ocurre cuando se alcanza un acuerdo durante el periodo de consultas y no se da lugar a una impugnación colectiva. Duda que resuelve la sentencia analiza-

da, impidiendo cuestionar en los procedimientos individuales las causas que han sido aceptadas por la representación de los trabajadores en el acuerdo de finalización del periodo de consultas.

PALABRAS CLAVE: *Despido colectivo, despido individual, cosa juzgada, periodo de consultas, acuerdo.*

COMENTARIO

El Tribunal Supremo (TS) dictamina por tanto que las causas del despido colectivo pactado no pueden revisarse en pleitos individuales. Para determinar qué alcance debe atribuirse en el proceso individual de despido al pacto alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores sobre la concurrencia de la causa justificativa de la decisión empresarial de despido colectivo, cuando el periodo de consultas finalizó con acuerdo que no ha sido impugnado por los legitimados para activar el proceso de despido colectivo, el TS ha valorado especialmente que aun cuando en los despidos colectivos (art. 51 ET) la norma no incluye expresamente una presunción de existencia de las causas cuando el periodo de consultas finaliza con acuerdo, y sí se establece en cambio en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión de contrato y reducción de jornada (art. 47 ET) y descuelgue de convenio (art. 82 ET), no existen a juicio del TS razones para pensar que se haya queri-

do otorgar un tratamiento distinto al despido colectivo frente a esas otras situaciones de crisis empresarial, en lo que se refiere a la validez y eficacia de lo pactado entre la empresa y la representación de los trabajadores, que avalen un tratamiento distinto de dichas situaciones. Para ello, se basa en los siguientes argumentos:

- 1) El análisis sistemático y finalista de todo el conjunto normativo como, por ejemplo, el hecho de que la Ley Concursal da un tratamiento unitario a todas estas situaciones. Ya que el juez del concurso debe aceptar el acuerdo logrado entre las partes negociadoras, salvo vicios como fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, lo que sugiere que el legislador desea un régimen uniforme de todas las situaciones, y por tanto la exclusión del conocimiento por el juez de las causas de despido.
- 2) El art. 124.13 LRJS fija las reglas del procedimiento de impugnación individual y no hace mención a la posibilidad de impugnar las causas del despido colectivo.
- 3) El procedimiento colectivo, según se recoge en el art. 124 LRJS, sí prevé

expresamente la posibilidad de plantear demanda por no concurrir la causa legal invocada por la empresa y, por otro lado, impide que se discuta en el pleito colectivo las reglas de prioridad de permanencia (que deberá realizarse en el procedimiento individual). Por tanto, la finalidad del legislador es que en los procedimientos colectivos se discuta sobre la concurrencia de las causas justificativas que inciden por igual sobre todos los trabajadores, reservando a los pleitos individuales el análisis de las cuestiones estrictamente individuales atinentes singularmente a cada uno de los trabajadores demandantes. Si se admitiese que en cada pleito individual se pudieran cuestionar las causas que han sido aceptadas por la representación de los trabajadores al alcanzar el acuerdo, se desincentivaría la concesión de acuerdos, que es precisamente el objeto esencial del periodo de consultas. La reforma laboral perseguía evitar la posibilidad de que pudieran suscitarse multitud de pleitos individuales en los que pudiese discutirse la concurrencia de la causa de despido, alcanzando resultados contradictorios con la desigualdad de trato e inseguridad jurídica que ello supone, y pese a la existen-

cia de un acuerdo en sentido contrario con la representación de los trabajadores.

4) No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores, pues en el despido colectivo la aceptación de la concurrencia de las causas legales que lo justifican en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, entra dentro del marco que corresponde a la negociación colectiva y no supone invadir el ámbito de derechos individuales indisponibles del trabajador.

5) La conclusión contraria podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de la empresa, que debería soportar múltiples procesos por la misma causa. Máxime, cuando el TS ya ha declarado que la empresa no puede interponer la acción de jactancia cuando el periodo de consultas ha finalizado con el acuerdo de todos los representantes de los trabajadores, ya que no tendría oposición en el proceso judicial.

La sentencia cuenta con el voto particular de 5 Magistrados, para los que sí cabe examinar en los procedimientos individuales la existencia de la causa justificativa de la medida aunque el despido colectivo haya

finalizado con acuerdo, pues la exclusión de esa posibilidad carece de previsión expresa

en la ley y podría comportar una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

RESUMEN VOCES

LA SENTENCIA DE GRAN SALA DEL TEDH LÓPEZ RIBALDA II Y OTRAS CONTRA ESPAÑA TRAS LA NUEVA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. ¿Una decisión inaplicable?

Miguel Ángel Limón Luque

Magistrado

Juzgado de lo Social nº 5 Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN: *En España se ha introducido una nueva legislación en materia de protección de datos en 2018 que entró en vigor a caballo entre la doctrina establecida por la sentencia de Sala fijada en el asunto López Ribalda y la reciente sentencia de Gran Sala de 17-10-2019 (denominada López Ribalda II). El comentario*

pretende poner de manifiesto las dificultades de aplicación de la doctrina del TEDH tras la modificación legislativa producida en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: *Protección de datos, cámaras, videovigilancia, derecho a la intimidad, prueba, nulidad.*

COMENTARIO

Hace escasos meses, el 17 de Octubre de 2019, se ha hecho pública la esperada sentencia de Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto López Ribalda y otros contra España. La sentencia, con importante voto particular, viene a revocar parcialmente la sentencia previa de Sala del mismo Tribunal, que había apreciado vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el caso del despido de unas trabajadoras que realizaban trabajos, en la mayoría de los casos, como cajeras, de una conocida cadena de supermercados, y que fueron despedidas a raíz de que la empresa ubicó unas cámaras especiales -sin aviso de ningún tipo- enfocando hacia los puestos de trabajo de caja de los supermercados afectados, ante las sospechas de existencia de hurtos. Existían otras cámaras que se conocían y estaban identificadas, pero no aquellas, más pequeñas, que se colocaron especialmente para

hacer el seguimiento de lo que sucedía en las cajas, lo que se llevó a cabo durante un período de diez días.

Las trabajadoras fueron despedidas, tras asistir a una reunión con la empresa en la que se les informó de los hechos que se les imputaba, en presencia de una delegada sindical, y se ofrecía la firma de un finiquito a cambio de renunciar la empresa a acciones penales. Unas trabajadoras firmaron y otras no. En el procedimiento nacional, la defensa de las trabajadoras no centró su debate en la petición de despido nulo, sino en la ilicitud de la prueba de video obtenida por la empresa, al no haber advertido previamente a los trabajadores de que iban a ser grabados (art. 90.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE 11 de Octubre de 2011).

La sentencia de instancia llegó a la conclusión de que la prueba no suponía una vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras implicadas. El Tribunal Superior de Justicia, que conoció del recur-

so de suplicación planteado frente a ambas sentencias, entró en mayores detalles, citando, en particular, la STC 186/2000 de 10 de julio, ECLI:ES:TC:2000:186, relativo a un supuesto similar de videovigilancia, entendiendo que la prueba así tomada por el empleador era acorde con los derechos fundamentales si existía la sospecha de una conducta ilícita grave por parte de los trabajadores implicados y la medida aplicada era proporcional al objetivo buscado. Hay que recordar que, en el momento en que se producen los despidos, la normativa vigente era la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE 14 de diciembre de 1999 (en adelante, Ley 15/99), en concreto, los arts. 5 y 6 de la misma, preceptos genéricos de los que se deducía una obligación de información también a los trabajadores de la existencia de la grabación, pero sin la necesidad de obtener consentimiento expreso para la grabación de los

datos cuando se relacionen con el contrato de trabajo del trabajador¹. No existía regulación específica de la videograbación en el lugar de trabajo, con independencia del alcance que pudiera dársele al art. 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, BOE 24 de Octubre de 2015, en adelante LET). Según se expone en los antecedentes de hecho de la sentencia de Gran Sala, aunque el TSJ no mencionó expresamente el art. 5 de la Ley 15/99, y la obligación de previa información a los trabajadores y/o a sus representantes, el Tribunal justificó su inaplicación en que la empresa temía que la comunicación del sistema de videovigilancia implantado pudiera dejar sin efecto la medida acordada. Las decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional no aportaron elementos al debate, puesto que, en el primer caso, se estimó la concurrencia de falta de contradicción, y

1 En este sentido, citada por la propia sentencia del TEDH, ha de mencionarse la STC 39/2016, de 3 de marzo, ECLI:ES:TC:2016:39, poniendo de manifiesto esta dualidad de información/falta de consentimiento.

en el segundo caso, se apreció inexistencia de vulneración de un derecho fundamental.

La sentencia del TEDH de Sala de 9 de enero de 2018 sostuvo que existía en la legislación española una norma legal (el art. 5 de la Ley 15/99) que establecía la obligación de informar a los trabajadores de la grabación y no podía sostenerse que el empleador no pudiera utilizar otros medios menos invasivos para alcanzar el fin perseguido, la protección de sus intereses empresariales. El empresario debía informar a los trabajadores de la instalación de las videocámaras, entre otras razones, porque las sospechas de robo o hurto eran genéricas y no específicas sobre unos concretos trabajadores y la medida no se había concretado en el tiempo. La conclusión lógica de la posición de la sentencia de Sala que se podía desprender era que, con carácter general, el empleador había de cumplir con la normativa en materia de protección de datos si quería establecer un sistema de videograbación en determinadas zonas de la empresa para proteger sus intereses empresariales. La sentencia no

excluía que en casos más extremos, en el que las sospechas de robo o hurto fueran aún más concretas, y de utilizarse videograbaciones más selectivas y específicas, pudiera entenderse que no había vulneración del art. 8 del CEDH. Pero, en todo caso, suponía una mayor tutela frente al derecho a la intimidad y a la propia imagen que la otorgada por el TC en supuestos previos, exigiendo un juicio de proporcionalidad y necesidad más estricto. Y tras la sentencia de Sala y antes de pronunciarse la de Gran Sala, el legislador español intervino, modificando el régimen jurídico aplicable a través de una nueva Ley de Protección de Datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, BOE, 6 de diciembre de 2018 (en adelante, Ley 3/18).

Finalmente, se hizo pública la sentencia de Gran Sala. Esta, como es sabido, llega a conclusiones similares a las ya establecidas por el Tribunal Constitucional español, y, apartándose de la doctrina de la sentencia de la Sala del TEDH precedente,

la nueva sentencia considera que la utilización de las videocámaras en el caso en cuestión fue proporcional, porque existía una sospecha razonable de hurto o robo, la duración de la medida fue limitada en el tiempo (diez días, hasta que se identificaron a los culpables) y las grabaciones se utilizaron exclusivamente con fines disciplinarios laborales. Añade la sentencia que se aprecia, efectivamente, en la conducta del empleador, la vulneración del art. 5 de la Ley 15/99, pero los empleados podían haber acudido para defender sus intereses a una específica reclamación ante la Agencia de Protección de Datos, cosa que no hicieron. La sentencia tiene un relevante voto particular, que pone énfasis en las dos cuestiones más discutibles que se encuentran en esta “vuelta atrás” jurisprudencial: 1) la incongruencia que supone considerar proporcionada y adecuada una conducta

empresarial que ha incumplido una norma como es el art. 5 de la Ley 15/99 (en particular, en el marco del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas); y 2) dejar en manos privadas la represión de conductas ilícitas (particularmente, las de relevancia penal) que habrían de llevarse a cabo en exclusiva por el Estado (los cuerpos y fuerzas de seguridad públicos).

En los antecedentes de hecho de la sentencia de Gran Sala, se pone de manifiesto, en el apartado correspondiente al Derecho comparado, que países como Alemania y Reino Unido tienen regulaciones que permiten la videograbación en caso de sospecha de comisión de un delito o de una conducta ilícita grave. Algo parecido hubiera podido interpretarse en el caso de la legislación española, pese a que

2 Este precepto fue declarado parcialmente inconstitucional en cuanto a las potestades exorbitantes que otorgaba el precepto a la Administración por STC 292/2000, de 30 de noviembre, ECLI:ES:TC:2000:292, en relación con los derechos a la protección de datos, si bien, no afectaron a los supuestos que se reseñan en el texto principal.

se trata de un argumento que en López Ribalda, no utilizó ni el Gobierno español ni el Tribunal en sus argumentaciones: el art. 24 de la Ley 15/99 establece que “lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información (...) afecte a la Defensa nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales (...)”². Tampoco se argumentó desde el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, que podría constituir una excepción para que el empleador pudiera perseguir incumplimientos graves y culpables en el ámbito de la relación laboral, siempre sometidos al imprescindible test de necesidad y proporcionalidad.

Con la entrada en vigor de la Ley 3/18, se ha introducido un art. 20 bis en la LET que remite en este concreto punto a la legislación de protección de datos. El art. 5 de la Ley 15/99 no regulaba específicamente la videovigilancia y grabación en los lugares de trabajo, pero la nueva Ley de 2015 sí lo hace de forma expresa. Así el art. 89

regula el *Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo señalando que “1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.*

*En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica. (...)*³.

Sí que interesa mencionar el art. 22.4, de especial trascendencia por remisión del art. 89, dice que *“El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679⁴ se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.*

En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento”.

La regla general, por tanto, ahora, es, de forma explícita, la información clara y expresa de las medidas de videograbación a los trabajadores o, en su caso a sus representantes. Y la excepción prevista para los supuestos ilícitos consistentes en conductas flagrantes (aquí hay que entender incluidas, no solo las conductas penales, sino cualquier conducta contraria a las obligaciones contractuales laborales) exige que exista un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible indicando que existen cámaras grabando la conducta. No más cámaras ocultas ante situaciones sospechosas.

La conclusión es que no cabe intromisión en la esfera privada laboral si no es para la persecución de conductas flagrantes siempre con la previa existencia de un dispositivo informativo mínimo. Esto significa, a

³ El art. 90 se ocupa de regular la utilización de los sistemas de geolocalización, que ahora no interesan para analizar el tema propuesto.

⁴ Reglamento (UE) 2016/679 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE 4 de mayo de 2016.

mi entender, que la videograbación en caso de sospecha fundada de delito o de incumplimiento grave y culpable en el seno de la relación laboral, exige la existencia de un dispositivo informativo y la previa información sobre la existencia de cámaras. El empleador, a mi entender, podrá utilizar como prueba en el acto del juicio un video grabado para acreditar la comisión flagrante de una conducta ilícita si existen, al menos, carteles indicativos de videograbación. Pero no en otro caso. Esta interpretación de la regulación legal supone, en mi opinión, que ya no puede acudirse a la sentencia de Gran Sala para justificar el uso de videograbaciones ante sospechas de ilícitos laborales (sean o no penalmente perseguibles), puesto que existe una norma jurídica específica que lo regula -incluso para el caso de actos ilícitos- de tal forma que, ante la sospecha de la comisión de un delito en el centro de trabajo solo caben dos alternativas: 1) la previa información o la colocación, cuando menos, de carteles informativos con carácter previo a la adopción de la medida (actuación preventiva que permitiría con poste-

rioridad la grabación de las imágenes); 2) acudir a las fuerzas y cuerpos de seguridad, para que realicen la investigación pertinente y pongan los medios para atrapar a los culpables. Debemos recordar que estamos ante obligaciones positivas del Estado, por lo que el Estado tiene margen para establecer los límites del derecho a la protección de datos en la esfera de la relación laboral, y el Estado, a partir de 2018, ha regulado estos límites expresamente. Es un régimen jurídico posible y que no atenta contra el derecho a la propiedad, ni contra la libertad de empresa.

Queda, a mi entender, solo, una eventual alternativa para poder acudir al juicio de proporcionalidad y necesidad defendidos hasta ahora por el TC y por la Gran Sala del TEDH: aplicar, como excepción, el art. 24 de la Ley 15/99, que, subrepticamente -aunque anunciado en el preámbulo de la Ley-, se ha mantenido vigente a través de la D.A. 14ª de la nueva Ley 3/18. La norma no es incompatible con el Reglamento 2016/679, porque se prevé una excepción

similar en el art. 23.1.d) de dicha norma comunitaria. El juego de este precepto en conjunción con la remisión establecida en el art. 20 bis LET permitiría, tal vez, entender que cabe que el empleador pueda omitir los derechos a la protección de datos (incluidos todos los informativos) ante sospechas fundadas de comisión de un delito (y solo ante este tipo de conductas). Ello plantea la apertura de la compleja y polémica vía de la persecución privada del delito en el ámbito de los lugares de trabajo, como sostiene de forma, quizá, demasiado alarmista, el voto particular, y, además, no puede ignorarse que no existe una remisión expresa al precepto en la normativa de protección de datos “laboral” (arts. 89 y 90 Ley 3/18). Esta interpretación, con la nueva legislación en la mano, resulta aún más complicada que con la anterior, en la que no fue utilizada. Pero, de entender el precepto aplicable, se superaría el contrasentido que existe tanto en la doctrina de nuestro TC como en la sentencia de Gran Sala respecto al hecho de admitir conductas empresariales que transgreden la normativa de protección de datos, contra-

sentido que ahora se hace más patente con la nueva regulación vigente. Y debe recordarse que también en las videograbaciones efectuadas de conformidad con el régimen jurídico diseñado por el art. 89 de la Ley hay un componente privado de represalia, en la medida en que se permite la grabación de conductas flagrantes ilícitas, evidentemente, para ser utilizadas en el ejercicio de la potestad disciplinaria, sin perjuicio de que se trate de conductas denunciabiles ante los poderes públicos para su represalia penal. Esta misma necesidad de acreditar conductas contra personas, bienes o instalaciones se garantiza -aunque sometida a la obligación previa de información mediante el consabido cartel- en el art. 22.3 Ley 3/18 para otros lugares abiertos al público, si bien exigiendo una comunicación a la autoridad competente en el plazo de 72 horas. La aplicación del art. 24 en el ámbito de las relaciones laborales -y puede que, en general, entre privados- permitiría encontrar fundamento en la propia Ley 3/18 para, en casos extremos, admitir que el empleador pudiera acudir ante sospechas fundadas

y con medios limitados, a la grabación de imágenes que permitan acreditar conductas delictivas en el lugar de trabajo. Eso sí, con todas las garantías establecidas por el

TC y el TEDH en su reciente sentencia de Gran Sala. La alternativa es el previo aviso al sospechoso.

PENSIÓN DE VIUEDAD Y POLIGAMIA. Los últimos no siempre serán los primeros...

Posicionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia (Salas de lo Social)

Susana María Molina Gutiérrez

Magistrada

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -Valladolid- (Sala de lo Social)

RESUMEN: *La poligamia admitida en otros ordenamientos jurídicos ha generado siempre un problema de reconocimiento de efectos en países que la tienen proscrita, como es el nuestro. El caso paradigmático en sede social es el de la pensión de viudedad generada por un trabajador extranjero polígamo. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo no ha entrado -hasta el momento- a unificar*

la doctrina sobre la materia, pero el hecho de que la Sala Tercera lo haya hecho en su sentencia de 24-1-18 en sentido positivo, aconseja hacer unas reflexiones, partiendo siempre de los distintos planteamientos existentes en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

PALABRAS CLAVE: *Viudedad, poligamia, prorrata.*

COMENTARIO

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018¹, en la que por primera vez se reconoce a la segunda esposa de un súbdito marroquí (casado simultáneamente con dos mujeres) el derecho a percibir pensión de viudedad acordando repartir la misma por partes iguales entre las dos esposas del causante, ha abierto el debate en nuestro orden jurisdiccional acerca del modo en que la Sala Cuarta del Alto Tribunal hubiera abordado el reconocimiento de pensiones de viudedad a una pluralidad de beneficiarias unidas por simultáneos vínculos matrimoniales respecto de un mismo causante dentro del ámbito de la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS), cuyo Capítulo XIV del Título

Primero de la Ley General de Seguridad bajo la rúbrica “muerte y supervivencia” destina los artículos 219 a 225 a la regulación de la pensión de viudedad.

La Sala Cuarta, amparándose en el socorrido recurso de la falta de contradicción, parece haber esquivado el escollo, pues tan sólo encontramos dos autos de 28 marzo 2017 y de 7 de noviembre de 2018² sobre la materia, en los que obvia entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto al poseer distinta nacionalidad las demandantes de la resolución recurrida y la de contraste.

La ausencia de referentes jurisprudenciales ha conducido a que la doctrina judicial sea de lo más variada a la hora de concretar los términos es que haya de ser reconocida la pensión de viudedad en los supuestos de matrimonio poligámico. Así podemos encontrar tres grandes posiciones:

1 STS (3ª) 24-1-18 (rec. 98/2017 ROJ 121/2018)

2 ATS 28-3-17 (rec. 2287/2016 ROJ 3554/2017) y ATS 7-11-18 (rec. 340/2018 ROJ 12860)

3 SsTSJ Cataluña 14-9-18 (rec. 2238/2018 ROJ 7909), 27-9-17 (rec. 4088/2017 ROJ 9230/2017), 25-4-16 (rec. 768/2016 ROJ 2468/2016), 4-10-11 (rec. 7378/2010 ROJ 10588/2011), 30-7-03 (rec. 2864/2002 ROJ 9067/2003).

4 STSJ Comunidad Valenciana 6-6-05 (rec. 1558/2005 ROJ 3739/2005)

1) La de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña³ y de Valencia⁴, que niegan cualquier efecto al matrimonio poligámico dentro de nuestro territorio por mor de la aplicación de la excepción de orden público internacional.

2) La acogida por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Galicia⁵ y de Madrid⁶ quienes reconocen, en materia de seguridad social, efectos al matrimonio poligámico (aplicando el denominado orden público atenuado) si bien en la forma en que se reconoce la prestación por nuestro derecho nacional, esto es, en proporción al tiempo de convivencia y no en partes iguales tal y como previenen los convenios bilaterales en materia de seguridad social suscritos con Marruecos y Túnez.

3) Y la última de las opciones, adoptada por el Tribunal Superior de Andalucía⁷ en sus sedes de Málaga y Sevilla, al atribuir

plenos efectos al matrimonio poligámico en materia de seguridad social (también en atención a ese orden público más flexible a que nos hemos referido) aplicando el criterio distributivo de la prestación contenido en los instrumentos internacionales en sus estrictos términos, esto es, por partes iguales entre todas las viudas supérstites.

Llegados a este punto de incertidumbre doctrinal, hemos de resaltar varias cuestiones que parecen relevantes:

- la primera, es que nos encontramos ante una problemática de corte exclusivamente femenino, pues únicamente en el derecho comparado se reconoce la posibilidad de contraer matrimonios simultáneos a los varones (por lo que en realidad se trata más de una situación de poliginia que de poligamia), con lo que las eventuales beneficiarias, o perjudicadas, por la decisión que se adopte siempre serán las mujeres;

⁵ STSJ Galicia 2-4-02 (rec. 4795/1998 ROJ 2547/2002)

⁶ SsTSJ Madrid 29-7-02 (rec. 3180/2002 ROJ 10820/2002), 26-12-03 (rec. 5943/2003 ROJ 17457/2003), 31-5-05 (rec. 2344/2005 ROJ 6517/2005).

⁷ STSJ Andalucía -Málaga- 30-1-03 (rec. 934/2002 ROJ 1516/2003) y STSJ Andalucía -Sevilla- 24-5-18 (rec. 1811/2017 ROJ 3311/2008).

- la segunda, y como consecuencia de lo anterior, es que la poligamia colisiona frontalmente con valores y principios constitucionalmente protegidos en nuestro orden interno tales como el derecho de igualdad y no discriminación (artículo 14 de la CE), o el derecho a la dignidad de la persona (artículo 10 de la norma constitucional);

- y la tercera, y no por ello menos importante, la tipificación como delito contra las relaciones familiares de la celebración de segundos y ulteriores matrimonios por quien ya se haya unido a otro por un vínculo matrimonial previo⁸; así como la configuración del matrimonio previo como impedimento absoluto para poder contraer ulteriores nupcias⁹.

Estos obstáculos de naturaleza constitucional son los que han llevado a los opera-

dores jurídicos desde antiguo a rechazar el reconocimiento de efecto alguno a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero (conforme a la ley personal de los contrayentes que así lo permitía puesto que en España ello estaba proscrito por el Código Civil) acogiéndose a la excepción de orden público internacional¹⁰.

De lo expuesto se comprueba cómo lo que para los órdenes civil y penal se venía mostrando como una cuestión pacífica e indiscutible, ofreciendo una respuesta uniforme de rechazo frontal al reconocimiento de efecto jurídico alguno a la figura de la poligamia; resulta que al ser contemplado bajo el paraguas del derecho de la seguridad social provoca el nacimiento de dudas, hasta el punto repetimos de llegar a reconocerse plenos efectos al segundo (y ulteriores) matrimonios en orden a al acceso

⁸ Artículo 217 del Código Penal que prescribe que el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

⁹ Artículo 46.1 del Código Civil.

¹⁰ Así las resoluciones de la DGRN de 4 de junio de 2001 (RJ. 2002/5494) y de 4 de mayo de 1994 (RJ 1994/5022), 14 de mayo de 2001 (RJ 1728). En sentido parecido RDGRN de 5 de septiembre de 1996 (RJ 1997/2133), de 14 de septiembre de 1994 (RJ 1994/8876), de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994/5022), de 27 de octubre de 1992 (RJ 1992/9461), de 9 de mayo de 1991 (RJ 4990), y de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995/2601). RDGRN de 8 de marzo de 1995

a la pensión de viudedad. Es decir, en los ordenamientos civil y penal, y parafraseando el conocido pasaje del Evangelio, las segundas nunca serán las primeras, configurando así a quienes acudieron a contraer matrimonio conforme a su ley personal en la confianza de estar celebrando un acto con plenos efectos jurídicos, en una suerte de “familiares de segunda categoría”, mientras que en el ámbito de la seguridad social no se sabe muy bien, al menos a día de hoy, cómo responder a la pregunta de qué concretos derechos prestacionales y con qué extensión han de serles reconocidos.

En cualquier caso, se opte por la opción que se opte de entre las tendentes a reconocer

efectos en materia de Seguridad Social a los matrimonios poligámicos, ningún efecto pernicioso se produciría para las arcas del Estado, pues aun cuando concurren simultáneamente varias viudas únicamente será única la pensión de viudedad nacida del hecho del fallecimiento del esposo.

Razones de seguridad jurídica imponen, en definitiva, al legislador abordar de manera clara la cuestión dotando de coherencia al sistema para garantizar la seguridad jurídica de quienes en su país contrajeron matrimonio en la confianza de poder acceder a un concreto statu quo que desaparece al cruzar las fronteras de su Estado de origen.

RESUMEN VOCES

CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: Del aguinaldo a la cesta de Navidad.

Algunas reflexiones acerca de la STS (IV) de 2-10-19 (rec. 153/2018 ROJ 3343/2019)

Alicia Cano Murillo

Magistrada

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
(Sala de lo Social)

RESUMEN: *Al hilo de la conocida “cesta de Navidad”, se lleva a cabo un examen de la doctrina del TS en materia de reconocimiento de condiciones más beneficiosas, con los requisitos para su nacimiento, naturaleza jurídica, alcance, extensión y*

mantenimiento del derecho reconocido.

PALABRAS CLAVE: *Cesta de Navidad, condición más beneficiosa, aguinaldo.*

I. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA: Sistema de Fuentes y Naturaleza Jurídica

En la indicada sentencia del Alto Tribunal, al igual que en las precedentes, SsTS 12-07-18 (rec. 146/2017 ROJ 3197/2018) y 15-3-16 (rec. 2626/2014 ROJ 2493/2016), entre otras, se califica el derecho de los trabajadores de la empresa demandada a recibir la Cesta de Navidad, en dicho periodo festivo, como una condición más beneficiosa, en concreto, de carácter social, no salarial, por considerar que quedó acreditada la existencia de una voluntad empresarial deliberada de atribuir el derecho al regalo navideño como mejora de las condiciones laborales reconocidas por ley o por convenio colectivo. Pero, para el adecuado estudio del derecho al antes denominado “aguinaldo”, que modernamente se conoce como “Cesta de Navidad”, creo oportuno exponer, en busca de la naturaleza jurídica del derecho examinado, su alcance, extensión y extinción, el sistema de fuentes de la relación laboral.

Para el derecho común, son fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.1. del CC), siendo que en el ámbito de la autonomía de la voluntad, que proclama el artículo 1.255 del propio Código, establece el artículo 1.091 que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, con la cláusula genérica limitativa que establece el citado art. 1.255, a saber, que los pactos, cláusulas y condiciones que establezcan los contratantes no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público. En el derecho laboral, el Estatuto de los Trabajadores regula en el Título I un concreto tipo contractual, la relación individual de trabajo, delimitando su artículo 3.1, concretamente, cuales son las fuentes de la relación laboral, exponiendo, como tales, la ley (disposiciones legales y reglamentarias), el convenio colectivo o ley paccionada, la voluntad de las partes manifestada en el contrato, con una limitación genérica, que tenga un objeto lícito (siguiendo la doctrina general de derecho privado, que sanciona con la falta de validez los contratos con causa ilícita, a saber, la que se opone a las leyes o a la moral, parangonando el

art. 1.255 del CC) y, otra específica en el ámbito laboral, la prohibición de pactos que perjudiquen al trabajador por suponer unas condiciones menos favorables o que contradigan las disposiciones legales y convenios colectivos. Y, por último, califica, también, como fuente de la relación laboral, los usos y costumbres locales y profesionales. Una vez sancionado el orden jerárquico de las mentadas fuentes en los apartados 2, 3 y 4, establece el apartado 5, como cláusula limitativa de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1.255 del CC, que definitivamente la aleja del derecho común, dada la específica naturaleza del contrato de trabajo, que *“Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”*.

Siendo el descrito el sistema de fuentes de la relación laboral, la denominada condición más beneficiosa constituye un derecho ad extra de los otorgados por ley y por los convenios colectivos, que se enmarca, como afirma el Tribunal Supremo, en la

sentencia de fecha 15-6-92 (rec. 1889/1991 ROJ 20933/1992) (F. 2º), en el artículo *“ 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, y que, a salvo de supuestos especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes en el mismo conduzcan a la conclusión contraria, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute en el tiempo, al nexo contractual, de forma que aquélla no puede ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario”*.

Llegados a este punto, para la constatación de su existencia, se requiere, como nos enseña el Alto Tribunal en la sentencia comentada, que se remite a la STS 12-7-18 (rec. 146/2017 ROJ 3197/2018), por su carácter de pacto tácito, la acreditación de una *“permanencia continuada en el tiempo del disfrute de esa condición por parte del trabajador o los trabajadores que la tengan reconocida, y en sentido contrario, la mera invocación por la empresa de su voluntad de conceder una simple “liberalidad”, no puede prevalecer*

sobre los elementos objetivos que apunten en dirección contraria, entre los que sin duda adquiere una especial relevancia la permanencia y reiteración en el tiempo y a lo largo de los años de esa actuación empresarial” . Si examinamos los requisitos para el nacimiento de ese derecho vemos que vienen a coincidir con los exigidos para la formación del derecho consuetudinario, de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico español. Para éste, como ya de antiguo lo conceptuara Don José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Introducción y Parte General, 11ª Ed., requería, en síntesis, la concurrencia externa o material de una reiteración en el tiempo del uso o práctica originario de la costumbre (por ejemplo, Las Partidas exigían una reiteración constante y uniforme durante el plazo de diez o veinte años); y un elemento espiritual, o voluntad general de validez jurídica. Esos elementos, llevados al plano del nacimiento de la condición más beneficiosa, se constatan en la STS 6-3-19 (rec. 242/2017 ROJ 1250/2019), que alude tanto al elemento material como al espiritual, exigiendo que conste la voluntad de atribuir un derecho al trabajador, si bien, ese

elemento se dibuja con mayor flexibilidad, en el ámbito probatorio, en la sentencia que comentamos por reenvío a la citada de 12-7-18 (rec. 146/2017 ROJ 3197/2018).

Pero una vez constatada su existencia, la verdadera naturaleza de dicha condición es contractual, pues pasa a formar parte del contrato de trabajo del destinatario de ese derecho implícitamente reconocido, con las consecuencias que ello conlleva en cuanto a su extensión y conservación.

II. DEL AGUINALDO Y LA CESTA DE NAVIDAD

La Cesta de Navidad, podemos decir, tiene como origen histórico la figura del “aguinaldo”, definido, por el Diccionario de la Lengua Española, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea], en su primera acepción, como “*Regalo que se da en Navidad o en la fiesta de la Epifanía*”. A saber, inicialmente no es más que un regalo o donación, un acto de liberalidad del empresario con motivo de las fiestas indicadas, aun cuando el Alto Tribunal, en la sentencia citada de 12-7-18 (rec. 146/2017

ROJ 3197/2018), afirma que “laboralidad” y “liberalidad” son términos antagónicos y recíprocamente excluyente. Entendemos que dicho acto de liberalidad de origen se transforma, por su permanencia y reiteración uniforme en el tiempo, en un derecho consolidado que pasa a formar parte del contrato de trabajo, del nexo contractual, lo que tiene por consecuencia, como nos ilustra la STS 12.07.2018, (RCUD 2626/2014), ya citada, resumiendo la doctrina en la materia, una vez reconocida la condición más beneficiosa, “(...) *la misma se incorpora al nexo contractual e impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito -art. 3.1.c) ET- y por lo tanto mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 del CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral (como ejemplos cercanos, las SSTS 26/09/11 - rcud 4249/10-;14/10/11 -rcud 4726/10-*

; y 19/12/12 - rco 209/11-“. Esa misma sentencia alude a la existencia de dos tipos de condiciones más beneficiosas, las individuales y las colectivas, cuando afectan a una pluralidad de trabajadores, si bien no están pactadas en convenio colectivo.

III. CESTA DE NAVIDAD AD AETERNUM. CONCLUSIONES

De la doctrina expuesta del Tribunal Supremo se extraen dos conclusiones.

En primer lugar, que el reconocimiento de esa mejora lo es para el supuesto específico que resuelve pues, su existencia ha de ser probada en cada caso concreto, prueba que recae sobre la parte que la invoca, ex artículo 217.2 LEC, aun cuando el elemento espiritual pueda presumirse, como parece entender la sentencia examinada, del elemento objetivo o material, conforme al artículo 386 LEC, al decir que la permanencia en el disfrute de dicho derecho durante largo periodo de tiempo, como elemento objetivo, prevalece sobre una alegada voluntad contraria del empresario, que invoca su concesión por simple liberalidad.

Y, en segundo lugar, que una vez adquirida esa condición más beneficiosa, puede ser compensada por una norma legal o convencional que sea más favorable para los que la disfrutan.

De lo hasta aquí expuesto pueden surgir dos reflexiones. Primeramente, no hemos de olvidar, que para aplicar el instituto de la compensación o absorción, artículo 26.5 ET, se exige, en palabras de la STS 11-3-98 (rec. 2616/1997 ROJ 1639/1998) *“que «la condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente- más favorable que modifique el “status” anterior en materia homogénea»*”. Y, si bien ello no plantea excesivos problemas en el supuesto de un mejor derecho adquirido de naturaleza salarial, sí presenta dificultades cuando la mejora es social, en este caso el “regalo navideño”, aun cuando en la esfera tributaria tenga la consideración de salario en especie. En el supuesto que resuelve la sentencia comentada, para desestimar una de las alegaciones de la empresa recurrente, el TS se remi-

te a las SsTS 9-12-12 (rec. 209/2011 ROJ 9085/2012) y 14-5-13 (rec. 96/2012 ROJ 3163/2013), se considera que, siendo que el beneficio cuestionado, “lote de navidad”, se reparte no sólo entre el personal en activo, sino también al personal jubilado y a los pensionistas de viudedad que traen causa de antiguos empleados, estaríamos ante una mejora social, no pactada en convenio, que no pierde su naturaleza de condición más beneficiosa.

Y, la segunda, es, si ese derecho ya se integra en el contrato de trabajo de uno o de varios trabajadores, pasando a pertenecer al acervo particular de cada vínculo contractual, hemos de plantearnos quiénes se benefician de ese beneficio ad extra. Podemos entender que la sentencia que lo declara es una foto fija del objeto y los sujetos a los que afecta. Esa mejora de las condiciones laborales de los afectados por el conflicto colectivo, procedimiento a través del que se impetra el derecho cuestionado, solo alcanzaría a los que, en el momento de su dictado, en este caso, prestaran servicios para la empleadora, pues si pasa a ser parte del contrato de trabajo, dado que el principio de igualdad retributiva, en el ámbito de la empresa

privada, no es absoluto -STS 11-5-15 (rec. 161/2014 ROJ 2605/2015)- y desde luego, siempre y cuando se respeten los mínimos legales y paccionados, la demandada no estaría obligada a entregar, a sus futuros empleados, en el mes de diciembre, ese obsequio traducido en contraprestación en el sinalagma que constituye el contrato de trabajo. El personal de nueva incorporación carecería del indicado derecho. Y es que,

como hemos expuesto al inicio, si no estamos ante un uso o costumbre de la empresa en sentido propio, como fuente de la relación laboral, que obligara en el concreto ámbito empresarial planteado -pues el TS sitúa tal derecho en el apartado 1.c) y no en el apartado 1.d) del ET-, solo se beneficiarían de esa condición más beneficiosa los que la venían disfrutando al tiempo de plantearse el conflicto.