

LA ACCIÓN CONSTITUTIVA EN LOS PROCESOS LABORALES

Luis Fernando de Castro Mejuto

LA ACCIÓN CONSTITUTIVA EN LOS PROCESOS LABORALES

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS 2009, respecto a la primera edición en español, por

© Netbiblo, S. L.

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/ Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tif: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

www.netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISBN 978-84-9745-422-3

Depósito Legal: C-3706-2009

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

A mi mujer

Prólogo

No es frecuente que un Magistrado, en servicio activo en uno de nuestros más altos órganos jurisdiccionales, acepte sustraer una parte importante del poco tiempo libre que le deja el cumplimiento de los muchos y muy delicados deberes de su oficio, al efecto de dedicar ese espacio de tiempo privado a la conclusión de un trabajo de tesis doctoral. Había precedentes, y nosotros conocíamos muy bien el del Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, José María BOTANA LÓPEZ. Que no se trataba de ninguna tarea imposible ha vuelto a probarlo ahora nuestro antiguo doctorando, Luis Fernando DE CASTRO MEJUTO, que se ha doctorado en Derecho con nosotros, mientras servía —y sigue sirviendo— como Magistrado (y Magistrado «especialista») de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Han sido prácticamente cuatro años de trabajo doctoral, caracterizado por su indomable constancia, puesto que las tardes de todos los lunes traía a la Facultad sus «deberes doctorales» hechos, se supone que, tras el consiguiente trabajo preparatorio de fin de semana. Siempre pensamos que le facilitaría las cosas el hecho de que el tema de su tesis —*La acción constitutiva en los procesos laborales*— tuviese que ver frontalmente con sus quehaceres profesionales cotidianos, al tratarse de un tema puro de Derecho procesal del Trabajo.

Evidentemente, su oficio de Magistrado se nota en la tesis. De un lado, porque los dos capítulos medulares que integran la misma (esto es, el Capítulo Segundo, sobre «Las acciones constitutivas “puras” en los procesos laborales»; y el Capítulo Tercero, sobre «Las acciones constitutivas “complejas” en los procesos laborales») están concebidos y contruidos de un modo tal, que resultaría imposible articularlos inteligiblemente, si es que no se poseen conocimientos —teóricos y prácticos— muy sólidos de Derecho procesal común y de Derecho procesal del Trabajo, al depender lo explicado en ellos por el ahora Doctor DE CASTRO MEJUTO de un planteamiento estrictamente dinámico, que empieza en ambos casos con los actos previos y concluye —después de examinar con toda minuciosidad las problemáticas ligadas a la demanda, a la contestación de la demanda y a la sentencia— con la impugnación y ejecución de esta última. De otro lado, porque las fuentes en que apoya todo cuanto escribe acerca de las citadas problemáticas, en lo tocante a las fuentes de conocimiento jurisprudenciales, resultan de una exhaustividad que verdaderamente abruma, pudiendo afirmarse sin exageración ninguna que todo lo que se ha razonado en sentencias laborales españolas acerca de la acción constitutiva ha sido tenido en cuenta por nuestro antiguo doctorando.

En esta tesis, sin embargo, no todo es oficio de Juez. Hay elaboración y creación doctrinales de primera magnitud y, además, mucha valentía científica. En efecto, hay que ser muy valiente —pero porque doctrinalmente se tienen ideas muy claras— para arriesgarse a ejemplificar cuáles son las acciones laborales constitutivas «puras» —entendiendo por tales las carentes de elementos contaminantes declarativos o de condena—, realizando una ejemplificación que tiene carácter rigurosamente exhaustivo (o si se quiere, cerrado), y que el autor ciñe a la acción de vacaciones, a la acción de clasificación profesional y a la acción de concreción horaria y del período de disfrute en los permisos por lactancia, y por reducción en la jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género. La claridad de ideas, pero también la prudencia propia del buen jurista, le ha llevado asimismo a ponderar el hecho de que puedan existir elementos merodeclarativos o de condena en la acción laboral ejercitada, que no apagan la naturaleza predominantemente constitutiva de la acción laboral en cuestión. De ahí su sólida construcción dogmática de las acciones laborales constitutivas «complejas» —articuladas procesalmente a través del mecanismo de la acumulación de acciones, especialmente la acumulación necesaria—, respecto de las que considera supuestos indubitados las relativas a la resolución de contrato, a la resolución ejecutiva, a la tercería de mejor derecho y a algunas demandas de oficio; y supuestos dudosos, pero para nuestro autor admisibles, también los relativos a la cesión ilegal de trabajadores, a la nulidad del contrato de trabajo y a la acción procesal revocatoria de una sentencia estimatoria de prestación periódica de Seguridad Social.

En consecuencia, hay en este trabajo —que tanto nos honra prologar— oficio de Juez, creatividad doctrinal y, también, absoluta excelencia académica. Para comprobar esto último, animamos a que sea leído el Capítulo Primero de la obra, modestamente titulado «La justificación del tema objeto de investigación». En él, se encontrará no sólo un repaso exhaustivo de las grandes obras doctrinales —especialmente, tesis doctorales— sobre las que había que construir, para conjurar el peligro de tener que descubrir algún Mediterráneo. Y se encontrará asimismo un prodigioso estudio de Derecho comparado sobre el tema de la acción constitutiva —que presupone la tenencia de conocimientos muy sólidos de diversas lenguas extranjeras—, centrado en el Derecho procesal alemán, en el Derecho procesal francés y, también —aunque sorprenda—, en el Derecho procesal norteamericano. Lo calificamos así —estudio de Derecho comparado «prodigioso»—, por cuanto no se trata de ningún análisis telescópico o desde muy lejos, sino de un puro estudio positivista (o si se quiere, macroscópico) de leyes y casos procesales, que el autor focaliza principalmente —aunque no únicamente— en la Ley alemana del Tribunal Contencioso-administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*) de 1960, en el Decreto francés número 47/1047, de 12 junio, sobre la «fórmula ejecutoria [*formule exécutoire*]»; y por último, en el caso *Mine Workers v. Bagwell* —de un interés doctrinal, no sólo laboral, extraordinario—, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1994.

En fin, en cuanto que codirectores de este espléndido trabajo de tesis doctoral del Magistrado Luis Fernando DE CASTRO MEJUTO, confesamos que echamos mucho de menos nuestros periódicos contactos semanales de estos últimos cuatro años, puesto que hemos aprendido mucho hablando y discutiendo con él sobre lo que consideramos no sólo mero Derecho vivo, sino verdadero Derecho vivido del Trabajo. De ahí que esté a punto de materializarse, tras el trámite doctoral, su colaboración docente con nosotros, para enseñar a nuestros estudiantes universitarios la parcela de la hectárea de conocimiento que

profesamos, y que con tanta maestría domina, que es precisamente el Derecho procesal del Trabajo. Su maestría doctoral la certificó en su día —el 29 septiembre 2008— el Tribunal juzgador de la misma, presidido por el Profesor Doctor Dr. *h.c.* Antonio MARTÍN VALVERDE, Catedrático de Derecho del Trabajo y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y completado por los Profesores Catedráticos Javier GÁRATE CASTRO y Joaquín GARCÍA MURCIA, por el Doctor Jesús PALMOU LORENZO, y por el Secretario General de nuestra Universidad, Profesor Doctor Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ —que también actuó aquí como Secretario—, que tuvo a bien otorgar por unanimidad al trabajo, ahora formalizado y dado a conocer a toda la comunidad científica en la monografía que sigue, la máxima calificación académica de Sobresaliente *cum laude*.

Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de A Coruña

Alberto Arufe Varela

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de A Coruña
A Coruña, septiembre de 2009.*

Contenido

Capítulo primero. La justificación del tema objeto de investigación.....	1
I. LOS PRECEDENTES DOCTRINALES DE REFERENCIA SOBRE EL TEMA DE LAS ACCIONES LABORALES CONSTITUTIVAS, EN ESPAÑA.....	3
II. LA NO UNIVERSALIDAD DEL TEMA DE LAS ACCIONES LABORALES CONSTITUTIVAS, EN DERECHO COMPARADO.....	6
III. PLAN DE TRABAJO.....	9
Capítulo segundo. Las acciones constitutivas «puras» en los procesos laborales.....	11
I. DELIMITACIÓN Y SUPUESTOS.....	13
A) SOBRE LA TERMINOLOGÍA ACCIÓN CONSTITUTIVA «PURA».....	13
B) SUPUESTOS INDISCUTIBLES DE ACCIONES CONSTITUTIVAS «PURAS».....	14
1) La acción de vacaciones.....	15
2) La acción de clasificación profesional.....	17
3) La acción de concreción horaria y del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género.....	20
C) SUPUESTOS APARENTES, PERO DESCARTABLES, DE ACCIONES CONSTITUTIVAS «PURAS».....	21
II. SU TRAMITACIÓN EN LA INSTANCIA.....	23
A) ACTOS PREVIOS AL PROCESO.....	23
B) LA DEMANDA CONSTITUTIVA «PURA».....	27
1) Requisitos de la demanda.....	27
a) Hechos constitutivos comunes.....	28
b) Hechos constitutivos específicos.....	34
c) Suplico constitutivo.....	44
d) Formas de presentación.....	45
e) Documentación adicional.....	46
2) Acumulación de otras acciones.....	47
3) Partes principales y secundarias.....	48

C) EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.....	55
1) Órgano competente.....	55
2) Admisión de la demanda constitutiva «pura» y subsanación de defectos.....	56
3) Cauces procedimentales, ordinario y especiales.....	60
4) Particularidades procedimentales.....	66
5) Conciliación judicial.....	72
D) LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA CONSTITUTIVA «PURA».....	72
1) La incomparecencia.....	72
2) El allanamiento.....	73
3) La negación de los hechos y del derecho.....	75
4) Cuestiones previas o prejudiciales.....	76
5) Excepciones procesales.....	76
a) Falta conciliación preprocesal o de reclamación previa.....	77
b) Inadecuación de procedimiento.....	77
c) Litispendencia.....	79
d) Cosa juzgada.....	80
e) Falta de algún requisito adicional, preceptivo y específico.....	81
6) Excepciones materiales.....	85
a) Hechos extintivos, comunes y específicos.....	85
b) Hechos excluyentes, comunes y específicos.....	89
E) LA SENTENCIA CONSTITUTIVA «PURA».....	96
1) Antecedentes de hecho.....	98
2) Hechos declarados probados.....	98
3) Fundamentación jurídica.....	99
4) Fallo.....	104
5) Eficacia.....	106
III. IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA «PURA».....	107

Capítulo tercero. Las acciones constitutivas «complejas»

en los procesos laborales.....	117
I. DELIMITACIÓN, ACUMULACIÓN Y SUPUESTOS.....	119
A) DELIMITACIÓN CRÍTICA.....	119
B) ACUMULACIÓN DE ACCIONES CONSTITUTIVAS.....	126
1) Voluntaria.....	126
2) Necesaria.....	126
C) SUPUESTOS.....	127
1) Supuestos indubitados de acciones constitutivas «complejas».....	127
a) Resolución de contrato.....	127
b) Resolución ejecutiva.....	131
c) Tercería de mejor derecho.....	136
d) Demandas de oficio.....	137
2) Supuestos dudosos, pero admisibles, de acciones constitutivas «complejas».....	139
a) Cesión ilegal de trabajadores.....	139

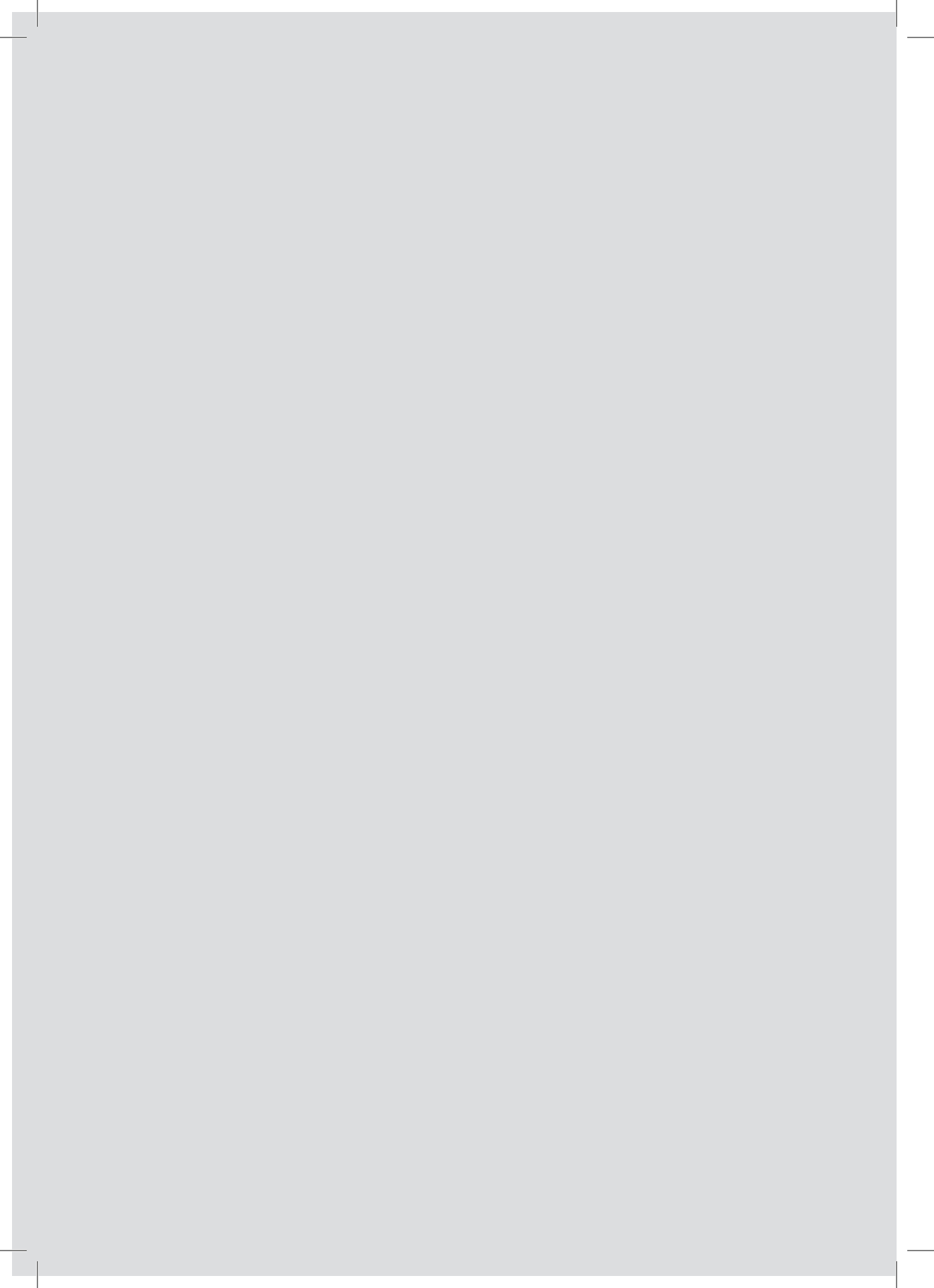
b) Nulidad del contrato de trabajo.....	141
c) Acción procesal revocatoria de una sentencia estimatoria de prestación periódica de seguridad social.....	142
II. LA TRAMITACIÓN EN LA INSTANCIA DE LAS ACCIONES CONSTITUTIVAS «COMPLEJAS»	144
A) ACTOS PREVIOS AL PROCESO	144
B) LA DEMANDA CONSTITUTIVA «COMPLEJA»	144
1) Requisitos de la demanda	144
2) Hechos constitutivos comunes.....	144
3) Hechos constitutivos específicos	148
a) Resolución de contrato.....	148
b) Resolución ejecutiva.....	160
c) Tercería de mejor derecho	169
d) Demanda constitutiva de oficio	175
e) Cesión ilegal de trabajadores	179
f) Nulidad del contrato de trabajo.....	183
4) Suplico	186
5) Documentación adicional.....	187
6) Acumulación de otras acciones.....	188
7) Partes principales y secundarias	189
C) EL ÓRGANO JURISDICCIONAL.....	191
1) Órgano competente	191
2) Admisión de la demanda constitutiva «compleja» y subsanación de defectos	192
3) Particularidades procedimentales	192
4) Conciliación judicial.....	194
D) LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA CONSTITUTIVA «COMPLEJA».....	195
E) LA RESOLUCIÓN JUDICIAL CONSTITUTIVA «COMPLEJA».....	195
1) La sentencia constitutiva «compleja».....	195
a) De resolución ordinaria de contrato	196
b) De resoluciones especiales de contrato	197
c) En procesos de oficio	198
d) Sobre cesión ilegal de trabajadores y nulidad del contrato de trabajo.....	198
2) El auto constitutivo «complejo».....	198
a) Sobre resolución ejecutiva.....	198
b) Sobre tercería de mejor derecho	199
3) Eficacia	201
III. LA IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES CONSTITUTIVAS «COMPLEJAS»	201

Conclusiones..... 205

Bibliografía citada..... 209

CAPÍTULO PRIMERO

La justificación del tema objeto de investigación



I. LOS PRECEDENTES DOCTRINALES DE REFERENCIA SOBRE EL TEMA DE LAS ACCIONES LABORALES CONSTITUTIVAS, EN ESPAÑA

§1. Como he podido comprobar a lo largo de estos últimos tres años, la bibliografía española sobre el tema de las acciones (y también, sentencias) constitutivas es prolífica. Sin necesidad de que nos remontemos a la del pasado siglo XX —con la que podrían llenarse anaqueles enteros—, todos los manuales de Derecho Procesal común y, en concreto, los de Derecho del Trabajo —incluidos los de los Profesores MARTÍNEZ GIRÓN, ARUFE VARELA y CARRIL VÁZQUEZ¹, y MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA²— abordan la cuestión que me propongo estudiar en las páginas que siguen. Ahora bien, mis directores siempre me aconsejaron *separar el trigo de la paja*, entendiendo estos dos últimos sustantivos en un evidente sentido metafórico. Para mí, como Juez que soy, la doctrina científica siempre es trigo, siquiera carezca de lo que ha dado en llamarse «valor jurisprudencial»³; no obstante, impelido a elegir aquellas obras de autores que me han precedido en el tratamiento del tema —centrado, en principio, en el análisis de Derecho procesal español—, que pareciesen capitales —por haber marcado un antes y un después— y que, por lo mismo, mereciesen con toda propiedad, a mi entender, el calificativo de verdaderos «precedentes doctrinales»⁴, llegué a la conclusión de que debía detenerme en las monografías de ZAFRA VALVERDE y BOTANA LÓPEZ, que paso a reseñar brevemente a continuación.

§2. La de José ZAFRA VALVERDE se titula *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva (La constitución jurídica procesal)*, fue publicada en 1962 y constituye aparentemente, aunque nada se diga al respecto en ella, la tesis doctoral de su autor⁵. Es un extenso volumen de comprensión (y atención) exigente, afirmando el prologuista del mismo —el maestro GUASP— que «la dificultad del tema explica, naturalmente, la dificultad del libro de

¹ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 565.

² Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Tecnos (Madrid, 2007), pág. 828.

³ Véase MARTÍN VALVERDE, A., «La aplicación jurisdiccional del Derecho social de la Comunidad Europea», en la obra *Política Social de la Comunidad Europea*, vol. 3, tomo I, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1992), pág. 47.

⁴ Aquí, por tanto, *doctrina* en el sentido no de doctrina legal, sino científica; y aproximándonos a la segunda acepción del término: «ciencia o sabiduría»; véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa-Calpe (Madrid, 2001), pág. 843.

⁵ Ediciones Rialp, SA (Madrid, 1962), 402 págs.

Zafra, punto sobre el que, desde esta primera avanzada de su prólogo, conviene poner en guardia al lector»⁶, concluyendo incluso que «esta es una obra densa, difícil y hasta nos atrevemos a decir que dura»⁷, cuya «lectura apresurada, adelantémonos a revelar, no va a servir de nada»⁸. En mi modesta opinión, se trata de un texto que va avanzando, paso a paso, desde un planteamiento hiperteórico —mis codirectores lo calificarían *casi de mecánica cuántica jurídica*—, visto que la denominada «Primera Parte» va precedida de noventa páginas introductorias, divididas en dos partes, respectivamente relativas a la «Delimitación teórica de la constitución jurídica en general»⁹ y a la «Consideración general de la constitución procesal»¹⁰; hasta llegar a una posición más práctica o, si se prefiere, real, precipitada en las ciento cincuenta últimas páginas, presididas por el título «Exposición de casos particulares de sentencia constitutiva en el Derecho positivo español»¹¹. Esta última es, sin duda, la más sugestiva, pese a que el esquema sobre el que está construido no me parezca nada claro, al entrometer lo que él denomina «sentencia dispositiva» o «constitución procesal accidental»¹²; no obstante lo cual, su interés radica —como es evidente— en el elenco de pretensiones y sentencias constitutivas que detalla y analiza, al hilo no sólo de fuentes doctrinales —que son predominantemente españolas de aquella época (GUASP, PRIETO-CASTRO y CASTÁN), italianas clásicas (CHIOVENDA, CALAMANDREI y CARNELUTTI) y alemanas, manejadas a través de traducciones italianas, españolas e hispanoamericanas, aunque las obras de KISCH y HELLWIG las cita en versión vernácula¹³—, sino también jurisprudenciales, lo que constituía un hecho relativamente insólito en su momento, apareciendo citadas sentencias civiles del Tribunal Supremo a propósito del precontrato¹⁴, de la incapacitación¹⁵, de la cláusula penal¹⁶, de la impugnación de honorarios¹⁷, de la resolución y rescisión de contratos¹⁸ y, por último, de la indignidad para suceder¹⁹.

§3. La monografía de José María BOTANA LÓPEZ —Magistrado de Trabajo, antiguo Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y antiguo Profesor Asociado de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, que culminó su carrera judicial accediendo a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo— se titula *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y de seguridad social*²⁰, es su tesis doctoral y, al parecer, según el prologuista, «la primera Tesis

⁶ Pág. 18.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Págs. 23 y ss.

¹⁰ Págs. 49 y ss.

¹¹ Págs. 247 y ss.

¹² Págs. 341 y ss.

¹³ En el apéndice de «bibliografía utilizada» que contiene el libro, al relacionar la monografía de KISCH sobre *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903, afirma el propio ZAFRA literalmente lo siguiente: «deseamos testimoniar aquí nuestro agradecimiento al profesor PRIETO-CASTRO, por su gentileza al facilitarnos esta obra».

¹⁴ Págs. 269 y 270.

¹⁵ Pág. 290.

¹⁶ Pág. 299.

¹⁷ Pág. 300.

¹⁸ Págs. 304 y 318.

¹⁹ Pág. 335.

²⁰ Civitas (Madrid, 1995), 226 págs.

Doctoral sobre temas jurídico-laborales leída en la Universidad de La Coruña»²¹. Evidentemente, este libro atiende a su tema específico (la acción declarativa en los procesos laborales), pero contiene en la «Introducción» un epígrafe preliminar titulado «Sobre los orígenes de la tripartición “acciones declarativas”, “constitutivas”, “de condena”»²², de extraordinario interés doctrinal a mis concretos y peculiares fines. Resumiendo mucho, siquiera incidiendo en lo que me parece más sustancial, dicho apartado concluye lo siguiente.

En primer lugar, la tripartición entre acciones declarativas, constitutivas y de condena es conocida por la doctrina científica procesalista española desde el año 1930. Y ello, a pesar de que las fuentes legales de la época no daban pie en absoluto para que pudiese hablarse de ella, al estar construida nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y, también, nuestro Código Civil de 1889 —como demuestra ejemplarmente BOTANA LÓPEZ— sobre la vieja clasificación romana (y medieval) relativa a las acciones personales, reales y mixtas. De todas formas, existía *concordia auctorum* acerca del «carácter difícilmente perfectible de tal tripartición»²³ y del significado que cabe asignar a cada uno de los elementos de la misma, de modo que «cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, la pretensión lleva el nombre de *pretensión constitutiva*»²⁴. En segundo lugar, esa diferenciación se consolidó en nuestra jurisprudencia laboral de manera algo más tardía, pudiendo considerarse definitivamente normalizado su manejo en nuestros tribunales laborales, como el mismo autor afirma, tras la decisión de una STS de 30/06/64²⁵. En tercer lugar y por lo que respecta a los «orígenes del tópico», han de ser buscados y encontrados «en el vol. 1º del “Manual de Derecho Procesal Civil Alemán” (*Handbuch der Deutschen Zivilprozessrechts*) de A. WACH, cuya primera edición se publicó en Leipzig en 1885»²⁶. Aparte de que «sean cuales fueren los presupuestos sobre que se apoyaba la elaboración doctrinal de WACH, lo cierto es que su clasificación tripartita de las acciones hizo fortuna, no sólo en la doctrina procesal alemana inmediatamente subsiguiente —que asignó el calificativo de constitutivas [...] al tercer elemento de dicha clasificación, innominado en WACH [...]—, sino que también fue asimilada por la doctrina procesalista italiana de principios de siglo, debiendo citarse a estos efectos, como primera obra italiana significativa, la de G. CHIOVENDA [...] sobre “La acción en el sistema de los derechos” (*L'azione nel sistema dei diritti*), que fue una pro-lusión leída por dicho autor en la Universidad de Bolonia el 3 febrero 1903»²⁷. En fin, esta reelaboración debida a CHIOVENDA, seguido en Italia por una pléyade de procesalistas de primera fila (CARNELUTTI, CALAMANDREI y REDENTI), «también trascendió a nuestra propia doctrina —sin duda por razones de proximidad idiomática—, debiendo citarse a estos efectos como un gran hito muy significativo la traducción al castellano por J. CASAS Y SANTALÓ, en el año 1922, de la tercera edición italiana de los *Principios de Derecho Procesal Civil* del propio G. CHIOVENDA»²⁸.

²¹ Pág. 12.

²² Págs. 17 y ss.

²³ Pág. 17.

²⁴ *Ibidem*, con cita de GUASP.

²⁵ Pág. 19.

²⁶ Pág. 21.

²⁷ Pág. 24.

²⁸ Pág. 25.

Evidentemente, la valoración crítica que me merece este libro no puede ser más alta, porque esclareció definitivamente la esencia de la «sentencia declarativa» —inejecutable— y sus diferencias más notables con la «sentencia constitutiva» —también inexecutable, pero productora de efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, como la anterior—, especialmente allí donde aborda, casi al final, «el fallo de la sentencia laboral declarativa»²⁹. Sobre esta base, creo honestamente que mi tema conserva, no obstante, cierto espacio propio, aunque sólo sea porque la promulgación de la vigente LEC, frente a lo que era tradicional en nuestra legislación procesal laboral común, ha acabado positivizando el tema de la «sentencia constitutiva» en los dos preceptos siguientes: el artículo 521 (rubricado «Sentencias meramente declarativas y sentencias constitutivas»), a cuyo tenor «no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas»³⁰, «mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución»³¹, y «cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley»³²; y el artículo 522 (titulado «Acatamiento y cumplimiento de las sentencias constitutivas. Solicitud de actuaciones judiciales necesarias»), a cuyo tenor «todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica»³³, y «quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan»³⁴.

II. LA NO UNIVERSALIDAD DEL TEMA DE LAS ACCIONES LABORALES CONSTITUTIVAS, EN DERECHO COMPARADO

§4. El examen de las fuentes jurídicas directamente reguladoras del proceso en la República Federal de Alemania puede producir la apariencia³⁵ de que las acciones, pretensiones y sentencias «constitutivas» vendrían a ser, en el mundo que nos rodea, algo así como una realidad universal. Como se sabe, la taxonomía ideada por WACH aparece allí plasmada, en la actualidad, en la Ley del Tribunal Contencioso-administrativo [*Verwaltungsgerichtsordnung*] o, en abreviatura, VwGO, de 21/01/60³⁶; más en concreto, en su parágrafo 43, a cuyo tenor «la declaración [*die Feststellung*] no puede pretenderse, supuesto que el demandante pueda perseguir o hubiera podido perseguir su derecho a través de una acción constitutiva o de una acción de condena [*durch Gestaltungs- oder*

²⁹ Págs. 190 y ss.

³⁰ Ap. 1.

³¹ Ap. 2.

³² Ap. 3.

³³ Ap. 1.

³⁴ Ap. 2.

³⁵ Que, en el concreto tema de mi tesis doctoral, engaña.

³⁶ Localizable en «versión consolidada», al igual que el resto de la legislación federal alemana, a través del portal jurídico del Ministerio federal de Justicia. Sobre este portal, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, J., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 8.

Leistungsklage»³⁷, teniendo en cuenta que «esto no rige cuando se pretende la declaración de nulidad de un acto administrativo»³⁸. Y la admite, con toda naturalidad, la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo [*Bundesarbeitsgericht*]³⁹ y del Tribunal Federal de Seguridad Social [*Bundessozialgericht*]⁴⁰, pese a que ni la Ley del Tribunal de Trabajo ni la del Tribunal de Seguridad Social se refieran expresamente a la misma⁴¹. Pues bien, esta realidad jurídica alemana⁴² no la comparten necesariamente todos los países de nuestro entorno y se probará, a continuación, centrándonos en la experiencia de un país de «Derecho civil», o sistema latino, y de un país de «Derecho común» [*Common Law*].

§5. De hecho, Francia, el país por antonomasia del sistema latino o romano, no conoce en absoluto la tripartición de las acciones, dando la impresión de que esta nación y Alemania han vivido de espaldas también en lo tocante al Derecho Procesal. Ciñéndonos al Derecho procesal laboral francés (la regulación de cuyo contencioso laboral, como se sabe, se encuentra «dispersa en hasta tres normas distintas, que son el Código del Trabajo [*Code du Travail*], el Código de la Organización Judicial [*Code de l'Organisation Judiciaire*] y el Código de Procedimiento Civil [*Code de Procedure Civile*])»⁴³, es evidente que los franceses no distinguen los «fallos [*jugements*]» de las resoluciones judiciales, ni en atención a su contenido ni en atención a sus efectos, ya que cualquier «fallo» —incluso los que en España denominaríamos «declarativos» y «constitutivos»— es susceptible de ejecución judicial, siempre y cuando la parte interesada obtenga lo que el Código de Procedimiento Civil denomina «fórmula ejecutoria [*formule exécutoire*])»⁴⁴. Ésta aparece regulada en el Decreto número 47/1047, de 12/06/47⁴⁵, a cuyo tenor «las expediciones de sentencias, fallos, mandatos de justicia, al igual que las copias y expediciones de contratos y de todos los actos susceptibles de ejecución forzosa, se encabezarán así como sigue: “República francesa. En nombre del pueblo francés”, y terminarán con la fórmula siguiente: “En consecuencia, la República francesa manda y ordena a todos los agentes de la justicia,

³⁷ Ap. 2, inciso primero.

³⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁹ Al respecto, por todas, véase la Sentencia de 17/08/04 (referencia 3 AZR 367/03; localizada a través de www.bundesarbeitsgericht.de), acerca de «la posibilidad de ejercitar una acción constitutiva [*die Möglichkeit, Gestaltungs-klage zu erheben*]» (marginal 41).

⁴⁰ Al respecto, por todas, véase la Sentencia de 26/09/06 (referencia B 1 KR 1/06 R; localizada a través de www.bundessozialgericht.de), acerca de la posibilidad de «decidirse sólo unitariamente sobre la acción constitutiva [*Gestaltungs-klage nur einheitlich entschieden werden*]» (marginal 32).

⁴¹ La Ley del Tribunal de Trabajo [*Arbeitsgerichtsgesetz*] o, en abreviatura, ArbGG, de 03/09/53, puede consultarse, en versión castellana, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87 y ss. (para el estudio comparado) y 242 y ss. (para la traducción española). Sobre la tripartición en la jurisdicción civil alemana, clásico, véase ZEISS, W., *Zivilprozessrecht*, 9ª edición, J.C.B. Mohr (Tubinga, 1997), págs. 111 y ss., poniendo de relieve que el tema no aparece expresamente regulado en la versión vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil [*Zivilprozessordnung*] o, en abreviatura, ZPO, de 12/09/50. De extraordinario interés doctrinal, por cuanto trata el tema de la «acción constitutiva procesal [*prozessuale Gestaltungs-klage*]», véase la Sentencia del Tribunal Federal Supremo [*Bundesgerichtshof*] de 24/05/07 (referencia IX ZR 142/05; localizada a través de www.bundesgerichtshof.de), marginal 19.

⁴² De la que se nutrió en su día, como antes se dijo, la doctrina científica española, vía doctrina italiana.

⁴³ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 77.

⁴⁴ Al respecto, véase VILEBRUN, J. y QUÉTANT, G.-P., *Traité de la juridiction prud'homale*, 3ª edición, L.G.D.J. (París, 1998), págs. 621 y ss.

⁴⁵ Lo he manejado a través del servicio público www.legifrance.gouv.fr.

por este requerimiento, que pongan en ejecución dicha sentencia (o dicho fallo, etc.), a los procuradores generales y a los procuradores de la República ante los tribunales de gran instancia a ayudar a ello [*d'y tenir la main*], a todos los comandantes y oficiales de la fuerza pública a auxiliar [*de prêter main-forte*] cuando sean legalmente requeridos. En fe de lo cual, la presente sentencia (o fallo, etc.), ha sido firmada por...»⁴⁶. Según informa la mejor doctrina procesal laboral francesa, la Sala de lo Social de la Corte de Casación distingue, en relación con pleitos sobre fijación de intereses, entre «fallo declarativo [*jugement déclaratif*]» y «fallo constitutivo [*jugement constitutif*]», mas a los solos efectos de indicar que en el primero los intereses en cuestión se deben *ex tunc*, mientras que en los segundos se deben *ex nunc* (esto es, desde la fecha en que se dicta la correspondiente sentencia)⁴⁷. Y he comprobado que esta afirmación doctrinal es cierta, compulsando la breve motivación jurídica de una Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 01/06/88, dictada a propósito del «recurso de casación [*pourvoi en cassation*]» número 85/45995⁴⁸. Por lo demás, y sólo a título de curiosidad, apuntaré también que esta distinción tan peculiar, que nada tiene que ver con la terminología procesal que manejamos en Alemania y en España, aparece plasmada en el Código francés de la Aviación Civil [*Code de l'Aviation Civile*]⁴⁹, según el cual «todo cambio de propiedad [de una aeronave] por muerte y todo fallo traslativo, constitutivo o declarativo de propiedad deben ser inscritos en el registro a petición del nuevo propietario»⁵⁰.

§6. Como era previsible, la clasificación de WACH resulta completamente desconocida en los Estados Unidos, siquiera desde el año 1933, tras una famosa decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se habla allí de «fallos declarativos [*declaratory judgments*]», que vienen a corresponderse con nuestras «sentencias declarativas», teniendo el carácter de «fallos», a secas, o *simpliciter* todos los demás⁵¹. Tanto si se trata de estos últimos, como si se trata de «fallos declarativos» en sentido estricto, lo cierto es que el incumplimiento de los mismos no genera ninguna acción ejecutiva (cae por su base, por tanto, la esencia de la distinción hispano-germana entre sentencias de condena, de un lado, y sentencias declarativas y constitutivas, del otro), puesto que aquél se considera en este país «desacato [*contempt*]»⁵². Sobre el tema, el caso decisivo es *Mine Workers versus Bagwell*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1994⁵³. Este asunto, que es, además, materialmente laboral, tiene la enorme relevancia de haber fijado y definido las diversas clases de «desacato», que pueden cometerse por causa del incumplimiento de una resolución judicial. Según el Juez BLACKMUN, que expresó la opinión de la Corte Suprema en el mismo, dichos tipos son los «directos» y los «indirectos», por un lado; y

⁴⁶ Art. 1.

⁴⁷ En este sentido, véase VILEBRUN, J. y QUÉTANT, G.-P., *Traité de la juridiction prud' homale*, 3ª edición, cit., págs. 605 y 657 y ss.

⁴⁸ Fuente manejada a través del servicio público www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Art. L. 121-11, inciso tercero.

⁵¹ Al respecto, véase WRIGHT, C.A., *The Law of Federal Courts*, 4ª edición, West Publishing Co. (St. Paul-Minnesota, 1983), págs. 670 y ss.

⁵² En relación con los «fallos declarativos», véase el caso *Bellisario versus Cuyahoga Cty. Child Support Agency*, fallado por la Corte de Apelaciones del Octavo Distrito del Estado de Ohio, el 20/09/07 (localizable a través del sitio oficial en Internet de la Corte Suprema del Estado de Ohio, ubicado en www.sconet.state.oh.us)

⁵³ *Bound Volume 512*, págs. 821 y ss. (localizable en el sitio oficial en Internet de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ubicado en www.supremecourtus.gov).

los «civiles» y los «criminales», por otro. En cuanto al primer grupo, los «directos [*direct contempts*]» son los ocurridos «en presencia de la Corte»⁵⁴ y pueden ser enjuiciados en el acto, «a la luz del interés sustancial de la Corte en que se cumpla coercitivamente con rapidez y en restaurar el orden»⁵⁵; mientras que los «indirectos [*indirect contempts*]» se caracterizan porque, en cambio, «el enjuiciamiento sumario [...] está prohibido»⁵⁶ y suceden «fuera de la Corte [*out of Court*]»⁵⁷. Por lo que se refiere al segundo, sin embargo, «aunque los contornos procesales de las dos formas de desacato están bien establecidos, las características distintivas de los desacatos civiles versus criminales están algo menos claras»⁵⁸, ello no impidió que el tribunal —reiterando un precedente antiguo, relativo al encarcelamiento del entonces Presidente de la gran central sindical *American Federation of Labor*— concluyese que «si un desacato es civil o criminal [*whether a contempt is civil or criminal*] gira en torno al “carácter y propósito” de la sanción involucrada»⁵⁹, supuesto que «la sanción de un desacato es considerada civil si “es reparadora, y en beneficio del demandante”»⁶⁰, mas «si se refiere a un desacato criminal la sentencia es de castigo, para vindicar la autoridad de la Corte»⁶¹, como ocurría en el caso aquí enjuiciado, en el que lo debatido era el carácter «civil» o «criminal» de una sanción de cincuenta y dos millones de dólares impuesta a un sindicato por incumplimiento de una orden judicial interdictal de no hacer.

III. PLAN DE TRABAJO

§7. Supuesta la diferenciación, al menos en España, entre «acciones constitutivas» y «acciones declarativas», en las páginas que siguen me propongo aquilatar el marco jurídico de las primeras, utilizando predominantemente fuentes jurisprudenciales, a través de la distinción de dos grandes categorías de «acciones constitutivas», cuyos perfiles me parecen muy marcados. La primera se refiere a «las acciones constitutivas “puras” en los procesos laborales», que creo poder reconducir a tres supuestos típicos, representados por la acción de vacaciones, por la de clasificación profesional y por la de concreción horaria y del período de disfrute en los permisos por lactancia, y por reducción de jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género (cfr. *infra*, Capítulo Segundo). La segunda concierne a «las acciones constitutivas “complejas” en los procesos laborales», en la que consideraré lo que denomino «supuestos indubitados» de este grupo, donde incardino la acción de resolución de contrato (ordinaria y las especiales), la de resolución ejecutiva, la tercera de mejor derecho y, en algunos supuestos, también las demandas de oficio; desagregándolos de otros «supuestos dudosos, pero admisibles, de acciones constitutivas “complejas”», en los que he encajado los relativos a la cesión ilegal de trabajadores, a la nulidad del contrato de trabajo y, por último, a la acción procesal revocatoria de una sentencia estimatoria de prestación periódica de seguridad social (cfr. *infra*, Capítulo Tercero).

⁵⁴ Pág. 832.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Pág. 833.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Pág. 827.

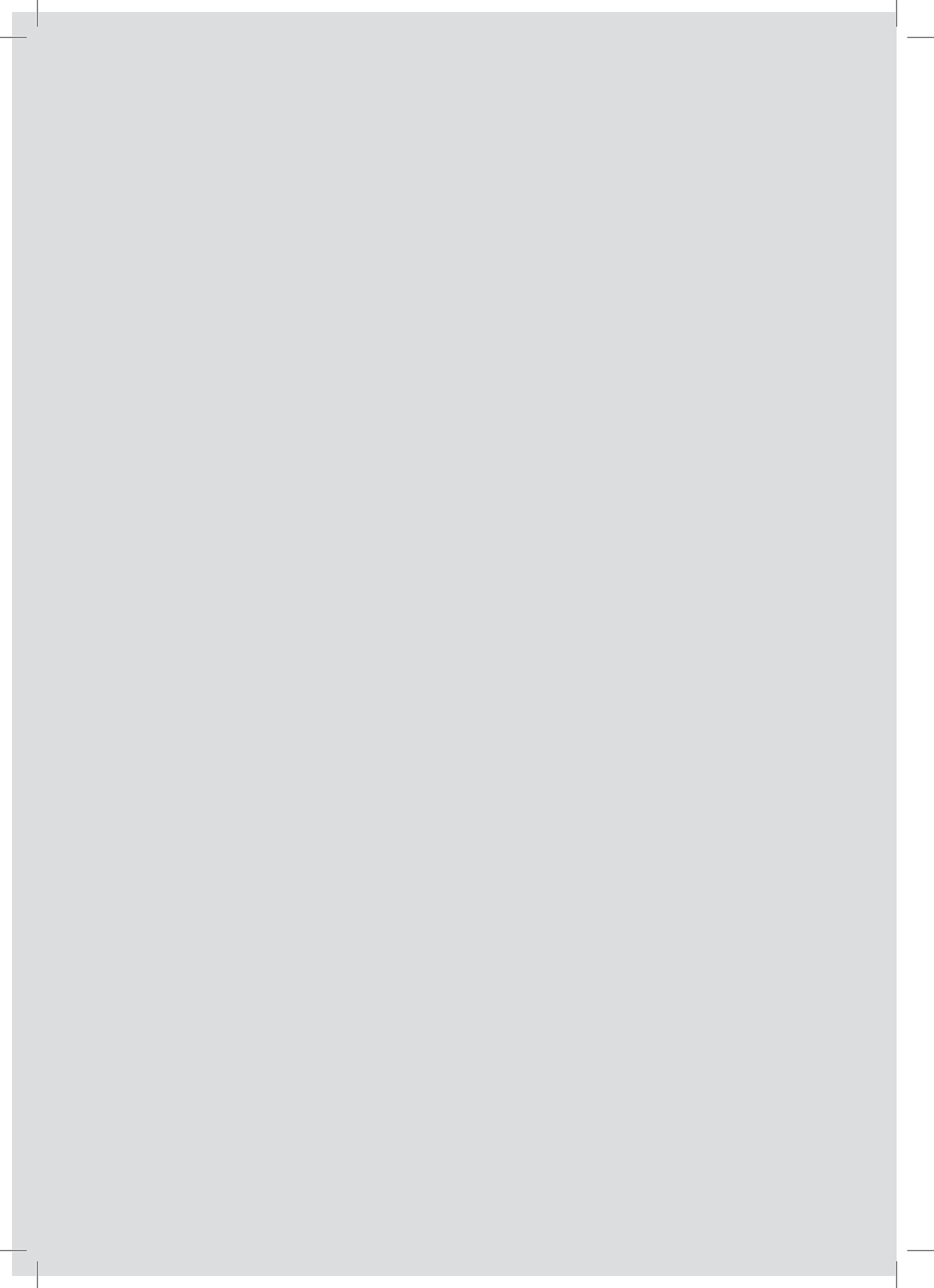
⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Pág. 828.

CAPÍTULO SEGUNDO

Las acciones constitutivas «puras» en los procesos laborales



I. DELIMITACIÓN Y SUPUESTOS

A) SOBRE LA TERMINOLOGÍA ACCIÓN CONSTITUTIVA «PURA»

§8. Sobre la base cierta de que «lo último que podemos hacer al enfrentarnos a la realidad, sea del tipo que sea, es ignorarla»⁶², quizás la primera y más diáfana aproximación a realizar con respecto a una institución cualquiera sea la terminológica, pues las palabras son el medio de manifestación de la voluntad y ha de presumirse que son utilizadas con corrección⁶³. Ya conocemos el significado de la expresión «acción constitutiva»⁶⁴, a la que ahora se le añade el adjetivo *puro*, que significa «libre y exento de toda mezcla de otra cosa»⁶⁵, con el objetivo de acotar el campo de estudio. La locución «acción constitutiva pura» no aparece mencionada en las fuentes como tal, sino que se trata de una expresión creada *ad hoc* para un uso doctrinal evidente: delimitarla frente a otro gran grupo de acciones, las que he denominado «acciones constitutivas complejas», que serán objeto de estudio en el Capítulo Tercero de este trabajo.

Ese último aserto nos facilita la entrada al campo jurídico, precisamente para examinar si ese concepto doctrinal se emplea alguna vez. En realidad, ya he adelantado que como tal expresión no aparece mencionada en ninguna norma jurídica española, aunque quizás pudiera considerarse embebida en el adverbio *meramente* («puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa»⁶⁶), que matiza en el tenor del artículo 521 LEC tanto el concepto de las acciones declarativas como el de las constitutivas («1. No se despachará ejecución de las sentencias *meramente* declarativas ni de las constitutivas»), siquiera pudieran plantearse dudas sobre si el adverbio afecta a los dos adjetivos o sólo a uno; de tal manera que, por un lado, estarían las *sentencias meramente declarativas* (o declarativas puras) y, por otro, las *sentencias constitutivas*, sin más. Esta discusión sólo tiene trascendencia terminológica, que no conceptual, puesto que las sentencias constitutivas a las que va referido ese

⁶² Al respecto, GARCÍA MURCIA, J., «Presentación», en GARCÍA MURCIA, J. (Coordinador), *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Gobierno del Principado de Asturias-Consejería de Industria y Empleo (Oviedo, 2006), pág. 9.

⁶³ Véanse SSTSJ Galicia 08/02/07 (R. 1369/04) y 13/02/06 (R. 2898/03). Con interesantes consideraciones acerca de que la «interpretación no es una técnica de precisión», véase MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo (Madrid, 1976), págs. 10 y ss.

⁶⁴ Véase el Capítulo Primero.

⁶⁵ Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa-Calpe (Madrid, 2001), pág. 1869.

⁶⁶ Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, cit., pág. 1493.

precepto procesal son evidentemente las puras, a tenor de su párrafo tercero («Cuando una sentencia constitutiva contenga *también* pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley»).

Carece, en cualquier caso, de trascendencia que la expresión «acción constitutiva pura» esté falta de registro expreso en las fuentes jurídicas directas de conocimiento (leyes y jurisprudencia), puesto que la propia locución «acción constitutiva» tampoco aparece citada en nuestras leyes procesales, de manera que igualmente sólo podríamos conjeturarla a través de vías indirectas⁶⁷. No obstante, esa falta de empleo de conceptos científicos, no ha de sorprender desde el punto y hora en que el legislador se ha limitado en múltiples ocasiones a reaccionar adaptando las instituciones a las construcciones doctrinales y jurisprudenciales, sin mayor criterio; de hecho, emplea indiscriminadamente la palabra *acción*⁶⁸, *pretensión*⁶⁹ o *sentencia*⁷⁰ como sinónimos⁷¹.

§9. Lo importante es entender que el uso de la referida expresión —«acción constitutiva pura»— se precisa por una razón terminológica, en cuanto supone oponer dos conjuntos de acciones pertenecientes a la misma categoría general («cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica»⁷²), pero con una significativa característica diferenciadora: la ausencia o presencia de elementos específicos de acciones de otro tipo (declarativa o de condena). Donde se entiende por «pura» aquella que se ajusta *estrictamente* a la definición que se ha recogido en el Capítulo Primero sobre las acciones constitutivas, sin que en la pretensión que se ejercite se incluya petición de condena alguna u otro pronunciamiento; mientras que «compleja» —como se verá oportunamente— es aquella en la que a la acción constitutiva se le unen o acumulan otras.

No obstante, esta afirmación exigirá alguna matización en cuanto a las acciones que se incluyen en el conjunto restringido, pues en la acción de ascenso puede pretenderse no sólo el cambio funcional, sino también el abono de las diferencias salariales correlativas⁷³; y en este supuesto, podría integrarse en el grupo que he denominado «complejo».

B) SUPUESTOS INDISCUTIBLES DE ACCIONES CONSTITUTIVAS «PURAS»

§10. En este conjunto de «acciones constitutivas puras» podrían citarse, sin perjuicio de alguna puntualización posterior, las siguientes: la de fijación de las vacaciones (artículos 125 y 126 LPL); la acción de clasificación profesional (artículos 137 LPL, y 24 y 39.4 ET); y la de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y

⁶⁷ Una sería la marcada por los arts. 1, 17, 80 y 87 LPL; y otra, la remisión a la LEC contenida en la DA Primera. Uno LPL.

⁶⁸ Véanse los arts. 14, 17, 27, 28, 29, 34 LPL, entre otros.

⁶⁹ Véanse los arts. 1, 3, 87, 155.1 ó 164 LPL, entre otros.

⁷⁰ Véanse los arts. 521 y 522 LEC.

⁷¹ No es este el lugar idóneo para profundizar sobre la distinción entre pretensión, acción y derecho al proceso, pero se podría remitir la cuestión a DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, 3ª edición, CERA (Madrid, 2003), págs. 44 y ss.; o al Capítulo III de RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 1979), págs. 115 y ss.

⁷² Véase, GUASP, J., *La pretensión procesal*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 1981), pág. 236.

⁷³ «[...] sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones [la de clasificación y salarial] serán acumulables» (art. 39.4 ET).

por reducción de jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género (artículos 37.4 a 7 ET y 138 bis LPL). Veamos ahora sumariamente las fuentes reguladoras de cada una de ellas.

1) *La acción de vacaciones*

§11. El artículo 38 ET preceptúa que todo trabajador tiene derecho cada año a un periodo de vacaciones retribuidas de treinta días naturales como mínimo; advirtiéndose, doctrinal y jurisprudencialmente, que la finalidad del derecho a las vacaciones⁷⁴ es procurar un periodo retribuido de descanso y tiempo libre que permita al trabajador recuperarse del desgaste fisiológico y psicológico del trabajo prolongado, así como un tiempo de esparcimiento o de desconexión del trabajo⁷⁵. Campo que en el ámbito laboral tiene un reconocimiento tardío en relación con otras instituciones relativas al descanso (diario, dominical, festivos).

Se entiende por vacación anual, según ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁷⁶, el disfrute de un periodo continuado de varios días de descanso al año. En definitiva, las vacaciones se conciben como aquel periodo de descanso ininterrumpido y retribuido, cuya finalidad es que el trabajador pueda gozar de un tiempo de ocio y recuperar las energías perdidas durante la jornada anual de trabajo. En palabras del TCT, «las vacaciones, justificadas por la insuficiencia de los descansos diarios y semanal, tienen como finalidad alejar al trabajador durante un período más dilatado de su puesto de trabajo, y en la mayoría de los casos del ambiente y del medio en que habitualmente se mueve», con el objetivo de que, «rompiendo la monotonía del trabajo diario, pueda aprovecharse de los benéficos efectos que ese descanso prolongado produce en el aspecto físico y psíquico»⁷⁷. Ciertamente, resulta decisivo proporcionar al trabajador «el reposo necesario para que pueda recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalienación»⁷⁸.

Tres son las normas legales que se refieren a la *acción de vacaciones* directamente: dos procesales, los artículos 125 y 126 LPL; y otra estatutaria, el artículo 38 ET. El artículo 38 dice lo siguiente: «[...] *En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente*». Mientras que el artículo 125 LPL indica que «El procedimiento para la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones se regirá por las reglas siguientes: a) Cuando la fecha esté precisada en convenio colectivo, o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o hubiera sido fijada unilateralmente por aquél, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir del en que tuviera conocimiento de dicha fecha, para presentar la demanda en el Juzgado de lo Social. b) Cuando no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones, la

⁷⁴ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L.M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 299 y ss.

⁷⁵ De «desalienación» habla la STS 30/04/96 (Ar. 3627). Circunstancia que diferencia al trabajador, más incluso que los propios emolumentos, de un esclavo; sobre esta condición, por su curiosidad y amena prosa, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas (Madrid, 2002), págs. 11 y ss.

⁷⁶ Véase ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 20ª edición, Civitas, (Madrid, 1996), pág. 293.

⁷⁷ Véase STCT 17/03/84 (RTCT 2561).

⁷⁸ Véase STS 30/04/96 (Ar. 3627).

demanda deberá presentarse, al menos, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador. c) Si una vez iniciado el proceso se produjera la fijación de las fechas de disfrute de conformidad con lo previsto en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no se interrumpirá la continuación del procedimiento. d) Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados»⁷⁹. Por su parte, el artículo 126 LPL precisa, en fin, esto: «El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que no tendrá recurso, deberá ser dictada en el plazo de tres días». Como se podrá apreciar dentro de un momento, y siquiera esquemáticamente, estos dos preceptos han vertebrado el procedimiento con los mismos rasgos con que se diseñó inicialmente y lo han mejorado, adaptándolo a unos parámetros más prácticos: dos plazos de caducidad, limitación a una posible reconvencción —o pérdida subsiguiente de su objeto— y litisconsorcio pasivo.

§12. Para el estudio de esa acción hemos de centrarnos en la evolución de la normativa procesal, aunque considero necesario mencionar la regulación sustantiva contenida en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976, de 08/Abril), y en concreto, su artículo 27 (donde ya se contiene una precisión relativa a lo que se adivina como un proceso específico de vacaciones⁸⁰), y después, el artículo 38 del ET/80, que establecía una regulación más detallada y donde se contempla el proceso de vacaciones con sus rasgos actuales⁸¹.

La regulación procesal surgió —precisamente— para hacer efectiva la remisión contenida en la Ley de Relaciones Laborales de 1976; aunque no fue hasta el año 1980 cuando vio la luz un procedimiento especial para resolver los litigios surgidos en esta materia⁸². En concreto, el RD-Legislativo 1568/80, de 13/Junio, aprueba el texto refundido de procedimiento laboral, y en su artículo 116 regula aquél, siguiendo fielmente lo dispuesto en el correlativo precepto estatutario (irrecurribilidad, preferencia y sumariedad) y añadiendo un plazo para la celebración de la vista y para dictar sentencia. Plazos que se han mantenido a lo largo de las leyes posteriores y que son fiel reflejo de los caracteres configuradores anteriores, pues suponen la reducción a la mitad de los ordinarios⁸³. Nótese que entre las disposiciones de aquel artículo se contempla una prevención general —hoy expresada por el 82.2 LPL— y una especial para este procedimiento⁸⁴. Más tarde, y para adaptar la LPL a la LOPJ y otras modificaciones posteriores, se aprueba la Ley 07/89, de 12/ Abril, de

⁷⁹ En relación con los acuerdos colectivos empresariales, del tipo de los citados en este precepto, véase GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, CES (Madrid, 1998), págs. 13 y ss.

⁸⁰ En concreto, se dice «[...] Si existiera desacuerdo entre las partes, la Magistratura de Trabajo fijará la fecha que para su disfrute corresponda».

⁸¹ Irrecurribilidad, preferencia y sumariedad. Y así, indica en su apartado segundo que «d) Si existiese desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecusable. El procedimiento será sumario y preferente».

⁸² No hay precepto equivalente a los actuales en ninguna de las leyes procesales laborales anteriores, ni en el Texto refundido aprobado por el Decreto 04/07/58; ni en el Decreto 149/63, de 17/Enero; ni en el Decreto 909/66, de 21/Abril; ni tampoco en el Decreto 2381/73, de 17/Agosto.

⁸³ Los plazos han sido, ya desde el año 1980, diez días para la vista (arts. 73 LPL/80, 82.1 LPL/90 y 82.1 LPL) y cinco para dictar sentencia (arts. 89 LPL/80, 97.1 LPL/90 y 97.1 LPL), mientras que la Ley de Bases sólo contemplaba la necesidad de regular el plazo máximo (Base Decimoséptima.cuatro y Vigésima.cuatro).

⁸⁴ Las partes acudirán al acto de la vista «con todos los medios de prueba de que intenten valerse y, en concreto, los necesarios para probar los extremos previstos en el número dos y, en su caso, en el número 3 del art. 38 del Estatuto de los Trabajadores».

Bases del procedimiento laboral, en cuya Base Vigésimo cuarta únicamente se esbozan dos pinceladas atinentes al tema: una, que el procedimiento es preferente, y dos, que las sentencias que se dicten no serán recurribles (normas aplicables también al proceso de clasificación profesional y al electoral). Y como desarrollo de esta Ley de Bases, se aprobó el RD-Legislativo 521/90, de 27/Abril, que aprobó el Texto Articulado de nuestra quinta Ley de Procedimiento Laboral⁸⁵, en cuyos artículos 125 y 126 se recogió aquel procedimiento, cuyos exactos términos pasaron a los actuales artículos 125 y 126 LPL. Ninguna de estas normas durante su vigencia ha sufrido modificación alguna.

2) La acción de clasificación profesional

§13. En realidad, el título que se ha ofrecido como enunciado de este apartado es ambiguo⁸⁶, habida cuenta que dentro del concepto de acción de clasificación profesional pueden ampararse tres clases diferentes de acciones, dos declarativas y otra constitutiva. Aquéllas son, de un lado, la que pretende la adecuación de las funciones reales desarrolladas por el trabajador *ab initio* con la categoría o grupo profesional, que se le asignó en el contrato⁸⁷; y de otro, la que pretende una nueva clasificación del trabajador merced a un cambio normativo, que altera las categorías existentes hasta ese momento. Y si bien la primera es considerada, salvo por alguna voz discordante⁸⁸, declarativa⁸⁹, con respecto a la segunda, las dudas se acrecientan⁹⁰ y se exigiría un examen más profundo, aunque es claro, en todo caso, su falta de naturaleza constitutiva. Del grupo recién citado interesa a nuestros fines, empero, la acción constitutiva, que es la relativa al ascenso. Acción de ascenso que engloba, a su vez, dos diferentes instituciones: a) el ascenso ordinario, referente a la aplicación estricta del artículo 24 ET; y b) el ascenso especial, que también incluye dos situaciones, una, la consecuente a la movilidad funcional vertical —reflejada en el artículo 39.4 ET— y subsidiaria del anterior⁹¹, y otra, el automático⁹², que no implica el ejercicio de facultades superiores y que es de naturaleza declarativa⁹³. Aunque tanto el ascenso ordinario como

⁸⁵ Al efecto, como se sabe, de acomodar nuestro procedimiento laboral a los mandatos constitucionales. Acerca de «la Constitución como “ley de encuadramiento” de la relación de trabajo», véase GARCÍA MURCIA, J. (Coordinador), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Oviedo, 2007), págs. 35 y ss.

⁸⁶ De hecho, algunos autores califican la rúbrica del proceso especial de clasificación profesional como inadecuada; así, RUBIO DE MEDINA, M. D., *El proceso sobre clasificación profesional*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 2000), pág. 21. Más precisiones terminológicas, en GÁRATE CASTRO, J. y CABEZA PEREIRO, J., *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 119 y ss.

⁸⁷ También queda incluido en este grupo cuando la categoría superior «se viene desempeñando desde hace años» (STCT 15/01/87 [Ar. 661]).

⁸⁸ Véase STSJ Madrid 30/10/00 (AS 4684).

⁸⁹ Véanse STS 13/11/89 (Ar. 8047) y las SSTC 71/1991, de 08/Abril, y 20/1993, de 18/Enero.

⁹⁰ Véase STSJ Valencia 12/02/03 (Ar. 2911).

⁹¹ En el art. 39.4 ET se dice «[...] el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo [...]».

⁹² Normalmente se trata de ascensos a categorías correspondientes a los niveles más bajos de cualificación (por ejemplo, en el art. 7.9 del Convenio Colectivo del Comercio de Papel y Artes Gráficas —BOE 18/08/97— se disponía que «los ayudantes pasarán automáticamente a la categoría de dependientes al cumplir los veintidós años de edad»).

⁹³ De hecho, es legítimo pactar en Convenio Colectivo el ascenso automático por la previa permanencia durante un tiempo determinado en la categoría inferior (STS 23/11/92 [Ar. 9289]).

el ascenso especial por movilidad implican una novación del contrato de trabajo⁹⁴ y, por lo tanto, son acciones constitutivas, me centraré en la segunda, que es la única que se tramita por el cauce especial de clasificación profesional (artículo 137 LPL).

Por *ascenso* hemos de entender «la promoción legal del trabajador, la variación a mejor de su prestación, a lo largo de la ejecución del contrato»⁹⁵; y por acción de clasificación profesional o ascenso por movilidad, la «petición de que se incardine al trabajador, de manera incondicional y definitiva, en una categoría superior a la que tiene asignada, incardinación que habrá de pretenderse con apoyo en que el trabajador entienda que viene realizando, con carácter estable y no meramente ocasional, funciones inherentes a la categoría (superior) a la que aspira, y no a aquella otra (inferior) en la que se encuentra clasificado»⁹⁶.

Cuatro son los preceptos que se refieren a las acciones de clasificación directamente, uno procesal, el artículo 137 LPL, y tres estatutarios, los artículos 22, 24 y 39.4 ET. El primero dice lo siguiente: «1. La demanda que inicie este proceso será acompañada de informe emitido por el comité de empresa o, en su caso, por los delegados de personal. En el caso de que estos órganos no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado. 2. En la providencia en que se tenga por presentada la demanda, el Juez ordenará recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor y deberá emitirse en el plazo de quince días. 3. Contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno». Por su parte, el artículo 24 dispone que «1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores [...]». Este precepto ha de completarse con lo previsto en el artículo 39.4 ET, cuyo tenor afirma lo siguiente: «Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, *el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en Convenio Colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del Comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente [...]*». Y ambos, naturalmente, tienen que ponerse en relación con el artículo 22 ET, que es el que define legalmente qué se entiende por categoría o grupo profesional, cuestión que sólo de manera tangencial interesa, porque el ascenso presupone la existencia de una estructura escalonada y jerárquica, en la que a un aumento de la categoría o grupo profesional le corresponden una modificación de funciones y un incremento salarial.

§14. Los preceptos estatutarios actualmente vigentes tienen su origen directo en el ET/80, cuyos artículos 23 y 24 son los equivalentes a los actuales 39.4 y 24, respectivamente.

⁹⁴ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 1ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2004), pág. 185.

⁹⁵ Son palabras de la STSJ Canarias/Las Palmas 27/12/04 (AS 4006).

⁹⁶ Son palabras de la STS 02/12/02 (Ar. 2003/1938).

Sin embargo, pueden mencionarse dos diferencias evidentes: una⁹⁷, la inacumulación de la acción de clasificación con la de salarios; y dos, que se expresa de una manera más directa la naturaleza constitutiva de la acción de clasificación⁹⁸. Y la normativa procesal se dictó precisamente para hacer efectiva esa remisión contenida en el artículo 23 ET/80⁹⁹; fue ese mismo año cuando vio la luz un procedimiento especial laboral para resolver los litigios surgidos en esta materia, puesto que antes de esta norma las reclamaciones de clasificación profesional eran competencia de la Administración (Delegación de Trabajo)¹⁰⁰, pues así lo disponía el artículo 1 de la OM de 29/12/45¹⁰¹. Esto último como lógica consecuencia del contenido del artículo 79 del Decreto de 21/12/42, por el que se aprobó el Reglamento para aplicación de la Ley de Delegaciones de Trabajo de 10/11/42, y que atribuía la competencia para determinar la clasificación de los trabajadores a la Delegación de Trabajo, previendo también el mismo recurso jurisdiccional excepcional. En concreto, la LPL/80, en su artículo 137, lo regula con los mismos rasgos actuales; la única diferencia de calado radica en la configuración del procedimiento como proceso ordinario con especialidades, en la LPL/80, y como modalidad procesal, en las siguientes. Desde el punto de vista técnico, ha de resaltarse que el artículo 137 LPL/80 no precisaba el objeto sobre el que debían aplicarse las especialidades procesales que regulaba, y las consecuencias de este defecto se arrastrarán por las posteriores leyes procesales laborales¹⁰². Porque el artículo 137 LPL/80 se refería, bajo la rúbrica de «Clasificación Profesional», «a la demanda que inicie *esta clase de procesos* [...]», dando a entender la posible articulación de diversas acciones al amparo de esta modalidad, lo que generó una ardua labor jurisprudencial para discernir la tramitación procedimental de las diversas pretensiones tutelables, que concluyó en una «división un tanto artificiosa», referida a que el procedimiento especial respondía a la exigencia de tutela jurisdiccional expresa que se observaba en el artículo 23.2 ET/80 (actual 39.4 ET), derivando hacia el proceso ordinario todas las demás pretensiones relacionadas con la clasificación profesional. En realidad, la distinción entre las acciones no es tan artificiosa como se afirma por algún autor¹⁰³, pues —como explicaré más adelante— la jurisprudencia, aunque fuese intuitivamente, remitió al proceso especial el ejercicio de acciones constitutivas y al ordinario las declarativas, y la distinción entre unas y otras es ya —de entrada— conceptual. En todo caso, los sucesivos artículos 137 (de la LPL/90 y de

⁹⁷ Que produjo durante largo tiempo copiosa jurisprudencia y no pocos problemas.

⁹⁸ Véanse los párrafos primero y tercero del art. 23 ET/80.

⁹⁹ «1. El trabajador que realice funciones de categoría superior a las que correspondan a la categoría profesional que tuviera reconocida, por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, puede reclamar ante la dirección de la empresa la clasificación profesional adecuada. 2. Contra la negativa de la empresa y previo informe del Comité o en su caso de los delegados de personal, *puede reclamar ante la jurisdicción competente*» (art. 23 ET/80).

¹⁰⁰ Y consecuentemente, no hay precepto equivalente a los actuales en ninguna de las leyes procesales laborales anteriores, ni en el Texto refundido aprobado por el Decreto de 04/07/58; ni en el Decreto 149/63, de 17/Enero; ni en el Decreto 909/66, de 21/Abril; ni tampoco en el Decreto 2381/73, de 17/Agosto.

¹⁰¹ Sólo admitía acudir a la jurisdicción laboral cuando el empresario se negase a pagar las diferencias salariales consecuentes del ascenso de categoría acordada por la Delegación de Trabajo (art. 3), pero no para impugnar la decisión clasificatoria, quedando, eso sí, expedita la impugnación de esta decisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁰² Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», en *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 11 (Pamplona, 2002), págs. 72 a 74.

¹⁰³ Véase nota anterior.

la LPL) no hablan de «esta clase de *procesos*», sino simplemente de «*este proceso*», asumiendo la interpretación restrictiva sobre el objeto de la modalidad procesal que elaboró la jurisprudencia¹⁰⁴. Por este motivo, se ha mantenido que el nombre del procedimiento especial de clasificación profesional (rúbrica de la Sección 3ª del Capítulo V del Libro II de la LPL) es inadecuado, en tanto no identifica el objeto de la tutela jurisdiccional pretendido¹⁰⁵.

Más tarde, se aprueba la citada LBPL, en cuya Base Vigésimo cuarta se esbozan en dos pinceladas las mismas características ya fijadas: una, los informes preceptivos; y dos, que las sentencias que se dicten no serán recurribles. Y como desarrollo de esta Ley se aprobó la LPL/90, en cuyo artículo 137 se recogió aquel procedimiento, cuyos exactos términos pasaron al actual artículo 137 LPL. Como fácilmente se advierte, se han asumido punto por punto los trazos, que originariamente se impusieron en el año 1980, salvo que la LPL/90 (y con ella la vigente LPL) añadió a la tradicional exigencia de un informe de los representantes de los trabajadores, el que, en caso de que ese órgano no hubiese emitido dicho informe en el plazo concedido de quince días, la demanda continuase su curso, siempre que el demandante acreditase haberlo solicitado¹⁰⁶.

3) *La acción de concreción horaria y del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género*

§15. Son tres acciones derivadas del mismo precepto estatutario, el artículo 37 ET, tramitadas, a su vez, por el mismo procedimiento, el diseñado por el artículo 138 bis LPL. Todas ellas se caracterizan por implicar la posibilidad de que el trabajador —unilateralmente, pero de forma temporal— pueda configurar su jornada de trabajo (ya reduciéndola, ya fraccionándola), y se diferencian por la causa de esa atribución: atención de un menor de nueve meses¹⁰⁷, cualidad de prematuro del recién nacido o su hospitalización subsiguiente al parto, atención de una persona impedida a su cargo o efectividad de la protección o asistencia social integral de una trabajadora víctima de violencia de género.

Prescindiendo de la regulación contemplada en el ET, que conforma las condiciones de ejercicio del derecho, nos interesa aquí centrarnos en el artículo 138 bis LPL, común a todas ellas, pues será el proceso especial que habrá de seguirse para el caso de discrepancia tanto cuando aquella alteración se justifique en la lactancia o en motivos familiares —apartados 4 y 5 del artículo 37 ET¹⁰⁸—, como cuando lo sea en la condición de prematuro u hospitalizado del recién nacido —apartado 4 bis¹⁰⁹— o en la de víctima de violencia de

¹⁰⁴ Véanse las SSTs —ambas de u.d.— 25/11/94 (Ar. 9240) y 20/09/94 (Ar. 7166).

¹⁰⁵ Véase RUBIO DE MEDINA, M. D., *El proceso sobre clasificación profesional*, 1ª edición, cit., pág. 21.

¹⁰⁶ Modificación inevitable tras la STC 172/1987, de 03/Noviembre, y que pretende evitar que la inactividad de un tercero extraño al proceso pueda perjudicar la posición jurídica del actor.

¹⁰⁷ Cuyo carácter constitutivo ha sido reconocido, incluso, por la jurisprudencia; así, véase STSJ Galicia 07/05/07 (R. 1867/07).

¹⁰⁸ «[...] Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral» (art. 37.6 ET).

¹⁰⁹ «Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo» (art. 37.4 bis ET) y, por consiguiente, también a su remisión procesal.

género de la actora — apartado 7¹¹⁰—. Dice esta norma que «El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares se regirán por las siguientes reglas: a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social. b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días».

§16. La acción más antigua de las relacionadas es, sin duda alguna, la de lactancia¹¹¹, porque entre las otras, las hay sin parangón en nuestra legislación; más en concreto, la acción del apartado 7, que fue creada por la LOMPIVG, con el fin de «atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres»¹¹². Otras, empero, no responden sino a la pretensión de ampliar el ámbito objetivo de la acción genérica; así, el apartado 4 bis fue añadido por DA Octava, apartado 1, a) de la Ley 12/2001, de 09/Julio. Y las hay, finalmente, como las de los apartados 4 y 5, que ya se contemplaban en el texto original del ET¹¹³, pero fueron modificadas por el artículo 2 de la Ley 39/1999, de 05/Noviembre, y, posteriormente, por la DA Décimo Primera, Cinco, de la LO 03/2007, de 22/Marzo.

El procedimiento especial para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute fue creado *ex novo* por el artículo 9.2 de la Ley 39/1999, de 05/Noviembre, y su justificación resulta evidente: con él se pretende garantizar la eficacia de los derechos al permiso de lactancia y a la reducción de jornada por motivos familiares, poniendo a disposición del sujeto interesado un procedimiento ágil, ya que de dilatarse la tramitación se convertirían en ilusorios¹¹⁴; o dicho de otro modo, «para garantizar el ejercicio libre de estos derechos y su resolución en caso de discrepancia mediante procedimiento urgente y de tramitación preferente»¹¹⁵, y no obligarlo a seguir el procedimiento ordinario, con las dilaciones consecuentes.

C) SUPUESTOS APARENTES, PERO DESCARTABLES, DE ACCIONES CONSTITUTIVAS «PURAS»

§17. Junto a las acciones constitutivas «puras», que acabo de mencionar, podrían citarse dos, que si bien presentan rasgos que las aproximan a aquéllas, pueden excluirse

¹¹⁰ «[...] En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias» (art. 37.7 ET); por lo tanto, nuevamente se remite al art. 138 bis LPL.

¹¹¹ Ya en Ley 13/03/1900 se contenían disposiciones para salvaguardar la salud de las llamadas «fuerzas medias», es decir, de los menores y las mujeres trabajadoras, que han sido, desde antiguo, los colectivos más desfavorecidos en la esfera laboral. Las disposiciones contempladas en ella (una hora de ausencia y lactantes) se mantuvieron esencialmente hasta la actualidad (salvo la limitación a la edad de menor de nueve meses, introducida por la LRL).

¹¹² EM, II, de la LOMPIVG.

¹¹³ Y procedían de la citada Ley 13/03/1900, a través del D 26/01/1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Contrato de Trabajo; de la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales; y del art. 37.4 y 5 ET/1980.

¹¹⁴ Véase CHARRO BAENA, C., «La concreción del horario laboral del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 mayo 2000 [AS 2000, 1910])», en *Aranzadi Social*, núm. 10 (Pamplona, 2000), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2000\1217).

¹¹⁵ EM de la Ley 39/1999.

tras un análisis más profundo: una, la acción de concreción horaria para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y otra, la acción de preferencia para ocupar puesto vacante de la empresa en otra localidad.

§18. La primera de estas acciones, descartables a nuestros efectos, es la de *concreción horaria* y se contempla en el artículo 34.8 ET, que indica lo siguiente: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla». Este apartado fue introducido por la DA Décimo Primera, Tres, de la LO 03/2007, de 22/Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y aparentemente ha configurado una acción constitutiva, puesto que sugiere una nueva causa para que el trabajador pueda concretar su horario¹¹⁶ y configure una situación *ex nunc*, novando el contrato en un aspecto fundamental (jornada de trabajo).

Sin embargo, considero que la acción prevista en el artículo 34.8 ET no es constitutiva; es más, se plantean serias dudas de que llegue a constituir una verdadera acción si la facultad contenida en ella no se desarrolla convencionalmente¹¹⁷. Tres son las razones en las que apoyo mi conclusión: la primera, los propios términos genéricos en que se expresa el precepto, sin especificar en qué consiste el derecho sustantivo protegido a través de esta acción aparente, viene a configurar una verdadera norma en blanco. La segunda, la falta de concreción de un proceso en el que ejercitarla, pues frente a la postura del legislador en el resto de las acciones constitutivas, que ha previsto un proceso singular, en este supuesto nos vemos compelidos a acudir al proceso ordinario. Y la última, la exigencia de que el empresario y trabajador lleguen a un acuerdo (sea individual o colectivo) para que nazca la acción. Todo ello me lleva a excluir esta previsión normativa de la lista de acciones propiamente dichas, en la consideración de que se trata —más bien— de una proclamación programática u orientación, más que de un derecho configurado y ejercitable.

El segundo grupo lo constituye *la acción de preferencia para ocupar puesto vacante de la empresa en otra localidad*. Dos son las acciones que se amparan bajo esta rúbrica y ambas se contemplan en el artículo 40 ET¹¹⁸, caracterizándose por conceder un derecho preferente a determinados trabajadores para ocupar puesto vacante en otra localidad, bien porque su cónyuge —trabajador de la misma empresa— ha cambiado de residencia, bien para hacer efectiva la protección o derecho a la asistencia social integral de trabajadora víctima de violencia de género. Mientras el apartado tercero ya se incluía en la redacción originaria del ET¹¹⁹ y sin haber sufrido variación, el apartado tercero bis fue introducido por la por DA Séptima, Dos, de la citada LOMPIVG.

¹¹⁶ Similar a las otras contempladas en el art. 37 ET y que se han visto antes.

¹¹⁷ Si ese desarrollo no se produce, no habría acción de concreción horaria ejercitable (porque tampoco habría derecho concreto y correlativo del trabajador), tan sólo la posibilidad de llegar a un arreglo entre las dos partes contratantes; opción que siempre existe, pues la relación laboral tiene naturaleza contractual, con matices.

¹¹⁸ Dispone el ap. 3 del art. 40 ET que «Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo»; y añade su ap. 3 bis) que «La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo [...]».

¹¹⁹ Y en los mismos términos en el art. 40.4 ET/80.

Esta acción plantea mayores dudas que la anterior como acción constitutiva. A su favor se presenta que el apartado segundo del artículo 138 LPL, dedicado al proceso especial de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, prevea un litisconsorcio pasivo necesario para el caso de discutirse preferencias¹²⁰, ámbito en que es fácilmente incardinable la presente acción; o que en el apartado cuarto del mismo precepto procesal se indique que este proceso será urgente y preferente y la sentencia será irrecurrible, rasgos comunes a las acciones constitutivas «puras». En contra de su consideración como tal acción constitutiva, empero, concurren sólidos motivos: en primer lugar, el artículo 138 LPL diseña un proceso especial pensado para otro supuesto, cual es la impugnación de la decisión empresarial de traslado, pues muchos de sus trámites son difícilmente exigibles a la presente. En segundo lugar, de los tres posibles contenidos de la resolución judicial ante la acción de movilidad geográfica o modificación sustancial (justificada, injustificada o nula¹²¹), sólo las dos primeras podrían tener sentido en el caso de una acción de preferencia, pero sus términos no casan con una acción constitutiva (prevé como efecto que se «reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo» —segundo inciso del apartado quinto del artículo 138 LPL—). Y por fin, la preferencia supone siempre un aspecto declarativo, porque, a la postre, sus efectos son *ex tunc* y no *ex nunc*, dado que la preferencia existirá desde el principio, sea porque el cónyuge se había trasladado a la localidad donde había una vacante, sea porque la trabajadora había sido víctima de violencia de género y obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, sin que se cree, modifique o extinga ninguna relación o situación jurídica, sino que más bien se declara lo ya existente. Argumentos todos ellos por los que considero que esta acción de traslado preferente no puede, a pesar de su apariencia, integrarse en el grupo de acciones constitutivas «puras», sino en el de las declarativas.

II. SU TRAMITACIÓN EN LA INSTANCIA

A) ACTOS PREVIOS AL PROCESO

§19. Cuando en un conflicto laboral se pretende acudir a su solución procesal, la LPL impone —por regla general— unos trámites previos, que impiden acudir directamente a los juzgados y tribunales laborales y tienden a dar una solución extrajudicial al conflicto. Estas actuaciones previas al proceso son de carácter obligatorio y, esencialmente, dos: la *conciliación previa* (regulada en los artículos 63 a 68), que se realiza no ante el órgano judicial que, en su caso, habrá de conocer del pleito, sino ante una instancia no jurisdiccional en la que se buscará el acuerdo; y la *reclamación previa a la vía judicial* (regulada en los artículos 69 a 73), diseñada como vía indirecta para lograr aquella solución paccionada

¹²⁰ «Cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados [...]» (art. 138 LPL).

¹²¹ «5. La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. *La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo.* Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del apartado 1 del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el último párrafo del apartado 3 del artículo 41 del mismo Texto Legal» (art. 138.5 LPL).

y fuera del ámbito judicial cuando el pleito se plantee ante un órgano administrativo, impedido de conciliarse y transigir sobre sus derechos y obligaciones.

Ahora bien, aquella obligatoriedad tiene sus excepciones tanto en uno como en otro supuesto y, para lo que nos interesa, la norma procesal los descarta en el procedimiento especial de vacaciones conforme a lo dispuesto en los artículos 64.1 y 70 LPL¹²², referidos, respectivamente, a la conciliación preprocesal y a la reclamación previa, trámites que se consideran innecesarios dada la levedad del debate que aquí se dilucida.

Además, y aunque el proceso de *clasificación profesional* no está exceptuado del planteamiento de una u otra, según los casos, concurre un elemento diferente con relación a otras acciones, y es el dato de que la demanda sólo puede interponerse previa reclamación —se entiende desafortunada— ante el empresario (artículo 39.4 ET¹²³). Éste es un aspecto sobre el cual insistiré posteriormente, en el momento de analizar los hechos constitutivos de la demanda.

§20. En cuanto a la *acción de vacaciones*, la exclusión del intento de composición extrajudicial se relaciona con la «sumariedad cualitativa» del proceso de vacaciones, que impele a una tramitación ágil, sobre todo teniendo en cuenta que, por un lado, todavía es posible la conciliación judicial (artículo 84.1 LPL¹²⁴); y por otro, haber llegado en un asunto de estas características a la interposición de una demanda presupone un enquistamiento en los planteamientos de unos y otros (trabajadores y empresarios), que hace inoperables estos trámites. No obstante, creo que el anterior razonamiento no es del todo acertado, pues pudiera hacerse notar el distinto tratamiento —desde el punto de vista de los actos previos— entre un proceso de vacaciones plural y aquél que se plantea a través de un conflicto colectivo (y otro tanto podría afirmarse para los que lo hacen por el cauce del procedimiento ordinario), porque mientras en el primero se excluye el intento de acuerdo extrajudicial, en el segundo se impone; sin que haya una razón tan convincente para la eliminación de un trámite en ocasiones muy útil, puesto que —en definitiva— en todos los supuestos se está ejercitando una acción constitutiva «pura».

La cuestión más discutible que puede plantearse —en mi opinión— es la de si la eliminación de la reclamación previa se extiende o no a todas las relaciones laborales y, en especial, a la de los penados en Instituciones Penitenciarias y al personal civil no funcionario en Establecimientos militares. Con respecto al primero, las dudas surgen, porque el artículo 1.5 RD 782/01, de 06/Julio, remite para dilucidar las controversias con su empresario (a la sazón, el «Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente») a la jurisdicción laboral y a sus normas procesales. Esto pudiera suponer que la totalidad de la normativa procesal laboral,

¹²² «Se exceptúan de este requisito [conciliación previa] [...] los relativos al disfrute de vacaciones...» (art. 64.1 LPL) y «Se exceptúan de este requisito [reclamación previa] los procesos relativos al disfrute de vacaciones...» (art. 70 LPL).

¹²³ «[...] Contra la negativa de la empresa [...] el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente [...]» (art. 39.4 ET).

¹²⁴ «1. El órgano judicial, constituido en audiencia pública, intentará la conciliación, advirtiendo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia [...]» (art. 84 LPL). Sobre las diferentes nociones de «sumariedad», muy preciso, véase GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 1999), págs. 124 y ss.

trámites y exclusiones, se proyectarían directamente en un litigio entre el penado y aquel Organismo. No obstante, hay tres razones que me inclinan por una solución contraria, pues, por un lado, el artículo 17.5 RD citado dispone que «[...] el momento de disfrute se condicionará a las orientaciones del tratamiento y a las necesidades de trabajo en los sectores laborales», lo que, por la íntima conexión entre las finalidades de la pena y el tratamiento, muchas veces requerirá una impugnación de las decisiones que en ese ámbito se pudieren llegar a plantear, grado en el que se ha integrado o sanciones impuestas (artículo 76 LOGP; artículos 54, 100 y siguientes del Reglamento Penitenciario —RD 190/96, de 09/Febrero—; y DA Quinta.2 LOPJ) —con la correspondiente reclamación previa ante la Institución Penitenciaria—; por otro lado, el propio artículo 1.5 RD exige para demandar al Organismo autónomo haber reclamado en vía administrativa conforme al artículo 69 LPL, precisamente, como si no bastare la remisión general a la LPL; y finalmente, la propia situación del penado y la relación tan especial que lo une a su empresario, que algunos consideran inconstitucional¹²⁵. En definitiva, ya que no estamos ante un trabajador ordinario (y precisamente por eso) creo que en este supuesto sí sería exigible una reclamación previa a la vía jurisdiccional del penado.

Otro tanto podría afirmarse con respecto al personal civil no funcionario (cuya relación aparece regulada en el RD 2205/80, de 13/Junio), puesto que esa conclusión es la que se desprende de los artículos 72 y 73 del RD citado. El hecho de que el artículo 73 remita el conocimiento de los litigios en materia laboral de ese personal a la jurisdicción social, precisando que se seguirá la tramitación que corresponda conforme a la LPL, sin exigir aquella reclamación, pudiera hacer pensar que ésta no es necesaria. No obstante, considero que concurren una serie de datos, que inclinan la solución en sentido contrario al aparente: en primer lugar, que se regule la impugnación judicial de los actos laborales de la Administración acto seguido a la reclamación administrativa (artículo 72); en segundo lugar, que en el artículo 73 se diga que «las resoluciones de la Administración Militar que agoten la vía administrativa en materia laboral serán en todo caso, ejecutivas, sin perjuicio de que pueda formularse contra ellas la correspondiente reclamación ante el Órgano Jurisdiccional competente del Orden Social», esto es, para acudir a la vía judicial ha de agotarse la previa; en tercer lugar, que el Magistrado haya de recabar del Ministerio de Defensa el expediente administrativo¹²⁶ (cuya regulación se recoge en el artículo 72 —reclamación previa—) y, después, continuar la tramitación correspondiente; en cuarto lugar, que el artículo 75.3 RD contemple la obligación de que las Secciones Laborales emitan dictamen en reclamaciones de este tipo¹²⁷; y en quinto lugar, las amplias potestades concedidas al Ministerio de Defensa en la configuración de esta relación laboral (decisión sobre la

¹²⁵ Véase GARCÍA SILVERO, E., «El RD 782/2001, de 6 julio, como nuevo marco legal en la relación laboral de los penados», en *Aranzadi Social*, núm. 14 (Pamplona, 2001), consultado a través de la Base de datos para el Poder Judicial (BIB 2001/1487); PALOMEQUE LÓPEZ, M., «La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias», en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 9 (Madrid, 1982), págs. 549-569; y MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 22ª edición, Civitas (Madrid, 2001), págs. 506-508.

¹²⁶ «Admitida la demanda a trámite, la Magistratura recabará del Ministerio de Defensa [...] el expediente instruido [...] y seguirá la tramitación que corresponda conforme a la Ley de Procedimiento Laboral» (art. 73.2 RD 2205/80).

¹²⁷ «Las Secciones Laborales emitirán dictamen con carácter obligatorio [...] en los siguientes casos: a) Reclamaciones del personal, cualquiera que sea su origen y contenido» [art. 75.3.a) RD 2205/80].

contratación y cese¹²⁸, premios e incentivos¹²⁹, vacaciones¹³⁰, exclusión sobre la efectividad de sentencias condenatorias laborales¹³¹, imposibilidad de acceso a instalaciones para práctica de diligencias judiciales¹³², subordinación de las funciones de los representantes de los trabajadores¹³³, etc.) hacen dudoso que no se reserve la facultad de reconsiderar su decisión. Todo lo cual conlleva la preceptiva reclamación previa en materia de vacaciones, de forma que se asegure a la Administración militar su conocimiento sobre la demanda que se prepara.

§21. Dos son las cuestiones que han de destacarse al tratar las *características del acto previo*: una, la interpretación flexible del requisito de la conciliación; y otra, la congruencia entre la vía previa y la demanda posteriormente interpuesta.

La *flexibilidad* implica que se considere contraria a la tutela judicial efectiva toda interpretación rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada de ese previo trámite¹³⁴. El motivo es que ese intento de arreglo extrajudicial es requisito para acceder a la jurisdicción, pues antes de la interposición de la demanda se impone obligatoriamente, bien la conciliación, bien la reclamación administrativa. Pero también que se permita la subsanación del defecto a que se refiere el art. 81.2 LPL¹³⁵, dado que ese arreglo extrajudicial se configura como requisito previo para la tramitación del proceso y no como requisito previo a la demanda¹³⁶; y que una decisión de archivo fundada en su ausencia pueda llegar a tener trascendencia constitucional, ya que el canon de constitucionalidad aplicable a las decisiones judiciales que impiden una respuesta de fondo «se refuerza todavía más y se convierte en un control material más exigente cuando una decisión de archivo se proyecta sobre una causa en la que se invocaban lesiones de derechos fundamentales»¹³⁷.

Por su parte, la *congruencia* supondrá la proscripción de alegar en demanda «hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la suscitación de aquéllas» [artículo 80.1.c) LPL]¹³⁸. La congruencia, empero, no debe exigirse de una forma tan excesivamente rígida que llegue a suponer, de hecho, un obstáculo a la tutela judicial efectiva, porque tal congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino también el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente

¹²⁸ Véanse los arts. 14, 49.9 y 67 RD 2205/80.

¹²⁹ Véanse los arts. 58 y siguientes RD 2205/80.

¹³⁰ Véase el art. 37 RD 2205/80.

¹³¹ Véase el art. 73.4 RD 2205/80.

¹³² Véase el art. 73.2.a) RD 2205/80.

¹³³ Véase el art. 83 RD 2205/80.

¹³⁴ Así, ha de considerarse contraria a la tutela judicial negar eficacia a la presentación de papeleta de conciliación para el SMAC en Correos, pero sin observar la forma reglamentaria (STC 77/2003, de 28/Abril); cuestión tratada ya en la STSJ Galicia 06/10/98 (R. 3708/98).

¹³⁵ «2. El Juez admitirá provisionalmente toda demanda aunque no se acompañe certificación del acto de conciliación previa. Deberá, no obstante, advertir al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días, contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, bajo apercibimiento de que de no hacerse así se archivará la demanda sin más trámite» (art. 81.2 LPL).

¹³⁶ Véase STC 69/1997, de 08/Abril; y STS 01/12/02 (Ar. 2003/1937).

¹³⁷ Véase STC 10/2001, de 29/Enero.

¹³⁸ Véase STS —Sala General— 28/06/94 (Ar. 6319).

administrativo correspondiente¹³⁹; pero esa relativa flexibilidad nunca puede llegar al extremo de que la falta de congruencia llegue a producir indefensión a la parte correspondiente¹⁴⁰. Además, el hecho de que la ausencia de un determinado dato fáctico no hubiese sido tomado en consideración por las resoluciones administrativas no es obstáculo para que el órgano judicial, en su función revisora del Derecho aplicado, atribuya a los hechos probados sobre tal extremo las consecuencias legales que estimó inherentes a los mismos¹⁴¹.

B) LA DEMANDA CONSTITUTIVA «PURA»

1) Requisitos de la demanda

§22. Toda demanda, incluida la que articule una petición constitutiva pura, debe cumplir los requisitos expresados en el artículo 80 LPL, a saber: designación del órgano ante el que se presente la demanda; identificación del demandante, demandado y otros interesados; hechos fundamentadores de su pretensión; súplica; indicación de domicilio; y fecha y firma. De todos modos, es importante precisar que la redacción de la demanda no exige la utilización de términos especiales; al contrario, es aconsejable el uso de términos habituales, cuya interpretación resulte clara, e incluso, que se respeten los usos habituales, en evitación de confusiones y omisiones¹⁴². Por lo tanto y sin perjuicio de otras particularidades (litisconsorcio pasivo, órgano competente, caducidad,...), aquí se examinarán los dos elementos claves de la demanda: hechos constitutivos y suplico. No se hace mención alguna a la fundamentación jurídica, porque no es propiamente un requisito de la demanda laboral¹⁴³, siquiera se discutan preferencias¹⁴⁴, dado que bastará alegar y acreditar el hecho del que penda la prioridad para que el Juzgador aplique la norma correspondiente y se falle a su favor; tal es la flexibilidad que se mantiene en el proceso laboral que, incluso, se ha entendido por el TC¹⁴⁵ que la misma fundamentación fáctica no es esencial para la admisión de la demanda¹⁴⁶. Sin embargo, tratándose de cantidades, la demanda ha de proporcionar los elementos necesarios para cuantificar la reclamación y, en caso contrario, la misma no puede admitirse a trámite¹⁴⁷.

§23. Por tales habrá de entender aquéllos que acreditados determinan la estimación de la demanda¹⁴⁸, es decir, la fijación de la fecha en la que el trabajador pretenda el disfrute de sus vacaciones, el ascenso del trabajador (la novación de su categoría profesional a otra superior) o la alteración del horario o de la jornada laboral. Para que esto ocurra debe haber

¹³⁹ Véase STC 15/1990, de 01/Febrero.

¹⁴⁰ Véase STS 02/03/05 (Ar. 3401).

¹⁴¹ Véase STC 41/1989, de 16/Febrero.

¹⁴² Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pág. 146.

¹⁴³ Véase STC 82/1997, de 22/Abril, F. 2.

¹⁴⁴ Como en el caso de vacaciones.

¹⁴⁵ Véase STC 130/1998, de 16/Junio, F. 7.

¹⁴⁶ En concreto, con respecto a las demandas sobre despido en las que se hubiere aportado la carta de despido, pues no puede afirmarse que tal relación fáctica sea un medio insustituible para la fijación del objeto del proceso, ni un presupuesto necesario para permitir el derecho defensa de las demás partes (STC 130/1998, de 16/Junio).

¹⁴⁷ Véase STC 25/1991, de 11/Febrero, F. 2.

¹⁴⁸ O en palabras del art. 217.2 LEC, «corresponde al actor [...] la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda [...]».

nacido el correspondiente derecho que ampara la acción (y no haberse extinguido¹⁴⁹), lo que dependerá de una serie de condiciones, algunas comunes a todas las acciones constitutivas y otras específicas de la ejercitada. Entre las comunes, sólo se encuentran dos: que el actor sea trabajador del empresario al que se demanda; y que haya desacuerdo entre las partes sobre la acción que se ejercita. Junto a ellas, y mediatizando el éxito de la demanda correspondiente, se sitúa una serie de hechos a la que haré referencia en sus apartados específicos. Veamos primero los requisitos fácticos comunes.

a) Hechos constitutivos comunes

§24. El primero de los hechos constitutivos comunes es ciertamente *que el actor sea trabajador del demandado*, porque la titularidad del derecho tiene como presupuesto básico la existencia de un contrato de trabajo vigente en cualquiera de sus modalidades o categorías (relación laboral ordinaria o especial; temporal o indefinida; a tiempo completo o parcial; escrita o verbal; etc.). El tipo de contrato suscrito o de relación laboral establecida afectará al régimen jurídico del derecho a proteger, de tal forma que su ejercicio podrá quedar modulado¹⁵⁰, pero no condicionará su titularidad¹⁵¹; y ello, aun cuando se trate de un trabajador temporal (salvo que lo sea por contrato de interinidad), ya que ninguno de los artículos en liza excluyen esa posibilidad.

Por lo mismo, la extinción de la relación laboral originará la pérdida de la acción principal y, en algún caso, la conservación de un derecho a la compensación económica; así, en el caso de las vacaciones se sustituirá el descanso no disfrutado por un derecho de crédito por la cuantía de la retribución de los días de vacaciones devengadas por la prestación de servicios; y en el del ascenso, se conserva únicamente el derecho a reclamar las diferencias salariales, que se pudieron haber generado al desempeñar las funciones de la categoría superior (siempre que no hayan prescrito). Sin embargo, en la acción de concreción horaria o del permiso de disfrute la pérdida de la condición de trabajador conllevará la de aquélla.

En consecuencia, el primer elemento decisivo para el trabajador será probar que tiene la condición de tal con respecto al demandado y que éste es su empresario.

§25. Con respecto a este hecho constitutivo podría hacerse alguna matización en el caso de la *acción de vacaciones*. El artículo 38 ET no excluye expresamente de su ámbito de aplicación ninguna categoría de trabajadores ni ninguna modalidad contractual y, por su parte, el Convenio número 132 de la OIT, de 24/06/70 (BOE 05/07/74), sobre vacaciones pagadas, cuyo ámbito de aplicación se encuentra recogido en el artículo 2, incluye a «todas las personas empleadas por cuenta ajena, con excepción de la gente de mar», a las que se aplicará las prescripciones contenidas en el específico Convenio número 146 de la OIT, de 29/10/76 (BOE 20/03/80), sobre vacaciones pagadas de la gente del mar¹⁵². Ahora bien, la

¹⁴⁹ La metodología a seguir será la recogida en el art. 217 LEC y se analizarán en este apartado los aspectos positivos (hechos constitutivos), mientras que en el dedicado a la contestación a la demanda se considerarán los negativos (hechos impositivos, excluyentes y extintivos).

¹⁵⁰ Piénsese en el supuesto de los penados en Instituciones Penitenciarias o del personal civil no funcionario en Establecimientos militares.

¹⁵¹ Véase SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», en *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 15, (Pamplona, 2003), págs. 45 a 48, sobre las vacaciones.

¹⁵² No obstante, y tras definir el ámbito subjetivo de una manera tan amplia, la norma internacional posibilita la exclusión de determinadas categorías de trabajadores, exclusión que no realizó el Estado español en el momento de la ratificación del mencionado Convenio.

precedente afirmación de que en nada afecta a la titularidad del derecho al descanso anual la modalidad contractual concertada conviene particularizarla respecto de dos supuestos: trabajadores de corta duración y contrato de grupo.

En cuanto a los *contratos de corta duración*, se advierte que resulta inoperante la duración real o concertada del contrato de trabajo; y ello, porque en el ordenamiento español no se exige una prestación mínima de servicios para el nacimiento o la adquisición del mismo¹⁵³, y porque cuenta con una importante cláusula igualitaria de derechos¹⁵⁴. Otra cosa distinta es que si la duración del contrato es breve, el derecho a vacaciones tenga un cierto sentido potencial, pues lo probable es que se imposibilite o dificulte el disfrute efectivo de la vacación por su difícil acomodación a la planificación anual de sus fechas, y que, llegada la extinción contractual, se compense económicamente al trabajador por las vacaciones devengadas hasta dicho momento. Igual conclusión se alcanza cuando se cuestiona el derecho a vacaciones de los trabajadores fijos discontinuos.

Y, por otro lado, está el *contrato de grupo*, caracterizado porque la obligación de trabajar se asume cumulativamente por varios trabajadores, siendo único el vínculo contractual (artículo 10.2 ET). La titularidad del derecho a vacaciones atribuida en singular a sus componentes se justifica por el hecho de que el grupo no goza de personalidad jurídica propia independiente de la de los miembros que lo componen; el carácter personalísimo de la prestación laboral lo impide. A pesar de que la norma estatutaria establece que el empresario «no tendrá frente a cada uno de los miembros los derechos y deberes que como tal le competen», existen obligaciones empresariales que por su propia naturaleza resultan inconcebibles frente al grupo como tal. Así ocurre con las obligaciones dimanantes del deber de protección; también, con el derecho a vacaciones que si bien cumple una función de delimitación y distribución del tiempo de trabajo, dada su afectación finalista (otorgamiento de un período de descanso que facilite la recuperación física, el ocio y el esparcimiento), obliga a su atribución personal singular, no desnaturalizada por la celebración de un contrato de trabajo en grupo¹⁵⁵.

§26. Tal como adelantábamos, el segundo hecho constitutivo común es *que haya desacuerdo entre el trabajador y el empresario*. Los preceptos que regulan las acciones de que veníamos tratando contemplan como dato imprescindible para acudir a la vía judicial la discrepancia entre el trabajador y el empresario sobre la acción que se va a ejercitar; lo hace el artículo 38.2 ET para las vacaciones¹⁵⁶, el artículo 39.4 ET para el ascenso¹⁵⁷ y el

¹⁵³ El art. 5.1 del Convenio núm. 132 de la OIT permitía la fijación de un período de latencia del derecho a vacaciones, cuya duración máxima era de seis meses, pero el ordenamiento español no hizo uso de aquella posibilidad.

¹⁵⁴ En el art. 15 ET se prescribe que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada «tendrán los mismos derechos» que los trabajadores con contratos de duración indefinida. Tal criterio general se acompaña de las imprescindibles matizaciones, la más importante: que ese principio será sustituido por una aplicación de la proporcionalidad en función del tiempo trabajado en aquellos casos en que la naturaleza del derecho o condición laboral así lo requiera.

¹⁵⁵ Véase SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., págs. 45 y ss.

¹⁵⁶ «[...] En caso de desacuerdo entre las partes [...]» (art. 38.2 ET).

¹⁵⁷ «[...] Contra la negativa de la empresa [...] el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente [...]» (art. 39.4 ET).

artículo 37.6 y 7 ET para la concreción horaria y del periodo de disfrute¹⁵⁸. Es éste, por tanto, el segundo de los hechos comunes a los tres grupos de acciones.

Lo más importante es determinar cuándo se produce el *desacuerdo*. Término que es más fácil integrar de manera negativa, esto es, precisando cuándo hay un acuerdo entre las partes, habida cuenta que la jurisprudencia reitera el término legal de «común acuerdo»¹⁵⁹, pero lo compone casuísticamente. Ha de pensarse que no se requiere un consentimiento expreso de ambas partes, sino que bastará su aceptación, pudiendo darse la aquiescencia de forma tanto expresa como tácita; por ejemplo, cuando una de las partes contratantes hace una propuesta al respecto, que es recibida por la otra con antelación a la fecha indicada para el comienzo del periodo vacacional interesado, del ajuste horario o del periodo de disfrute propuesto, sin que ésta le haya hecho llegar su oposición a la misma al inicio de éste y sin que consten otros datos de los que pueda deducirse que ese silencio tenga un significado distinto al que inicialmente cabe extraer con arreglo a los dictados de la buena fe¹⁶⁰; en definitiva, que quien calla, otorga. Postura hermenéutica que, no obstante, aparece contradicha por algún pronunciamiento judicial¹⁶¹, que deduce la denegación del silencio.

§27. Por lo que respecta a la *acción de vacaciones*, el artículo 38.2 ET dispone que «en caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda». Entonces, la premisa de partida pasa por la determinación de cuándo debe entenderse que existe tal desacuerdo para condicionar la promoción del procedimiento judicial, porque «lo que la norma citada ordena es que el periodo vacacional sea fijado de común acuerdo entre empresario y trabajador; y sólo a falta de éste previene qué ha de observarse»¹⁶². Predicción que ha de completarse con lo previsto en el artículo 125.a) y b) LPL, ya que esa discrepancia puede venir motivada por el convenio colectivo aplicable, por un acuerdo de empresa, por decisión unilateral del empresario o por simple negativa a que sea en la fecha solicitada por el luego actor. El proceso está previsto como salida para el trabajador que desee una determinada fecha de disfrute no atendida (bien porque no se ha fijado, bien porque se ha denegado, bien porque fijada no es la querida). Veamos de forma separada cada una de las posibilidades que se abren: por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores (convenio o acuerdo) y por decisión unilateral (fijación de la fecha o denegación de la solicitada).

En relación a la posible determinación de la fecha vacacional por *convenio colectivo*, se tratará de una posibilidad realmente infrecuente que en el pacto colectivo se concrete

¹⁵⁸ «[...] Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo [...]» (art. 37.6 ET); y «[...] Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias» (art. 37.7 ET).

¹⁵⁹ Véanse SSTSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26/01/04 (JUR 70591); y Madrid 28/11/03 (AS 2004/2295).

¹⁶⁰ Véanse SSTSJ Madrid 02/04/01 (AS 2327); Andalucía/Málaga 21/06/96 (AS 1763); y Castilla-La Mancha 16/02/98 (AS 1067).

¹⁶¹ Véase STSJ Castilla y León/Valladolid 29/04/97 (AS 1326).

¹⁶² Véase STS 07/10/93 (Ar. 7579).

el período vacacional para todos y cada uno de los trabajadores (sólo será factible cuando se fijen vacaciones colectivas para todo el personal, en cuyo supuesto seguramente se estará en presencia de un conflicto colectivo¹⁶³), pues éste normalmente fija los criterios de referencia que debe ser concretados por acuerdo posteriormente. No parece que la LPL esté posibilitando que se reclame mediante este procedimiento especial, urgente y preferente, también las referencias contenidas en un convenio colectivo para la determinación de la fecha de vacaciones; la lógica lleva a afirmar que sólo comprenderá la excepcional actuación de que el convenio colectivo prevea un período de disfrute donde no quepa actuación alguna por el empresario. Sin embargo, es mucho más frecuente que sea un *acuerdo de empresa* el que pueda llegar a decidir la fecha de las vacaciones (estableciendo turnos, decidiendo el fraccionamiento o fijando su fecha), circunstancia que determinará la posible participación de los representantes como coadyuvantes¹⁶⁴.

De todos modos, en los supuestos de imposición por el convenio colectivo del común acuerdo entre el empresario y el trabajador¹⁶⁵ o de negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores para la fijación de la fecha¹⁶⁶, la decisión última sobre ésta compete al empresario, en el caso de resultar imposible llegar a avenencia alguna, pues la propia organización impondrá esta solución, siquiera se valore las características de su voluntad (y su ajuste a los términos del convenio¹⁶⁷) y existan decisiones jurisprudenciales discordantes¹⁶⁸. Por otro lado, que se imponga el consenso con los representantes de los trabajadores no impedirá que el empresario llegue a un acuerdo con los trabajadores interesados. Pues no debe olvidarse que, siendo urgente conseguir una solución (piénsese que el calendario ha de ser conocido por los empleados con dos meses de antelación —artículo 38.3 ET), no hay ningún obstáculo legal para que los trabajadores individualmente considerados, en uso de su libertad de decisión, puedan aceptar las condiciones ofrecidas por la empresa para ese disfrute vacacional, siempre que en la actuación empresarial no se aprecie vulneración alguna del principio de la buena fe, estando justificadas sus propuestas por razones perfectamente constatadas en el caso¹⁶⁹.

En cuanto a la *fijación unilateral por el empresario*, esta modalidad no sólo puede iniciarse cuando exista un concreto señalamiento de la fecha de vacaciones (de manera positiva o negativa¹⁷⁰), sino también cuando se den los condicionantes razonables que impidan la fecha pretendida (pensemos en el establecimiento de un turno de limpieza de maquinaria en el que se incluya a todos los trabajadores¹⁷¹). Además, la fecha de vacaciones

¹⁶³ Véase STSJ Galicia 26/01/06 (R. 5858/05).

¹⁶⁴ Sobre esto incidiremos en el apartado dedicado a la legitimación, al litisconsorcio y al coadyuvante. De todos modos, y a pesar de ser infrecuente, cuando se hubiera fijado la fecha en convenio colectivo —o los criterios de preferencia— los suscriptores del pacto podrán comparecer en este procedimiento como interesados.

¹⁶⁵ Véanse SSTSJ Cataluña 16/02/04 (AS 1706); y País Vasco 16/10/01 (AS 3377).

¹⁶⁶ Véase SSTSJ Galicia 19/07/04 (JUR 266385); y Cataluña 08/06/00 (AS 2955).

¹⁶⁷ Véase STSJ Castilla y León/Burgos 17/06/03 (AS 134).

¹⁶⁸ Véanse SSTSJ Cataluña 05/05/05 (AS 1866).

¹⁶⁹ Véase STSJ Castilla-La Mancha 03/11/98 (AS 7057).

¹⁷⁰ El desacuerdo puede obedecer a la determinación de la fecha por parte del empresario (modo positivo) o la negativa a que se disfrute en la solicitada (modo negativo).

¹⁷¹ El supuesto de la citada STSJ Galicia 26/01/06 es precisamente éste, se fija por la empresa un determinado turno en la primera semana de agosto para desmontaje y limpieza de la maquinaria, que lleva a impedir el disfrute de las vacaciones en dichas fechas para algunos de los trabajadores (aunque la tramitación fue a través del proceso de conflicto colectivo).

no deseada debe referirse al año en curso, ya que el señalamiento del disfrute vacacional, como se ha visto, ha de realizarse anualmente, porque si no caduca (sobre este punto se ha de volver para un análisis más detallado¹⁷²).

En todo caso, no es preciso que el trabajador lleve a cabo una manifestación formal de desacuerdo (ya que éste se manifiesta en la presentación de la demanda), ni que las decisiones sean firmes, puesto que el artículo 125 LPL prevé la posibilidad de que el procedimiento especial se inicie aun «cuando no estuviera señalada la fecha de disfrute de las vacaciones», y «si una vez iniciado el proceso se produjera la fijación de las fechas de disfrute [...] no se interrumpirá la continuación del procedimiento». De todos modos, la existencia de este hecho («desacuerdo») ha de ser demostrada por el actor (artículo 217 LEC) y el o los demandados pueden probar que sí se llegó a un acuerdo. Acuerdo que, naturalmente, se somete a las normas generales sobre los contratos: capacidad, causa, forma, etc.

Por otro lado, que el trabajador haya disfrutado de las vacaciones en las mismas fechas no significa la concurrencia de un acuerdo tácito con el empresario, dado que no existe un derecho adquirido o una condición más beneficiosa por el hecho de que las vacaciones en otros años se hubiera accedido a una elección determinada¹⁷³. Y finalmente, con este apartado se relaciona la posibilidad de que el trabajador haya renunciado a su derecho no a las vacaciones, sino a fijar su fecha; aspecto que integraría un hecho extintivo y sobre el que habrá de volverse en su momento.

§28. En cuanto a la *acción de clasificación* profesional, es preciso que el trabajador haya reclamado a la empresa el ascenso y ésta se lo hubiera denegado (artículo 39.4 ET¹⁷⁴). Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el informe que emiten los representantes unitarios¹⁷⁵, el ET no regula cuáles son las consecuencias en caso de que el empresario o la correspondiente dirección de empresa no conteste al trabajador acerca del ascenso o la cobertura de la vacante solicitada. Es evidente que si el empresario optase por el silencio ante la solicitud y no se articulase un sistema de denegación tácita, se podría producir la vulneración del derecho a la promoción profesional reconocido en el artículo 35.1 CE, ya que estaría en manos de aquél la posibilidad de que el trabajador pudiera recurrir la falta de decisión del mismo acerca de su ascenso; y también del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24 CE a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Por todo ello, el Magistrado tendrá en cuenta dichas razones y deberá entender que, solicitado el ascenso y transcurrido un plazo prudente, se ha cumplido el trámite y el empresario se opone a aquella pretensión; luego, la actividad probatoria del actor habrá de limitarse a acreditar que realizó la correspondiente solicitud y desde cuándo lo hizo. Es más, algunos convenios colectivos sí que exigen un plazo determinado para que la empresa se pronuncie acerca de la petición de ascenso o cobertura de vacante, entendiéndose que si transcorre dicho plazo sin contestación alguna se rechaza

¹⁷² Véase más adelante al tratar los hechos excluyentes, en §§ 92 a 101.

¹⁷³ Véanse SSTSJ Cataluña 18/05/95 (AS 1984); 26/10/93 (AS 1994/2892); y 11/07/94 (AS 3038).

¹⁷⁴ «[...] Contra la negativa de la empresa...» (art. 39.4 ET).

¹⁷⁵ «En caso de que estos órganos [comité de empresa o delegados de personal] no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado» (art. 137.1 LPL). Sobre sus características, véase ARUFE VARELA, A., «Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127 (2005), págs. 297 y ss.

la solicitud del trabajador, por lo que éste, a partir de este momento, puede acudir a la jurisdicción social¹⁷⁶.

El problema sustancial radica, pues, en la ausencia de petición de parte. Pero, en la medida en que ni la norma procesal ni la sustantiva exigen acreditar la realización de dicha reclamación previa, el cumplimiento del requisito debe entenderse en un mero sentido privado, ajeno por tanto al ámbito procesal, ya que si se pretendiera interpretar el requisito en sentido contrario, debería el ET o la LPL haber exigido la acreditación procesal de haber realizado dicha reclamación previa¹⁷⁷; además, los procesos de clasificación profesional no están excluidos de la necesidad de actuar la conciliación previa al proceso como intento de evitarlo, por lo que el objetivo básico del planteamiento de la pretensión ante el empresario queda cumplido con la exigencia de este trámite procesal.

Sin embargo, hay un obstáculo a tal conclusión, pues el objetivo básico de la comunicación al empresario reside en hacerle consciente de una pretensión que puede originar una cierta problemática en el seno de la empresa, máxime cuando pueden estar en juego intereses de varios trabajadores, mientras que la conciliación tiene como objetivo hacer reconsiderar al empresario la pretensión del trabajador con el objetivo único de evitar el proceso, naturaleza diversa de ambas instituciones que aconseja interpretar el planteamiento ante el empresario como requisito impediendo de la continuación del proceso¹⁷⁸. No obstante, se puede predicar la viabilidad de la demanda clasificatoria sin haber realizado la reclamación ante el empresario, dado que este requisito no constituye una exigencia intrínseca de la demanda¹⁷⁹, en tanto que ni siquiera se menciona en el artículo 137 LPL; en definitiva, puede afirmarse que el legislador no ha elevado el cumplimiento de esta formalidad a la categoría de requisito procesal. Cuestión distinta es que se evidenciase en algún momento procesal el incumplimiento de la previa reclamación empresarial, circunstancia que, aunque no puede obstar el planteamiento judicial de la pretensión, pudiera conllevar interesantes consecuencias en orden a la imposición de sanciones por ausencia de buena fe procesal (artículo 247 LEC), especialmente cuando en la conciliación obligatoria el empleador se aviniese a las pretensiones del trabajador.

Un último punto se refiere a su constancia, ya que, si bien la norma presupone la contestación negativa del empresario como fundamento para comenzar el trámite de reclamación jurisdiccional, no se obliga a la aportación del mismo si se ha realizado por escrito; exigencia que pudiera ser interesante en orden a la comprobación de la actitud renuente del empresario a conceder la clasificación profesional debida.

§29. En fin, por lo que toca a la *acción de concreción horaria o del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por solicitarlo trabajadora víctima de violencia de género*, en esta acción se pueden plantear

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, el art. 80.2 Convenio Colectivo del Sector de la Construcción 2002-2006 (BOE 10/08/02, complementado por Resoluciones de 24/02/03, de 27/01/04, de 28/01/04 y 24/01/05) que dice: «[...] el trabajador podrá reclamar de la empresa la clasificación profesional adecuada, y, si ésta no resolviese favorablemente al respecto, en el plazo de quince días hábiles, y previo informe, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores, podrá reclamarla ante la jurisdicción competente». Sobre los convenios colectivos y su conexión con los derechos constitucionalmente amparables, véase GARCÍA MURCIA, J., *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, Tecnos (Madrid, 1992), págs. 73 y ss.

¹⁷⁷ Véase MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 1981), pág. 265.

¹⁷⁸ Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., pág. 92.

¹⁷⁹ Véase RUBIO DE MEDINA, M. D., *El proceso sobre clasificación profesional*, 1ª edición, cit., pág. 9.

similares problemas con respecto a la reclamación previa y su acreditación, pero que deben ser resueltas en el mismo sentido que la anterior, porque el diseño legal de la presente parte de la existencia de una discrepancia sobre el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 37 ET¹⁸⁰. De esta forma, la ausencia de petición previa no supone un problema distinto al de aquella, que ha de tener idéntica conclusión. La hipótesis más interesante, empero, la constituye la falta de contestación a la reclamación efectuada por el trabajador, dilatando la respuesta a la solicitud legítima, que impondrá la misma solución que la ofrecida a la acción de vacaciones; aparte de que ese retraso no puede perjudicar al trabajador, dado que la caducidad no comenzará a contarse hasta que el empresario «le comunique su disconformidad»¹⁸¹; expresión ésta que parece excluir una negativa tácita, pero no la conciliación previa.

b) Hechos constitutivos específicos

§30. Corresponde ahora examinar los hechos constitutivos específicos de cada una de las acciones constitutivas puras, de tal manera que la cita de la condición vaya referida exclusivamente al proceso especial generado por la acción concreta.

§31. Dos son los hechos constitutivos particulares de *la acción de vacaciones*: por un lado, que el actor haya prestado servicios suficientes para lucrar el derecho amparado a través de ella; y por otro lado, que concurra la preferencia, si bien, es éste un elemento no necesario, pues dependerá de que aquella sea discutida entre varios trabajadores. Veamos cada uno de ellos.

§32. La concurrencia del hecho de *que el actor haya prestado servicios suficientes* no puede discutirse en este procedimiento, porque el debate sobre su realidad hará dudar del propio derecho a las vacaciones (y no sólo de la fecha) y obligará a seguir el procedimiento ordinario. De todos modos, es cuestión tradicionalmente discutida si el adjetivo *anual* (empleado por el artículo 38.1 ET) significa que el derecho se disfruta cuando se completa el año de referencia (post-anualidad) o se tiene derecho al descanso en cada año y dentro de éste (intra-anualidad). Disyuntiva en la que la jurisprudencia se inclinaba por la primera opción, pero que tras la STS 17/09/02 (Ar. 10551) parece optarse por la contraria, pues se presume la aplicación del concepto de la intra-anualidad en cierto sentido¹⁸². Los convenios colectivos resuelven el problema optando por ésta y hay —incluso— una norma jurídica que también la prevé¹⁸³. Además, junto a esa cuestión, se imbrica la determinación del tiempo de trabajo efectivo; tema en que los tribunales han partido de la regla general conforme a la cual el tiempo vacacional ha de calcularse con referencia a las jornadas de trabajo real y efectivamente prestado, pero sumando a ellas

¹⁸⁰ Así se advierte de la frase «Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute [...]» (art. 37.6 ET).

¹⁸¹ «[...] a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social [...]» (art. 138 bis LPL).

¹⁸² Véase STSJ Madrid 28/11/03 (AS 2004/2295).

¹⁸³ Véase el art. 37.1 RD 2205/80, de 13/Junio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos militares, que dice «El personal tendrá derecho a una vacación anual retribuida, que será de treinta días naturales, o la parte proporcional en el caso de servicios inferiores al año, para el fijo y de dos días por cada mes o fracción de servicio para el que no tenga aquel carácter [...]».

las pertenecientes a «situaciones en que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, pero íntimamente relacionadas con el trabajo, ha estado imposibilitado de trabajar»¹⁸⁴.

§33. La circunstancia de *que concurra la preferencia, en su caso*, sólo puede ser exigible cuando se discutan preferencias con respecto a otros trabajadores y siempre que se fijen turnos para el disfrute de las vacaciones. Todo trabajador tiene intereses legítimos, perfectamente defendibles, para desear gozar las vacaciones en un momento determinado, que quizá no se correspondan con el empresarial y, en ocasiones, choquen con los de los demás trabajadores. Sin embargo, tanto las normas internas como las internacionales guardan silencio al respecto, limitándose, como se sabe, a la fijación de criterios generales para la determinación del período de disfrute, pero sin detallar los criterios que deben o pueden tenerse en cuenta en la distribución de los turnos de vacaciones organizados sucesivamente¹⁸⁵. De lo anterior se deduce el importante papel que debería jugar la negociación colectiva en esta materia, aunque la práctica convencional resulta insuficiente, por lo que no quedará más remedio que pasar el testigo que la ley brinda al acuerdo de empresa. A pesar de todo, en ocasiones, las normas paccionadas establecen ciertos criterios de operatividad alternativa o cumulativa, en el bien entendido de que su establecimiento no resulta, en principio, ni discriminatorio ni atentatorio contra el principio de igualdad.

La demanda presentada exigirá en estos casos la acreditación del supuesto de hecho que determina la preferencia, para que la decisión judicial reconozca su derecho de prioridad frente a los codemandados. Del examen de la regulación pactada se puede extraer la siguiente tipología¹⁸⁶: (a) actualmente, el criterio prevalente es el de la rotación de los trabajadores por los diversos turnos y de uno a otro año; (b) la categoría profesional o cualquier otra circunstancia profesional del trabajador, y dentro de cada una de ellas, se establecen otros complementarios como la antigüedad o la mayor edad del trabajador; (c) en ocasiones, se atiende a las circunstancias personales y familiares del trabajador y, en concreto, reproduciendo la ya derogada previsión estatutaria, se concede preferencia en la elección del turno de vacaciones a los trabajadores con hijos en edad escolar; (d) en contra de lo que hasta fechas recientes era predominante, la antigüedad en la empresa o en el grupo profesional de trabajo escasamente se contempla, salvo para dirimir la persistencia de conflicto de intereses tras la aplicación de cualquier otro criterio de elección; (e) las necesidades de la empresa o cualquier otro concepto que requiere un juicio de valor o apreciación por parte de la empresa, esporádicamente combinado con intereses personales del trabajador¹⁸⁷; y (f) excepcionalmente, se procede a un sorteo que determinará qué

¹⁸⁴ Véase STCT 05/12/78 (RTCT 7398). Sobre la trascendencia de la baja por maternidad, en concreto, véase RON LATAS, R. P., «La incidencia de la baja por maternidad en el derecho a vacaciones. Comentario a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 marzo 2004», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 8 (2004), págs. 1095 y ss.

¹⁸⁵ Si bien el apartado c) del art. 38.2 ET establecía, en su redacción originaria de 1980, que «Cuando exista un régimen de turnos de vacaciones, los trabajadores con responsabilidades familiares tienen preferencia a que las suyas coincidan con los períodos de vacaciones escolares», dicha previsión fue suprimida por la reforma operada por la Ley 11/94.

¹⁸⁶ Véase SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las vacaciones laborales», cit., págs. 141 a 143.

¹⁸⁷ Criterio contemplado expresamente en el art. 17.5 RD 783/01 (penados en Instituciones Penitenciarias) y al que se hará cumplida referencia al tratar los hechos excluyentes.

trabajadores comenzarán a disfrutar las vacaciones en una fecha determinada¹⁸⁸. En líneas generales, puede afirmarse que un buen número de convenios se inclina por combinar varios criterios para la elección de turnos de vacaciones, limitando en extremo la utilización de la antigüedad a estos efectos, de modo tal que el mayor número de años en la empresa no sea causa para disponer de los turnos más apetecidos¹⁸⁹.

Por lo tanto, en estos supuestos, la estimación de la demanda exigirá cumplida alegación y demostración de la concurrencia de aquella circunstancia que determine la preferencia, ya en sí misma (no haber elegido turno en años anteriores, ser el agraciado del sorteo, etc.), ya en relación a los otros interesados (su antigüedad superior en la empresa, su mayor edad, su número de hijos o su mera existencia, etc.), ya en relación con la empresa (escasa incidencia de su periodo de descanso sobre los intereses empresariales, criterio de proporcionalidad, etc.).

§34. Cuatro son los hechos constitutivos específicos relativos a *la acción de clasificación profesional*: primero, que el trabajador esté en posesión de la titulación exigida por la categoría a la que se pretende ascender, en su caso; segundo, que haya prestado funciones de superior grupo o categoría profesional no equivalente; tercero, que lo haya hecho durante el tiempo exigido en la norma aplicable; y cuarto, que no haya norma convencional impeditiva de tal ascenso.

§35. El primero de los hechos es *que el trabajador esté en posesión de la titulación exigida por la categoría a la que se pretende ascender, en su caso*, dado que la estimación de la acción de ascenso impone la posesión de aquella titulación profesional precisa para desempeñar las funciones superiores, tal como reiteradamente requiere la jurisprudencia¹⁹⁰. Porque no se puede ignorar que la exigencia de una determinada titulación oficial para el desarrollo de determinado género de actividades laborales se erige en ineludible presupuesto para la efectiva realización de las mismas en su propia identidad profesional¹⁹¹; siendo notorio, asimismo, que la mayor retribución asignada a ellas tiene su razón de ser no sólo en el dato objetivo de la importancia o jerarquía laboral que revisten, sino también en el dato subjetivo que representa el despliegue de un período formativo susceptible de capacitar para el legal ejercicio de tales actividades de superior categoría profesional. Por ello, tanto la posibilidad de desempeñar dichas funciones superiores —y de la efectividad de la movilidad funcional ascendente—, como el devengo de las diferencias salariales (derivadas de la anterior circunstancia), se condicionan a que el trabajador afectado ostente la titulación exigida.

No obstante, esa titulación indispensable ha de estar contemplada por norma imperativa, sin que baste a estos efectos su exigencia por un convenio colectivo, porque, como

¹⁸⁸ Véase STSJ Andalucía/Málaga 03/12/99 (AS 4352), que considera legítimo, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo con el Comité, que el empresario acudiese al procedimiento del sorteo ante notario para fijar el cuadro vacacional.

¹⁸⁹ Sin embargo, el art. 37.4 RD 2205/80, de 13/Junio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos militares, expresamente prevé que el calendario vacacional se elaborará teniendo en cuenta la antigüedad, además de las circunstancias familiares del trabajador.

¹⁹⁰ Véanse SSTs 30/03/92 (Ar. 1887); 23/12/94 (Ar. 10501); y 07/03/95 (Ar. 1750); y SSTSJ Castilla y León/Valladolid 11/02/02 (AS 1146); Cataluña 02/10/01 (AS 4657); y Galicia 08/04/99 (AS 849).

¹⁹¹ Por ejemplo, que se precise título de Licenciado, de Diplomado universitario, de Bachiller Unificado Polivalente o de Formación Profesional de segundo grado.

se proclama en la STS 27/05/03 (Ar. 5082), «la exigencia de título puede constituir no sólo requisito inexcusable para la realización de una actividad profesional —en cuyo caso, sólo se puede adquirir la categoría si se ostenta la titulación requerida—, sino también impedimento para que puedan realizarse, aún accidentalmente, las funciones correspondientes, en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación y su violación puede ocasionar infracciones de otro orden¹⁹², del mismo modo se ha establecido por esta Sala [...], a diferencia de lo que ocurre con los títulos habilitantes de origen estatal y preceptivo, que las meras exigencias de convenio no impiden la percepción de los salarios correspondientes a las funciones efectivamente desarrolladas, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino “el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado” sin trascendencia social¹⁹³».

§36. El segundo hecho específico que se citaba era *que el actor haya desempeñado funciones de superior grupo o categoría profesional no equivalente*. El presupuesto fáctico que motiva el ascenso del trabajador es el desempeño real de funciones correspondientes a un grupo o categoría superior a los que tiene reconocidos el reclamante. Y aunque parece que el legislador sólo tiene en cuenta el desempeño de funciones superiores motivado por el ejercicio unilateral de la movilidad funcional por parte del empresario, a la que se opone el trabajador, la interpretación teleológica y finalista del precepto exige, en todo caso, el respeto del principio de equivalencia función-categoría y el respeto de las reglas sobre ascensos y coberturas de vacantes; y por tanto, debe admitir como presupuesto habilitante para poder reclamar la aplicación correcta de las normas sobre clasificación profesional y ascensos la realización irregular de funciones superiores, cualquiera que sea la causa que motiva tal hecho¹⁹⁴. De este modo, el desempeño de funciones superiores puede no ser consecuencia de una orden empresarial, sino obedecer a un acuerdo entre el trabajador y el empresario. A los efectos prácticos, no considero que haya ninguna consecuencia especial derivada de que la movilidad responda a uno u otro caso; el artículo 39 ET no distingue, salvo en su apartado quinto —que se refiere supuestos ya de movilidad extraordinaria o indefinida—, si la movilidad se ha originado en una decisión unilateral o bilateral, por lo que un posible acuerdo entre el empleado y el empresario no podría excluir la aplicación de la regla del artículo 39.4 ET¹⁹⁵, ni aún mediante compensación económica, pues, si bien el ascenso es voluntario para el trabajador, es obligatorio para el empresario y constituye una norma de derecho necesario inderogable [artículos 3.2, 4.2.a) y 24.1, todos del ET].

Sin embargo, el artículo 39.4 del ET utiliza para delimitar este presupuesto fáctico unos términos mucho más complejos y confusos que los empleados por su precedente¹⁹⁶, ya que habla de la realización de «funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes». Esto supone que el resto de elementos clasificatorios que pueden

¹⁹² Véanse SSTs 23/12/94 (R. 1541/94), 07/03/95 (R. 368/93), y 04/06/01 (R. 3677/00).

¹⁹³ Véase STS 29/04/03 (R. 4076/02), que cita, a su vez, las SSTs 20/01/94 (R. 726/93), 21/02/94 (R. 1025/93), 08/02/00 (R. 974/99); y 21/06/00 (R. 3815/99).

¹⁹⁴ Véase ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, 1ª edición, Mergablum (Sevilla, 2002), págs. 298 y 299.

¹⁹⁵ Piénsese que se pactase el ejercicio de las funciones de la categoría superior, pero proscribiendo su posible consolidación.

¹⁹⁶ El art. 23 ET/80 se refería a «trabajos de superior categoría» o realización de «funciones de categoría superior».

contener los sistemas de clasificación profesional (áreas funcionales, subgrupos, divisiones orgánicas, especialidades, etc.) son irrelevantes a estos efectos; de forma que el grupo al que parece referirse es el definido conforme al artículo 22.2 del ET y no los grupos profesionales clásicos. Por otro lado, la referencia a las funciones superiores a las categorías «equivalentes», aunque podría ser considerada como innecesaria y recurrente, parece expresar que se trata de un supuesto de movilidad funcional extraordinaria que no puede ser decidida unilateralmente por el empresario, salvo que concurran causas excepcionales que la justifiquen. El problema se planteará en los sistemas de clasificación profesional mixtos, porque, a la postre, si —indebidamente— existe una ordenación jerárquica de categorías dentro del grupo profesional¹⁹⁷, el desempeño de funciones intergrupales pertenecientes a una categoría superior configuraría el supuesto del artículo 39.4 (movilidad ascendente) y no el del artículo 39.1 (movilidad horizontal), generando un derecho artificiosamente.

En otro orden de cosas, como presupuesto de aplicación de la norma sustantiva a analizar (artículo 39.4 ET) es necesario haber desempeñado las funciones que integran la categoría superior en su totalidad y no sólo en parte¹⁹⁸, pues su reconocimiento exige la realización efectiva, durante toda la jornada laboral, de todas las funciones que constituyen el contenido funcional esencial de la categoría superior cuya declaración y/o remuneración se pretende, sin que justifique el derecho al ascenso y/o devengo de estas retribuciones la presunta falta de adecuación entre la categoría profesional que ostenta el trabajador y los cometidos laborales que realiza; y ello, ya que la categoría profesional que corresponde a cada empleado tiene un contenido funcional amplio que le permite realizar diversos cometidos dentro de la empresa, en cumplimiento de las directivas del empresario, que incluso pueden conducir a realizar ocasionalmente cometidos coincidentes con los de otra categoría profesional, que por su carácter ocasional no justifican el derecho ni al ascenso ni/o al devengo de las retribuciones correspondientes, cuyo reconocimiento exigiría, en todo caso, la acreditación de que las funciones llevadas a cabo son las esenciales o la mayoría de las propias de la categoría superior que se reclama, al corresponder tanto la virtualidad del ascenso como la retribución económica del trabajador a las funciones que efectivamente realicen. Esto es, en definitiva, lo que la jurisprudencia ha denominado como el «grado de plenitud necesaria» para poder instar el ascenso funcional¹⁹⁹ y que obligará a identificar esas funciones principales, que no se ven excluidas, porque se realicen también otras de la categoría inferior²⁰⁰. Normalmente, este cometido se lleva a cabo mediante la creación de comisiones paritarias que se ocuparán de valorar las tareas realizadas y atender al tiempo que se dedica a esas funciones superiores.

§37. El tercero de los hechos es *que dichas funciones se desempeñen durante el tiempo necesario*, dadas las consecuencias inherentes. El desempeño de funciones correspondientes a un elemento clasificatorio superior al que tiene reconocido formalmente el trabajador constituirá una situación regular o irregular, según la duración de dicha circunstancia. Sin

¹⁹⁷ Ello evidenciaría que el grupo está, técnicamente, mal construido, habida cuenta de que no sería ya una agrupación unitaria (art. 22.2 ET).

¹⁹⁸ Véanse SSTSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26/09/05 (AS 2668); Cataluña 18/07/03 (AS 2903); Andalucía/Sevilla 23/04/03 (AS 400); y Madrid 22/10/90 (AS 2497).

¹⁹⁹ Véanse STS 17/06/87 (Ar. 4387); SAN 03/06/05 (AS 2510); y SSTSJ Castilla y León/Burgos 21/01/94 (AS 234); Madrid 09/01/91 (AS 730); 05/05/92 (AS 2662); y 18/10/93 (AS 4661); y País Vasco 29/06/93 (AS 2880).

²⁰⁰ Véase STS 22/07/05 (Ar. 8637).

embargo, está acotada por dos límites temporales²⁰¹. Uno, el inespecífico, que se expresa en el artículo 39.2 ET (habla del «tiempo imprescindible»), lo que significa que mientras persistan las causas técnicas y organizativas que originan el supuesto de movilidad funcional ascendente, el trabajador debe continuar prestando los servicios correspondientes a un puesto superior; aunque, naturalmente, este límite no tiene aplicación si se ha llegado a un acuerdo entre el empresario y el trabajador para la realización de aquéllas. Y otro, el concreto, previsto en el artículo 39.4 ET («seis meses en un año o a ocho durante dos años»), resultando ser este segundo límite el que, sobrepasado, da lugar a que el trabajador pueda reclamar el ascenso o, en su caso, la cobertura de la vacante. De todos modos, este límite concreto resulta aplicable tanto se haya acordado unilateralmente la movilidad como cuando se deba a un acuerdo.

De la lectura del artículo 39.4 ET se desprende meridianamente que no es preciso que las funciones se desempeñen de forma continuada, sino que se permite acumular los distintos períodos de tiempo en los que, de forma intermitente, el trabajador haya realizado tales funciones de superior grupo o categoría profesional; por eso, la duración máxima prevista de dicha situación de movilidad funcional ascendente (seis u ocho meses) ha de computarse dentro de un marco temporal de referencia (uno o dos años). No obstante, más dudoso es si se pueden acumular períodos de tiempo en los que el trabajador realiza funciones, todas ellas superiores, pero correspondientes a distintos grupos o categorías profesionales. Aunque la norma estatutaria no se pronuncia expresamente, su propia construcción técnica y, sobre todo, la consecuencia jurídica del mismo (el ascenso, que supone la novación de su categoría a otra concreta), llevan a una respuesta negativa.

Por otro lado, la duración máxima prevista es dispositiva para la autonomía colectiva: «mediante la negociación colectiva se podrán establecer *períodos distintos* de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de las vacantes» (artículo 39.4 *in fine* ET), de forma que pueda reducirlo o ampliarlo. La doctrina²⁰² señala que la expresión «períodos distintos» que utiliza el precepto es concluyente y no admite duda alguna, permitiendo el aumento o la reducción. Lo que ocurre es que los convenios colectivos suelen acoger el mismo período de tiempo que el fijado por el artículo 39.4 del ET, ya sea por remisión directa a la norma estatutaria, ya sea por el reconocimiento expreso de ese mismo plazo. En ocasiones, empero, modifican el período de tiempo legalmente establecido (bien su duración máxima, bien el módulo temporal que se toma de referencia para su cómputo), tanto reduciéndolo como ampliándolo; o, incluso, estableciendo un plazo de tiempo fijo y único. Junto a las ampliaciones de cualquiera de los dos períodos, la negociación colectiva ha consolidado auténticas excepciones a la aplicación de los límites temporales máximos exigidos por el artículo 39.4 del ET. Así, tales límites no afectarán a supuestos de realización de funciones superiores que tengan por objeto sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, de modo que la situación de movilidad funcional ascendente se puede mantener hasta que se produzca la reincorporación del trabajador,

²⁰¹ Véase ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, 1ª edición, cit., pág. 300.

²⁰² Véanse ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M. J., *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, 1ª edición, CISS (Valencia, 1995), pág. 102; y ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, 1ª edición, cit., pág. 301.

aunque se superen los límites temporales legales²⁰³. La justificación de estas excepciones se reside en que, por un lado, los límites temporales del ET están configurados con una naturaleza dispositiva; y por otro, técnicamente tal vacante no existe, dado que hay reserva de puesto de trabajo. Y frente a los supuestos anteriores, se sitúa el reconocimiento convencional del derecho a reclamar el ascenso o cobertura de la vacante aun cuando no se hayan sobrepasado los límites temporales²⁰⁴.

§38. Y, por fin, el *que no haya impedimento convencional al ascenso* es un hecho de carácter negativo y, por tanto, habría de remitirse su estudio a las excepciones. Con esta exclusión («si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo» —artículo 39.4 ET—) se vienen a garantizar los derechos a la promoción profesional del resto de trabajadores; y en concreto, se evita que mediante este procedimiento se pudieran consolidar ascensos de trabajadores por la simple realización de funciones superiores sin tener en cuenta sistemas objetivos de promoción. Por eso mismo, el precepto permite que, de existir el impedimento, se pueda accionar —aunque ya no por el cauce especial de clasificación profesional— la cobertura de la vacante «conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa». De este modo, se asegurará, por un lado, que la situación excepcional de movilidad funcional ascendente llegue a su fin con el transcurso del plazo de tiempo previsto legal o convencionalmente, pues o bien se cubre con el ascenso del trabajador afectado, o bien con el trabajador al que corresponda conforme los sistemas de cobertura de vacante aplicables; y por otro, que se respeten las reglas sobre ascensos y no se vulneren derechos profesionales de otros trabajadores.

Un supuesto especial es el del personal civil no funcionario, que presta sus servicios en Establecimientos militares, relación regulada por el RD 2205/80, de 13/Junio, pues el condicionante para el ascenso, según su artículo 23²⁰⁵, es la existencia o no de vacante. El sistema se aparta de lo establecido en el artículo 39.4 ET, pues, aparte de asegurar el percibo de las diferencias salariales, impone automáticamente el ascenso si existe vacante en la categoría, cuyas funciones está desarrollando el trabajador. Para el caso de no existir vacante, consolida el nivel retributivo alcanzado. Además, establece tiempos diversos a los fijados por la norma estatutaria y carece de referencia temporal a la que aplicarla. Dos aspectos se pueden recalcar ante esta singular regulación: una, si esta norma reglamentaria, anterior al ET, ha sido o no derogada por éste; y otra, si los periodos fijados en el artículo 23 RD 2205/80 se ven afectados por una regulación más ventajosa. Con respecto a la primera cuestión, la respuesta es negativa de manera indudable, porque los términos de los párrafos primero, letra i), y segundo del artículo 2 ET son suficientemente

²⁰³ No obstante, algunos convenios introducen algún límite temporal infranqueable también para estos supuestos de trabajos superiores en puestos temporalmente vacantes y con derecho de reserva.

²⁰⁴ Se trataría de supuestos en los que la movilidad ascendente es irregular, no por superación del plazo de tiempo previsto, sino por falta de causa que lo justifique o por incumplimiento de requisitos formales.

²⁰⁵ «1. El personal que por necesidades del servicio realice trabajos de categoría superior a la que tenga asignada, percibirá mientras dure tal situación la retribución correspondiente a aquélla, reintegrándose a su puesto anterior cuando cese la causa que motivó el cambio. a) *Si existiendo vacante* en la categoría superior la situación citada se mantuviera durante cuatro meses consecutivos, se ascenderá definitivamente al trabajador, en el supuesto que le corresponda, cumplido dicho plazo. b) *De no existir vacante*, transcurridos doce meses seguidos o no en tal situación, el trabajador consolidará la retribución correspondiente a la categoría superior, sin que ello suponga la modificación del cuadro numérico» (art. 23).

claros²⁰⁶. La regulación de un sistema de ascenso por movilidad funcional más beneficioso no vulnera ninguno de los derechos básicos de la CE, antes al contrario; aunque pudiera plantear alguna duda el hecho de ese automatismo para el supuesto de que el trabajador no quisiese ascender, ya que frente al sistema voluntarista se prevé otro obligatorio. La segunda exige alguna matización, dado que se habla de cuatro y doce meses, mientras que en el ET se exigen seis u ocho. Desde un punto de vista cuantitativo parece que la reducción del periodo para el ascenso favorecería al trabajador; sin embargo, la exigencia de que esos meses sean «consecutivos» endurece las condiciones cualitativas para obtener la nueva clasificación²⁰⁷. De todos modos, habría que insistir en que las relaciones laborales especiales —ésta lo es desde un punto de vista material— se regulan conforme a sus normas específicas, siendo libre el Gobierno para regularlas, mientras no vulnere aquellos derechos básicos. En otro orden de cosas, ese derecho del trabajador está sometido a dos hechos excluyentes recogidos en el artículo 65.1 RD 2205/80 como sanciones: una grave, la postergación para el ascenso por un período de un año; y otra muy grave, la inhabilitación para el ascenso²⁰⁸. Serán objeto de sendas referencias en el apartado dedicado al estudio de las excepciones, dentro de la contestación a la demanda, que es el lugar adecuado para su análisis.

§39. Ya se ha indicado que el grupo relativo a *la acción de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género* implica la posibilidad de que el trabajador —unilateralmente, pero de forma temporal— pueda configurar su jornada de trabajo (ya reduciéndola, ya fraccionándola), y se diferencian por la causa de esa atribución: atención de un menor de nueve meses²⁰⁹, cualidad de prematuro del recién nacido o su hospitalización subsiguiente al parto, atención de una persona impedida a su cargo o efectividad de la protección o asistencia social integral de una trabajadora víctima de violencia de género. Por ello, los hechos constitutivos variarán en función de la concreta faceta que se ejercite del grupo genérico, aunque puede distinguirse dos clases de acciones: aquéllas concedidas a los que tienen a su cargo un menor o un impedido que precisa de atención; y aquéllas otorgadas a las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género.

§40. En cuanto al *trabajador que tiene que atender a un familiar en las condiciones previstas en los artículos 37.4 y 4 bis ET* tres son las situaciones que permiten ejercitar esta acción: la existencia de un hijo lactante menor de nueve meses, prematuro o, que por cualquier causa, deba permanecer hospitalizado a continuación del parto; la de un menor de

²⁰⁶ «1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: [...] i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley. 2. En todos los supuestos señalados en el apartado anterior la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución» [art. 2.1.i) y .2 ET]

²⁰⁷ Por ejemplo, bastaría una interrupción durante uno o dos días en el desempeño de las funciones de la categoría superior para impedir la efectividad del art. 23 RD 2205/80; otra cosa sería la valoración que de esa conducta se pudiera realizar en un plano judicial (fraude de ley), aunque no es difícil imaginar interrupciones mayores para romper aquella apariencia.

²⁰⁸ «Las sanciones que pueden imponerse por las faltas comprendidas en este Decreto, correlativas a los grupos enunciados en el artículo sesenta y tres, son las siguientes: [...] Graves: [...] Postergación para el ascenso por un período de un año. Muy grave: Inhabilitación para el ascenso [...]» (art. 65.1 RD).

²⁰⁹ Cuyo carácter constitutivo ha sido reconocido, incluso, por la jurisprudencia; así, véase STSJ Galicia 07/05/07 (R. 1867/07).

seis años o minusválido que esté bajo el cuidado directo del actor por guarda legal; o la de un familiar impedido hasta el segundo grado que esté también bajo su cuidado directo.

En cuanto al *hijo lactante menor de nueve meses u hospitalizado*, el bien jurídico protegido se ha desplazado hacia el menor, es decir, no importa tanto que sea la madre la que se encargue de la lactancia, o que esta última sea natural o artificial, sino que el niño reciba la debida atención en sus primeros meses de vida y que cualquiera de los padres pueda ausentarse del trabajo para atender directamente a la alimentación de su hijo²¹⁰. Idea también extensible a la hospitalización, pues si bien es cierto que el menor estará atendido adecuadamente en el centro médico, precisa de la presencia de alguno de sus progenitores por la decisiva importancia en los primeros momentos de vida. Dentro de la expresión «hijos» deberán entenderse comprendidos tanto los biológicos como los adoptivos; sin embargo, si el parentesco que une al lactante con el trabajador es distinto al de la filiación²¹¹, no podría hacer uso de esta acción, sino que tendría que acudir a la contemplada en el apartado quinto del artículo 37 ET. Además, ha de ser «menor de nueve meses», limitación que obedece al hecho de que ésta es la etapa durante la cual se produce la lactancia natural o artificial, requiriendo una mayor atención y cuidados de los padres; aunque la lactancia se prolongase por más tiempo, la alimentación del menor puede ser realizada ya en tomas más distanciadas temporalmente, por los padres o por terceras personas, sin que la dependencia entre el hijo y los padres sea tan intensa. No obstante, esa limitación temporal está ausente cuando el hijo está hospitalizado, ya que el precepto estatutario no fija duración a ese derecho paterno.

Por lo que se refiere a la acción para la reducción de la jornada por *cuidado de un hijo o de otros familiares*, aparte de lo ya indicado, se puede apuntar que al hablarse de «guarda legal» incluirá no sólo a los hijos, sino también a los acogidos²¹², a los tutelados²¹³, a los sometidos a curatela²¹⁴ y a los defendidos legalmente²¹⁵; y revelan serias dudas sobre la inclusión de los guardados de hecho²¹⁶, por la expresión «legal» empleada por el precepto estatutario, que parece contradecir la «de hecho» utilizada por nuestro Código Civil. Asimismo, se fija el límite de edad, en este caso, en seis años, cifra que no está en consonancia con lo dispuesto en la cláusula 2, apartado 1, de la Directiva 96/34/CE, de 03/Junio, que lo hace en ocho años²¹⁷. Por otra parte, el término «minusválido» se utiliza para denominar a los hijos mayores de seis años que por esta causa generan aquel derecho; aunque se exige que este minusválido «no desempeñe una actividad retribuida» (artículo 37.5 ET). La razón podría ser que el legislador considera que el minusválido que la realiza puede asumir el coste de una persona (distinta del familiar) que le proporcione la atención que precisa.

²¹⁰ Véase CORTE HEREDERO, N., «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal», en *Aranzadi Social*, núm. 5 (Pamplona, 1998), págs. 847 a 864.

²¹¹ Póngase por caso que este último tiene a su cargo a un sobrino o a un nieto.

²¹² Art. 173 CC.

²¹³ Arts. 215 y 222 CC.

²¹⁴ Arts. 215, 286 y 289 CC.

²¹⁵ Arts. 215 y 299 CC.

²¹⁶ Art. 303.

²¹⁷ «1. [...] se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales» (Cláusula 2, ap. 1 Directiva 96/34/CE).

No obstante, consideran algunos autores²¹⁸ que esta interpretación supone una limitación injustificada para el minusválido, ya que entonces se le negaría la posibilidad de elegir como cuidador precisamente a la persona que le tenga bajo su guarda legal; pero parecen olvidar que esa facultad es una carga para el empresario, al ser éste quien debe soportar económicamente la ausencia del trabajador. Esa interpretación también parece advertirse en el supuesto de familiares distintos a los hijos, pues el causante del derecho, además de no poder valerse por sí mismo, no puede desempeñar una «actividad retribuida»²¹⁹.

Precisamente con respecto a estos últimos, sorprende la exclusión de los que lo son por adopción, pues el artículo 37.5 ET sólo habla de «consanguinidad o afinidad», a diferencia de los hijos, porque al no mencionar el tipo de filiación ha de incluir todas. En cuanto a la exigencia de que el familiar «no pueda valerse por sí mismo», se ha mantenido²²⁰ que debe interpretarse como equivalente a la Gran Invalidez contemplada en la legislación de Seguridad Social; sin embargo, considero que su hermenéutica actual ha de venir condicionada por el artículo 2.2²²¹ de la Ley 39/2006, de 14/Diciembre, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que ofrece un marco más amplio y flexible. El último elemento de esta acción es que «no desempeñe actividad retribuida», pero el problema real se planteará si no es lucrativa su actividad. En realidad, parece difícilmente plausible que el familiar causante pudiera llegar a desplegar una actividad laboral, cumpliendo, además, la otra condición («no pueda valerse por sí mismo»); para ser más claro, empero, y si se quería restringir a prestación lucrativa, debería haberse exigido una carencia de ingresos semejante a la estipulada para las prestaciones no contributivas.

§41. Y por último, de una lectura del artículo 37.5 ET²²² parece deducirse que el ejercicio de la acción por parte de *la trabajadora que sea víctima de violencia de género* precisaría de la concurrencia de dos condiciones relacionadas: una, que la trabajadora fuese víctima de violencia de género; y otra, que la adaptación de su horario fuese necesario para la efectividad de su protección y derecho a la asistencia social integral. Sin embargo, al acudir al artículo 21 LOMPIVG, se advierte que sólo lo será la primera, pues se revela una automaticidad en la adquisición de los derechos tras su consideración como víctima²²³, sin que necesite ninguna más; es más, en el artículo 23 se indica que para adquirir los

²¹⁸ Véase ALARCÓN CASTELLANOS, M., «Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», en *Aranzadi Social*, Vol. V (Pamplona, 1999), págs. 1137 a 1140.

²¹⁹ Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II) Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Aranzadi Social*, núm. 8 (Pamplona, 1999), pág. 12.

²²⁰ Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II) Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 12.

²²¹ «2. Dependencia: el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal» (art. 2.2 L 39/2006).

²²² «La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral [...]» (art. 37.7 ET).

²²³ «La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo [...]» (art. 21.1 LOMPIVG).

derechos laborales y de seguridad social que se contemplan basta con acreditar la situación de violencia²²⁴. En definitiva, declarada víctima de esa clase de violencia, la trabajadora puede exigir ante el empresario la variación de su horario, siquiera pueda no ser necesaria para su protección o asistencia social integral.

Para comprender los conceptos de «víctima de violencia de género» y de «protección y derecho a la asistencia social integral», ha de acudirse a la LO citada, en cuyo artículo 1 se define qué se entiende por *violencia de género*, afirmando que lo es aquella «que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»; por lo tanto, víctima de esa violencia —y legitimada activa en esta acción— lo será sólo la trabajadora que sufra esa clase de agresión²²⁵. Y finalmente, habría que definir la *asistencia social integral*, fin último de los derechos concedidos —adaptación del horario e imposición al empresario—, aunque paradójicamente, como se ha indicado, no interesa al objeto de una estimación de la acción, al no constituir un hecho constitutivo. Su concepto se desarrolla en el artículo 19 de esta LO, y viene a configurarlo como un servicio social de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación; esto es, de carácter multidisciplinar.

La acreditación de una situación de violencia generadora de la acción constitutiva, según el artículo 23 LOMPIVG, se realiza mediante la aportación de «[...] la orden de protección a favor de la víctima», aunque valga «el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección».

c) Suplico constitutivo

§42. El suplico de la demanda en esta clase de acciones es sencillo: consistirá en la petición al órgano judicial para que cree, modifique o extinga la relación laboral o algunos de sus aspectos; en concreto, podríamos precisar que en la acción de vacaciones se pretenderá que el Juzgador fije la fecha de comienzo del disfrute de sus vacaciones (o fechas, para el caso de su fraccionamiento); en la de clasificación profesional que declare haberse adquirido la categoría profesional superior; y en la de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por solicitarlo trabajadora víctima de violencia de género, que se configure su jornada laboral (fraccionándola, reduciéndola o adaptándola) de acuerdo con sus derechos laborales²²⁶. Otros posibles suplicos²²⁷ se relacionarían con la existencia de acciones

²²⁴ «Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima [...]» (art. 23 LOMPIVG).

²²⁵ Quedan excluidos los hombres y las mujeres maltratadas por otras mujeres (art. 1 LOMPIVG).

²²⁶ Bajo la fórmula «solicito que mis vacaciones comiencen a partir del día...» o «...que se fije como fecha de comienzo de mi periodo vacacional el día...»; «...solicito que se me ascienda a la categoría de...» o «...que se declare que mi nueva categoría profesional es la de...»; o «...solicito que mi jornada se reduzca media hora [o en dos horas]», «que se me permita ausentarme en dos periodos de media hora [o una hora]» o, en fin, «que mi horario se adapte para hacer efectiva mi protección [o derecho a la asistencia social integral]».

²²⁷ Que se reconociese su derecho a disfrutar de vacaciones ese año, que se declare que tiene derecho a un número determinado de días, que no se computen los días no laborales coincidentes con el final de las vacaciones, que no se compensen económicamente, etc.; o que se procediese a cubrir la vacante superior con arreglo a la normativa aplicable, se le abonasen los salarios devengados, se declarase que la medida se ha tomado excediendo los límites del art. 39.5 ET, etc.

acumuladas, que, en la mayor parte de las veces, habrían impedido la tramitación de ese procedimiento especial.

No obstante, y por lo que se refiere a la *acción de clasificación profesional*, el propio artículo 39.4 ET prevé la acumulación de la acción de ascenso con la de condena tendente a satisfacer la diferencia salarial correspondiente a funciones superiores realizadas con anterioridad, durante el periodo de consolidación de la categoría y de tramitación del proceso judicial. De la misma forma, el estudio sobre las categorías o grupos profesionales (artículos 22 y 39.1 ET) es un tema que sólo de manera tangencial pudiera plantearse en este procedimiento; sin embargo, la discusión acerca de cuáles son las categorías o grupos, cuáles son las funciones de unas y otros o si unos grupos son o no equivalentes obligarían a acudir al proceso ordinario, excluyendo el especial.

Un tema relacionado con el suplico, de una gran importancia práctica, es el de la cuantificación del interés dilucidado en el proceso, porque a los fines de interponer el recurso de suplicación contra la sentencia que se dicte se puede llegar a considerar determinante aquélla. No obstante, es ésta una cuestión que será abordada específicamente al tratar el Fallo²²⁸, porque considero que es el lugar más adecuado, ya que, primero, no es usual cuantificar la pretensión, al cercenarse *ab initio* esa puerta por la ley procesal²²⁹ y no existir en las acciones constitutivas fase ejecutiva; y segundo, esa circunstancia adquiere su verdadera relevancia cuando este tipo de acciones no se han tramitado a través del procedimiento especial, sino del ordinario, y, por tanto, será al acabar el proceso —con la sentencia— el momento en que la «desventaja incalculable»²³⁰ adquiera su verdadera relevancia.

d) Formas de presentación

§43. Dentro de los requisitos de la demanda, puede integrarse el modo en que ésta puede ser presentada. A pesar de tratarse de un tema general (que se precisará al examinar sus defectos), no se debe dejar pasar la oportunidad de apuntar unas nociones sobre la forma en que la demanda puede ser presentada, ya que de su validez dependerá el comienzo del procedimiento, dado su carácter generador, y la suspensión del plazo de prescripción que pesa sobre la acción ejercitada. En la mayoría de las ocasiones, la interposición de la demanda se lleva a cabo mediante escrito presentado físicamente en la sede judicial adecuada (artículo 44 LPL²³¹), resultando inaplicables las normas del procedimiento administrativo²³², aunque se admite, excepcionalmente, su presentación en sede diversa y entrada extemporánea en la debida²³³. Por otro lado, si aquélla no se produce en persona por el abogado o procurador, sino a través de fax u otro medio telemático, se exige su remisión al Registro y que éste cuente con el oportuno servicio, para que quede constancia²³⁴ y tenga virtualidad. En línea con esto, ha de estarse no a la fecha de presentación ante la Oficina de

²²⁸ Véase *infra*, en el § 112.

²²⁹ Véanse arts. 126, 137.3 y 138 bis.b) LPL.

²³⁰ Véase STS 03/02/03 (R. 1465/02).

²³¹ «Las partes habrán de presentar todos los escritos y documentos en los Registros de los Juzgados y Salas de lo Social» (art. 44 LPL).

²³² Véanse AATS 11/01/02 (Ar. 3027) y 10/04/02 (Ar. 3510).

²³³ Véase STC 90/2002, de 22/Abril.

²³⁴ Véanse STS 02/10/00 (Ar. 9693); y AATS 11/01/01 (Ar. 836) y 05/03/02 (Ar. 3044).

Correos, sino a la de registro en el órgano judicial al que se dirija la demanda²³⁵, y aquélla será la que determine la suspensión de la caducidad. Y, por último, la presentación en el Juzgado de Guardia sólo podrá hacerse cuando aquélla tiene lugar el último día y obligará a la comparecencia personal al día siguiente en el Juzgado de lo Social²³⁶.

e) Documentación adicional

§44. Sobre los requisitos generales que ha de cumplir una demanda de acción constitutiva (artículo 80 LPL), tanto la acción de clasificación profesional, como la de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por reducción de jornada por solicitarlo trabajadora víctima de violencia de género, añaden la necesidad de acompañarla con documentación adicional.

Por lo que se refiere a la *acción de ascenso*, el artículo 39.4 ET ya adelanta que la demanda judicial sólo se podrá presentar tras la negativa del empresario y la emisión del informe de los representantes unitarios²³⁷; exigencia recalcada en el artículo 137 LPL, al requerir que «la demanda que inicie este proceso será acompañada de informe emitido por el comité de empresa o, en su caso, por los delegados de personal», aunque matizándolo, porque «en el caso de que estos órganos no hubieran emitido el informe en el plazo de quince días, al demandante le bastará acreditar que lo ha solicitado». Ahora bien, ese informe habrá de acompañar a la demanda siempre que, claro está, el centro de trabajo cuente con al menos seis trabajadores (art. 62.1 ET)²³⁸, pues en caso contrario, la emisión del informe no será preceptiva, al carecer de dicho órgano. En todo caso, su incumplimiento, aparte de su control en el momento de admitir la demanda, habrá de ser denunciado por el empresario en la contestación a la demanda, por lo que considero que su incardinación más lógica ha de ser al tratar ésa.

La demanda que contenga una *acción de adaptación horaria ejercitada por trabajadora víctima de violencia de género* también exigirá que se la acompañe con «la orden de protección a favor de la víctima» o, en su caso, «el informe del Ministerio Fiscal» (artículo 23 LOMPIVG), documentos que servirán para acreditar su situación de mujer maltratada. Y si bien, en el caso de otras facultades atribuidas a la víctima²³⁹, podría plantearse que la celeridad o diligencia en protegerla ha impedido solicitar o acordar la orden de protección antes de articular una demanda²⁴⁰, en éste, que se refiere a una adaptación horaria, es difícilmente mantenible aquella dificultad, aunque podría ser objeto de discusión en el proceso que se entablara. De todas formas, y al igual que en la acción anterior, su incumplimiento será objeto bien del trámite de subsanación, bien de la contestación.

²³⁵ Véanse AATS 11/01/01 (Ar. 1551); 21/02/02 (Ar. 3031); y 10/04/02 (Ar. 3510). Sobre este tema, véase, más extensamente, CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «Sobre la eficiencia en el proceso laboral de la presentación de escritos y documentos en las oficinas de correos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, vol. 7 (2003), págs. 177.

²³⁶ Véase ATS 13/02/01 (Ar. 1554).

²³⁷ «[...] Contra la negativa de la empresa, y previo informe del Comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente [...]» (art. 39.4 ET).

²³⁸ «La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tenga menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría» (art. 62.1 ET).

²³⁹ En el art. 21 LOMPIVG se les permite faltar al trabajo o a la puntualidad debida.

²⁴⁰ Algo muy dudoso, dados los términos en los que se construye la actividad y desarrollo procesal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

2) Acumulación de otras acciones

§45. La acumulación que pudiera producirse en estas acciones responde siempre a la voluntad del actor o actores y, por tanto, calificable de *acumulación voluntaria*, rasgo que la diferencia de la que se produce en las acciones complejas, que son objeto de estudio en el Capítulo Tercero de esta obra, y en las que se produce de forma obligada.

En procesos especiales como los presentes, es difícilmente articulable esta institución, porque su efectividad determinará su remisión al proceso ordinario. Por ello, en el caso de la *acción de vacaciones*, la acumulación de acciones ha de referirse exclusivamente a los supuestos de litisconsorcio activo inicial (si es sucesivo, se articulará a través de una acumulación de autos), dada la cognición limitada de este proceso²⁴¹. Si a la pretensión de fijación de vacaciones se añadiese una reclamación salarial o la discusión sobre el número de días que corresponde al actor, ya no nos encontraríamos ante este proceso de vacaciones, sino ante el ordinario²⁴².

En el caso de la *acción de clasificación profesional*, aquélla ha de referirse exclusivamente a los supuestos de reclamación salarial por el ejercicio de esas funciones superiores²⁴³. Si a la pretensión de ascenso se añadiese una reclamación de otra naturaleza o, incluso, la discusión de la interpretación de una norma, ya no podríamos utilizar este proceso de clasificación profesional, sino el ordinario; y, en todo caso, esa acumulación se debe producir en las condiciones expresadas en los artículos 27 y siguientes LPL, cuyo análisis excede de los términos de este trabajo; lo que supondrá que, entre otras, las acciones de fijeza y de clasificación profesional no puedan acumularse²⁴⁴. Con respecto a la salarial, tan solo se precisará que tanto una como otra acción son potestativas e independientes²⁴⁵; y, por ello, no necesariamente el ejercicio de una demanda de ascenso acompañará a otra de salarios y viceversa. Ésta es la razón de que la interposición de una demanda de clasificación profesional no interrumpa el plazo de prescripción para la reclamación salarial correspondiente²⁴⁶; es más, si a aquella inicial acción se hubiese acumulado otra por diferencias salariales correspondientes al trabajo de superior categoría realizado, no se interrumpiría la de las de condena referidas a diferencias salariales posteriores al ejercicio de aquella primera acción²⁴⁷.

Otro tanto cabe afirmar con respecto a la *acción de concreción o del periodo de disfrute*, porque la acumulación de otras acciones determinará asimismo su tramitación a través del proceso ordinario y no del especial del artículo 138 bis LPL²⁴⁸, siquiera pueda plantearse esta institución en las condiciones del artículo 27 LPL, se desnaturalizaría la acción ejercitada.

²⁴¹ Véase STS 29/03/95 (Ar. 2349).

²⁴² «Tiene por objeto exclusivo las controversias relativas a la fecha del disfrute de las vacaciones, por lo que otras cuestiones relativas al derecho, como la duración, número de días de descanso, han de solventarse a través del proceso ordinario o, en su caso, mediante el proceso de conflicto colectivo» (SSTS 29/04/92 [Ar. 2685], 29/03/95 [Ar. 2349] y 17/02/97 [Ar. 1440]).

²⁴³ Véanse SSTS 27/07/92 (Ar. 5667); 28/06/94 (Ar. 7166); 20/09/94 (Ar. 7166); 25/11/94 (Ar. 9240); 24/02/95 (Ar. 1256); 30/01/97 (Ar. 646); 30/12/98 (Ar. 1999/456); 15/03/02 (Ar. 5207); 10/06/02 (Ar. 8136); 02/12/02 (Ar. 2003\1938); 18/07/03 (Ar. 6123); 06/10/03 (Ar. 7714); 27/01/04 (Ar. 3078); 03/05/04 —Sala General— (Ar. 4496); 09/07/04 (Ar. 5875); u.d. 27/09/04 (Ar. 7490), que entiende carece de contenido casacional el recurso que ignora tal doctrina; u.d. 28/09/04 (Ar. 7492); 07/10/04 (Ar. 7686); 26/10/04 (Ar. 2005/1480); y 10/11/04 (Ar. 2005/177).

²⁴⁴ Véanse SSTS 26/09/01 (Ar. 2002/323); y 20/12/88 (Ar. 9869).

²⁴⁵ Así, el art. 39.4 ET señala «[...] sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial».

²⁴⁶ Véanse STCT 06/02/89 (RTCT 1149); y STC 60/1990, de 29/Marzo.

²⁴⁷ Véanse SSTS 08/05/95 (Ar. 3751); y 20/09/96 (Ar. 6578).

²⁴⁸ Véanse SSTSJ Valencia 22/11/05 (AS 2006/1216) y Andalucía/Sevilla 24/06/03 (AS 2004/1482).

3) Partes principales y secundarias

§46. En los procesos laborales²⁴⁹ las partes principales son siempre dos y se conocen con el nombre de demandante (o actor) y demandado; junto a ellas, pueden concurrir las partes accesorias o secundarias, conocidas con el nombre de intervinientes, si su participación en el proceso fuese necesaria, y coadyuvantes, si fuese meramente voluntaria. Además, uno de los aspectos que caracterizan el ordenamiento procesal laboral en materia de partes es que, en numerosos procesos concretos, la legitimación no la ostentan un demandante y un demandado, sino que, en alguna de estas posiciones o en ambas, aunque lo normal es que esta situación se dé en la del legitimado pasivo, existan varias personas que ostenten o puedan ostentar la legitimación.

Concepto éste que viene a determinar quién puede y/o debe ser parte en un proceso concreto, porque el juego de la capacidad material y la procesal permiten determinar quién ostenta la capacidad para ser parte genérica en el proceso laboral; ahora bien, cuando se desciende al terreno concreto, sólo quienes realmente puedan verse afectados por ese concreto proceso deberían aparecer como partes del mismo. Esto es lo que viene a concretar el artículo 17.1 LPL al señalar que «Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las Leyes». En realidad, la titularidad del derecho o interés será una cuestión que normalmente se dilucidará en el propio proceso y es inseparable de la propia discusión sobre el fondo²⁵⁰.

Centrándonos en los puntos de interés que las afirmaciones anteriores suscitan, se estudiará, primero, quién es el legitimado para ejercitar la acción que corresponda; segundo, la posible presencia obligada —activa o pasivamente— de varios sujetos; y por último, la intervención de partes accesorias o secundarias.

§47. Desgranando lo expuesto, la primera de esas cuestiones tiene su enlace con la posibilidad de que no sólo sea el trabajador quien pueda interponer la demanda, sino que sea el empresario u otros trabajadores; porque la *legitimación* se entiende como la relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que de estimarse ésta, se produce un beneficio o eliminación de un perjuicio, no necesariamente patrimonial²⁵¹.

Respecto de la *acción de vacaciones*, el único legitimado activo para solicitar el disfrute de las vacaciones es el trabajador al que se refieran, porque el empresario tan solo podrá fijar una determinada fecha o denegarla, pero no podrá solicitar su fijación judicialmente, dado que la acción se configura como una defensa frente a la decisión empresarial; en el caso de otros interesados —empleados con mejor derecho—, sólo de manera indirecta determinarán las vacaciones del primer trabajador, pero —en realidad— están ejercitando una acción para la fijación de las suyas propias, al discutir la preferencia en su elección. O están legitimados —al igual que el empresario— pasivamente en el proceso del primero.

En relación con la *acción de clasificación profesional*, en este supuesto tampoco cabe ampliar la legitimación activa, de modo que sólo será sujeto legitimado para reclamar el

²⁴⁹ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 1ª edición, cit., págs. 543 y 544.

²⁵⁰ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., págs. 74 y 65.

²⁵¹ Véanse SSTC 65/1994, de 28/Febrero; 105/1995, de 03/Julio; 122/1998, de 15/Junio; 171/2002, de 30/Septiembre; 203/2002, de 28/Octubre; y 164/2003, de 29/Septiembre.

ascenso aquel trabajador que haya desempeñado funciones superiores durante un tiempo superior al previsto. Esto es totalmente lógico; sin embargo, el problema es que también se le reconoce como el *único legitimado para reclamar la cobertura de la vacante*, en caso de que el sistema objetivo de promoción aplicable se oponga a su ascenso. Es aquí donde se observa «la insuficiencia del precepto legal»²⁵², pues pudiera ocurrir que el trabajador afectado, una vez que ha transcurrido el período de tiempo necesario, no reclamase la cobertura del puesto de trabajo por conocer que, de la aplicación de las normas sobre ascensos o provisión de vacantes, sería otro trabajador el designado y no él. Ante esa situación, tal vez prefiriera continuar desarrollando las funciones superiores, incluso una vez superado el plazo de tiempo máximo permitido, ya que, de este modo, aunque no consolidara la superior clasificación profesional, al menos se le seguirla retribuyendo conforme a esas funciones superiores efectivamente desarrolladas y no conforme a su verdadero grupo o categoría profesional. En definitiva, sería perfectamente admisible que el trabajador movilizado opte por no reclamar la cobertura de la vacante (el artículo 39.4 ET utiliza la expresión «podrá reclamar», es decir, reconoce una facultad, un derecho del trabajador, pero no una obligación o un deber). Entonces, se estarían infringiendo las normas relativas a provisión de vacantes y, por tanto, lesionando los derechos a la promoción profesional de otros compañeros. El trabajador estaría ocupando, de hecho, un puesto de trabajo que, de derecho, no le correspondería. Como solución a este problema, se puede apuntar que los representantes de los trabajadores, basándose en la genérica competencia que les atribuye el artículo 64.1.9.a) del ET²⁵³, podrían reclamar la cobertura de la vacante tanto a la empresa como, en caso de negativa de ésta, ante la jurisdicción competente, para garantizar la correcta aplicación del sistema de promoción establecido en el convenio colectivo.

Por lo que toca a la *acción de concreción o del periodo de disfrute*, la única que puede ofrecer alguna duda con respecto al legitimado activamente es la de lactancia, pues, en las demás, lo será el trabajador que tenga a su cargo al sujeto dependiente o únicamente la trabajadora víctima de violencia de género. Con respecto a la dudosa, el propio artículo 37.4 ET comienza diciendo que son titulares de este derecho —y legitimadas— «las trabajadoras» que tengan hijos menores de nueve meses. Tradicionalmente nuestras normas laborales venían reconociendo una titularidad exclusiva de la mujer; es más, partiendo de la necesidad de otorgar una mayor protección al interés maternal y al papel fisiológico de la mujer, la norma estatutaria sigue dando prioridad a esta última en el reconocimiento del derecho de lactancia, aunque permite el disfrute del derecho también al padre. Y ello, dado que el art. 37.4 *in fine* indica que «[...] podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen»; ahora bien, para que el padre pueda disfrutarlo es preciso que «ambos trabajen». Como es lógico, en el supuesto de que la mujer no trabaje nada obsta para que ella atienda al cuidado y alimentación del hijo, por lo que carecería de sentido el reconocimiento del permiso al hombre. Por el contrario, la mujer podrá disfrutar del permiso por lactancia aún cuando el hombre no trabaje, ya

²⁵² Véase ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, 1ª edición, cit., pág. 304.

²⁵³ «El comité de empresa tendrá las siguientes competencias: [...] 9º Ejercer una labor: a) De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o Tribunales competentes» [art. 64.1.9.a) ET].

que la norma protege el interés de toda madre de poder lactar personalmente a su hijo²⁵⁴. Sobre esta circunstancia, se ha matizado que «la referencia a que “ambos trabajen” ha de entenderse en sentido material, es decir, de encontrarse desarrollando efectivamente la actividad, no de ser titulares de una relación de empleo que, por ejemplo, está suspendida y no despliegue sus efectos»²⁵⁵.

§48. El *litisconsorcio* pasivo necesario, figura que tiene ya hoy configuración legal (artículos 12.2 y 116.1.3º LEC), es de creación jurisprudencial y obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio²⁵⁶.

Respecto de la *acción de vacaciones*, el artículo 125.d) LPL configura un litisconsorcio pasivo, al exigir que «cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados». Por lo tanto, en el supuesto de que la solicitud de la fecha de disfrute conlleve la discusión de su prevalencia o prioridad sobre otros trabajadores, se impone demandar no sólo al empresario, sino también a los trabajadores, que resulten afectados directamente por la decisión. Se tratará de una carga del actor²⁵⁷, de modo que su omisión provocará que incurra en defecto procesal, cuyas consecuencias obviamente le serán imputables²⁵⁸, sin perjuicio de la posible subsanación en el trámite previsto en el artículo 81 LPL. De todos modos, que se obligue a demandar simultáneamente a todos los legitimados, no conlleva la efectiva presencia de los mismos en el procedimiento, puesto que, al igual que el empresario, podrían dejar de comparecer, sin que esta circunstancia determinase nulidad alguna, y tan solo que pechasen con los efectos de una deficiente defensa. De comparecer, los trabajadores afectados tendrán la consideración de codemandados y, por tanto, a su disposición todos los medios que corresponden a una parte en el proceso; particularmente, podrían conciliarse judicialmente, contestar a la demanda (negando, allanándose, exceptuando, etc.), proponer pruebas y participar en su práctica y en la de los demás, concluir y, finalmente, recurrir.

El allanamiento de uno los codemandados no implicará la estimación de la demanda, porque no podría producir efectos parciales; sin embargo, la del empresario puede colocar en una muy difícil situación a los trabajadores codemandados, pues perdería fuerza su posición, y a la inversa. Pensemos en el caso de que el criterio de preferencia se fundamente en la antigüedad en la empresa (puede concebirse con cualquiera de las circunstancias de prevalencia, que hemos indicado: número de hijos, vacaciones escolares, alternancia, categoría profesional, sorteo, etc.) y que el empresario consienta en la alegada por el actor; en un pleito de estas características, el examen que sobre la antigüedad se produzca será incidental, en todo caso, siquiera tenga una importancia determinante. Por lo que si el

²⁵⁴ Véase CORTE HEREDERO, N., «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal», cit., págs. 847 a 864.

²⁵⁵ Véase SEMPERE NAVARRO, A., «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», en *Relaciones Laborales*, núm. 5 (Madrid, 1989, pág. 94.

²⁵⁶ Véase STS 16/07/04 (Ar. 5431).

²⁵⁷ El propio TC ha tenido ocasión de ratificar la constitucionalidad de esta carga al demandante; así, por ejemplo, STC 101/1993, de 22/Marzo.

²⁵⁸ Determinará la desestimación de la demanda por inadecuada constitución de la relación jurídica procesal (bien a instancia del demandado mediante la correspondiente excepción, bien de oficio).

empresario ratifica el tiempo de servicios del demandante²⁵⁹, se colocará al otro trabajador en una complicada postura, pues, primero, los medios de prueba con que haya concurrido al juicio probablemente se referirán a sí mismo o, en el mejor de los casos, algún documento —nómina— del actor o testigo, que pretenda acreditar una antigüedad inferior a la suya, mientras que el actor habrá hecho acopio de mayor material y, probablemente, contará con la declaración testifical del empresario; y segundo, la estructura normal del juicio (donde el actor ha de probar los hechos constitutivos y a los demandados negarlos o probar otros que los desvirtúen) se invierte, dado que aparecen confirmados por el propio empresario y será el codemandado el que deberá acreditar los extintivos, excluyentes o impositivos.

Más claro es el caso de que sea el empresario el que se oponga a la demanda, pero haya consentimiento por parte del trabajador afectado, porque la oposición del empresario —en realidad— se habrá mutado de jurídica a mera equidad, ya que allanándose el único perjudicado (aquel trabajador preferente) los motivos de denegación del empresario ya no podrían seguir insistiendo en la falta de concurrencia de la prioridad, sino que sus argumentos deberían basarse ahora en motivos de equidad u oportunidad para denegar lo que, en realidad, es un cambio entre compañeros. Situación que —conjeturo— probablemente acabará con la estimación de la demanda, pues, excepto que se acredite la imprescindible presencia del concreto trabajador demandante, sólo supondrá un cambio de vacaciones en el individuo.

Una última cuestión sobre esta materia sería la revisión de la condena de los codemandados por la estimación de un recurso de suplicación interpuesto por uno solo de ellos. Y si bien la regla general es que, cuando se estima el recurso, habrán de revisarse los pronunciamientos, que sean consecuencia lógica de su estimación (en particular, las condenas de los codemandados²⁶⁰), como la sentencia dictada en este procedimiento especial es irrecurrible, ese criterio resultaría inaplicable.

En lo que concierne a la *acción de clasificación profesional* y sobre la posibilidad de que participen múltiples partes en el proceso, la respuesta es negativa, porque ni existe otro legitimado pasivo que el empresario que decide la movilidad funcional ascendente, ni la acción puede ser ejercitada por varios sujetos. Sólo podría pensarse en un supuesto de estas características: que el convenio colectivo previese un sistema de ascenso y se discutiesen las prevalencias o prioridades en el ascenso sobre otros trabajadores. Caso en el que se impone demandar no sólo al empresario, sino también a los trabajadores que resulten afectados directamente por la decisión. Nos encontraríamos ante los mismos problemas a que ya he hecho referencia (carga del actor y defecto procesal, en su caso; efectiva presencia; consideración de parte; etcétera).

Con relación a la *acción de concreción o del periodo de disfrute*, tampoco en este proceso especial se plantearán problemas de litisconsorcio, aunque el apartado quinto²⁶¹ del artículo 37 ET parece apuntar la posibilidad de que tengan que participar los otros trabajadores que pretendan hacer uso del derecho a la reducción reconocido. Piénsese que

²⁵⁹ Que obviamente será mayor que el del trabajador codemandado.

²⁶⁰ Véanse SSTs 10/05/94 (Ar. 5354); 19/12/97 (Ar. 9523); 20/07/99 (Ar. 6464); 13/10/99 (R. 3001/1998); 20/11/00 (Ar. 2001\1422); 29/01/02 (Ar. 4271) F. 2 *in fine*; y STC 200/1987, de 16/Diciembre.

²⁶¹ «No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa» (art. 37.5 ET).

si lo que se impugna es una decisión empresarial tomada bajo el amparo del artículo 37.5, párrafo tercero, ET, todos los trabajadores implicados deberán poder participar en un pleito que —desde luego— va a producir consecuencias sobre su propio derecho (ya porque el empresario limitó el número de horas de reducción, ya porque haya establecido normas de preferencia,...); por esa razón, entiendo que han de traerse al pleito y, por lo tanto, que se ha configurado un litisconsorcio pasivo necesario.

§49. El tercer punto es el relativo a las que hemos denominado «partes accesorias»: intervinientes y coadyuvantes; que habrán de examinarse separadamente. El *interviniente* típico²⁶², según la LPL, es el *Ministerio Fiscal*, en todos aquellos procesos especiales en cuya regulación se afirma que «será parte siempre»²⁶³, pudiendo participar en el proceso en posición «de conformidad u oposición, respecto de la pretensión»²⁶⁴ sostenida por las partes principales. En otras palabras, el representante del Ministerio Público no necesariamente apoyará la pretensión, sino que podrá oponerse a ella, actuando —con autonomía funcional e imparcialidad— «en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»²⁶⁵. También ostentan esa cualidad la *Tesorería General de la Seguridad Social* y el *Fondo de Garantía Salarial*, aunque, tratándose de estas acciones constitutivas, carecen de relevancia, pues no puede imaginarse ninguna hipótesis en la que pudieran llegar a participar en alguno de los procesos especiales con la condición de «interviniente»²⁶⁶.

De todas formas, considero que la participación del Ministerio Fiscal en estos procesos se reduce a las *acciones de reducción de jornada por solicitarlo trabajadora víctima de violencia de género*, porque en los demás procesos su intervención sólo podrá producirse si se alega la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, y ello conllevará que el proceso a seguir sea el especial de los artículos 175 y siguientes LPL («De la tutela de los derechos de libertad sindical»), por remisión del artículo 181 LPL²⁶⁷, y no el de vacaciones, clasificación profesional o lactancia y reducción de jornada por motivos familiares. Y ello, porque la jurisprudencia²⁶⁸ mantiene que la modalidad procesal de tutela regulada en los artículos 175 y siguientes LPL es la adecuada para sustanciar aquellas pretensiones que

²⁶² Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 1ª edición, cit., págs. 543 y 544.

²⁶³ Por ejemplo, proceso de impugnación de convenios colectivos (arts. 161.6 y 163.4 LPL), proceso de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito de los estatutos sindicales o de las asociaciones empresariales (art. 165.2 y DA Sexta LPL), proceso de impugnación de los estatutos sindicales (art. 171.3 LPL) y proceso de tutela de los derechos de libertad sindical (art. 175.3 LPL).

²⁶⁴ «[...] En su comparecencia a juicio, dichas partes alegarán en primer término la *postura procesal que adopten, de conformidad u oposición, respecto de la pretensión interpuesta*» (art. 164.1 LPL).

²⁶⁵ «El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social» (art. 1 EOMF).

²⁶⁶ Otra cosa sería si la TGSS o el FOGASA tuvieran la condición de empresario —por vincularlo con el actor una relación laboral— y se ejercitasen las correspondientes acciones contra ellos; supuesto en el que serían ya parte principal y no accesoria.

²⁶⁷ «Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas [*esto es, los distintos a la libertad sindical*], incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo [...]» (art. 181 LPL).

²⁶⁸ Véanse SSTS 06/10/97 (Ar. 7191); 14/11/07 (Ar. 8312); 24/11/97 (Ar. 8617); 18/01/98; 03/02/98 (Ar. 1430); 26/06/98 (Ar. 5536); 15/02/00 (Ar. 3417); 20/06/00 (Ar. 5960); 18/09/01 (Ar. 8448); 27/05/02 (Ar. 6815); 14/06/02 (Ar. 8372); 17/06/02 (Ar. 7906); 12/11/02 (Ar. 2003\2326); y 17/05/05 (Ar. 6446).

formalmente invoquen la vulneración del derecho de libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental, siendo irrelevante —a efectos de tramitación— que la pretensión esté o no correctamente fundada y/o se trate de hechos pretéritos, no procediendo la declaración de inadecuación de procedimiento «a limite litis»²⁶⁹. No obstante, dada la cognición limitada propia del proceso, si finalmente se tratase de cuestión de legalidad ordinaria y no de violación de derecho fundamental, no se apreciaría una inadecuación de procedimiento, sino que se desestimaría la demanda. Es más, «[...] si una parte denuncia en la demanda la infracción de un derecho constitucional y de su fundamentación se desprende que lo que demanda es la tutela del mismo, el procedimiento adecuado será el de tutela con independencia de que tenga razón o no en cuanto al fondo y con independencia de que el objeto del proceso haya de quedar limitado a las exigencias de contenido del art. 177.4 de la LPL»²⁷⁰.

En el supuesto de una trabajadora víctima de violencia de género la intervención del Ministerio Público no se produce porque lo que se dilucida tenga trascendencia constitucional, esto es, por su *objeto* —alternativa que impondría la solución apuntada en el párrafo anterior—; sino por virtud del *sujeto* afectado: de la misma forma que si nos encontrásemos ante un trabajador menor de edad desamparado, el Fiscal participaría defendiendo los intereses de éste²⁷¹; en esta hipótesis, lo hará por los de la actora²⁷². Aunque —como se ha indicado— su actitud procesal podría no ser coincidente con la posición de aquélla, dado que la adaptación de la jornada se acuerda «para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral» (artículo 37.7 ET) y el representante público deberá valorar las circunstancias concurrentes a la hora de elegir su posicionamiento.

Una última cuestión en este ámbito es la consecuencia anudada a la ausencia del Fiscal, cuando ostente la condición de interviniente. Pues bien, excepto en aquellos supuestos en que la intervención del Ministerio Fiscal esté vinculada a la defensa de un interés público directo en el proceso, como ocurre en el caso de la impugnación de los estatutos sindicales²⁷³, la falta de citación del Ministerio Fiscal en los procesos en que la tutela reclamada se concreta en un interés de parte no debe determinar la nulidad de actuaciones, salvo que concurran las condiciones que prevé a estos efectos el artículo 205.c) LPL²⁷⁴, es decir, primero, que se haya formulado un motivo de recurso alegando este defecto; segundo, que previamente, en el momento procesal adecuado, se haya formulado la correspondiente denuncia; y tercero, que, como consecuencia de la ausencia del Ministerio Fiscal, haya podido producirse una real indefensión para la parte que alega la infracción²⁷⁵. No es causa

²⁶⁹ Se exceptúa que la pretensión quede de forma manifiesta fuera de la modalidad procesal, porque únicamente se plantee un tema de legalidad ordinaria o el acudimiento al proceso preferente se haga en fraude de ley (STS 28/03/03 [Ar. 7134]).

²⁷⁰ Véase STS 25/04/06 (R. 66/2005).

²⁷¹ «Intervenir en los procesos civiles que determine la ley [...] cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación» (art. 3.7 EOMF).

²⁷² «Velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas» (art. 3.10 EOMF).

²⁷³ Véase STS 14/03/02 (Ar. 5985).

²⁷⁴ «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: [...] c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte [...]» [art. 205.c) LPL].

²⁷⁵ Véanse SSTS 29/06/01 (Ar. 7796); 19/04/05 (Ar. 5057); y 15/11/05 (Ar. 10074).

de nulidad que el Ministerio Público no se persone en el acto de juicio, pese a ser llamado y citado para el mismo, pues «es necesaria una infracción de las normas procesales para que a partir de la misma pueda afirmarse que una de las partes ha quedado desarmada en el uso de sus medios de prueba o exposición de sus argumentos, al resultar afectado, por inacción del órgano jurisdiccional o arbitraria alteración en la práctica de los trámites»²⁷⁶.

§50. Y finalmente, junto al interviniente se sitúan los *coadyuvantes*, que son aquellos sujetos que, sin que lo imponga la ley, pueden comparecer en apoyo de las posiciones de una de las partes, pero en una situación procesal no equiparable a la de las propias partes²⁷⁷. Se les permite comparecer en el proceso en atención a un interés indirecto en la posición que una de las partes sostiene en el litigio derivado, sobre todo, de posibles reflejos de la cosa juzgada. Ahora bien, la ley considera este interés de menor importancia o intensidad que el que existe en los supuestos de legitimación extraordinaria²⁷⁸.

En relación con la *acción de vacaciones*, en concreto, se podría considerar que el Comité de Empresa (artículo 63 ET) o el Delegado de Personal (artículo 62 ET) tienen aquel carácter²⁷⁹ cuando la fecha de las vacaciones [artículo 125.a) LPL] o los criterios que van a servir para fijarla hayan sido establecidos mediante acuerdo entre el empresario y ellos (artículo 38.3 y 87.1 ET²⁸⁰). En ese supuesto, los representantes de los trabajadores podrán comparecer al juicio en defensa del actor o del propio empresario; naturalmente, cuando la fecha se haya fijado conjuntamente sería contradictorio, pero no imposible, que luego apoyasen una petición de fecha alternativa de un trabajador. No obstante, que se permita su participación en el proceso no implica que el trabajador solicitante haya de demandarlos, ni darles traslado de la demanda, sino que será bien el empresario, bien otros codemandados, bien el propio órgano judicial el que comunicará la demanda y la existencia del proceso, habilitando la posibilidad de comparecer en el mismo.

En la *acción de clasificación profesional*, nuevamente, considero que el Comité de Empresa o el Delegado de Personal podrían tener aquel carácter, habida cuenta que emitieron el informe previo a la demanda; y, junto a ellos, también descuellan otros trabajadores interesados en la vacante existente, porque podrían querer comparecer para oponerse al ascenso. Más clara sería la participación en el juicio de los representantes unitarios, cuando el sistema de ascenso o los criterios que van a servir para ascender hayan sido establecidos mediante acuerdo entre el empresario y ellos (artículo 24 ET y 87.1 ET²⁸¹). No obstante, que se permita su participación en el proceso no implica que el trabajador solicitante haya de demandarlos, ni darles traslado de la demanda, sino que será bien el empresario, bien el propio órgano judicial el que comunicará la demanda y la existencia del proceso, habilitando la posibilidad de comparecer en el mismo.

Respecto de la *acción de concreción o del periodo de disfrute*, las afirmaciones que se han hecho sobre el Comité de Empresa y el Delegado de Personal en los dos

²⁷⁶ Véase STS 22/07/04 (Ar. 7480).

²⁷⁷ Un estudio detallado sobre su concepto y diferencias se contiene en la STS 15/11/01 (Ar. 2971).

²⁷⁸ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., pág. 81.

²⁷⁹ Véase la STS 07/10/93 (Ar. 7579), donde se afirma que «lo que la norma citada ordena es que el período vacacional sea fijado de común acuerdo entre empresario y trabajador; y sólo a falta de éste previene qué ha de observarse, sin que la intervención de los representantes legales de los trabajadores se imponga como obligatoria».

²⁸⁰ Precepto que recoge la legitimación de aquéllos para negociar Convenios Colectivos o Acuerdos de empresa.

²⁸¹ Precepto que recoge la legitimación de aquéllos para negociar Convenios Colectivos o Acuerdos de empresa.

párrafos anteriores tiene también proyección en esta acción (participación y postura procesal), porque en el apartado séptimo del artículo 37 ET²⁸² se contempla la posibilidad de que se hubieran fijado determinados criterios —por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores— para el ejercicio de los derechos correspondientes a la trabajadora víctima de violencia de género. En esa hipótesis, tanto a la trabajadora como a los representantes les podría interesar su participación, aunque esto no determine su actitud procesal.

C) EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

1) Órgano competente

§51. Conforme a las reglas generales, el Juzgado de lo Social competente para dilucidar el conflicto planteado a través de cualquiera de las acciones constitutivas puras se determinará con arreglo al artículo 10.1 LPL²⁸³, bien el del lugar de prestación de los servicios, bien el del domicilio del demandado. La exigencia de que la demanda se presente en la sede judicial adecuada no vulnera —en absoluto— la tutela judicial efectiva, aunque se admite excepcionalmente la presentación en sede diversa y entrada extemporánea en la debida²⁸⁴.

En este punto, la *acción de vacaciones*, empero, nos puede ofrecer alguna particularidad, cuando estemos ante una pretensión plural sobre la fijación de la fecha de disfrute, consecuencia de una acumulación fuera de los artículos 29 y 30 LPL; esto es, el supuesto en el que planteadas varias demandas por separado se procede a su reunión en un solo procedimiento y su inicial conocimiento hubiese correspondido a Juzgados de lo Social de diversa circunscripción. Esta conjetura, para resultar factible, habría de reunir dos características: una, que «aunque los actores sean distintos [...] se ejercitasen [...] idénticas acciones» (artículo 29 LPL); y dos, la vinculación o condicionamiento entre las pretensiones ejercitadas, a pesar de que el lugar de prestación de servicios sea diferente. Realmente es muy difícil idear un supuesto que se ajuste a dichos requisitos, siquiera sea teóricamente²⁸⁵, pero pudiera pensarse en la hipótesis de un grupo de trabajadores en distintos centros de la misma empresa (situados en circunscripciones judiciales diferentes), donde las reglas de preferencia se hagan condicionando la elección a la antigüedad en la empresa (o cualquier otro criterio²⁸⁶) y conforme a una escala general, que incluya todos los posibles centros; de tal forma que elecciones por parte de trabajadores de un centro subordinen las de otros. O, más fácilmente, trabajadores que presten servicios en centros de trabajo diferentes²⁸⁷ o móviles, que discuten su preferencia y que hayan demandado ante órganos correspondientes a distintas sedes. Esta última posibilidad sería complicado

²⁸² «Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los *acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores*, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada» (art. 37.7 ET).

²⁸³ «1. Con carácter general será Juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante» (art. 10.1 LPL).

²⁸⁴ Véase la STC 90/2002, de 22/Abril.

²⁸⁵ Porque la determinación de los criterios de preferencia o la supeditación entre las vacaciones se produce sólo entre aquellos trabajadores que atienden el mismo centro, cuya continuidad es lo que justifica la existencia de reglas de prioridad. Caso contrario, se concederán las vacaciones en las mismas fechas, coincidiendo con el parón estival, y se hace innecesaria la discusión sobre prevalencias.

²⁸⁶ Fraccionamiento de las vacaciones, por ejemplo.

²⁸⁷ Por ejemplo, personal de mantenimiento de determinados servicios comunes a varios centros de trabajo de la misma empresa, sitios en circunscripciones diferentes.

que no derivase en un conflicto colectivo, pues el número de estos trabajadores no puede ser muy elevado y la controversia afectaría a un porcentaje importante de ellos²⁸⁸. Esto implicaría la imposibilidad de su tramitación con arreglo a este procedimiento especial y la atribución de competencia a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia [artículo 7.a) LPL] o de la Audiencia Nacional (artículo 8 LPL).

Ahora bien, si la discusión se centra en la que se calificaba como conjetura más compleja o en la última apuntada, que no implicase un conflicto colectivo, la LPL la deja huérfana, pues no contiene ninguna norma que resuelva esta posibilidad. No quedaría más remedio que acudir a la LEC²⁸⁹, en particular, a sus artículos 81 a 97, donde se contempla la solución a dicho problema. Dice el artículo 84 LEC que «aceptada la acumulación, el tribunal ordenará que los procesos más modernos se unan a los más antiguos». Aunque, a la postre, pudiera significar una mayor carga para el trabajador o trabajadores menos diligentes en la presentación de la demanda, dado que la sede del órgano en el que se acumulen las demandas podría distar bastante del de su fuero personal.

Y en otro orden de cosas, ninguna particularidad reúne el caso de que las demandas se presentasen ante el mismo órgano o diferente, pero de la misma sede (hipótesis equivalente al litisconsorcio activo inicial), puesto que el posible conflicto se resolvería a favor del Juzgado que conociese de la demanda más antigua²⁹⁰.

2) Admisión de la demanda constitutiva «pura» y subsanación de defectos

§52. La presentación de la demanda implica, en principio, su admisión por el Juzgado (artículo 81 LPL), siquiera sea provisional. Si la demanda no presenta ningún defecto, el artículo 82 norma que se proceda a fijar el día de Juicio Oral, citando a los demandados y, en su caso, al Ministerio Fiscal mediante la entrega de copia de la demanda y de los demás documentos que se hubieren presentado.

Tema colateral a éste sería el relativo a los posibles defectos en la citación cometidos por el órgano judicial²⁹¹. Sólo esbozaré dos aspectos: el primero, la capital importancia del régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones, puesto que sólo así cabe garantizar los principios de contradicción e igualdad de armas²⁹², y los órganos judiciales tienen un especial deber de diligencia en asegurar la recepción de las comunicaciones por los destinatarios. Esto se traduce en que el modo normal de llevarlas a cabo es la personal y que la comunicación edictal exija el agotamiento previo de cualesquiera otras modalidades, que aseguren en mayor medida la recepción de la comunicación²⁹³. Cuestión fundamental es la validez de la notificación a través del correo (medio intermedio entre la personal y la edictal), que puede originar graves consecuencias procesales, y sobre la cual se volverá más adelante.

²⁸⁸ Véase el caso contemplado en la STSJ Galicia 01/07/99 (AS 2152).

²⁸⁹ A través de la remisión contemplada en la DA Primera LPL.

²⁹⁰ Véase el art. 30 LPL.

²⁹¹ Adviértase que dichos defectos no son alegables, si la falta de tutela es imputable a la parte (STC 71/2002, de 08/Abril, F. 5). Sobre el tema, véase BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª edición, Trotta (Madrid, 1995), pág. 125.

²⁹² Véase STS 16/01/04 (Ar. 1363), que cita las SSTC 26/1999, de 08/Marzo; 65/2000, de 13/Marzo; 145/2000, de 29/Mayo; 268/2000, de 13/Noviembre; y 42/2002, de 25/Febrero.

²⁹³ Véase STS 16/01/04 (Ar. 1363), que cita la STC 149/2002, de 15/Julio.

Y el segundo aspecto lo constituye el plazo para la celebración de la vista, porque habría que coordinar el previsto en el artículo 82 LPL²⁹⁴ con el especial del artículo 126 LPL²⁹⁵ o con el del artículo 138 bis.b) LPL²⁹⁶. Sin embargo, es de destacar la posible ampliación del plazo que ha de mediar entre la citación y la celebración del juicio, cuando el demandado sea una persona jurídica²⁹⁷. Se trataría ésta de una regla especial que se impone —entendiendo— incluso a la que reduce a la mitad los plazos en el proceso de vacaciones y en el de concreción o del periodo de disfrute, puesto que el propio TS ha expresado que el desconocimiento de ese plazo mínimo de citación [previsto en el artículo 82.3 a) LPL²⁹⁸] lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva²⁹⁹. Por lo tanto, entre la citación y la celebración de la vista —en estos casos— han de mediar, al menos, quince días; algo que mediatiza, y en mucho, el carácter urgente del que se dota a esos dos procesos³⁰⁰.

§53. En otro orden de cosas, más interesante es la opción de que se hubiese presentado la demanda con algún defecto³⁰¹; defecto entre los que no puede estar —para la *acción de vacaciones*— el previsto en el artículo 81.2 LPL, pues —como ya se ha expuesto— este proceso especial está exento de la conciliación o reclamación administrativa previa, con la salvedad que se ha mencionado³⁰². Ese examen previo ha de partir de un doble condicionamiento: uno, que el defecto sea apreciable de oficio; y dos, que sea específico del proceso de que se trate. Para averiguar el primero, habrá de diferenciarse qué se entiende por defecto subsanable y cuándo puede apreciar su existencia el Juez de lo Social; en el bien entendido de que superado este trámite no precluye aquella facultad, pues podría notarse en cualquier momento posterior³⁰³ e interesarse una subsanación.

Con carácter general, se ha rechazado que los requisitos formales tengan sustantividad propia, y resaltado que constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de modo que sus eventuales anomalías no pueden ser convertidas sin más en meros obstáculos formales impeditivos de la continuación de aquél, sino que resulta obligada una interpretación de tales defectos guiada por un criterio de proporcionalidad entre la finalidad que cumple la exigencia formal y la entidad real del defecto observado en ella, atendiendo a las consecuencias que se siguen para la efectividad del derecho a la tutela

²⁹⁴ «1. Si la demanda fuese admitida, el Juez o Tribunal señalará, dentro de los *diez días siguientes* al de su presentación, el día y la hora en que hayan de tener lugar los actos de conciliación y juicio [...]» (art. 82 LPL).

²⁹⁵ «[...] El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los *cinco días siguientes* al de la admisión de la demanda [...]» (art. 126 LPL).

²⁹⁶ «[...] El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los *cinco días siguientes* al de la admisión de la demanda [...]» [art. 138 bis.b) LPL].

²⁹⁷ Por ejemplo, cuando sea el «Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autónomo equivalente».

²⁹⁸ «3. Deberá señalarse un plazo mayor al establecido en el apartado 1 de este artículo: a) Cuando la citación se practique con persona jurídica, pública o privada, o con un grupo sin personalidad, en cuyo caso deberá efectuarse con quince días de antelación a la fecha señalada para la celebración de los actos de conciliación y juicio [...]» [art. 82.3.a) LPL].

²⁹⁹ Véase STS 28/05/99 (Ar. 6003).

³⁰⁰ «El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente [...]» [art. 126 LPL]; y «b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente [...]» [art. 138 bis.b) LPL].

³⁰¹ La advertencia judicial habrá de especificar con claridad el defecto advertido (STC 08/1998, de 13/Enero).

³⁰² Esto es, la de los Penados en Instituciones Penitenciarias.

³⁰³ En este sentido se pronuncian las SSTC 25/1991, de 11/Febrero; 19/1994, de 27/Enero; y 335/1994, de 19/Diciembre.

judicial³⁰⁴. Por ello, los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando, siempre que sea posible, la subsanación del defecto, a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial efectiva³⁰⁵. En dicha ponderación, debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado³⁰⁶. Sin olvidar que constituye una exigencia constitucional que el órgano judicial favorezca la corrección de los defectos observados y que puedan ser reparados, garantizando, en lo posible, su subsanación³⁰⁷, siempre que el interesado actúe con diligencia³⁰⁸.

El ámbito de «lo subsanable» no se extiende sólo a los requisitos de la demanda (expresados en el artículo 80 LPL), sino que comprende también la correcta constitución de la relación jurídico procesal en las situaciones de litis consorcio pasivo³⁰⁹, el agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial³¹⁰ y el cumplimiento de la exigencia formal de la demanda expresada en el artículo 32 LPL³¹¹. No obstante, esa facultad no es absoluta, sino que ofrece fuertes cortapisas relacionadas con el principio dispositivo que inspira el proceso laboral³¹². Y así, la subsanación no es operativa cuando se ha producido un incumplimiento frontal y pleno de los requisitos³¹³; tampoco puede confundirse con una facultad ilimitada del juzgador para la subsanación, por mucho que lo pedido pudiera mejorar en hipótesis la articulación del subsiguiente debate procesal³¹⁴; o el fuero territorial³¹⁵, pues las normas del artículo 10 LPL no son imperativas y, aunque es inaceptable la sumisión expresa, sí ha de admitirse la tácita. Y al contrario, no puede atribuirse la cualidad de defectos insalvables a lo que, en relación con el supuesto concreto debatido, pueda estimarse que son cuestiones de fondo, cuya acogida o rechazo proceda sólo en la sentencia tras el

³⁰⁴ Véanse SSTC 17/1985, de 09/Febrero; 29/1985, de 28/Febrero; 110/1985, de 08/Octubre; 49/1987, de 23/Abril; 174/1988, de 03/Octubre; 02/1989, de 18/Enero; 240/1991, de 12/Diciembre; y 112/1997, de 03/Junio, F.3.

³⁰⁵ Véanse SSTC 163/1985, de 02/Diciembre, F. 3; 117/1986, de 13/Octubre, F. 2; 140/1987, de 23/Julio, F. 3; 05/1988, de 21/Enero, F. 4; 164/1991, de 18/Julio, F. 1; y 203/2004, de 16/Noviembre, F. 2.

³⁰⁶ Véanse SSTC 41/1992, de 30/Marzo, F. 6; 64/1992, de 29/Abril, F. 3; y 331/1994, de 19/Diciembre, F. 2.

³⁰⁷ Véanse SSTC 65/1993, de 01/Marzo, F. 3; y 16/1999, de 22/Febrero, F. 4.

³⁰⁸ Por todas, SSTC 130/1998, de 16/Junio, F. 5; 82/1999, de 10/Mayo, y 203/2004, de 16/Noviembre, F. 7.

³⁰⁹ Véase STC 335/1994, de 19/Diciembre. Íntimamente ligado a este tema, puede verse también ARUFE VARELA, A., «La ampliación de la demanda en el proceso laboral», en *Actualidad Laboral*, núm. 47 (2001), págs. 843 y ss.

³¹⁰ Véase STC 11/1988, de 02/Febrero.

³¹¹ Véase STC 63/1999, de 26/Abril.

³¹² Aunque ello esté fuertemente mediatizado por la búsqueda de la verdad material.

³¹³ Véase STC 343/1993, de 22/Noviembre, para la consignación; y sobre la misma materia, STS 11/12/02 (Ar. 2003\1959), que cita aquélla.

³¹⁴ La STC 203/2004, de 16/Noviembre, F. 3, indica que el art. 81.1 LPL se refiere en exclusiva a los contenidos estrictos del art. 80 —contenido de la demanda—, resultando improcedente en términos de acceso al proceso el archivo por defectuosa subsanación cuando lo requerido extralimite aquéllos, sea cual sea el propósito al que responda el exceso cometido por el requerimiento judicial; con cita del ATC 50/2000, de 16/Febrero F. único.

³¹⁵ Entre otras muchas, SSTS 30/09/04 (Ar. 6995); 05/10/04 (Ar. 8281); 06/10/04 (Ar. 8282); 21/10/04 (Ar. 2005\146); 04/11/04 (Ar. 7614); 26/11/04 (R. 362/03); 10/05/06 (Ar. 4028); y 15/09/06 (R. 136/05).

oportuno debate contradictorio, que pueda celebrarse sin vicio alguno por no faltar en la demanda sus elementos esenciales³¹⁶. Esta última precisión considero que va dirigida de manera directa a la posible caducidad de la acción; institución sobre la que se volverá más adelante y que, pese a ser apreciable de oficio³¹⁷, no puede ser notada en este trámite por el órgano judicial, sino que habrá de resolverse en sentencia.

Centrándonos ya en los vicios —subsanales y advertibles— que pudieran presentar las demandas correspondientes a cada una de las acciones constitutivas, podría ocurrir que no se hubiera constituido adecuadamente la relación jurídica procesal (porque no se haya demandado a otros trabajadores afectados³¹⁸) —acción de vacaciones, en concreto—, o que la tramitación que se solicita sea inadecuada, o que se hayan acumulado acciones indebidamente o, en definitiva, que concurra una litispendencia. Por otro lado, en la expresión «defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda»³¹⁹ puede incluirse cualquiera de los requisitos exigidos por el artículo 80.1 LPL. A los fines de este epígrafe, interesa sobre todo el posible incumplimiento de los contemplados en las letras c) y d)³²⁰, esto es, la falta de claridad en la exposición de los hechos fundadores³²¹ o haberse recogido una petición confusa. Mientras los primeros pueden consistir en la ausencia de expresión de la antigüedad en la empresa; circunstancias que, según las reglas de preferencia fijadas por la empresa, le permitan prevalecer sobre peticiones de otros compañeros; efectiva prestación de servicios, sus condiciones y contenido; existencia del menor o familiar generador de su derecho; realidad de la orden de protección; o indicación de elementos que puedan condicionar su solicitud. En cambio, la segunda sería, en relación a la *acción de vacaciones*, la falta de indicación de cuál es la fecha (o fechas, para el supuesto de fraccionamiento) en la que quiere disfrutar de sus vacaciones, la mera solicitud de nulidad de los criterios empleados por la empresa para distribuir las o una petición de condena de la empresa a rectificar la fecha atribuida. Por lo que atañe a la *acción de ascenso*, lo sería una falta con respecto a la categoría que pretende, la mera solicitud de nulidad de los criterios empleados por la empresa para conceder el ascenso o una petición de condena de la empresa a rectificar el concedido. Y en fin, en la *acción de concreción horaria y del periodo de disfrute*, lo sería no identificar de manera clara la propuesta horaria o el tiempo en que se pretende disponer del permiso.

§54. Como colofón, se ha de advertir que —en todo caso— la valoración sobre la suficiencia del contenido de la demanda es cuestión de hecho, a valorar por el órgano jurisdiccional de instancia³²². Por lo tanto, las consideraciones que pudieran realizarse por el demandado o los demandados sobre algún defecto presente en la demanda se deberán articular como excepción en su contestación, para que el Juzgado resuelva en la sentencia.

³¹⁶ Véanse SSTC 118/1987, de 08/Julio, F. 3; y 203/2004, de 16/Noviembre, F. 3.

³¹⁷ Sobre la caducidad, su efectividad y justificación, véanse SSTSJ Galicia 16/02/06 (R. 3325/03), 19/12/05 (R. 5507/05), 25/10/05 (R. 4217/05) y 15/04/05 (R. 4774/02).

³¹⁸ Art. 125.d) LPL.

³¹⁹ Art. 81.1 LPL.

³²⁰ En particular, la exigencia de que en la demanda se recoja lo siguiente: «c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. [...] d) La súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada».

³²¹ Que han sido objeto concreto de los § 22 a 41.

³²² Véase STS 15/04/92 (Ar. 2654).

Aunque si aquéllos son subsanables, podrían dar lugar a que el Juzgador decreta la nulidad de los trámites posteriores a la admisión de la demanda, retrotrayendo las actuaciones a ese punto para que, en el plazo que se señale, pueda subsanarse y continuar el proceso. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que no se hubiera demandado a un trabajador afectado por el proceso de vacaciones (discutiéndose preferencias) y que dicha circunstancia se haya advertido en el acto del Juicio Oral, ya por el Magistrado, ya ante la excepción formulada por el Letrado del demandado. Ante esta situación, cabrían dos posibles soluciones: una, la racional, en un proceso sencillo y donde la legitimación pasiva no es dudosa, sería la que se ha apuntado más arriba, anular y retrotraer para subsanar y, después, constituir válidamente la relación jurídica procesal; y otra, mucho menos habitual en un proceso como el presente, pero no insólita en otros, consistente en continuar el Juicio y resolver la excepción en sentencia, con el riesgo que ello supone, porque de apreciarse que falta como demandado algún legitimado pasivo, la conclusión sería la desestimación de la demanda por falta de un presupuesto procesal.

Junto a esa situación, que implica la participación de menos de los protagonistas necesarios, se puede configurar la posibilidad de una actuación de más de los precisos, cuando en el proceso, ya activa, ya pasivamente, se personan sujetos no legitimados, pero sí interesados. El supuesto es fácilmente imaginable, cuando se impugnase el calendario fijado entre la representación de los trabajadores y el empresario, o un sistema de ascenso pactado por el mero acuerdo de la empresa³²³, o los criterios convenidos entre el empresario y los representantes de los trabajadores para el ejercicio de los derechos correspondientes a la trabajadora víctima de violencia de género.

3) *Cauces procedimentales, ordinario y especiales*

§55. Los procedimientos previstos en los artículos 125 y 126, 137 y 138 bis, todos ellos de la LPL, no se aplican a todos los supuestos en los que la materia a discutir se refiera —más o menos directamente— a las acciones constitutivas puras, sino que la «sumariedad cualitativa» implanta una diversidad procedimental. En todo caso, el acto determinante de la modalidad procesal idónea es el de presentación de la demanda, de suerte que la pretensión que en ella se ejercite condiciona el cauce procesal a seguir, con independencia de la procedencia o improcedencia de la cuestión de fondo discutida, y de la denominación que el actor le haya dado³²⁴, sin que sea cuestión que afecte a derecho fundamental alguno³²⁵. Para lo que nos interesa, el procedimiento especial al que se hacía referencia no se aplica a todos los supuestos en los que la materia a discutir se refiera —más o menos directamente— a la acción constitutiva pura de que se trate, pues la «sumariedad cualitativa» implanta una diversidad procedimental. Habremos, por tanto, de diferenciar entre los supuestos que se tramitan conforme al proceso especial y los que lo hacen a través del ordinario o, incluso, del de conflicto colectivo; añadiendo el tratamiento procesal que a una posible inadecuación pudiera darse.

³²³ Lo que, en otro orden, exige integrar el concepto de «convenio colectivo» utilizado en el art. 39.4 ET como excepción al ascenso por movilidad.

³²⁴ Véanse SSTs 29/10/01 (Ar. 2002\2375) y 02/12/02 (Ar. 2003\1938).

³²⁵ Así, el TC ha insistido en la idea de que el art. 24 CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, es decir, no comporta el derecho a que la pretensión ejercitada por una persona en su demanda se substancie a través de un concreto procedimiento (SSTC 90/1985, de 22/Julio, y 160/1998, de 14/Julio).

§56. *La modalidad procesal especial de vacaciones* tiene por objeto exclusivo y limitado la fijación de la fecha de su disfrute³²⁶. Teniendo en cuenta que el citado artículo 125 LPL señala como objeto «la fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones», la especificidad del procedimiento conlleva que sólo sea especial y, por ende, urgente y preferente, el interpuesto ante la jurisdicción laboral en materia de vacaciones que tengan por objeto la fijación de la fecha en cuestión. Y nada más que eso, sin que pueda ampliarse a las pretensiones sobre fechas de disfrute de permisos o licencias³²⁷. El conocimiento jurisdiccional de las controversias que excedan del ámbito de la referida modalidad procesal debe ser encauzado por la vía del proceso ordinario o de conflicto colectivo³²⁸.

No obstante el carácter limitado del proceso, se permite incluir dentro del mismo cualquier materia relacionada con la fijación de la fecha del disfrute de vacaciones, que no exceda de los límites a los que se hará referencia. Y así, el fraccionamiento de las mismas en diversos periodos (mediante el cual —en definitiva— se pretende la fijación de diversas fechas de disfrute y de una sola anual)³²⁹; o la discusión sobre preferencias³³⁰ atribuidas a determinados trabajadores para disfrutarlas en periodos concretos y que puede influir en el periodo de disfrute de otros³³¹. También podría tramitarse conforme a esta modalidad aquél que tuviera como pretensión la fecha de disfrute sustitutiva de la inicialmente fijada por la empresa y luego alterada por justa causa, o en el que se discuta no sólo una fecha materialmente fijada, inequívoca y expresada mediante el correspondiente guarismo cronológico o la ausencia de asignación de fechas, sino ciertos criterios previos que la empresa haya establecido al respecto si, inevitable e individualmente, conduce de manera fatal a una fecha no deseada³³².

§57. Por lo que se refiere a *la modalidad procesal especial de clasificación profesional*, sólo puede emplearse cuando se trate de reclamar categoría superior a la reconocida y sean determinantes y se cuestionen «los hechos y circunstancias del trabajo efectivamente desarrollado», pero no cuando la clave de la decisión se encuentra en la interpretación de preceptos³³³. En otras palabras, la cognición de este proceso especial tiene como objeto exclusivo y limitado el ascenso motivado por una movilidad funcional ascendente y sólo se discutan datos fácticos. Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que el conflicto dependiese de la interpretación de normas jurídicas, su cauce no podrá ser el especial. Sin embargo, esta regla tiene una excepción, pues debe tramitarse por la modalidad del artículo 137 LPL la pretensión basada en el desempeño de funciones de superior categoría

³²⁶ Véase STS 29/03/95 (Ar. 2349).

³²⁷ Véanse SSTSJ Galicia 10/03/00 (AS 232) y Andalucía/Málaga 27/03/98 (AS 1810).

³²⁸ «Tiene por objeto exclusivo las controversias relativas a la fecha del disfrute de las vacaciones, por lo que otras cuestiones relativas al derecho, como la duración, número de días de descanso, han de solventarse a través del proceso ordinario o, en su caso, mediante el proceso de conflicto colectivo» (SSTS 29/04/92 [Ar. 2685], 29/03/95 [Ar. 2349] y 17/02/97 [Ar. 1440]).

³²⁹ Véase SJS núm. Uno de Castellón de la Plana 12/07/00 (AS 2233).

³³⁰ Véase SJS núm. Veintiocho de Madrid 05/06/00 (AS 2408).

³³¹ Véase antes en «3) Partes principales y accesorias», §§ 46 a 50.

³³² SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., pág. 153 y 154.

³³³ Véanse SSTS 27/07/92 (Ar. 5667); 28/06/94 (Ar. 7166); 20/09/94 (Ar. 7166); 25/11/94 (Ar. 9240); 24/02/95 (Ar. 1256); 30/01/97 (Ar. 646); 30/12/98 (Ar. 1999/456); 15/03/02 (Ar. 5207); 10/06/02 (Ar. 8136); 02/12/02 (Ar. 2003\1938); 18/07/03 (Ar. 6123); 06/10/03 (Ar. 7714); 27/01/04 (Ar. 3078); 03/05/04 —Sala General— (Ar. 4496); 09/07/04 (Ar. 5875); 27/09/04 (Ar. 7490), que entiende carece de contenido casacional el recurso que ignora tal doctrina; 28/09/04 (Ar. 7492); 07/10/04 (Ar. 7686); 26/10/04 (Ar. 2005/1480); y 10/11/04 (Ar. 2005/177).

a las que se asignan al grupo profesional reconocido en el convenio colectivo de aplicación³³⁴. El conocimiento jurisdiccional de las controversias que excedan del ámbito de la referida modalidad procesal debe ser encauzado por la vía del proceso ordinario o de conflicto colectivo, como se verá en el siguiente apartado.

No obstante ese carácter limitado, se permite la acumulación del abono de los salarios devengados durante el tiempo en el que se ha desempeñado las funciones superiores³³⁵, acción que no pierde su naturaleza de condena, porque se hubiese ejercitado conjuntamente con una constitutiva como es la de clasificación profesional. En todo caso, tanto una como otra son potestativas e independientes³³⁶ y, por ello, no necesariamente el ejercicio de una demanda de ascenso acompañará a otra de salarios y viceversa. Esta es la razón de que la interposición de una demanda de clasificación profesional no interrumpa el plazo de prescripción para la reclamación salarial correspondiente³³⁷; es más, si a aquella inicial acción se hubiese acumulado otra por diferencias salariales correspondientes al trabajo de superior categoría realizado, no se interrumpiría la de las de condena referidas a diferencias salariales posteriores al ejercicio de aquella primera acción³³⁸. Esta acción de condena no nos interesa desde el punto de vista de la acción constitutiva pura —ascenso—, únicamente para concluir que su acumulación no impide el seguimiento del procedimiento especial de clasificación profesional, ni altera las condiciones en que se desarrolla (de hecho, la irrecurribilidad de la sentencia se mantiene inalterable); con la excepción de dos datos: lo que se ejercita es propiamente una acción de naturaleza de condena y podrá ser objeto de ejecución en sí misma; y si bien la acción principal es la de ascenso, no necesariamente su desestimación arrastra la derivada³³⁹.

§58. Y en cuanto a *la modalidad procesal especial de los permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares*, tendrá por objeto exclusivo y limitado la configuración de la jornada de trabajo (ya reduciéndola, ya fraccionándola) por parte del trabajador, por mor de la atención de un menor de nueve meses, la cualidad de prematuro del recién nacido o su hospitalización subsiguiente al parto, la atención de una persona impedida a su cargo o la efectividad de la protección o asistencia social integral de una trabajadora víctima de violencia de género. En consecuencia, todos los supuestos en los que el conflicto exceda de ese limitado marco habrán de tramitarse a través del cauce ordinario, porque el diseño del proceso especial, con su preferencia y urgencia³⁴⁰, está restringido a aquel objeto.

§59. En contraposición con lo anterior, las pretensiones que excedan de aquellos limitados márgenes habrán de tramitarse con arreglo al *proceso ordinario*. No deben ser objeto de este procedimiento las pretensiones individuales sobre *vacaciones* que no sean coincidentes precisamente con la fecha de disfrute, atendiendo al carácter de orden público de las normas procesales que escapan a la disposición de las partes al ser de inexcusable

³³⁴ Véanse SSTs 29/10/01 (Ar. 2002\2375); y 10/06/02 (Ar. 8136).

³³⁵ «[...] Estas acciones [la de clasificación y la salarial] serán acumulables» (art. 39.4 ET).

³³⁶ Así el art. 39.4 ET señala «[...] sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial».

³³⁷ Véanse STCT 06/02/89 (RTCT 1149) y STC 60/1990, de 29/Marzo.

³³⁸ Véanse SSTs 08/05/95 (Ar. 3751); y 20/09/96 (Ar. 6578).

³³⁹ Piénsese que el ascenso se puede desestimar por múltiples razones (*v.gr.*, no se acredita el cumplimiento del tiempo exigido o existe norma convencional reguladora), pero estimarse la salarial si realmente se desempeñaron las funciones superiores.

³⁴⁰ «b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente [...]» [art. 138 bis.b) LPL].

observancia. En este sentido, hay que remitir al ámbito de los conflictos individuales ordinarios pretensiones tales como las siguientes: discutir sobre la extensión del propio derecho a disfrutar de las vacaciones (ya en su vertiente del mismo derecho, ya la determinación de su duración)³⁴¹, declaración del derecho al disfrute por días de vacaciones no disfrutados a causa de baja por enfermedad común³⁴²; declaración del derecho al disfrute vacacional efectivo y no a la compensación económica del mismo³⁴³; y cómputo de los días no laborables coincidentes con el final del período de vacaciones³⁴⁴, pues aunque esta cuestión pudiera tener repercusión mediata en las fechas de vacaciones, afecta directa y primordialmente a la duración de las vacaciones mismas.

Asimismo, se excluirían de esta modalidad especial aquellos procedimientos que tengan por objeto la *fijación de la fecha de vacaciones para el colectivo total de trabajadores o para un colectivo parcial importante* del mismo³⁴⁵, lo que ocurre también si se trata de establecer turnos³⁴⁶ o para fijar los criterios por los que éstos debe regirse o el calendario de vacaciones de la empresa³⁴⁷. Estos litigios deben ser objeto de un procedimiento de conflicto colectivo³⁴⁸. Porque la referencia al carácter plural que se hace en el precepto, en ningún caso apunta a un proceso colectivo, sino a un proceso en el que sean varios los demandantes, en los términos del artículo 19 LPL, o se haya producido una acumulación de autos para demandar varios demandantes a un mismo empresario, ejercitando idénticas acciones, tal como prevé el artículo 29 LPL³⁴⁹.

En suma, como ha declarado la jurisprudencia, si lo que se cuestiona es tan solo la concreción de la fecha de disfrute de las vacaciones, no cabe duda de que el proceso a seguir es el especial de vacaciones; pero cuando lo que se plantea es algo más que eso, por ejemplo, anular el cuadro de períodos no concedidos³⁵⁰, condenando a la empresa —normalmente— a negociar con la representación de los trabajadores y a respetar lo pactado en convenio colectivo, ya no se trata propiamente de la fijación de la fecha de disfrute del descanso anual a la pluralidad de los trabajadores, sino de algo que, aun relativo a las vacaciones y a la fecha de disfrute, trasciende indiferenciadamente a la generalidad de los empleados de la empresa, por lo que procederá sustanciar un proceso de conflicto colectivo.

³⁴¹ Véanse SSTSJ Cataluña 28/01/04 (AS 1356) y Canarias/Las Palmas 19/04/02 (AS 3623).

³⁴² Véase STSJ Cataluña 29/10/99 (AS 6808).

³⁴³ Véanse STSJ Canarias/Las Palmas 13/11/98 (AS 7588).

³⁴⁴ Véanse STS 29/03/95 (Ar. 2349); y SSTSJ Cataluña 12/12/02 (AS 57681) y Valencia 22/04/97 (AS 1499).

³⁴⁵ En la STSJ Galicia 01/07/99 (AS 2152) se decía que «esta controversia [interpretación del *dies a quo* de las vacaciones de 30 días fijadas por el Convenio] al afectar a la totalidad o a un grupo genérico de trabajadores de la empresa, debe entenderse que ha sido correctamente tramitada por el proceso especial de conflictos colectivos previsto en los arts. 151 y siguientes de la LPL».

³⁴⁶ Véase STSJ Cataluña 26/04/05 (AS 1580).

³⁴⁷ Véase SSTSJ Galicia 10/03/00 (AS 232).

³⁴⁸ Ahora bien, si al Comité de Empresa se le comunica el calendario y se fijan unos turnos de vacaciones de forma unilateral, la vía impugnatoria no es la del conflicto colectivo sino la acción individual, pues es evidente que habrá trabajadores que pudieran estar de acuerdo con la fijación de sus vacaciones sin necesidad de que exista un acuerdo escrito, sino que bastaría un acuerdo tácito para no reclamar por la modalidad procesal de vacaciones (Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., pág. 155).

³⁴⁹ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., pág. 269.

³⁵⁰ Véanse SSTSJ 29/04/92 (Ar. 2685), 29/03/95 (Ar. 2349) y 17/02/97 (Ar. 1440). También STSJ Galicia 30/03/00 (AS 383).

§60. No deben ser objeto de este procedimiento las pretensiones individuales sobre *clasificación profesional* que no sean coincidentes precisamente con un ascenso por desempeño de funciones superiores del artículo 39.4 ET y donde no sólo se discutan hechos, atendiendo al mencionado carácter de orden público de las normas procesales. En este sentido, hay que remitir al ámbito de los conflictos individuales ordinarios pretensiones tales como las siguientes: litigios sobre promoción mediante ascenso de categoría dentro de la empresa y que se basan en lo dispuesto por las correspondientes normas reglamentarias o convencionales³⁵¹; cuando lo discutido sea la asignación de un concreto nivel retributivo, porque no se está ante un proceso de clasificación, sino declarativo de derechos³⁵²; una nueva clasificación del trabajador merced un cambio normativo, que altera las categorías existentes hasta ese momento³⁵³; o, simplemente, cuando el quid de la cuestión radique en una norma legal³⁵⁴ o convencional³⁵⁵.

Tampoco lo estaremos en otras que pudieran incluirse dentro del concepto de clasificación profesional, como la que pretende la adecuación de las funciones reales desarrolladas por el trabajador *ab initio*³⁵⁶ con la categoría o grupo profesional, que se le asignó en el contrato³⁵⁷; supuesto en el que, en buena técnica, no nos encontramos ante una movilidad funcional, sino ante un desajuste originario, pero de cuya exclusión de una tramitación especial se ha dudado por cierta jurisprudencia³⁵⁸, apoyándose en que se trata de un tipo de acción que puede ejercitarse tanto en el mismo momento en que comienza la relación jurídico-laboral y el trabajador observa la inadecuación, como constante ésta³⁵⁹.

§61. Se excluyen de este procedimiento las pretensiones sobre *concreción horaria y del periodo de disfrute* cuyo objeto no coincida exactamente con el indicado antes, interpretado, además, de manera restringida. Este aserto nos podría plantear dudas cuando lo que se discuta no sea la concreción, sino la propia existencia del derecho amparado a través de la acción. Tal discusión aparenta ser bastante limitada, a la vista del carácter «incontestable»³⁶⁰ de las normas sustantivas reguladoras de los derechos a permisos, reducción y adaptación de la jornada; pero, en la práctica, se plantearán usualmente supuestos donde se discuta el derecho o su alcance mismo, por ejemplo, debatiendo la duración de la lactancia en trabajos a tiempo parcial o en supuestos de parto gemelar o el periodo durante el cual se mantiene la protección especial a la víctima de violencia de género. En estos casos, lo adecuado será que se excluya una tramitación especial y se acuda al proceso ordinario³⁶¹ y, por ende, al

³⁵¹ Véanse SSTs 27/07/92 (Ar. 5667); 28/06/94 (Ar. 6318); 21/07/98 (Ar. 6212); y 24/05/05 (Ar. 9096).

³⁵² Véanse SSTs 24/02/95 (Ar. 1256); y 25/11/03 (Ar. 9113).

³⁵³ Véase STSJ Comunidad Valenciana 28/09/99 (ROJ 3010).

³⁵⁴ Véanse SSTs 05/07/05 (Ar. 9106); 25/04/05 (Ar. 6135); 12/04/05 (Ar. 6309); 18/03/05 (Ar. 3424); y 29/06/04 (Ar. 2005/4614).

³⁵⁵ Véase STS 26/10/04 (Ar. 2005/1480).

³⁵⁶ También queda incluido en este grupo cuando la categoría superior «se viene desempeñando desde hace años» (STCT 15/01/87 [Ar. 661]).

³⁵⁷ Véanse SSTSJ Comunidad Valenciana 18/06/03 (AS 2296); y La Rioja 08/06/99 (AS 2650).

³⁵⁸ Véase STSJ Andalucía/Sevilla 31/10/03 (AS 4004).

³⁵⁹ Véanse SSTs 24/04/93 (Ar. 3357); 28/09/93 (Ar. 7084); y 25/11/94 (Ar. 9240).

³⁶⁰ Véase GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Justicia Laboral*, núm. 1 (Madrid, 2000), pág. 34.

³⁶¹ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Relaciones Laborales*, núm. 19 (Madrid, 1999), pág. 6 y 7.

acceso al recurso de suplicación, que, de otro modo, le estaría vedado³⁶²; en caso contrario, «las resoluciones recaídas en aquellos procesos en los que no se suscita el “reconocimiento del derecho” al disfrute de los “permisos de lactancia” [...] o de “reducción de la jornada por motivos familiares”, sino la concreción del “horario” o “período” en que haya de utilizarse un “derecho” de tal clase previamente reconocido son legalmente irrecurribles»³⁶³.

Más difícil de solventar sería el supuesto de que el empresario, a la vista de la petición del trabajador, se oponga sin razonamiento o con razonamientos genéricos, ya que éste no sabrá a ciencia cierta el cauce a seguir, en otras palabras, si lo que se duda es del propio derecho o su extensión o, más sencillamente, de su concreción. La solución es comprometida, porque, al ser la actitud del empresario la que genera la incertidumbre, podría adoptarse la decisión de considerar adecuado el cauce procesal, especial u ordinario, elegido por el trabajador y rechazar cualquier eventual excepción procesal de inadecuación de procedimiento, que aquél pudiera esgrimir, bajo el argumento de que constituiría abuso de derecho (artículo 75.1 LPL³⁶⁴). Sin embargo, el hecho de que, primero, la determinación del procedimiento adecuado es función que corresponde a los órganos judiciales y no a los litigantes³⁶⁵; segundo, lo que está en juego es una cuestión de orden público procesal cuya observancia se impone a las partes y al Tribunal, de manera que el Juzgador ha de examinarla de oficio y sin vinculación alguna a los respectivos planteamientos de los litigantes, porque escapa a su poder de disposición y de su mayor o menor acierto en el planteamiento del trámite o recurso³⁶⁶; es más, «la facultad-deber que tiene el órgano judicial de conocer aquellas anomalías producidas en el proceso que, aun, no denunciadas afectan al orden público procesal», y «no cabe la menor duda que todo lo relativo al procedimiento adecuado afecta al orden público, y sin que quepa admitir —dado el carácter necesario de los preceptos que lo regulan— un proceso convencional hecho a la medida de las partes o del propio órgano jurisdiccional»³⁶⁷; tercero, la mayor garantía que ofrece el proceso ordinario para las partes, pues se asegura un segundo estudio de la cuestión por parte de un órgano colegiado; y cuarto, el brocardo latino *a maiori ad minus* («quien puede lo más, puede lo menos»), que en términos procesales significará que el procedimiento más complejo —el ordinario—, puede contemplar al más sencillo —el especial—; todo ello, me lleva a concluir que lo adecuado, estos supuestos dudosos, es seguir el proceso ordinario.

Otro caso problemático se refiere al contencioso entre varios trabajadores por la preferencia en el uso de los derechos sustantivos correspondientes a estas acciones. Si quiera esta hipótesis sea extrañísima, pues los implicados son familiares entre sí³⁶⁸, podría idearse una situación donde varios solicitan al empresario disfrutar del derecho por el

³⁶² «[...] La sentencia, que será firme, [...]» [art. 138 bis.b) LPL].

³⁶³ Véase STSJ Cataluña 27/07/01 (ROJ 10058).

³⁶⁴ «Los órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho [...]» (art. 75.1 LPL).

³⁶⁵ Véanse SSTC 02/1986, de 13/Enero; 41/1986, de 02/Abril; 20/1993, de 18/Enero; 178/1996, de 12/Noviembre; y 160/1998, de 14/Julio.

³⁶⁶ Véase, entre tantas otras, SSTC 09/05/98 (Ar. 4588), 27/07/93 (Ar. 5992) y 08/06/93 (Ar. 4548); y SSTSJ Galicia 22/11/00 (R. 4868/00), 15/06/00 (R. 1002/97), 26/05/00 (R. 1765/97), 25/02/00 (R. 438/00), 08/10/99 (R. 3920/99) y 13/05/99 (R. 1801/96).

³⁶⁷ Son palabras de STS 08/07/94 (Ar. 7155).

³⁶⁸ Al menos en un concepto amplio de familia (ejercen la guarda legal sobre la misma persona o cuidan un familiar dentro del segundo grado).

mismo causante, abriéndose ante ella dos posibilidades: una, que el empresario elija a uno de ellos y restrinja el derecho del otro; y otra, que deniegue ambas peticiones. La primera decisión empresarial se justifica en que el empresario puede limitar el ejercicio simultáneo por dos o más trabajadores del derecho a la reducción de jornada por un mismo sujeto causante —apartado quinto del artículo 37 ET³⁶⁹—. Algunos autores consideran —directamente— que prevalece el proceso ordinario, sin distinguir alternativas, y desdeñan a otro sector que afirma, para incluir esta discusión en la modalidad procesal especial, que «la urgencia es aquí imperiosa»³⁷⁰, al afirmar que este aserto es acaso cierto desde la perspectiva del trabajo, pero no desde la de la familia, al haber un trabajador —el elegido por el empresario— atendiendo a sus cargas familiares. No obstante, esta orientación es parcial, dado que no llega a sopesar las dos disyuntivas que se apuntaban, y esto es determinante: si el empresario hubiese elegido la petición de uno de los dos trabajadores y sólo restringido la del otro, sin discutir su derecho³⁷¹, el cauce a seguir será el especial; criterio ya adelantado al tratar el litisconsorcio pasivo necesario. Si se hubiese denegado el de ambos, no queda más opción que acudir al proceso ordinario, habida cuenta de que no se debate la concreción, sino el derecho mismo.

Al procedimiento ordinario también han de remitirse las reclamaciones sobre reincorporación a la jornada ordinaria (artículo 37.6 ET³⁷²), a pesar de la opinión negativa que esta solución legal merece, pues debería haberse diseñado un tratamiento procesal específico, para asegurar más eficazmente la incorporación inmediata del trabajador o trabajadora³⁷³. Y también por aquél se encauzará cualquier otro litigio donde aparezcan implicados derechos de conciliación o protección de la mujer víctima de violencia de género sin referirse a la concreción horaria y/o la determinación del periodo de disfrute.

4) Particularidades procedimentales

§62. Los tres procesos correspondientes a las acciones constitutivas puras presentan una serie de especialidades en la tramitación, que he considerado adecuado denominarlas *particularidades*, pues, siquiera singularizan el procedimiento, ni alteran su esencia ni el desarrollo ordinario que se ha expuesto. Bajo este prisma, pueden agruparse, por un lado, las acciones de vacaciones y de concreción horaria y del periodo de disfrute, en cuyo proceso concurren las características de preferencia y urgencia, que están ausentes en la otra, y sumariedad, que sólo atañe a la acción de vacaciones; y por otro lado, la acción de clasificación profesional, que exige la necesidad de que el órgano judicial reclame un informe a la Inspección de Trabajo, dictamen que no se presenta en los otros.

§63. Comenzando por las dos primeras, podemos señalar que mientras la acción de vacaciones participa de los rasgos de preferencia, urgencia y sumariedad, la de concreción

³⁶⁹ «No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa» (art. 37.5 ET).

³⁷⁰ Véase ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. y ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Procesal del Trabajo*, 11ª edición, Civitas (Madrid, 2001), pág. 229.

³⁷¹ Porque si no habría de acudir, sin remisión, al proceso ordinario.

³⁷² «[...] El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria» (art. 37.6 ET).

³⁷³ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 7.

horaria y del periodo de disfrute sólo lo hace de los dos primeros; ésta es la razón por la que comenzaré exponiendo las características comunes y me centraré, luego, en la específica del proceso de vacaciones.

Por lo que se refiere a la *preferencia*, tanto el ET como la LPL incluyen esta característica a la hora de configurar la modalidad procesal por «vacaciones» (artículos 38 ET y 126 LPL³⁷⁴) y por «permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares» (artículo 138 bis LPL³⁷⁵). Este carácter deriva de la propia perentoriedad del objeto del debate a dilucidar. Y evidentemente ha de entenderse no como una característica técnico-procesal rigurosa, sino simplemente con un alcance sociológico-procesal, por el que se insta una tramitación preferente (artículos 126 y 138 bis LPL)³⁷⁶. Se ha llegado a afirmar³⁷⁷ que se relaciona con el carácter perentorio de las necesidades familiares objeto de tutela legislativa, conformando un «procedimiento de apariencia cautelar, aunque de efectos definitivos». Entendida así la preferencia, habrá de tenerse como contenido de la misma una actividad judicial que tramite este tipo de acciones al margen del turno ordinario cronológico, y a efectos puramente de esta índole, en relación con la entrada en los Juzgados de lo Social de las diversas demandas; ello no evitará, sin embargo, al Juzgado tener que compaginar esta sugerencia o requerimiento legal con la preferencia social inherente a los procedimientos por despido y la trascendencia habitual de los conflictos colectivos. Esa preferencia habrá de establecerse en función de múltiples variables, a saber: número de asuntos preferentes pendientes, fecha del disfrute de las vacaciones, data que se ha fijado por la empresa unilateralmente y antelación con la que se haya presentado la demanda.

Desde un punto de vista jurídico, el problema más interesante que podría plantearse es el de hasta qué punto compete alguna acción a los interesados, si por parte del órgano judicial se infringiese esta exigencia legal de tramitación preferente. Y dada la ausencia de previsiones al respecto, la contestación ha de ser evidentemente negativa, ya que no existe ningún cauce claro u operativo, al margen de los generales de responsabilidad del magistrado o reclamación ante el Estado por el funcionamiento anormal de la justicia, que pueda apuntarse.

§64. En cuanto a la *urgencia*, los artículos 126 y 138 bis LPL señalan que el procedimiento será urgente, pero sin hacer constar los efectos del mismo; tan sólo puede hallarse una mención en el artículo 43.4 LPL, que establece la viabilidad procesal excepcional de los días del mes de agosto para estos procedimientos³⁷⁸, entre otros. Ahora bien, la referencia que se hace a la urgencia puede, primero, integrarse con el principio general del Derecho procesal laboral que es la celeridad (artículo 74.1 LPL³⁷⁹), entendida como desarrollo y ampliación del derecho a un proceso constitucional sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE) y que intenta que los conflictos suscitados encuentren solución de la

³⁷⁴ «[...] El procedimiento será sumario y preferente» (art. 38.2 ET); y «El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente [...]» (art. 126 LPL).

³⁷⁵ «El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente [...]» [art. 138 bis LPL].

³⁷⁶ Véase SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., págs. 156 y 157.

³⁷⁷ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 6.

³⁷⁸ La habilitación del mes de agosto alcanza, además, a todas las fases del proceso (ATS 18/04/01 [Ar. 2840]).

³⁷⁹ «Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario según los principios de inmediatez, oralidad, concentración y celeridad» (art. 74.1 LPL).

forma más rápida posible. A través de este principio, se «aspira a eliminar las trabas que para la tutela efectiva supone la administración premiosa de la justicia»³⁸⁰. Como decía la Exposición de Motivos de la LBPL, pertenece a la esencia tradicional del proceso de trabajo el ser «ágil, rápido, formalista en lo imprevisible»³⁸¹, con lo que «ha facilitado el acceso a la prestación jurisdiccional»³⁸². Este principio exigirá elegir trámites idóneos y eliminar los innecesarios y, en suma, mantener las notas de brevedad de plazos y austeridad de tramitación, que era como se venía entendiendo la sumariedad del proceso³⁸³.

Sobre la *brevedad de plazos*, tanto el artículo 126 como el artículo 138 bis, ambos de la LPL, disponen un plazo especial para la celebración del juicio, indicando, en concreto, que «el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda». Nótese que el precepto tan sólo alude al señalamiento, y no a la celebración de la vista, por lo que sería sólo la providencia de señalamiento la que deba producirse en tan breve plazo. Sin embargo, en otras modalidades procesales los cinco días se establecen para el señalamiento y para la celebración, por lo que no existe razón para tal interpretación diferente y entender que el artículo 82.1 LPL impone la celebración del juicio ordinario dentro de los diez días siguientes al de admisión de la demanda y que el plazo se reduce a la mitad en las modalidades procesales³⁸⁴. Además, se disponen tres días para dictar sentencia, en lugar de los cinco habituales que prevé el artículo 88 LPL. En cuanto a los efectos que pudiera tener el incumplimiento por el órgano judicial de los plazos antes señalados, ante la falta de cualquier cauce específico, ninguna consecuencia, a salvo la disciplinaria³⁸⁵, pudiera derivarse.

Y sobre la *austeridad en la tramitación*, la simplificación que exige un procedimiento de esta naturaleza no tiene ningún reflejo, puesto que, aparte de la eliminación de la conciliación preprocesal, no hay supresión de trámite alguno, con la excepción de la irrecurribilidad de la sentencia, manifestación —por otra parte— de la configuración del proceso laboral como de instancia única. Es más, ese trámite conciliatorio no ha sido eliminado en el caso de la acción de concreción horaria y del periodo de disfrute y está plenamente vigente³⁸⁶, dado que su falta conduce a la nulidad de las actuaciones³⁸⁷.

§65. En último lugar se sitúa la *sumariedad*, rasgo sólo predicable de la acción de vacaciones. El artículo 38 ET califica al procedimiento de vacaciones como «preferente y

³⁸⁰ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, Civitas (Madrid, 1998), pág. 73.

³⁸¹ EM II, primer párrafo, de la LBPL.

³⁸² *Ibidem*. Sobre el tema, en conexión siempre con la Ley de Bases, véase MARTÍN VALVERDE, A., «La Parte General de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990», en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coordinador), *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Marcial Pons (Madrid, 1991), pág. 7 y ss.

³⁸³ Véase SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., pág. 156 y 157.

³⁸⁴ Téngase en cuenta lo ya indicado con respecto a la regla especial del art. 82.3.a) LPL.

³⁸⁵ Véanse los arts. 16.1 y 414 y ss. LOJ.

³⁸⁶ Esto se ha calificado como un olvido o descuido del Legislador criticable, porque «con ello se vuelve a producir la contradicción de ser calificado un proceso de urgente y de tramitación preferente, como ocurre con el art. 138.4 LPL [...], con el añadido de que, en este caso, la sentencia ha de dictarse en tres días y, sin embargo, no se despejan este tipo de obstáculos para que realmente así acontezca» [Cfr. ASENJO PINILLA, J. L., «Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Social Mes a Mes*, núm. 52 (Madrid, 2000), pág. 12].

³⁸⁷ Véase SJS núm. Uno de Castellón 13/03/01 (AS 324).

sumario», esta última característica está íntimamente relacionada con el objeto sumario del que puede ser objeto este procedimiento, que se refleja a su limitación «a la fijación individual o plural de la fecha de disfrute» (artículo 125 LPL), no, por tanto, a la duración o al número de días de descanso³⁸⁸. Esa cognición limitada es lo que ALBIOL MONTESINOS³⁸⁹ denomina sumariedad cualitativa contraponiéndola a la «sumariedad cuantitativa», que designa a la primera de las características a que se ha hecho referencia: la urgencia.

En cambio, en la modalidad procesal especial correspondiente a las acciones de concurrencia horaria y del periodo de disfrute no concurre esa sumariedad. No hay sumariedad técnica o cualitativa —limitación del objeto procesal y ausencia de cosa juzgada—, sino sólo sumariedad vulgar, o sumariedad cuantitativa. De este modo, se tiene la ventaja de resolver de inmediato los litigios que se susciten con motivo de esa acción³⁹⁰.

§66. Como particularidad exclusiva de *la acción de clasificación profesional* descuella la necesidad de que el órgano judicial reclame un informe a la Inspección de Trabajo. El artículo 137.2 LPL expresa que «en la providencia en que se tenga por presentada la demanda, el Juez ordenará *recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre los hechos invocados y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor y deberá emitirse en el plazo de quince días». A pesar del tenor del precepto, nada obsta a que el trabajador acuda a la Inspección con carácter previo a la interposición de la demanda con objeto de proveerse de dicho informe e impedir así que el empresario renuente a la concesión del ascenso articule obstáculos procesales en orden a la no concesión de lo solicitado por el actor³⁹¹. Tres son las cuestiones que se abren de la lectura de este precepto: por un lado, la identificación del órgano encargado de su realización; de otro, el valor que ha de concedérsele a dicho informe en el concreto proceso jurisdiccional; y, por último, las consecuencias procesales que conlleva su no petición y su no evacuación en tiempo y forma.

Por lo que respecta al *órgano administrativo encargado de su realización*, la norma remite con carácter genérico a la Inspección de Trabajo³⁹², cuya norma reguladora, la Ley 42/97, de 14/Noviembre, sobre la ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contempla el cumplimiento de ese deber en el artículo 3.2.4, cuando observa como obligación genérica de la Inspección de Trabajo «emitir los informes que le recaben los órganos judiciales competentes, en el ámbito de las funciones y competencias inspectoras cuando así lo establezca una norma legal». Por su parte, el art. 39.1 RD 138/00, de 04/Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, determina que «la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitirá los informes y cumplimentará las solicitudes de actuación que

³⁸⁸ STS 29/03/95 (Ar. 2349).

³⁸⁹ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., págs. 269 y 270.

³⁹⁰ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 6.

³⁹¹ Véase VALLE MUÑOZ, F., «El proceso de clasificación profesional», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 188 (Madrid, 1998), pág. 29.

³⁹² Con el problema que plantea, ya que es dudosa la atribución jurisdiccional al orden laboral de la impugnación de los informes de la Inspección relativos a clasificación profesional.

sean formuladas por los órganos judiciales, en los términos legalmente establecidos». Acudiendo a las normas distribuidoras de la competencia territorial de la Inspección, en concreto, al artículo 15.2 Ley 42/97 y sus normas de desarrollo³⁹³, encomiendan el cumplimiento de sus funciones genéricas a las Direcciones Territoriales de dicha Inspección en cada Comunidad Autónoma, organizándose dentro de ella en las diferentes Direcciones Provinciales que integren aquélla, de tal suerte que será la sede provincial la que determine, en cada caso, la Inspección Provincial que debe emitir dicho informe. Ahora bien, el problema se suscita al preguntar por cuál de las sedes provinciales: donde radique la sede social empresarial o donde preste los servicios el trabajador reclamante. Aunque los preceptos mencionados guardan silencio sobre el particular, por razones de sistemática tuitiva procesal del trabajador (artículo 10.1 LPL), por razones de interpretación de las normas en consonancia con sus antecedentes históricos³⁹⁴ y, sobre todo, el contenido del informe que se va a emitir³⁹⁵, la solución pasa por entender competente la Dirección Provincial en donde preste sus servicios el trabajador³⁹⁶.

El segundo punto atañe al *valor concedido a ese informe*, la solicitud del Magistrado a la Inspección de Trabajo ha de acompañarse con una copia de la demanda del trabajador³⁹⁷ y los documentos que la acompañan (entre los que puede figurar o no el informe de la representación unitaria del trabajador), con el objeto de que dicha Inspección pueda hacerse una clara idea sobre lo que tiene que informar. Se relaciona así el cumplimiento de esta premisa a la realidad material sobre lo que ha de informar la Inspección, en el sentido de que el informe debe versar sobre «los hechos invocados [en la demanda] y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor». Como puede observarse, el informe de la Inspección de Trabajo, a diferencia del anterior de los representantes unitarios de los trabajadores, es en parte reglado, al exigir de manera precisa que el informe verse sobre los hechos invocados, y en parte abierto, en tanto permite informar sobre las circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor. La duda que se plantea es si la Inspección debe o no abstenerse de realizar precisiones sobre la calificación jurídica observada en el caso; la respuesta que, en principio, sería la misma que para el emitido por los representantes unitarios, ha de matizarse, pues como órgano especializado que es, probablemente haga las referencias normativas que puedan entrar en juego. Y esto no es baladí, habida cuenta que, si bien este informe no es vinculante para el Juez de lo Social³⁹⁸, no es menos cierto el peso que un informe de estas características puede tener en la resolución práctica de la pretensión del actor, a causa de la posible imprevisión y fiabilidad de otras pruebas que puedan aportarse y a la objetividad, veracidad y mejor conocimiento del órgano público emisor; características difícilmente predicables del informe emitido por la representación

³⁹³ Completan esta norma los arts. 1.3 y 48 del RD 138/2000, de 04/Febrero.

³⁹⁴ La Orden de 1945 entendía competente para la resolución de los asuntos de clasificación profesional regulados por ella la Delegación de trabajo «donde se presten los servicios, con independencia del lugar en el que tenga la Empresa su domicilio legal» (art. 3).

³⁹⁵ Relativo a la actividad en concreto que preste el actor.

³⁹⁶ Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., pág. 104.

³⁹⁷ Copia que ha de ser presentada por el trabajador a los efectos de su traslado (art. 80.2 LPL). Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, cit., pág. 151.

³⁹⁸ Véase STSJ Castilla y León/Burgos 22/10/92 (AS 4781).

del trabajador, institucionalmente dedicada a representar los intereses de los trabajadores³⁹⁹. Por ello, en alguna resolución se ha relacionado la regla de la irrecurribilidad de la decisión de instancia con la emisión del informe de la Inspección de Trabajo⁴⁰⁰.

En cuanto a las *consecuencias del incumplimiento* de la obligación prevista en el artículo 137.2 LPL, se incurriría en un vicio procesal causante de nulidad⁴⁰¹, por lo que se abriría la puerta al recurso de suplicación por el cauce de la letra a) del artículo 191 LPL, y aunque en alguna decisión judicial⁴⁰² y doctrina⁴⁰³ se considere innecesario, ha de constar la protesta por parte del interesado, pues considero que es lo que se deduce de la más moderna doctrina constitucional. A las partes compete una actuación con diligencia en el proceso, sin que pueda alegar indefensión quien no actuó con diligencia razonablemente exigible, por lo que sólo son susceptibles de causar indefensión los errores imputables al órgano judicial, no a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que le atienden⁴⁰⁴. Y, precisamente, esto último se puede individualizar en la necesidad de la protesta previa de la parte que posteriormente alegará dicha vulneración, puesto que así lo ha venido estableciendo unánime doctrina de Suplicación⁴⁰⁵, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta⁴⁰⁶. Por lo tanto, la postulación de una nulidad del procedimiento residenciada en la ausencia del informe de la Inspección exigiría que la parte recurrente hubiese manifestado su protesta en el momento procesal oportuno.

Si la Inspección de Trabajo no emite el informe solicitado por el Juzgado en el plazo de quince días concedido por la norma, el proceso debe suspenderse hasta la recepción del mismo, en tanto dicha circunstancia integra el motivo justificado al que se refiere el artículo 83.1 LPL⁴⁰⁷ para proceder a la suspensión, pues, a diferencia de lo que acontece con el emitido por la representación unitaria de los trabajadores, éste es totalmente preceptivo para la resolución del asunto, ya que la norma no regula qué sucede si no emite su informe⁴⁰⁸. Esta conclusión está avalada por los términos del artículo 137.2 LPL («deberá emitirse

³⁹⁹ Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., págs. 104 y 105.

⁴⁰⁰ Véase la STS 28/06/94 (Ar. 6318), que afirma textualmente que «la razón de ser de la norma del art. 137 LPL, que limita a la instancia el conocimiento jurisdiccional de los pleitos de clasificación profesional, es el peso decisivo en estos litigios de los datos fácticos sobre funciones laborales efectivamente realizadas apreciados en la fase probatoria por el Juez de lo Social con elementos de juicio “ad hoc”».

⁴⁰¹ Véanse SSTSJ La Rioja 04/09/97 (AS 3103); Cataluña 03/09/96 (AS 3624); Madrid 04/09/95 (AS 3299); Galicia 25/04/94 (AS 1776); y Castilla y León/Burgos 13/11/91 (AS 6090). Doctrina que tenía su antecedente en SSTCT 04/12/86 (RTCT 13157), 27/09/88 (RTCT 5617); y 26/10/88 (RTCT 6261).

⁴⁰² Véase la citada SSTSJ Galicia 25/04/94 (AS 1776) o alguna de las recogidas en la nota anterior.

⁴⁰³ Véanse PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 12ª edición, cit., pág. 588; RUBIO DE MEDINA, M. D., *El proceso sobre clasificación profesional*, 1ª edición, cit., pág. 27; y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., pág. 106.

⁴⁰⁴ Véanse SSTC 293/2000, de 11/Diciembre, y 42/2002, de 25/Febrero, F. 3.

⁴⁰⁵ Véanse SSTSJ Galicia 31/05/05 (R. 6188/02), 11/02/05 (R. 3732/02), y 19/11/04 (R. 4765/04).

⁴⁰⁶ Véanse SSTC 135/1986, de 31/Octubre; 98/1987, de 10/Junio; 41/1989, de 16/Febrero; 207/1989, de 14/Diciembre; 145/1990, de 01/Octubre; 06/1992, de 16/Enero; 289/1993, de 04/Octubre; 140/1996, de 16/Septiembre; 52/1997, de 17/Marzo; y 124/1997, de 01/Julio.

⁴⁰⁷ «Sólo [...] por motivos justificados, acreditados ante el órgano judicial, podrán suspenderse por una sola vez los actos de conciliación y juicio [...]» (art. 83.1 LPL).

⁴⁰⁸ Véase ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C., *Derecho Procesal del Trabajo*, 8ª edición, Civitas (Madrid, 1995), pág. 219.

en el plazo de quince días)), aunque algún autor⁴⁰⁹ lo ha vinculado a la irrecurribilidad de la decisión de instancia, de manera que el cercenamiento legal de la posibilidad de revisión judicial ulterior se justificaría en la existencia fehaciente de este informe. En todo caso, la contumacia en la emisión del correspondiente informe no puede paralizar *sine die* el procedimiento, y de ahí que la solución sea la de prescindir del mismo si tras una segunda petición no se aporta⁴¹⁰; sin perjuicio, por supuesto, de las responsabilidades en que pudiese haber incurrido el encargado de emitir aquel informe.

5) Conciliación judicial

§67. Estos procesos especiales no están exentos de conciliación preprocesal, con la salvedad del proceso de vacaciones, dada su «sumariedad cualitativa»; por lo tanto, la judicial es una segunda oportunidad que la ley brinda a las partes para solucionar sus diferencias. En todo caso, aunque sea poco frecuente, pudiera ocurrir que las partes el día del juicio llegasen a un acuerdo (artículo 84 LPL), con lo que el contencioso habrá llegado a su fin y se haría innecesario continuar el proceso. Relacionadas con esta materia están las condiciones de aprobación, impugnación y validez del acuerdo; sin embargo, no ofrecen especialidades con respecto a cualquier otro proceso. La única particularidad a mencionar es la prevista en el cuarto número del artículo 84 LPL, según el cual «el acuerdo se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias». Porque si bien es cierto que incluso la propia jurisprudencia⁴¹¹ exige que su efectividad se logre por los trámites de ejecución y no del procedimiento ordinario, primero, la naturaleza de la acción ejercitada y, por ende, del acuerdo alcanzado, es claramente constitutiva e inejecutable por sí; y segundo, si el acta donde se recoge la conciliación equivale a una sentencia, mantener que ésta no es ejecutable y sí el acuerdo resulta un contrasentido. Por lo que considero que dicha previsión sería inaplicable al supuesto presente, exigiéndose un nuevo proceso, al igual que si de una sentencia se tratase.

D) LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA CONSTITUTIVA «PURA»

§68. A nuestro juicio, la contestación a la demanda exige integrar una serie de posibilidades, que no responden a lo que desde la perspectiva del artículo 85.2 LPL⁴¹² puede llamarse contestación a la demanda en sentido estricto. En esta línea, se habrá de analizar la contestación a la demanda en sentido lato, entendiendo por tal la respuesta del demandado a la pretensión formulada: incomparecencia, allanamiento, negación de los hechos y/o del derecho, cuestiones previas o prejudiciales y excepciones. Sin embargo, de todas éstas, sólo se analizará aquello que presente alguna particularidad digna de mención con respecto al proceso ordinario y en esa medida, habida cuenta de que se sobreentienden los conceptos procesales generales.

1) La incomparecencia

§69. Lo más interesante concierne a cuando la ausencia responde a una decisión del demandado o demandados⁴¹³, porque su rebeldía es —en sí misma— ya una contestación

⁴⁰⁹ Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., pág. 105.

⁴¹⁰ Véase STSJ Madrid 31/05/90 (AS 1804).

⁴¹¹ Véase STS 26/10/01 (Ar. 2372).

⁴¹² «2. El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes [...]» (art. 85 LPL).

⁴¹³ Sobre el tema y su jurisprudencia laboral clásica, véase RODRÍGUEZ DEVESA, C., *Ley de Procedimiento Laboral y Jurisprudencia*, 6ª edición, Trivium (Madrid, 1996), págs. 667 y ss.

a la demanda interpuesta. Las consecuencias pueden ser analizadas en dos ámbitos diferentes: el primero se refiere a la propia articulación del juicio, y el segundo, a los efectos que sobre su posición habrá de conllevar. Con respecto al primero, se ha de advertir que conforme al artículo 83.3 LPL, «la incomparecencia injustificada del demandado no impedirá la celebración del juicio, que continuará sin necesidad de declarar su rebeldía». Esto significa que ya no cabrá conciliación, ni allanamiento⁴¹⁴, y que, por lo tanto, el único efecto que pudiera desprenderse de esa ausencia es su imposibilidad para alegar y probar, para participar en la práctica de las pruebas de la otra parte y para formular conclusiones. Ahora bien, su inicial rebeldía no empece su intervención en fases posteriores, que en el caso de estas acciones puras sólo puede referirse a la interposición del recurso de suplicación, ya que no cabe ejecución. Aparte de abrirse el cauce para interponer el recurso de audiencia al rebelde del artículo 183 LPL, siempre que se hubieren agotado todos los demás medios de impugnación contra la resolución combatida⁴¹⁵. El otro ámbito incluye dos aspectos determinantes: por un lado, qué supone su ausencia frente a la demanda o, más exactamente, si equivale a un allanamiento o a una oposición frontal a la acción ejercitada; y, por otro, el posible perjuicio que a su posición procesal pudiera derivarse de su ausencia (al margen de las citadas en el párrafo anterior). En principio, la ausencia ha de significar la negativa a la estimación de la acción ejercitada, pues se equipara a un rechazo tácito bien a la fijación de la fecha de vacaciones, bien a la concreción horaria o del periodo de disfrute, bien a su ascenso, aunque privará al tribunal de conocer cuáles son las razones que le impulsan a oponerse al suplico de la demanda y posiblemente determinará su estimación, siempre que se den los presupuestos legales para su reconocimiento. Tema relacionado con el anterior sería la rebeldía de uno de los codemandados⁴¹⁶ con la personación de otros, caso que no ofrece ninguna especialidad, ya que lo indicado resultaría aplicable sólo al ausente.

2) El allanamiento

§70. En este punto, prestaremos atención a un par de aspectos, que pueden generarse en dos de las acciones contempladas (la de vacaciones y la de clasificación profesional⁴¹⁷): uno, la posibilidad rechazar el allanamiento producido, por la oposición de alguno de los litisconsortes o, incluso, de un interesado; y otro, la vinculación del órgano jurisdiccional.

Sobre ese primer aspecto, la oposición de uno de los codemandados ha de originar la continuación del juicio, ya que al ser tan simple el objeto de la acción (si el trabajador demandante tiene preferencia para ocupar la plaza vacante o si tiene derecho preferente a disfrutar de sus vacaciones en determinada fecha frente a otros compañeros), no cabe una sentencia condenatoria parcial (de un codemandado y absolución de otro u otros). En realidad, se obligaría a la continuación del proceso y a su resolución —con respecto a todos los litisconsortes pasivos— en el fallo. La única consecuencia pudiera ser, desde una perspectiva práctica, la pérdida de fuerza en la postura de los codemandados, que se oponen a la estimación de la demanda; esto es, si el empresario se aviene a que el actor ocupe esa vacante o disfrute en esa fecha de sus vacaciones y la única resistencia responde

⁴¹⁴ Salvo que se articulase a través de un acuerdo, fuera ya del proceso, y se comunicase al órgano judicial antes de dictar sentencia (art. 84.2 LPL).

⁴¹⁵ Véase la STS 19/12/00 (Ar. 828).

⁴¹⁶ Entiéndase, por ejemplo, la de un trabajador afectado por el régimen de preferencias en el caso de la acción de ascenso ordinario (art. 24.1 ET).

⁴¹⁷ Porque sólo en ellas puede existir una pluralidad de demandados, al discutirse preferencias entre trabajadores.

a otro trabajador, que entiende que los criterios de preferencia fijados le conceden prioridad en la selección. Mucho más complejo de defender puede ser si junto al empresario allanado se encuentra no un legitimado, sino un interesado (que es la única hipótesis que se puede plantear en la acción de movilidad funcional ascendente del artículo 39.4 ET⁴¹⁸). En este supuesto, el resultado será sin duda la estimación de la demanda, porque si en el proceso se discute sólo la aplicación estricta del artículo 39.4 ET o una concreta fecha de vacaciones, entonces, no habría ninguna norma de preferencia y, por tanto, no resulta perjudicado ningún otro trabajador⁴¹⁹, y no habría ninguna justificación para que, ante el allanamiento del único demandado, se rechace la demanda; es más, por propia definición el coadyuvante, como no es titular de los intereses directamente cuestionados, no puede efectuar actos de disposición sobre los mismos, ni puede conseguir que prosiga el proceso contra la voluntad de la parte principal⁴²⁰. Sólo cabría que el Juzgador considerase que el sometimiento es perjudicial para un tercero, convirtiéndose en garante de sus intereses, lo que parece indefendible en procesos como éstos, ya que si no ha concurrido (y ha sido válidamente citado), parece haber dejado la decisión a resultas de un procedimiento en el que no muestra interés, y si no existe otro legitimado pasivo, no parece elaborable una conjetura en la que se causase perjuicios tan graves como para no atender a una simple petición de fecha de vacaciones. Además del razonamiento de peso siguiente (aplicable a la acción de clasificación): si el empresario ha elegido al trabajador demandante para el ejercicio de las funciones superiores, lo ha mantenido durante un largo periodo de tiempo y se ha basado en su discrecionalidad (al no existir norma convencional sobre cobertura de vacantes superiores); entonces, no hay argumento válido que permita oponerse al ascenso, excepto que se acredite una discriminación indirecta⁴²¹. Sobre el segundo, baste indicar que el sometimiento del único demandado a esa pretensión sencilla del actor (disfrutar de sus vacaciones en una determinada fecha o ascender) sería insólito que no determinase una sentencia estimatoria. Porque sería extraño el asunto en el que se pudiese afectar el interés general⁴²² o que concurra un fraude procesal en una petición como la que es objeto de este proceso. La tercera causa (perjuicio de tercero) sí puede tener cierta importancia en un proceso donde es posible discutir prevalencias o expectativas de futuro de otros trabajadores, que pueden no haber concurrido, o reglas pactadas entre el empresario y los representantes de los trabajadores. A estos supuestos les serían aplicables lo que se ha indicado anteriormente con respecto a la oposición expresa de los litisconsortes o interesados, aunque ahora el Juzgador se ha convertido en el garante de sus respectivas posiciones.

⁴¹⁸ La mención anterior, como ya he advertido, sólo podrá producirse si lo que se ejercita es una acción de ascenso ordinario del art. 24 ET y hubiera un sistema de prevalencias establecido; acción que, en todo caso, se tramitaría por el proceso ordinario y no por este especial del art. 137 LPL.

⁴¹⁹ Es la hipótesis en la que, presentes esos interesados, no habría otros legitimados pasivos, presentes o ausentes.

⁴²⁰ Si ésta desiste, el desistimiento produce plenos efectos; no puede recurrir, si no lo hace la parte principal; no puede ser condenada, ni absuelta; etc.

⁴²¹ Pero exigiría prueba precisa de esa circunstancia, lo que es muy complicado. Piénsese en el supuesto de que se elija siempre a hombres para puestos de categoría superior, aun bajo un criterio discrecional, en el que podría —de demostrarse— impedirse el ascenso.

⁴²² Únicamente podría plantearse en empresas que presten «servicios esenciales para la comunidad» (SSTC 11/1981, de 08/Abril; 51/1986, de 24/Abril; y 53/1986, de 05/Mayo), supuesto que la concesión de vacaciones pueda afectar a aquéllos.

Como colofón, no ha de olvidarse, en todo caso, que la afirmación por el demandado de los hechos contenidos en la demanda no supone su allanamiento, que sólo se produciría si aceptase el derecho reclamado por su contraparte, pero no cuando simplemente se acepta los hechos por ella alegados⁴²³. Supuesto habitual normalmente tanto en la acción de vacaciones, donde lo que se dilucida es la oportunidad de la fecha y no del derecho (excepto concurrencia de condiciones para su disfrute expresada en una norma) y, por ello, lo común será la coincidencia en los presupuestos fácticos, pero la discrepancia en equidad; como en la acción de concreción horaria o del periodo de disfrute, dado que la divergencia se planteará sobre la oportunidad, justificación o engarce del ejercicio más que en los propios datos fácticos. Pero será muy poco común en la acción de clasificación, puesto que en ésta la discusión se centrará exclusivamente en los datos fácticos y no en el derecho, excepto que se hubieren acumulado el abono de los salarios correspondientes y el empresario únicamente discrepe de éstos.

3) *La negación de los hechos y del derecho*

§71. La tercera forma de contestación a la demanda la integra la negación de las bases de la acción ejercitada, pudiendo hacerse de tres formas diferentes: rechazo fáctico, rechazo jurídico o, simplemente, mediante la suma de las anteriores (rechazo total). Aquí sólo nos interesa la segunda (la meramente jurídica), a la que la LPL no se refiere expresamente, salvo que se entienda incluida en la genérica alusión a las excepciones⁴²⁴. En todo caso, el silencio es explicable por la propia naturaleza del proceso laboral, que no obliga a fundamentar jurídicamente la demanda y, por tanto, tampoco la contestación a ella. En definitiva, el demandado puede realizar todas las alegaciones de derecho que desee para oponerse por razones de fondo, jurídicas, a la petición que se le hace. Con ellas, el demandado discute el contenido material de la pretensión, negando que la misma esté jurídicamente fundada, y ello con independencia de que se haya planteado procesalmente en forma correcta o no. Dentro de estas alegaciones se incluirían las excepciones materiales, si bien se hará cumplida referencia a ellas al abordar el estudio conjunto de las excepciones. Esta oposición jurídica responderá, en la inmensa mayoría de los pleitos contemplados por estas acciones, a la discusión acerca de preferencias o conceptos jurídicos indeterminados, así «razones justificadas de funcionamiento de la empresa»⁴²⁵, habida cuenta de que fuera de ese supuesto la decisión se tomará con arreglo a la equidad y determinaría, en el caso de la acción de clasificación, que tuviese que tramitarse con arreglo al procedimiento ordinario. Por ello, la defensa del empresario se articulará sobre el fundamento de hechos que desvirtúen la posición del trabajador, poniendo de relieve circunstancias que sirvan para modular su pretensión⁴²⁶.

⁴²³ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A., RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 108.

⁴²⁴ «El demandado contestará [...] alegando cuantas excepciones estime procedentes [...]» (art. 85.2 LPL).

⁴²⁵ Véase art. 37.5, párrafo tercero LPL.

⁴²⁶ Por ejemplo, si se tratase de un empleado de una papelería, que solicitase sus vacaciones en septiembre, podría postularse que es la época del año donde hay mayor afluencia de clientela y acumulación de pedidos, debido al inicio del curso escolar. O también, si en una empresa pequeña —de poca o muy reducida plantilla— se pretendiese hacer efectiva por varios de sus trabajadores una reducción de su jornada para cuidar a sus respectivos familiares.

4) Cuestiones previas o prejudiciales

§72. Los órganos del orden social son competentes para resolver todas las cuestiones previas y prejudiciales (artículo 4 LPL⁴²⁷), por lo que estas cuestiones pueden ser alegadas por el demandado como oposición a la demanda (por ejemplo, que la relación que los une es de naturaleza administrativa y no laboral, la existencia de una falsedad documental,...), pero se resolverán en sentencia, sin que produzcan en ningún caso la suspensión de las actuaciones, ni siquiera cuando se siga causa penal sobre los mismos hechos (artículo 86.1 LPL), salvo lo previsto en la Ley Concursal y en el supuesto específico de alegación de falsedad documental a que se refieren los artículos 4.3 y 86.2 LPL. Ahora bien, las estrictas condiciones exigidas por el artículo 86.2 LPL para proceder a la suspensión⁴²⁸ y la cognición limitadísima de estos procesos especiales hacen que resulte improbable la virtualidad de esa excepción. Como hipótesis más plausible, podría apuntarse —quizás— el falseamiento de las circunstancias que determinan la preferencia en la selección de fechas (condiciones familiares o personales) o en que se produce el desempeño del trabajo u órdenes recibidas, o de la titulación precisa para acceder a la categoría o grupo profesional superior o, en fin, que definen el propio derecho (existencia y atención del familiar dependiente o efectividad de la protección o asistencia social integral de una trabajadora víctima de violencia de género), dado que documentar —no siendo cierto— que se es o sigue siendo trabajador de alguien es absurdo, y que simular, en su caso, el cumplimiento del tiempo mínimo de prestación de servicios exigido se hará normalmente a través de afirmaciones de hecho y no de documentos⁴²⁹.

5) Excepciones procesales

§73. Vistas las anteriores posibilidades, es preciso referirse a lo que la ley califica como «excepciones»⁴³⁰, que, a la postre, no dejan de ser alegaciones de derecho o de hecho y derecho que extinguen, impiden o enervan la acción pretendida por el demandado. La LPL no menciona cuáles son las excepciones que pueden alegarse, lo que obliga a acudir a la LEC (DA Primera.1 LPL y artículo 4 LEC), que se refiere a ellas en el artículo 416, que las enumera, aunque no de modo exhaustivo; en el artículo 391, que considera alguna de ellas como cuestiones de previo pronunciamiento; y en el artículo 443, que expresa el juego que normalmente producen en el juicio verbal: diferir la discusión sobre el fondo a un momento posterior una vez que se haya resuelto previamente sobre las mismas. Efecto éste que no se produce en el proceso laboral en el que todas las excepciones se alegan conjuntamente con las cuestiones de fondo y se resuelven en la misma sentencia, sin que exista un pronunciamiento anterior a la sentencia sobre las mismas⁴³¹. De todos modos, el estudio de las excepciones habrá que organizarlo diferenciando entre las procesales y

⁴²⁷ «La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la Ley Concursal» (art. 4.1 LPL).

⁴²⁸ «[...] fuese alegada por una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta [...]» (art. 86.2 LPL).

⁴²⁹ El contrato suscrito acreditará el tiempo de prestación de servicios.

⁴³⁰ Véase art. 85.2 LPL, ya citado antes.

⁴³¹ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., pág. 163.

las materiales, bajo el criterio de que las primeras no afectan en sí al derecho afirmado (disfrutar en una determinada fecha de sus vacaciones, ascender a una determinada categoría, ausentarse del trabajo o reducir su jornada o, en fin, adaptar su tiempo de trabajo), sino a circunstancias generadas en el propio procedimiento (incompetencia del órgano jurisdiccional, inadecuación del proceso, defecto en el modo de proponer la demanda, litispendencia, etc.); mientras que las segundas se integran por hechos que sí afectan a aquel derecho impidiendo, extinguiendo o excluyendo sus efectos (acuerdo, renuncia, prescripción,...), de manera que de ser estimadas, conducirán a que lo pedido ya no sea reclamable, no sólo en el mismo proceso, sino en cualquier otro, pues también en el nuevo proceso volverían a jugar.

§74. Entre las *excepciones procesales* se incluirán aquéllas que no se oponen al fondo de lo reclamado, sino que se quedan en algo previo, en el análisis de la forma en que se ha reclamado. Por lo que conducen a la subsanación del defecto formal y no impiden una posterior reclamación en forma correcta en otro proceso. En todo caso, postulada alguna por el demandado se hará preciso su traslado al actor para que la conteste (artículo 85.2, *in fine*⁴³²). Tales son: la incompetencia, la falta de jurisdicción, la falta de legitimación, el defecto en el modo de proponer la demanda, la incomparecencia del actor, la falta de conciliación o reclamación previa, la inadecuación del procedimiento, la litispendencia, la cosa juzgada y la falta de algún requisito adicional y específico para alguna de las acciones⁴³³. De ellas, sólo nos ocuparemos de las cinco últimas, porque nada singularizante parece que pueda decirse con respecto al resto.

a) Falta conciliación preprocesal o de reclamación previa

§75. Tal como se ha indicado previamente, sólo el proceso especial de vacaciones está eximido del trámite preprocesal, los otros dos grupos de acciones no. Por lo tanto, la falta de una y otra debe examinarse como posible excepción con respecto a la acción de clasificación y a la de acción de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por trabajadora víctima de violencia de género. Este punto ya lo hemos examinado anteriormente al examinar los actos previos al proceso, al hilo de lo cual se destacaban las dos facetas que caracterizan este requisito: flexibilidad y congruencia.

b) Inadecuación de procedimiento

§76. Ya se ha hecho referencia a los diversos objetos que pueden dilucidarse a través de este proceso especial y del especial deber de vigilancia que compete a los órganos jurisdiccionales sobre los presupuestos y óbices procesales. Si, a juicio del demandado, el Juzgador ha dado trámite equivocado a esta modalidad procesal, podría denunciarlo a través de esta excepción. Sin embargo, considero que ésta —en concreto— carece de virtualidad o, al menos, de la que se puede otorgar a su probada concurrencia en otro

⁴³² «[...] El mismo trámite de contestación se abrirá para las excepciones procesales, caso de ser alegadas» (art. 85.2 LPL).

⁴³³ Bien sea la solicitud del informe de los representantes unitarios o de la previa emisión de un informe de la Inspección de Trabajo —caso de la acción de clasificación—, bien lo sea la orden de protección a favor de la víctima o, en su caso, el informe del Ministerio Fiscal —caso de la acción de adaptación horaria ejercitada por trabajadora víctima de violencia de género—.

procedimiento⁴³⁴. La inadecuada modalidad procesal elegida para tramitar la *litis*⁴³⁵ no ha de conllevar su nulidad⁴³⁶, pues los únicos rasgos típicos de cualquiera de estos procesos especiales⁴³⁷ no generan *per se* indefensión alguna a la parte demandada, que, lo mismo que si se hubiera tramitado un procedimiento ordinario, puede haber aducido sin limitación alguna excepciones y motivos de oposición contra la pretensión deducida de contrario y articular las oportunas pruebas para su defensa⁴³⁸; aunque existe algún criterio judicial discordante⁴³⁹. Caso diferente sería que el procedimiento a seguir fuese el colectivo, ya que las condiciones y participantes previstos en los artículos 151 y siguientes LPL implicarían su nulidad para el caso de incumplimiento. Como también lo sería la reclamación de sus vacaciones por parte de un preso frente al organismo administrativo correspondiente. Ya se ha indicado la necesidad de una reclamación previa; por lo tanto, la solución ha de adaptarse a lo que se ha precisado.

Cierto es que estos procedimientos especiales están exceptuados del recurso de suplicación⁴⁴⁰, pero tampoco ello tendría relevancia, pues, aunque se ejercite una acción de reconocimiento de derecho, que haya de encauzarse por el procedimiento laboral ordinario, tal derecho sería siempre susceptible de valoración o cuantificación económica, y —precisamente— la determinación de la cuantía litigiosa es la que le atribuiría o no la condición de recurrible. Desde luego, esa posibilidad en la concreta materia del disfrute de días de permisos y vacaciones la permiten numerosos autos y sentencias⁴⁴¹, en una solución proyectable a las acciones de clasificación profesional y de concreción horaria y del periodo de disfrute, porque no puede decirse que una controversia sobre tales derechos sea de cuantía indeterminada, dado que si bien éste tiene para el trabajador un significado distinto del económico, en cambio, su satisfacción por parte de la empresa es perfectamente valorable y, al tratarse de un contrato sinalagmático, el importe de esa contraprestación dineraria que la empresa ha de abonar de más por la nueva categoría o la reducción horaria es la cuantificación de aquel interés. Por lo tanto, la inadecuación procedimental sólo generaría nulidad cuando el valor salarial de los días de vacaciones, de la nueva categoría profesional o de las horas a que se tendría derecho reducir o adaptar supere los 1.803,04 euros, pero no en caso contrario⁴⁴².

⁴³⁴ Esto es, nulidad de actuaciones posteriores a la decisión del trámite procesal a seguir, reposición a aquél momento y continuación del procedimiento adecuado.

⁴³⁵ Piénsese que se discuta algo más que vacaciones, o no sólo hechos, sino también la interpretación de una norma jurídica —clasificación—, o, en fin, la existencia misma del derecho amparado —concreción horaria o del periodo de disfrute—.

⁴³⁶ El razonamiento se hace bajo la idea de que se ha seguido el proceso especial (más simplificado) y no el ordinario (más complejo), pues de ser al revés, en realidad, la denuncia habría de corresponder al demandante.

⁴³⁷ En las acciones de vacaciones y de concreción horaria y del periodo de disfrute, lo son las características de preferencia y urgencia y, sólo para las de vacaciones, la de sumariedad. En la acción de clasificación profesional, los dos informes que han de aportarse.

⁴³⁸ Véanse SSTSJ Cataluña 15/01/02 (AS 1165); Comunidad Valenciana 13/10/03 (AS 3841); y País Vasco 16/09/98 (AS 3551).

⁴³⁹ Véase STSJ Cataluña 13/02/98 (AS 1482), sobre la acción de clasificación profesional.

⁴⁴⁰ Véanse los arts. 126, 137.3 y 138 bis. b) LPL.

⁴⁴¹ Dictados todos a partir de la STCT 19/05/81 y de la STS 25/03/83 (Ar. 1199).

⁴⁴² Podría plantearse, en un plano meramente hipotético, si en ese cálculo deberían incluirse, por ejemplo, gastos generados por la diferencia de fecha de vacaciones, caso de un viaje programado, o de la necesidad de contratar a un tercero para que atienda al familiar.

No obstante, sí podría ser nulo el proceso cuando se hubiese tramitado por el cauce ordinario lo que, en puridad, debió hacerse por el especial, porque en éste han de concurrir dos informes (el de los representantes unitarios y el de la Inspección de Trabajo), que no se exigen en ningún otro procedimiento. Y aunque dichos informes podrían haberse solicitado, en caso contrario, se podría intentar conseguir la nulidad más por la falta de alguno de aquéllos que por seguirse un procedimiento distinto.

c) Litispendencia

§77. En nuestro Derecho procesal, la litispendencia es una excepción que tiende a impedir la simultánea tramitación de dos procesos con el mismo contenido, siendo una institución preventiva y tutelar de la cosa juzgada, por lo que requiere las mismas identidades que ésta. Identidades que han de ser subjetiva, objetiva y causal, por lo que no basta para la identidad total con que entre ambos procesos exista una mera conexión o identidad de alguno de estos elementos (pero no de todos), pues esto último a lo único que puede dar lugar es a la posibilidad de acumulación de ambos procesos a instancia de parte legítima, constituyendo una hipótesis distinta a la litispendencia⁴⁴³.

Lo anterior resulta claramente aplicable a dos hipótesis: por un lado, la discusión de preferencias entre trabajadores para elección de las fechas de vacaciones, supuesto en el que se precisaba la existencia de un litisconsorcio pasivo, aunque pudiera ocurrir que se presentasen demandas separadas por parte de trabajadores directamente afectados por la aplicación de las reglas de prioridad⁴⁴⁴ o por la solicitud del fraccionamiento⁴⁴⁵; y por otro lado, cuando lo sea un ascenso del artículo 24 ET, que se tramitaría por el procedimiento ordinario, supuesto en el que se precisaba la existencia de un litisconsorcio pasivo, para el caso de discutirse la preferencia al puesto vacante y donde pudiera ocurrir que se presentasen demandas separadas por parte de trabajadores directamente afectados por la aplicación de las reglas de prioridad⁴⁴⁶. No obstante, se excluye su operatividad en cualquier otro supuesto, porque la virtualidad en el caso de la acción de concreción horaria y del periodo de disfrute exigiría acudir al proceso ordinario —si el empresario hubiese denegado todas las peticiones— o ya no existirían varios peticionarios —al haberse elegido uno de ellos—. La solución en ambos casos entiendo que pasaría por la acumulación de los autos en un solo proceso, donde se dilucidará la prevalencia de uno y otro, ya que la identidad absoluta no existe (en los distintos procesos no comparecen con el mismo carácter), pero sí una íntima conexión entre ambos⁴⁴⁷. Como ha precisado la jurisprudencia, no procede esta excepción cuando en los procesos se sustancian pretensiones diversas⁴⁴⁸, que aquí se concretan en la petición ya de fechas concurrentes por parte de trabajadores diversos, ya

⁴⁴³ Véase SSTS 30/05/07 (R. 167/05); u.d. 17/04/07 (R. 722/06); u.d. 26/10/04 (R. 4286/03); u.d. 30/09/05 (R. 1992/04); 23/03/04 (Ar. 3419), que reproduce la de 20/05/99 (Ar. 4837) y cita otras: 14/03/95 (Ar. 2008); 24/03/95 (Ar. 2187); 25/04/95 (Ar. 3268); 09/02/96 (Ar. 1006); 21/12/00 (Ar. 2001/1867); y 17/09/02 (Ar. 10550).

⁴⁴⁴ Dos trabajadores demandan su derecho a disfrutar sus vacaciones el mes de agosto frente a un tercero al que se ha asignado y ambos se consideran preferentes frente al otro, al tercero y al resto de la plantilla.

⁴⁴⁵ Un trabajador pretende disfrutar de dos periodos de quince días de vacaciones a partir de dos fechas diferentes y otro demanda sus vacaciones en una de las fechas anteriores.

⁴⁴⁶ Dos trabajadores demandan su derecho al ascenso frente a un tercero al que se ha asignado y ambos se consideran preferentes frente al otro, al tercero y al resto de la plantilla.

⁴⁴⁷ Véase más adelante, al tratar la Sentencia constitutiva pura, §§ 102 y ss.

⁴⁴⁸ Véanse SSTS 13/10/94 (Ar. 8045); 28/12/94 (Ar. 10515); 13/03/95 (Ar. 1765); 12/04/95 (Ar. 2008); 15/05/95 (Ar. 3776); 25/10/95 (Ar. 7872); y 07/07/05 (Ar. 9112).

de categorías diversas o puestos distintos, cuando haya una pluralidad. Ahora bien, esta hipótesis no es plausible con la acción concreta de clasificación funcional, que se está estudiando, porque, uno, no existe norma convencional, y dos, el ascenso se ejerce por una movilidad funcional.

La otra posibilidad es que se esté tramitando un *conflicto colectivo* que pretenda la fijación de las vacaciones o la clasificación profesional para el total o gran parte de los trabajadores; algo que tampoco es objeto de este trabajo. Podría llegar a pensarse que la interposición de este tipo de conflictos colectivos configuraría una situación de litispendencia, que imposibilitaría reclamaciones individuales. Sin embargo, tal problema no existe, pues las reclamaciones individuales por la vía del procedimiento individual serían perfectamente posibles y, en ellas, no resultaría invocable la excepción de litispendencia, ya que no se da, en absoluto, la triple identidad que tal excepción exige, por razón de los sujetos, del objeto u de la causa de pedir, siquiera la interposición del conflicto determina que se paralicen los procesos individuales hasta que adquiera firmeza la sentencia dictada en aquél⁴⁴⁹. Ello, no obstante, no evita la posibilidad de que se origine cierta contradicción material entre los criterios por los que se resuelva el conflicto colectivo y los que sirvan de soporte a la decisión judicial individual fijando la fecha del trabajador en concreto o la categoría o nivel retributivo del trabajador, pero la mencionada desventaja se compensa sobradamente con la conservación del derecho individual de reclamación judicial pendiente un conflicto de este tipo. En realidad, los efectos de la sentencia de conflicto colectivo habrían de estudiarse en el apartado siguiente, «cosa juzgada», puesto que vinculan, conforme al artículo 158.3 LPL⁴⁵⁰, a los procesos individuales. Por otro lado, el propio planteamiento de un conflicto colectivo, en su caso, supone la existencia de normas convencionales relativas a la clasificación profesional e, incluso, procedimientos de ascenso concretos, que harían imposible acudir al cauce procesal especial.

d) Cosa juzgada

§78. La cosa juzgada es el paso lógico subsiguiente a la litispendencia, pues ésta se ha construido precisamente para proteger a aquélla. Dentro de esta excepción (y sin perjuicio de su examen más detenido dentro del epígrafe dedicado a la eficacia del fallo), habrían de mencionarse dos supuestos diferentes: uno, la existencia de una sentencia de conflicto colectivo precedente y la posterior demanda individual (efecto positivo); y otro, dos acciones individuales idénticas y sucesivas (efecto negativo).

En cuanto al primero, el artículo 158.3 LPL significa que lo resuelto en la sentencia de conflicto colectivo se impone sobre lo resuelto en una sentencia individual, a salvo la existencia de otros argumentos de legalidad o constitucionalidad, que pudieran hacer reflexionar sobre la posibilidad de una sentencia con contenido diferente. Es decir, si la interpretación de los criterios de preferencia o fijación de los ascensos se decide que se haga en un determinado sentido, no cabe —con la salvedad citada— que en un proceso especial posterior se pretenda modificar aquélla; como tampoco pretender disfrutar de

⁴⁴⁹ Véanse SSTs —Sala General— 30/06/94 (Ar. 5508); 13/07/94 (Ar. 6659); 15/07/94 (Ar. 6668); 18/07/94 (Ar. 6677); 18/07/94 (Ar. 7052); 18/07/94 (Ar. 7053);...; 14/10/99 (Ar. 9411); 20/12/01 (Ar. 2077); y 30/09/04 (Ar. 7494).

⁴⁵⁰ «La sentencia firme [dictada en conflicto colectivo] producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto» (art. 158.3 LPL).

las vacaciones en otra fecha, cuando se ha decidido una determinada para el colectivo de trabajadores. Esta última posibilidad, empero, admitiría alguna matización, pues podrían concurrir circunstancias exógenas⁴⁵¹, que justificarían una acción individual; aunque sería dudoso que su tramitación pudiese realizarse en este cauce procedimental especial, ya que se está dilucidando algo más que una fecha de disfrute: la vinculación o no a una sentencia de conflicto colectivo. En todo caso, ese efecto positivo de la cosa juzgada deriva igualmente de la dicción genérica del artículo 222.4 LEC, cuando dispone que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes en ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal»⁴⁵².

En cuanto al segundo, es extraño que pudiese llegar a producirse, pues se trataría de dos demandas donde, para el mismo año, idéntico periodo de desplazamiento funcional, igual familiar o misma orden de protección, se pretendiesen dos fechas de disfrute, dos veces la misma clasificación ascendente o dos formas de concreción o adaptación y en una de ellas se hubiese dictado una demanda desestimatoria firme⁴⁵³, o simplemente firme⁴⁵⁴. En este caso, la oposición del demandado podría articularse en la excepción presente y sería operativa, pues si el mismo conflicto (v. gr., mismo ascenso por las mismas funciones desempeñadas durante el mismo periodo) ha sido resuelto mediante sentencia firme, aquella decisión no puede modificarse por el trabajador, aunque se arrepienta o pretenda su cambio, porque aquella fecha, categoría, reducción o adaptación ya se ha fijado definitivamente y no cabe alteración alguna, aun mediante acuerdo. De hecho, la transacción sólo es válida respecto de los derechos fijados en sentencia definitiva, pero no firme⁴⁵⁵ y, por lo tanto, el acuerdo para la variación de aquella categoría sería ineficaz, fuera de los efectos prácticos que las partes quieran darle⁴⁵⁶.

e) Falta de algún requisito adicional, preceptivo y específico

§79. Esta excepción procesal está referida exclusivamente a las acciones de clasificación profesional y de concreción horaria y reducción de jornada por trabajadora víctima de violencia de género, habida cuenta de que en ambas se exigen determinados requisitos formales que están ausentes en las demás. En la primera es necesario, por un lado, que se evacúe informe por los representantes de los trabajadores antes de presentar la demanda y, por otro lado, que se solicite otro a la Inspección de trabajo. En la segunda, la demanda ha de acompañarse de «la orden de protección a favor de la víctima» o, en su caso, «el informe del Ministerio Fiscal» (artículo 23 LOMPIVG).

§80. En cuanto a *la acción de clasificación profesional*, el artículo 39.4 ET/1995 exige la evacuación de un informe de los representantes unitarios del trabajador con carácter previo a la interposición de la demanda que pretenda el ascenso del trabajador; y al tratar la demanda constitutiva pura he referido dicha obligatoriedad, remitiendo su análisis a

⁴⁵¹ Por ejemplo, de índole familiar o, incluso, lúdicas.

⁴⁵² Para todo el párrafo y el anterior, véanse SSTS 05/10/00 (Ar. 8667); y 20/02/02 (Ar. 4536).

⁴⁵³ Si no fuera firme, estaríamos ante una litispendencia y no ante una cosa juzgada.

⁴⁵⁴ Caso de que, fijada la fecha de vacaciones solicitada, el trabajador cambie de opinión y solicite una nueva.

⁴⁵⁵ Véase ATS 11/01/01 (Ar. 834).

⁴⁵⁶ Aunque el acuerdo sea inválido, si ambas partes están de acuerdo y no hay tercero interesado, su control será inexistente.

este apartado, porque desde una perspectiva dinámica es más importante el punto de vista del demandado y su defensa al no emitirse, aunque suponga el estudio también de sus condiciones de emisión. Obviamente, de la configuración legal de dicho informe, y del requerido a la Inspección de Trabajo —a la que haré referencia a continuación—, se deduce que no son exigibles cuando lo reclamado sea únicamente diferencias salariales⁴⁵⁷, o se pretenda la reclamación de la adecuación función-categoría originariamente adoptada, en la medida que ambas pretensiones se deducen por la modalidad procesal ordinaria. Circunstancia distinta será comprobar hasta qué punto el adecuado enjuiciamiento jurisdiccional de dichas pretensiones aconsejan o no la evacuación de dichos informes. Por ello, nada impide que puedan útilmente emplearse para la resolución jurisdiccional de otro tipo de pretensiones del trabajador relacionadas con su clasificación profesional que no se ventilan por medio de este procedimiento especial, sino por el ordinario, y específicamente, para las reclamaciones meramente dinerarias por ejercicio de funciones de superior categoría si no se tiene derecho al ascenso, cuando éstas no se acumulen a la pretensión clasificatoria (artículo 39.3 ET)⁴⁵⁸, o para la resolución de las reclamaciones por inadecuación originaria de función-categoría (artículo 22 ET). Obsérvese, en este sentido, que la clave de la decisión judicial pivota en ambos casos sobre los elementos de hecho que dichos informes ayudan a esclarecer⁴⁵⁹.

El Juez les concederá a dichos representantes un *plazo* perentorio de quince días naturales para que lo adjunten⁴⁶⁰, pasados los cuales continuará el procedimiento sin dicho informe, siempre que el actor acreditase haberlo solicitado (artículo 137.1 LPL)⁴⁶¹. Parece claro que el único sujeto responsable en su petición es el propio trabajador⁴⁶², sin que pueda el juez, ni suplir la inactividad procesal del actor solicitándolo él por sí mismo, ni imponer (coactivamente) su evacuación a lo largo de proceso. Con todo, los términos en los que se expresa la norma no impiden que dicho informe pueda ser recabado por el propio empresario, con carácter previo a su toma de decisión sobre la solicitud del ascenso articulada por el trabajador⁴⁶³. Debe tenerse presente que el empresario, como garantía legal expresamente prevista en el art. 39.2 ET⁴⁶⁴, debe comunicar a los representantes de los trabajadores la movilidad funcional del trabajador dirigida a la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional en el que se encuadra el trabajador, por lo que

⁴⁵⁷ Véanse SSTSJ Galicia 18/04/91 (AS 2430); y Madrid 13/03/90 (AS 1445).

⁴⁵⁸ Con todo, la STSJ Castilla-La Mancha 12/04/00 (AS 2025) afirma textualmente que el informe de los representantes unitarios no se constituye como «exigencia», pues «en ningún caso se prescribe en orden a las acciones en reclamación de cantidad en concepto de diferencias salariales», no tramitadas por la vía del procedimiento especial.

⁴⁵⁹ Por ello no se predica la utilidad de los mismos en las pretensiones dinerarias dirigidas al aseguramiento de las remuneraciones de origen en supuestos de movilidad descendente, en la medida en que en estos supuestos es indiferente el tiempo que permanece (o ha permanecido) el trabajador en la inferior categoría.

⁴⁶⁰ Plazo que coincide con el general previsto en el art. 64.2 ET para la emisión de determinados informes por estos órganos.

⁴⁶¹ Este sistema es una variación sustancial al régimen de dicho informe incorporada por la LPL/1990 con el objetivo de no ver perjudicada la posición jurídica del actor por inactividad de sus representantes, pues bajo el régimen anterior dicho informe funcionaba como obstáculo de procedibilidad, en tanto que su no acompañamiento al momento de presentación de la demanda impedía la continuación procesal de la misma. Cambio al que colaboraron las SSTCT 19/06/85 (RTCT 4380) y 24/10/88; así como la STC 172/1987, de 03/Noviembre.

⁴⁶² Véase STC 172/1987, de 03/Noviembre.

⁴⁶³ Véase VALLE MUÑOZ, F., «El proceso de clasificación profesional», cit., pág. 25.

⁴⁶⁴ «El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores» (art. 39.2 ET).

puede afirmarse que dichos representantes conocen, con suficiente antelación temporal, la situación jurídica en la que se encuentra el trabajador movilizado en estos supuestos; por lo que, si tras la solicitud del trabajador dirigida a la evacuación del informe, no lo emiten, no será porque desconozcan la situación jurídica en la que se encuentra el actor.

En otro orden de cosas, de los términos en los que se manifiesta la norma no queda claro si dicha solicitud de evacuación del informe ha de ser con carácter previo al planteamiento de la pretensión de ascenso ante el empresario, o si, por el contrario, bastará acreditar su solicitud con carácter previo al planteamiento de la demanda jurisdiccional. Con independencia de la idoneidad de su utilización al plantear la pretensión ante el empresario, lo cierto es que procesalmente sólo se exige la acreditación de su solicitud al plantearse jurisdiccionalmente el problema, por lo que será sólo ésta la que pueda oponerse como excepción procesal por aquél.

§81. En cuanto a su *contenido*, y aunque el informe puede versar sobre cualesquiera circunstancias que entiendan observables en el asunto los representantes unitarios de los trabajadores, dado que la norma procesal no especifica concretamente el ámbito material del informe, es evidente que debe existir una conexión entre este informe y las pretensiones materiales que sustenta el actor, por lo que deben detallarse en él, al menos, si concurren las circunstancias materiales reguladas en el artículo 39.4 ET, y en qué condiciones. La emisión del informe de manera excesivamente escueta, refiriéndose, por ejemplo, sólo a la oportunidad o no de ascender en el puesto de trabajo, obstaría el efecto informativo que para el juez deben tener esta clase de informes, por lo que parece aconsejable que el informe reúna la suficiente información para poder adoptar una decisión correcta en términos de justicia material. El informe debe centrarse en las cuestiones de hecho que rodean al asunto, elementos de convicción de los que, obviadas las partes intervinientes en el asunto, difícilmente puede proveerse el juez de otra manera. Ahora bien, el contenido de ese informe es algo ajeno al actor y, por lo tanto, inane desde el punto de vista de este apartado, porque bastará la solicitud del informe o su emisión, con independencia de su extensión, justificación o elaboración, para cumplir el óbice procesal e impedir que se esgrima como defensa por el empresario. Este informe tiene una gran trascendencia, aparte de la información que puede proporcionar al órgano judicial, en orden a la salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de otros trabajadores de la empresa, especialmente a los que junto con el ahora demandante desempeñan funciones de superior categoría a las que nominalmente tienen asignadas, o, simplemente, a los que tienen mejor derecho al ascenso por existir un sistema regulador del mismo en la empresa.

§82. Tres últimas cuestiones pueden examinarse al hilo de la emisión del informe: forma de emisión, valor y posible petición por el órgano jurisdiccional. En cuanto a la primera, y aunque la norma no lo especifica, lo adecuado será que se haga por escrito, tanto para acreditarlo como para servir de elemento de convicción en un proceso en ciernes. En cuanto a la segunda, la norma no se refiere tampoco al valor que ha de concedérsele a dicho informe, pero ha de concluirse que es una mera prueba documental de naturaleza privada, que completará la convicción judicial junto con las demás pruebas actuadas en el proceso. La tercera es, con mucho, la más importante. Algún autor⁴⁶⁵ mantiene la imposibilidad de que el Magistrado pueda requerir la emisión del informe, afirmando que a diferencia de

⁴⁶⁵ Véase ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., págs. 101 y 102.

lo que acontece con el informe de la Inspección de Trabajo, que habilita directamente su petición por el juez, esta referencia no se hace de forma expresa para los que debe emitir el comité de empresa, o, en su caso, los delegados de personal, regulándose además el supuesto de no emisión del mismo. Considero, empero, desacertado ese criterio, ya que el artículo 88.1 LPL permite al Juzgador practicar, con el carácter de diligencias para mejor proveer, todas aquellas pruebas que estime necesarias, sin que la preceptiva aportación de un informe de la valía técnica que corresponde a la Inspección de Trabajo sirva de argumento de peso para restringir una facultad exclusiva del Juez o Tribunal, que puede acordar libremente⁴⁶⁶ su práctica.

§83. Y finalmente, como ya se ha indicado al examinar las particularidades procesales de las distintas acciones, una de las características del proceso especial de clasificación profesional es, precisamente, la necesidad de que se solicite y emita el *informe de la Inspección Trabajo*⁴⁶⁷. Su ausencia, puesta de manifiesto en el momento oportuno por el demandado, permitirá la interposición del recurso de suplicación por la vía del artículo 191.a) LPL.

§84. La demanda relativa a *la acción de concreción horaria y reducción de la jornada por trabajadora víctima de violencia de género* precisará acompañarse de «la orden de protección a favor de la víctima» o, en su caso, del «informe del Ministerio Fiscal» (artículo 23 LOMPIVG), documentos que servirán para acreditar su situación de mujer maltratada; por lo tanto, si la trabajadora lo incumple, la consecuencia, revelada de oficio o a instancia de parte, será la desestimación de su demanda. No obstante esta afirmación categórica, el hecho de que la LOMPIVG permita en algunos casos flexibilizar el cumplimiento de determinadas obligaciones laborales a las que ya hicimos referencia⁴⁶⁸, podría llevar a la conclusión de que la orden sólo acredita la situación —la prueba por sí— y que ésta puede existir al margen de la medida cautelar, de tal manera que pudiese probarse en el proceso especial con ausencia de la orden o el informe. A favor de esta solución se encuentra tanto la hiperprotección que destila la citada LO, como el hecho de que la realidad trasciende los documentos en que se refleja. Sin embargo, considero que concurren elementos sólidos para adoptar la contraria, puesto que, primero, el proceso laboral se dilucida entre empresario y trabajadora, con intereses diversos, pero igualmente protegibles; segundo, la flexibilidad no puede llegar al extremo de obviar la única justificación de la acción constitutiva; tercero, la celeridad que se imprime a este proceso especial, que es incompatible con una difícil y ajena prueba sobre su situación de víctima de violencia de género; cuarto, la rapidez y sencillez que pretende otorgarse a la víctima en su protección integral, que contradice el hecho de que primero se demande al empresario una adaptación horaria o de jornada; y finalmente, los términos categóricos del propio artículo 23 LOMPIVG⁴⁶⁹, que parece excluir cualquier otro modo de probar la condición de víctima.

⁴⁶⁶ Véanse las SSTs 21/03/02 (Ar. 3812); y 27/11/91 (Ar. 8417); y STSJ Galicia 07/03/06 (R. 417/06).

⁴⁶⁷ «2. En la providencia en que se tenga por presentada la demanda, el Juez ordenará recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen [...]» (art. 137.2 LPL).

⁴⁶⁸ En el art. 21 LOMPIVG se le permite faltar al trabajo o a la puntualidad debida.

⁴⁶⁹ «Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo [entre los cuales está la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo] se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima [...]» (art. 23 LOMPIVG).

6) Excepciones materiales

§85. A diferencia de la mera negación de los hechos y/o del derecho aducida por el actor, las excepciones materiales suponen la alegación por el demandado de nuevos hechos que, dada la relevancia que las normas les confieren, contrarrestan las consecuencias que derivan de los hechos constitutivos alegados por el actor. En particular, dentro de este apartado recogeré los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes, que son, según el artículo 217 LEC, aquellos «hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, *impidan, extingan o enerven* la eficacia jurídica de los hechos» constitutivos. Sin embargo, es francamente extraño que pudiese llegar a alegarse en esta clase de proceso hechos impeditivos puros⁴⁷⁰, pues, por ejemplo, oponer la falta de causa en el contrato de trabajo, que justifica la petición y su nulidad subsiguiente, lo único que conseguiría sería transformar la petición inicial de vacaciones, ascenso o concreción horaria o del periodo de disfrute en su compensación económica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.2 ET⁴⁷¹ y la resolución del contrato, objetivo quizás exagerado en un pleito de estas características (con la consiguiente transformación de una acción constitutiva simple en otra compleja). Y si, desde una perspectiva laxa, existen autores que vienen a confundirlos con el reverso de los hechos constitutivos⁴⁷²; desde un punto de vista estricto, una cosa son los hechos impeditivos y otra la negación de los constitutivos. Por lo tanto, circunstancias como la falta de requisitos en el contrato laboral subyacente, capacidad en las partes contratantes, etc., entiendo que exceden del objeto de estudio y que basta con dejarlas apuntadas. En consecuencia, aquí se examinarán sólo los hechos extintivos y los excluyentes, que tienen un mayor calado práctico. Dentro de los primeros, se sitúan el agotamiento del periodo de vacaciones, el acuerdo, la renuncia, la variación de las fechas, la pérdida de la condición de trabajador, etc.; y entre los segundos, el relativo al plazo de ejercicio de la acción, el arbitraje y otros. Veámoslos de forma separada.

a) Hechos extintivos, comunes y específicos

§86. Son hechos extintivos aquéllos que implican la cancelación o terminación de los efectos de los hechos constitutivos de la pretensión. En cuanto a las acciones constitutivas puras, podríamos diferenciar los comunes a las tres acciones identificadas y los específicos de alguna de ellas. En el primer grupo se incluirían el acuerdo, la renuncia y la pérdida de la condición de trabajador demandante. En el segundo, encajarían, para la acción de vacaciones, el agotamiento de su periodo vacacional, la variación de las fechas, su compensación o reductibilidad; y para la acción de concreción horaria y reducción de jornada por trabajadora víctima de violencia de género, la revocación de la orden de protección dictada.

⁴⁷⁰ Son aquéllos que, recogidos por la norma correspondiente, impiden desde el principio que los hechos constitutivos alegados por el actor desplieguen su eficacia normal y, por tanto, que se produzca el efecto jurídico pedido por aquél.

⁴⁷¹ «2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido» (art. 9.2 ET).

⁴⁷² Considerando que un hecho impeditivo es la negación de otro constitutivo, en este proceso si uno constitutivo lo es la falta de acuerdo entre el trabajador y el empresario, el impeditivo lo sería —precisamente— que hubiese un acuerdo ya entre ellos anterior a la presentación de la demanda.

§87. En realidad, el *acuerdo* al que se hace referencia aquí no es el inicial, sino el subsiguiente, producido con posterioridad a la presentación de la demanda, pero fuera de la conciliación judicial. Aquél habría que incluirlo en una simple negación de los hechos constitutivos, porque, como se recordará, una de las condiciones del nacimiento de la acción es la existencia de un desacuerdo entre ambas partes⁴⁷³, de modo que si éste no existe, el pleito carece de sentido y habrá de conducir, una vez conocido por el Tribunal y apreciada su validez, a la absolución del demandado. De todos modos, el acuerdo no deja de ser un contrato, conciliación o avenencia entre dos partes y, por lo tanto, le resultarían aplicables todas las normas relativas a los contratos (capacidad, causa, objeto, interpretación,...). Pudiendo ocurrir que, a pesar de esgrimirse un acuerdo, la sentencia no fuese favorable al entender que aquél bien es nulo, bien no se interpreta como se pretende. Los criterios de interpretación de los contratos, empero, exceden de los límites de este estudio y, por tanto, me abstendré de entrar en ellos⁴⁷⁴.

Por otro lado, el acuerdo novatorio entre las partes, después de obtenida una sentencia firme, por el cual se alterasen las condiciones del fallo, resultaría ineficaz, aunque su postulación como excepción material por parte del empresario⁴⁷⁵ y la contestación a la misma por parte del actor (negándole eficacia), no se producirá en un proceso especial en que se tramite alguna de las acciones presentes, sino que se sostendrá en el segundo proceso entablado para lograr la eficacia de la previa sentencia constitutiva firme obtenida⁴⁷⁶. En otras palabras, hubo un proceso especial que concluyó con la fijación de fecha de disfrute, de una categoría o de una determinada adaptación del horario o jornada, en firme; después, se llegó a un acuerdo para su modificación; pero, finalmente, surgieron discrepancias y el trabajador ha tratado de hacer valer la sentencia firme de la única forma posible: iniciando un nuevo proceso, que logre su efectividad. Y es, precisamente, en este proceso donde se alega la existencia de una composición entre ambos por el empresario y donde el demandado, en el traslado que se le dé, opondrá la ineficacia del acuerdo.

§88. La *renuncia* es, en el caso que nos ocupa, una declaración de voluntad del demandante por la que abandona su derecho a fijar la fecha de sus vacaciones, a ascender o a hacer uso de su facultad de concretar su horario o periodo de disfrute, en su caso, y puede haberse recogido en su contrato inicial o en un acuerdo posterior. A la renuncia le son aplicables las consideraciones efectuadas sobre su validez y condiciones. Lo más importante es si dicha renuncia tiene virtualidad, dado el contenido de los artículos 3.5, 4.2.g)⁴⁷⁷ y 37, 38.2 ó 39.4 ET. En realidad, todo dependerá del carácter que se atribuya a esa facultad y del modo en que se haya recogido aquélla, pues si bien el derecho a las vacaciones, a la promoción profesional o a la conciliación familiar y profesional es de derecho

⁴⁷³ Habla el art. 38.2 ET de «en caso de desacuerdo de las partes [...]»; el art. 39.4 ET de «contra la negativa de la empresa [...]»; y el art. 37 en sus números 6, párrafo segundo, de «Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador [...]», y 7, párrafo segundo, de «[...] incluidas las relativas a la resolución de discrepancias».

⁴⁷⁴ Sobre los criterios de interpretación de los contratos, véanse SSTSJ Galicia 30/11/06 (R. 1379/06) y 23/11/05 (R. 4323/05).

⁴⁷⁵ Intentando, de todos modos, hacerlo valer.

⁴⁷⁶ Esta cuestión se ampliará en «III. IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA “PURA”», §§ 119 a 122.

⁴⁷⁷ Dice el art. 3.5 ET 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», mientras que el art. 4.2.g ET explicita que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: [...] g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo».

necesario, con el efecto de hacer nula la renuncia⁴⁷⁸, el de fijación de su fecha de disfrute o de la manera de ejercitarlos considero que no. Esto permitirá tanto el acuerdo, como su abandono, y colocará en primer plano la forma en que se haya producido. Si se establece como un abandono total a una posible reclamación sobre la fecha de sus vacaciones, su ascenso o adaptación del tiempo de trabajo o una dejación de su selección en manos del empresario, claramente estaríamos ante una cláusula abusiva, que no impedirá la demanda y subsiguiente proceso especial. Sin embargo, en supuestos de contraprestación —ya no sería renuncia, sino acuerdo y sometido al régimen de éste— o de restricción de su facultad electiva⁴⁷⁹ —sería una renuncia parcial—, entiendo que es perfectamente posible, siempre que concurriese justificación suficiente para ésta⁴⁸⁰.

§89. La excepción material de *pérdida de la condición de trabajador* es correlativa a uno de los hechos básicos en esta reclamación y puede haberse configurado de dos formas, esto es, inicial o sucesiva, dependiendo de si el actor no ha sido nunca trabajador del demandado o lo ha sido, pero ya no lo es⁴⁸¹. La primera, como ya he señalado, no podría faltar de concurrir en este proceso, dado que aquí no puede discutirse sobre el derecho mediato mismo, sino únicamente sobre los hechos determinantes. Y si bien es verdad que, a la postre, uno y otro dependerán de forma efectiva de la condición de asalariado del demandado, rebatir este hecho excedería del objeto de este proceso y conllevaría su transformación en un proceso ordinario. Por otro lado, aquella última posibilidad (resolución del contrato laboral posterior a la demanda) determinará la pérdida de aquel derecho y el único mantenimiento a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas o funciones superiores desempeñadas, cuyo estudio excede de los límites de este estudio.

§90. Junto a los hechos extintivos anteriores, que son comunes a las otras dos acciones, la de vacaciones presenta dos específicos a los que ya se ha hecho referencia: *el agotamiento de su periodo vacacional y los derivados de modulaciones en su ejercicio*. La primera de las causas de extinción de su derecho es lógicamente que ya se hubiesen disfrutado todas las días de vacaciones que le pueden corresponder al trabajador en ese año⁴⁸². De nuevo, es una excepción que podría postularse en un proceso ordinario o de conflicto colectivo, pero no en este especial, ya que supondría discutir sobre el propio derecho a fijar la fecha de su descanso anual; por lo que no interesa a estos efectos.

Y por último, para completar el cuadro de defensa del demandado, podrían mencionarse otras excepciones materiales (variación de las fechas, compensación y reductibilidad), que en este concreto procedimiento no podrían tener válida articulación. La primera, porque —como precisa el artículo 125.c) LPL— «si una vez iniciado el proceso se produjera la fijación de las fechas de disfrute de conformidad con lo previsto en el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, no se interrumpirá la continuación del procedimiento», salvo que la data fijada sea la solicitada por el trabajador, al constituir

⁴⁷⁸ Véanse SSTs 22/12/95 (Ar. 9492) y 11/03/97 (Ar. 2311); cuyo criterio recogen las SSTSJ Galicia 12/03/02 (R. 2867/98), 23/03/99 (R. 794/99), 27/02/98 (AS 630), 03/06/07 (R. 1990/97), 29/05/97 (AS 1338) y 14/08/96 (AS 2752).

⁴⁷⁹ Por ejemplo, excluyendo determinado periodo, donde la actividad comercial u hostelera es mayor (mes de agosto, Semana Santa, periodo navideño, etc.).

⁴⁸⁰ En definitiva, la causa remota de la renuncia.

⁴⁸¹ Se ha mencionado esta circunstancia anteriormente, al tratar tanto los hechos constitutivos como la negación de los hechos y/o derecho por parte del demandado.

⁴⁸² Las vacaciones son anuales (art. 38.1 ET).

un allanamiento extraprocesal empresarial. El supuesto trata de evitar que demandada la fijación de una fecha, ante su falta de concreción, por el cauce indirecto de una alteración de las circunstancias, se pretenda archivar el proceso obligando al trabajador a un nuevo pleito, que alargará la decisión inicialmente buscada.

La segunda, pues el artículo 38.1 ET es contundente al prescribir que «el periodo de vacaciones retribuidas no [es] sustituible por compensación económica», aunque esta proscripción no resulta aplicable al que ha dejado de ser trabajador en la empresa. No obstante, la compensación puede haberse producido no en dinero, sino con el disfrute de días de descanso en otras fechas. Este hecho estaría íntimamente vinculado con el derecho subyacente a las vacaciones, que sostiene la petición de fecha; piénsese en el caso de que fraccionadas las vacaciones en dos plazos, se ha disfrutado del primero y, después, de un descanso pactado por un número de días equivalente al que resta de vacaciones⁴⁸³, y posteriormente se demanda la fijación del teórico segundo periodo de vacaciones pendiente. Se trata de un agotamiento de su derecho a las vacaciones, en puridad. De nuevo, esta eventualidad excede de los estrechos límites de este proceso especial⁴⁸⁴ y hace innecesario su examen aquí.

Y la tercera, ya que en línea continuista con lo prevenido en la LRL, dispone el artículo 58.3 ET que «no se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones [...]». El crédito vacacional es, entonces, irreducible vía sanción al trabajador por la comisión de una falta; lo que no quiere decir que se imponga una inmunidad del trabajador infractor, de modo que el empresario venga indefectiblemente obligado a conceder el descanso íntegro y soportar conductas ilícitas. Primero, porque esos comportamientos pueden dar lugar al despido, que es la más dura de las sanciones aplicables al trabajador por su empleador; y segundo, determinadas situaciones en las que no se presta la actividad laboral efectiva podrían no ser computables como generadoras del paralelo derecho al descanso, posición que mantienen autorizados sectores doctrinales⁴⁸⁵, a pesar de poder configurarse como una sanción encubierta⁴⁸⁶. En esta línea, pudiera relacionarse, una vez más, la sanción anterior con una pérdida parcial de días de vacaciones,

§91. Un hecho extintivo alegable por el empresario demandado en la acción de concreción horaria y reducción de jornada por la trabajadora víctima de violencia de género lo configuraría la *revocación de «la orden de protección a favor de la víctima» o, excepcionalmente, «el informe del Ministerio Fiscal»*. La justificación de la acción privilegiada concedida a las trabajadoras para adaptar su horario e imponerlo al empresario⁴⁸⁷ es que su situación permita calificarlas como víctimas de violencia de género, reflejo de la cual es la alegación de cualquiera de aquellas dos medidas. No obstante, éstas⁴⁸⁸, a pesar de

⁴⁸³ Sería raro y abocado al fracaso que este periodo avenido no se considerase «vacaciones» y que el trabajador pretendiese desconocerlo.

⁴⁸⁴ Debería tramitarse por los trámites del proceso ordinario.

⁴⁸⁵ Véanse SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., págs. 92 y 189; y ALFONSO MELLADO, C., «Vacaciones, descanso semanal, fiestas y permisos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XII, 1995, consultado a través de las Bases de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD951203).

⁴⁸⁶ Como sanción duplicada la califica la STCT 21/11/85 (RTCT 5892).

⁴⁸⁷ «[...] En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora [...]» (art. 37.7, p. 2º ET).

⁴⁸⁸ O, con mayor precisión técnica, sólo la primera, pues el Ministerio Fiscal «puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos» (art. 5 EOMF).

sus especiales circunstancias, no dejan de ser medidas cautelares (artículo 13 en relación con el artículo 544 ter, ambos de la LECRIM⁴⁸⁹), cuyo rasgo más sobresaliente, aparte de su instrumentalidad, es su provisionalidad, es decir, que si durante la tramitación del proceso variaran los presupuestos de esa medida⁴⁹⁰ podría ser modificada o dejada sin efecto, de oficio o a instancia de parte⁴⁹¹. Por lo tanto, si al llegar el Juicio Oral la medida de protección de la víctima, fundamento de su derecho, ha perdido vigencia, el empresario puede revelar dicha circunstancia y obtener una sentencia absolutoria.

b) Hechos excluyentes, comunes y específicos

§92. Son aquéllos que constituyen el supuesto fáctico de una norma jurídica, que confiere al demandado un derecho potestativo a excluir la eficacia de la pretensión procesal; es decir, que en estos casos, frente al existente derecho del actor, existe y se opone otro contraderecho del demandado que puede excluir los efectos de aquél. Podríamos agruparlas separando las que son comunes a todas las acciones constitutivas puras (la prescripción y caducidad —relacionadas con el plazo de ejercicio de la acción— y el arbitraje) y las que lo son específicas a alguna de ellas (la sanción impeditiva del ascenso y el tratamiento penitenciario).

§93. Precisamente *el plazo legal para poder interponer la acción de clasificación profesional* es una de las cuestiones que más ignora la doctrina al estudiar el tema, de ahí que no haya estudios acerca de la posible virtualidad de reclamar el ascenso de categoría una vez que el contrato ha finalizado⁴⁹², ni tampoco en el supuesto de acumulación de acciones, a efectos de determinar si para las reclamaciones salariales, las cuales, de común, se rigen por lo dispuesto en el artículo 59.2 ET⁴⁹³, se aplica también el plazo correspondiente a la reclamación sobre clasificación profesional⁴⁹⁴. De hecho, las acciones sobre clasificación profesional en el Ministerio de Defensa están sometidas al plazo general de prescripción de un año establecido en el artículo 59.1 ET, porque el reconocimiento de la categoría llevada a cabo en su Convenio Colectivo y mantenida en el correspondiente Acuerdo sobre el sistema de clasificación profesional, no comporta un derecho/obligación de tracto sucesivo, sino de «tracto único»⁴⁹⁵, por lo que es claro que la acción individual pudo ejercitarse desde el momento del encuadramiento en la categoría profesional, conclusión que es conforme

⁴⁸⁹ Se dice en el art. 13 LECRIM que «Se consideran como primeras diligencias [...] la de proteger a los ofendidos o perjudicados [...], pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley»; y en el art. 544 ter LECRIM se regula su contenido y tramitación.

⁴⁹⁰ Piénsese que el agresor falleciese o la mujer confesase que su denuncia ha sido mendaz.

⁴⁹¹ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, CEURA, (Madrid, 1995), pág. 388.

⁴⁹² No hay que descartar que al trabajador le interese demostrar que ha realizado funciones superiores a efectos de poder acreditar tales hechos para acceder a otro empleo de superior categoría, por ejemplo.

⁴⁹³ Sobre el análisis de este precepto y sus implicaciones procesales, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Prescripción y caducidad de acciones. En torno al artículo 59», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100 [monográfico sobre «El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después»] (2000), págs. 1205 y ss.

⁴⁹⁴ Véanse RUBIO DE MEDINA, M. D., *El proceso sobre clasificación profesional*, 1ª edición, cit., pág. 24; y ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M. J., *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, 1ª edición, cit., pág. 159.

⁴⁹⁵ Véase STS 18/07/03 (Ar. 6123).

con la doctrina unificada sobre la prescripción de obligaciones de tracto único⁴⁹⁶, siquiera el cómputo de dicho plazo de prescripción se ha de iniciar no en la fecha de entrada en vigor del Convenio Colectivo Único para el personal de la Administración General del Estado, sino en la fecha de un posterior acuerdo colectivo complementario en la materia, negociado precisamente a la vista de los problemas de clasificación de los trabajadores que aquél había suscitado⁴⁹⁷. En concreto, se ha precisado que el plazo para accionar frente a la asignación de categoría llevada a cabo por la empresa tras el correspondiente proceso interno de promoción comienza a correr desde el día en que se conoce, esto es, desde la fecha del respectivo contrato, y es el general de un año⁴⁹⁸.

La prescripción extintiva, al ser una institución que no se funda en razones de estricta justicia, sino que atiende a las pragmáticas consecuencias de dotar a las relaciones jurídicas de un mínimo de certeza y seguridad, debe ser interpretada con criterio estricto, de modo que ha de admitirse la interrupción del plazo prescriptivo en todos aquellos casos en los que medien actos del interesado que evidencian la voluntad de conservar el derecho⁴⁹⁹; y sólo perjudique a quien, por su inactividad, haya hecho efectiva dejación de sus derechos⁵⁰⁰.

Como colofón, habrá de advertirse que la acción salarial que se pueda acumular a la de clasificación no implica una intercomunicación de sus plazos de ejercicio. La diferente naturaleza de las acciones ejercitadas⁵⁰¹, y la posibilidad implícita de interponerlas al mismo tiempo, aunque en procesos distintos, permite entender que el ejercicio de la acción clasificatoria no interrumpe el plazo de prescripción para solicitar las diferencias retributivas por ejercicio efectivo de trabajos de superior categoría⁵⁰². Ello no obsta a entender como imprescriptible la acción de clasificación profesional, mientras subsista el ejercicio de funciones de superior categoría, al ser ésta una situación continuada.

§94. Por lo que se refiere a la *acción de vacaciones*, el artículo 125 LPL establece plazos específicos para el ejercicio de la acción, diferenciando si la fecha de vacaciones está o no determinada. Porque en el primer caso, la demanda habrá de presentarse en el plazo de veinte días desde aquel en que tuviera conocimiento de la fecha vacacional. El plazo es de caducidad, no se suspende por ningún motivo y los días serán hábiles por cuanto se trata de ejercicio de una acción ante la jurisdicción social. El *dies a quo* lo constituye, si se ha fijado la fecha en convenio colectivo, el día de la publicación en el período oficial. Si se ha acordado con los representantes o se ha fijado unilateralmente por el empleador, desde su publicación en el calendario o, en su defecto, desde que se puso en conocimiento del trabajador. Por el contrario, se establece un plazo de «dos meses de antelación a la

⁴⁹⁶ Véanse SSTS 23/06/98 (Ar. 5786), que cita a su vez las de 14/06/96 (Ar. 5165); 04/10/96 (Ar. 7450); 17/03/97 (Ar. 2563); 22/04/97 (Ar. 3488); y más recientemente, —Sala General— 27/04/04 (Ar. 3872); 11/11/04 (Ar. 2005/1214); 29/11/04 (Ar. 2005/958); y 07/12/04 (Ar. 2005/1987).

⁴⁹⁷ Véase STS 11/11/04 (Ar. 2005/1214).

⁴⁹⁸ Véanse SSTS 14/06/96 (Ar. 5165); 04/10/96 (Ar. 7450); 18/10/96 (Ar. 7776); 18/12/96 (Ar. 9722); 17/03/97 (Ar. 2563); 22/04/97 (Ar. 3488); y la serie continúa con STS 29/11/99 (Ar. 9345).

⁴⁹⁹ Véanse SSTS 02/12/02 (Ar. 2003/1937); y 11/04/88 (Ar. 2946).

⁵⁰⁰ Véase STS 07/06/06 (R. 265/05).

⁵⁰¹ Véase STC 124/1992, de 28/Septiembre, que admite un recurso de amparo por incongruencia omisiva de la resolución de instancia recurrida, dado que la pretensión principal de la actora se dirigió a la percepción de determinadas diferencias retributivas por realización de trabajos de superior categoría, mientras que la resolución recurrida desestima su pretensión de clasificación profesional.

⁵⁰² Véanse STCT 06/02/89 (RTCT 1149) y STC 60/1990, de 29/Marzo.

fecha de disfrute pretendido por el trabajador», cuando no se hubiese concretado la fecha de vacaciones. Este plazo se relaciona con la previsión estatutaria conforme a la cual el trabajador debe conocer la fecha de vacaciones al menos dos meses antes del comienzo de la misma (artículo 38.3 ET), y cuyo fundamento radica en la necesidad de que el trabajador pueda hacer sus previsiones vacacionales y el empresario su planificación de trabajo. En puridad, el precepto encierra un contenido explícito, ausencia de señalamiento de fechas de vacaciones; y otro implícito, ausencia de señalamiento expresa, pero presupuestas referencias que lleven necesariamente a una fecha de disfrute no deseada. Dicho de otro modo, las referencias que existen conducen a una fecha no pretendida por el trabajador y, además, faltan dos meses para que comience el disfrute en la fecha pretendida⁵⁰³.

Con respecto a la *acción de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por trabajadora víctima de violencia de género*, el artículo 138 bis LPL precisa que el «trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el periodo de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social». El plazo, al igual que en el periodo anterior, es de caducidad y, por tanto, tampoco se suspende por ningún motivo y los días serán hábiles por cuanto se trata de ejercicio de una acción ante la jurisdicción social

El empresario o los codemandados podrían oponer esta excepción material en el supuesto de que hayan transcurrido los veinte días desde la fecha conocida, o de la divergencia comunicada, o falten menos de dos meses para la pretendida. Sin embargo, entiendo que esos plazos responden a finalidades diferentes y han de comprenderse también de forma diferente. Ahora bien, ambos serían apreciables de oficio, de manera que el órgano judicial, aunque ello no se hubiera alegado por el demandado, puede entender caducada la acción y desestimar la demanda, sin entrar en el fondo. Aunque esta posibilidad no es válida en suplicación⁵⁰⁴, si no se hubiera traído a debate.

§95. La razón de examinar separadamente ambos plazos referentes a la acción de vacaciones la constituye el distinto modo de computarlos, dado que mientras uno es sucesivo y progresivo, el otro se cuenta hacia atrás. Por eso, algunos rasgos predicables de la caducidad corta carecen de objeto en la larga. Dos son las circunstancias que pueden afectar a la caducidad y que están íntimamente relacionadas entre sí: su cómputo y su posible suspensión.

Con respecto a la primera (cuyas conclusiones se extienden, por su identidad, a la acción de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por trabajadora víctima de violencia de género), se puede integrar no sólo la forma de contar los días (por días o por meses), sino también la inclusión o exclusión de determinados días (agosto y sábados). El plazo de veinte días habrá de ser calculado a partir del siguiente en el que la fecha sea conocida⁵⁰⁵, ya en convenio, acuerdo de empresa o decisión unilateral, excluyendo éste del cómputo (artículo 5.1 CC); mientras, en cambio, que el de dos meses se contará de

⁵⁰³ Véanse SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., págs. 152 y 153.

⁵⁰⁴ Véase STSJ Galicia 16/02/06 (R. 3325/03) y las citadas por ella.

⁵⁰⁵ Prueba de cuyo conocimiento corresponde al que sostiene la caducidad (empresario u otros trabajadores demandados).

fecha a fecha (artículo 5.1 CC). Esa diferencia tiene consecuencias prácticas muy importantes, y entre ellas, la exclusión en el primero de los plazos de los días inhábiles⁵⁰⁶, que se determinan con arreglo a la sede del órgano judicial de destino⁵⁰⁷, dentro de los que ahora (tras la modificación de la LOPJ mediante LO 19/2003, de 23/Diciembre) se comprenden los sábados (artículo 182.1 LOPJ⁵⁰⁸ en relación con el 43.1 LPL⁵⁰⁹ y el 59.3 ET)⁵¹⁰. En la caducidad larga no puede pretenderse la exclusión de los días inhábiles, primero, por la forma de cálculo (de fecha a fecha) y, segundo, porque en un periodo tan largo el incremento resultante (más del veintiocho por ciento del plazo⁵¹¹) supondría un perjuicio muy grave para el trabajador, que se vería abocado a prever con una antelación exagerada sus vacaciones, y se contradiría el propio lapso concedido al empresario para fijar el calendario (artículo 38.3 ET). Por otro lado, el mes de agosto resulta hábil en este proceso (artículo 43.4 LPL⁵¹²), tanto para la presentación de escritos como para el cómputo del plazo de caducidad (sea larga o corta); consecuencia de la consideración de este procedimiento como «urgente».

Con respecto a la segunda, debe advertirse que la suspensión del plazo de caducidad⁵¹³, tan importante, por ejemplo, en las acciones de despido, carece de relevancia práctica en el proceso presente, pues no hay trámite de conciliación preprocesal, con la salvedad ya apuntada de los penados en Instituciones Penitenciarias. Por ello, dichos plazos son «perentorios e improrrogables»⁵¹⁴ y no pueden suspenderse.

§96. En otro orden de cosas, la institución puede ser entendida en sentido diverso al hasta ahora empleado, esto es, refiriéndonos a la *propia caducidad del derecho al disfrute*. Las vacaciones, como ya se expuso, son anuales y se entiende que el trabajador debe disfrutarlas anualmente; por ello, como una garantía de que así será, y como un obstáculo a cualquier pasividad al respecto del mismo, y pese a la falta de norma que ampare esta solución, existe una muy consolidada interpretación judicial⁵¹⁵ que entiende que las vacaciones deben disfrutarse dentro del año natural y que, en caso contrario, caduca el derecho a las mismas, cuyo disfrute no debe demorarse más, ni puede acumularse a las vacaciones de años siguientes, y sin que puedan compensarse económicamente, salvo extinción de la relación laboral. Esta norma ha sido considerada en exceso rígida por la doctrina, que ha

⁵⁰⁶ Véase STS 15/03/05 (Ar. 3506).

⁵⁰⁷ Véanse ATS 27/02/01 (Ar. 3722) y STS 04/10/05 (R. 3318/04).

⁵⁰⁸ «Son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad» (art. 182.1 LOPJ).

⁵⁰⁹ «Las actuaciones judiciales deberán practicarse en días y horas hábiles» (art. 43.1 LPL).

⁵¹⁰ Se acoge expresamente en SSTs —Sala General— 23/01/06 (R. 1604/05); 07/04/06 (R. 1759/05); 21/06/06 (R. 1087/05); 10/10/06 (R. 1754/05); 26/10/06 (R. 4000/05); u.d. 21/11/06 (R. 4228/05); u.d. 25/01/07 (R. 5027/05); u.d. 17/04/05 (R. 3074/05); u.d. 28/05/07 (R. 1564/06); y u.d. 12/06/07 (R. 5450/05).

⁵¹¹ Al menos dos días de cada siete (sábados y domingos).

⁵¹² «Los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo para las modalidades procesales de [...] vacaciones [...]» (art. 43.4 LPL).

⁵¹³ «El plazo de caducidad quedará interrumpido [más adecuadamente, suspendido] por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente» (art. 59.3, segundo párrafo, ET y 103.2 LPL).

⁵¹⁴ Son palabras del art. 43.3 LPL.

⁵¹⁵ Entre otras, STS 17/09/02 (Ar. 10551); SSTCT 08/02/89 (RTCT 1162) y 18/05/88 (RTCT 3524); y SSTSJ Madrid 28/11/03 (AS 2004/2295); Cantabria 27/09/01 (AS 4067); y Canarias/Santa Cruz de Tenerife 06/09/99 (AS 6541).

suscitado la posibilidad de interpretaciones más flexibles⁵¹⁶, y, desde luego, parece que deben admitirse los pactos expresos⁵¹⁷ en que se demore el disfrute vacacional, siempre que respondan a una motivación razonable⁵¹⁸. De hecho, ya se detectan algunos pronunciamientos judiciales⁵¹⁹, que se rebelan contra esa interpretación monolítica, cuando la falta de disfrute es imputable a una actitud injusta del empresario.

§97. Otro de los hechos excluyentes lo podría constituir el que se hubiese suscrito un acuerdo, que obligase al sometimiento de la cuestión litigiosa a *arbitraje*. La Ley 60/2003, de 23/Diciembre, de Arbitraje, precisa en su artículo 2.1 que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho», entre las cuales, indudablemente, se encuentran las relativas a las acciones presentes (vacaciones, clasificación profesional o reordenación del tiempo de trabajo); y en el artículo 11.1, afirma que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». Por lo tanto, la válida oposición por parte del demandado de la existencia de un convenio arbitral válido impedirá la continuación del proceso y determinará la desestimación de la demanda, sin entrar en el fondo de la misma⁵²⁰. Sin embargo, es raro que en una materia sencilla como la presente, se imponga una cláusula arbitral, que supondrá una dilatación a su solución, alargando la situación de pendencia, frente a la teórica diligencia del procedimiento judicial.

§98. Dentro del grupo de *hechos excluyentes específicos* ha de diferenciarse entre la acción de vacaciones y la de clasificación profesional, ya que a cada una le son imputables especiales excepciones; y así: a la de vacaciones podrían referirse dos recogidas en un par de relaciones laborales especiales, la de los penados y la del personal civil no funcionario en establecimientos militares; y a la segunda, se podría precisar otra también recogida en esta última relación laboral especial.

§99. Por lo tanto, con respecto a *los penados que ejerciten la acción de vacaciones*, podrían citarse como hechos excluyentes las *orientaciones del tratamiento y necesidades de trabajo*, porque el disfrute de las vacaciones de los penados en Instituciones Penitenciarias se condiciona «a las orientaciones del tratamiento y a las necesidades de trabajo en los sectores laborales» (artículo 17.5 RD 782/01, de 06/Julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres

⁵¹⁶ Me remito al respecto a las diferentes opiniones doctrinales que citan GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., «Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)», en *Tribuna Social*, núm. 38 (Madrid, 1994), págs. 12 a 15; ALFONSO MELLADO, C., «Vacaciones, descanso semanal, fiestas y permisos», cit.; y SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», cit., págs. 167 a 172.

⁵¹⁷ Son numerosos los convenios colectivos que autorizan el aplazamiento del disfrute vacacional con posterioridad a la finalización del año natural en que se devengó. Dicho aplazamiento no se extiende, habitualmente, más allá de tres meses —plazo que se adecúa a lo previsto en el art. 9 Convenio 132 de la OIT, de 24/06/70 (BOE 05/07/74)—; y, muy excepcionalmente, se permite el disfrute de las vacaciones con posterioridad, aunque sin especificar plazo límite. Es de destacar que, en todos estos supuestos, se trata de un aplazamiento del disfrute vacacional en sentido estricto o, si se quiere, de excepción al principio de caducidad anual de las vacaciones, pues no se permite en dichos convenios la acumulación de períodos vacacionales o el disfrute conjunto de las vacaciones correspondientes a anualidades sucesivas.

⁵¹⁸ Véanse las SSTSJ Canarias/Las Palmas 05/09/97 (AS 3430) y Andalucía/Sevilla 08/03/94 (AS 1335).

⁵¹⁹ Véanse las SSTSJ Aragón 24/11/04 (AS 3874) y Andalucía/Málaga 10/11/01 (JUR 76778).

⁵²⁰ Véase STS 11/10/04 (Ar. 2005/136).

penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad⁵²¹). Ello permitirá al «Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente» esgrimir como posible contraderecho, frente a la petición de vacaciones, dos conceptos jurídicos indeterminados; es decir, lo que, por un lado, pudiéramos llamar necesidades empresariales (que es un reflejo más de la situación tan especial en la que se encuentran estos *trabajadores*); y por otro, necesidades penitenciarias. Como criterio a tener en cuenta, también debiera haberse citado el de los permisos de salida del establecimiento, imprescindible para evitar que las vacaciones supongan una condena a la inactividad dentro de la prisión⁵²².

El primer condicionante es muy amplio y permite un juego flexible a Instituciones Penitenciarias para organizar (y denegar) los periodos de descanso⁵²³. La duda que se plantea es si los términos empleados sólo permiten utilizar justificaciones generales⁵²⁴ o cabe residenciar la decisión restrictiva bajo argumentos más concretos, esto es, particulares del taller⁵²⁵. No obstante, la mención que se hace en el precepto a *los sectores laborales* me inclinan a interpretarlo con la primera acepción, de manera que la limitación a su disfrute se debe radicar en situaciones de índole más o menos conocida en la actividad desarrollada, y no en la que se pueda encontrar la empresa, porque, en caso contrario, se dejaría al penado en una completa desprotección ante justificaciones más o menos arbitrarias del Organismo para denegar la fecha de sus vacaciones, pues no debe olvidarse que, a pesar de su particular condición⁵²⁶, que incide en todos los rasgos de la relación, se ha configurado como una relación laboral [artículo 2.1.c) ET], que debe respetar los derechos básicos reconocidos por la CE y aplica subsidiariamente las normas del ET en los supuestos de remisión expresa (artículo 1.4 RD 782/01⁵²⁷).

El segundo de aquéllos es perfectamente comprensible y, en todo caso, viene impuesto por el carácter que tiene el trabajo para el penado. El artículo 25 CE y el 1 de la LOGP, prevén las penas como medio de reinserción social, uno de cuyos instrumentos puede ser el trabajo en los talleres productivos de los centros penitenciarios (artículo 1.1 RD 782/01). A pesar de que el trabajo penitenciario se considera no sólo un derecho del interno, sino también su deber (artículo 29.1 LOGP⁵²⁸), la proscripción de los trabajos forzados por el artículo 25 CE, determina que esa proclamación sea matizada por el

⁵²¹ Sobre los beneficios sociales a este colectivo, por su claridad, véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «El régimen jurídico del subsidio por desempleo de los liberados de prisión», en *Tribuna Social*, núm. 77 (1997).

⁵²² Véase ELÍAS ORTEGA, A., «Comentario sobre el mandato al Gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados», en *Aranzadi Social*, núm. 5 (Pamplona, 1999), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 1999/1818).

⁵²³ El control de Instituciones Penitenciarias sobre el trabajo en el centro se manifiesta en otras potestades, a saber: la inclusión de los internos como trabajadores (art. 3.2 RD), la suspensión de su contrato [art. 9.2.d) RD], su despido [art. 10.2. e) RD], etc.

⁵²⁴ Pensemos en el caso de que se hubiese organizado una imprenta, dedicada a la edición de libros de texto, actividad donde el grueso, si no la totalidad, de la producción se concentra en los meses de agosto y septiembre.

⁵²⁵ Por ejemplo, que se esté atendiendo a un pedido bajo plazo con retraso o que hayan aumentado los encargos y deban realizarse.

⁵²⁶ La relación configura la situación de los penados privados de libertad, excluyendo a los internos en régimen abierto o en cualquier modalidad de ocupación no productiva (art. 1.2 y 3 RD 782/01).

⁵²⁷ «La relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo» (art. 1.4 RD).

⁵²⁸ «Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales» (art. 29.1 LOGP).

artículo 61 LOGP, puesto que de su voluntad dependerá aceptar el tratamiento (y, con él, el trabajo) o no. En definitiva, la subordinación del trabajo al tratamiento es un principio inspirador del sistema (artículo 28 LOGP⁵²⁹), siendo necesario adoptar todas las medidas reglamentarias para alcanzar sus fines. La mecánica del tratamiento se funda en una triple sucesión de actuaciones, en la última de las cuales se inserta el trabajo: observación (artículo 16 LOGP), clasificación (artículo 63 LOGP) y tratamiento (artículos 62 y 66 LOGP). Puesto que la evolución en el susodicho tratamiento en relación con los grados del mismo y las clases de régimen dependerá de su adaptación y progresión, la mejoría o empeoramiento en uno (tratamiento o trabajo) repercutirá necesariamente en el otro (tratamiento o trabajo), tal como se desprende del artículo 65 LOGP⁵³⁰. Se quiere decir con todo esto que una petición tan inocente como la de disfrutar en una determinada época de sus ganadas vacaciones puede tener una mayor trascendencia en el sistema penitenciario, que la que cupiera, a primera vista, atribuirle. Porque la motivación o incidencia sobre determinados rasgos a corregir con el penado pudieran determinar su continuidad en la actividad o postergar la fecha querida por el peticionario. Es un concepto muy ambiguo, aunque se verá precedido, siempre, de una decisión por parte de la Junta de Tratamiento, que es la encargada de vigilar el cumplimiento de los objetivos del tratamiento, entre otras funciones (artículo 111 RD 190/1996, de 15/Febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario).

En todo caso, la denegación de la petición del interno por parte del Organismo Autónomo o de la Junta de Tratamiento podría ser objeto de los recursos administrativos y judiciales previstos en la LOGP y la LOPJ, pero cuyo examen excede de este trabajo.

Como colofón, podría añadirse que esta excepción probablemente no habrá sido esgrimida *ex novo* por el Organismo Autónomo, sino que ante la petición inicial del penado (comunicando su voluntad de disfrutar en una determinada fecha de sus vacaciones), aquél lo habrá denegado basándose en el artículo 17.5 RD 782/01 y motivándolo suficientemente. Si el penado, sin impugnar dicha decisión, acude a los Juzgados de lo Social para hacer valer sus derechos, considero que o bien la tramitación se ha de producir con arreglo al proceso ordinario, o bien la excepción habrá de determinar la desestimación de la demanda, porque no es de recibo pretender en un procedimiento preferente y sumario, enjuiciar la complejidad de una resolución administrativa de estas características, que viene a modular el propio derecho del trabajador especial a sus vacaciones⁵³¹.

§100. El segundo hecho excluyente específico para la acción de vacaciones lo constituyen las llamadas *necesidades del servicio*. En el artículo 37 RD 2205/80, de 13/Junio, que regula las relaciones de trabajo del personal civil no funcionario, se contempla la posibilidad

⁵²⁹ «El trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado» (art. 28 LOGP).

⁵³⁰ «2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad. 3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad» (art. 65.2 y 3 LOGP).

⁵³¹ Recordemos qué pretensiones se tramitan por este proceso y cuáles por el ordinario o el colectivo.

de que la Dirección del Establecimiento pueda denegar tanto el fraccionamiento como la fecha misma de las vacaciones (al imponerlas en una determinada fecha)⁵³², cuando así lo exijan las «necesidades del servicio». De nuevo, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, flexible, con una gran dosis de discrecionalidad para la Administración y justificado en la especial naturaleza de la actividad desarrollada; que no corresponde en este lugar integrar. Múltiples son las circunstancias que pueden venir a configurar esta excepción y que la harán ajena a este trabajo; en realidad, como la demanda del trabajador habrá sido precedida de una resolución administrativa previa, la negativa de la Administración militar y la discusión que el actor plantea sobre ese contraderecho al insistir judicialmente en su petición, obligarán a tramitarlo por el cauce del procedimiento ordinario.

§101. Y por lo que se refiere a la *acción de clasificación profesional*, el hecho excluyente específico aparece recogido en la relación laboral especial del personal civil no funcionario en establecimientos militares. Porque su ascenso (cuyas características ya han sido objeto de exposición⁵³³) se condiciona a que al trabajador actor no se le hubiera impuesto la sanción grave de postergación para el ascenso por un período de un año o la muy grave de inhabilitación para el ascenso (artículo 65.1 RD 2205/80⁵³⁴). Una es meramente temporal, pero la otra es definitiva.

E) LA SENTENCIA CONSTITUTIVA «PURA»

§102. El acto final de la Instancia tras la celebración del juicio es la Sentencia, resolución a través de la cual se pone término a la fase de cognición. Restringiré su estudio a lo que interesa desde el punto de vista de estas acciones constitutivas «puras», de forma que algunos temas sólo se apuntarán, dado que tienen un calado general que los hace deudores de una obra de otro tipo.

Tanto la acción de vacaciones como la de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por trabajadora víctima de violencia de género contienen una previsión especial sobre el plazo en el que han de dictarse sus respectivas sentencias, pues de acuerdo con los artículos 126 y 138 bis. b), ambos de la LPL, habrá de serlo en los tres días siguientes a la conclusión de la vista, plazo que reduce el habitual de cinco días previsto en el artículo 97.1 LPL y que refuerza su carácter sumario y preferente. Por su parte, el artículo 137 LPL no contiene ninguna particularidad y deberá entenderse que aquél es el habitual. En todo caso, es factible que la sentencia se pronuncie de viva voz, ya que estos tipos de procesos no aparecen excluidos del artículo 50.2 LPL, e incluso podría afirmarse que esta posibilidad es la más idónea y aconsejable para las dos primeras clases de procedimientos (sencillos y rápidos) a

⁵³² Dispone el art. 37 que «1. [...] Dicho período, siempre que lo permitan las necesidades del servicio, podrá dividirse en dos partes, a petición del trabajador, ninguna de ellas inferior a siete días. 2. Siempre que las necesidades del servicio lo permitan, las vacaciones se concederán preferentemente en verano, procurando atender las peticiones del personal, si bien las Direcciones de los Establecimientos podrán señalar un mismo período para el descanso anual».

⁵³³ Véase más arriba en el apartado «b) Hechos constitutivos específicos», § 38.

⁵³⁴ «Las sanciones que pueden imponerse por las faltas comprendidas en este Decreto, correlativas a los grupos enunciados en el artículo sesenta y tres, son las siguientes: [...] Graves: [...] Postergación para el ascenso por un período de un año. Muy grave: Inhabilitación para el ascenso [...]» (art. 65.1 RD).

que se ha hecho referencia. En ese caso, puede dictarse sólo el fallo o la sentencia completa, debiendo darse cumplimiento a los requisitos que exige el artículo 50.1 LPL⁵³⁵.

Se haga uso de esta facultad especial o no, la sentencia ha de reunir los requisitos y la estructura referidos en el artículo 97.2 LPL, que aparecen también reflejados más escuetamente en el artículo 248.3 LOPJ⁵³⁶, a saber: antecedentes de hecho, hechos declarados probados, fundamentos jurídicos y el fallo. A lo que se podrá añadir la justificación de la imposición de costas y de multa al litigante que obró con mala fe o con temeridad manifiesta (artículo 97.3 LPL). La finalidad de esta última habilitación es reprimir la mala fe procesal (por ejemplo, litigar a sabiendas de que no se tiene razón) y la negligencia procesal notoria (por ejemplo, litigar ignorando la existencia de reiteradísima jurisprudencia laboral en contra de lo pretendido por la parte)⁵³⁷.

§103. Este último punto incide sobre un aspecto muy importante: la posible adición de un nuevo contenido ejecutable al fallo constitutivo puro, puesto que no puede obviarse que tanto la condena en costas como la imposición de la multa tienen un claro carácter de condena (incluso en el plano terminológico). La cuestión a valorar es si, de haberse impuesto la multa o la condena en costas del artículo 97.3 LPL, la acción ejercitada se ha novado, de manera que ha perdido su carácter constitutivo, al no poderse predicar ya su inejecutabilidad⁵³⁸, o, al contrario, continúa siendo la misma. La respuesta es sencilla: no hay transformación de la acción ejercitada inicialmente, sino la adición de un nuevo fallo, éste de condena, con su propia justificación y motivación, que sigue las reglas generales correspondientes a su naturaleza. Cuatro argumentos apoyan esta conclusión: el primero, que la imposición de la multa es revisable, incluso de oficio⁵³⁹, en el recurso de suplicación no sólo cuando tal decisión sea arbitraria⁵⁴⁰, sino también cuando no se considere razonablemente fundada⁵⁴¹ o se evidencie que es errónea⁵⁴²; el segundo, que también lo será cuando los hechos que ofrece la sentencia no revelan con la suficiente fuerza esa mala fe o temeridad⁵⁴³; el tercero, que ese pronunciamiento puede ser objeto de recurso de suplicación independiente del que cabe con respecto al fallo principal; y el cuarto, que esa condena puede ser objeto de ejecución. Dicho de otro modo, esa multa precisa de unos hechos que la justifiquen y de una motivación jurídica que los enlace con la consecuencia,

⁵³⁵ «El Juez, en el momento de terminar el juicio, podrá pronunciar sentencia de viva voz, que se consignará en el acta con el contenido y requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. También podrá limitarse a pronunciar el fallo, que se documentará en el acta mediante la fe del Secretario Judicial, sin perjuicio de la redacción posterior de la sentencia dentro del plazo y en la forma legalmente previstos» (art. 50.1 LPL).

⁵³⁶ «Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten» (art. 248.3 LOPJ).

⁵³⁷ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M. *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 566.

⁵³⁸ Rasgo definidor de las acciones constitutivas y, por ende, de las sentencias estimatorias de las mismas.

⁵³⁹ «En el caso de que el Juez haya impuesto a la parte que obró con mala fe o temeridad notoria la multa que señala el artículo 97.3 de esta Ley, la sentencia de la Sala confirmará o no, en todo o en parte, también motivadamente, dicha multa, pronunciándose, asimismo, y, cuando el condenado fuere el empresario, sobre los honorarios de los Abogados impuestos en la sentencia recurrida» (art. 202.2 LPL).

⁵⁴⁰ Véase STS 07/12/99 (Ar. 9690).

⁵⁴¹ Véanse SSTS 05/07/33 (Ar. 3570); 17/10/55 (Ar. 2863); 05/06/68 (Ar. 2954); 19/11/84 (Ar. 5863); y 15/01/87 (Ar. 33).

⁵⁴² Véase STS 26/10/83 (Ar. 5154).

⁵⁴³ Véase STS 18/03/90 (Ar. 2167).

aparte de que se recogerán separadamente en el fallo. En realidad se está configurando un contenido adicional (y eventual, porque no siempre concurre) que se añade a la sentencia constitutiva pura, como una suerte de sentencia secundaria dentro de la principal, con sus propios requisitos y con una «vida procesal autónoma»⁵⁴⁴.

1) *Antecedentes de hecho*

§104. En ellos se incluirá «resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso» (artículo 97.2 LPL), es decir, indicación de datos que sirven para la identificación del pleito (cuándo se presentó la demanda y por quién, qué se pedía, contra quién se accionaba, presencia o ausencia de las partes, conciliación, desarrollo del juicio, etc.), pero que carecen de importancia, dado su nula trascendencia a efectos de una ejecución o recurso (ninguno de los cuales existe en estos procesos). Es muy extraño que los antecedentes de hecho llegasen a tener relevancia práctica (sobre todo en procedimientos como los presentes), excepto en supuestos donde configuren «la base fáctica sobre la que se construye la resolución judicial que puede ser objeto de un recurso de suplicación (sea ésta una Sentencia, sea un Auto)», siempre que «como antecedente lógico de la aplicación jurídica, una alteración de dichos elementos puede significar la modificación de la parte resolutive»⁵⁴⁵.

2) *Hechos declarados probados*

§105. Elemento decisivo de la sentencia lo configura la redacción de los hechos que el Juzgador considera que han quedado debidamente acreditados, pues sobre ellos se proyectará la norma jurídica adecuada y se obtendrá la solución en ella prevista. En estos procesos, se precisará la expresión de la concurrencia de los hechos constitutivos que hayan sido demostrados, así como aquellos datos que, configurándose con un razonamiento jurídico posterior, sean excepciones procesales o materiales. Pensando en el ejemplo más sencillo: si de la acción de vacaciones se tratase, se declarará que el actor presta servicios para el demandado, desde cuándo lo ha venido haciendo, que no se ha llegado a un acuerdo entre ambos y cuál es la fecha pretendida y, en su caso, ofrecida o impuesta por el empresario. Lo anterior en cuanto a los hechos constitutivos en un pleito sin complejidad, que como se observará no determina la solución al litigio, ya que de esos mismos pudiera estimarse o desestimarse la demanda, dado que la decisión se produce conforme a la equidad. No así en el supuesto que se discutan preferencias, ya que se exigirá recoger aquel o aquellos elementos que determinen la prioridad en la elección (la sentencia resolverá en este caso en derecho). O si tratase de una acción de clasificación profesional, pues entonces se declarará que el actor presta servicios para el demandado, cuál es su cometido (esto es, qué servicios, funciones y actividad realiza para el empresario) y desde cuándo lo ha venido haciendo, y que no se ha llegado a un acuerdo entre ambos.

De todos modos, en la redacción del relato fáctico ha de evitarse tanto la inclusión de hechos negativos, pues como tales no tienen cabida en la parte histórica de la sentencia, conforme al artículo 97.2 LPL y a doctrina jurisprudencial tan unánime como antigua⁵⁴⁶,

⁵⁴⁴ En otras palabras, con su título constitutivo, su posible recurso y su ejecución.

⁵⁴⁵ Son palabras de la STSJ Galicia 17/12/04 (R. 5278/04).

⁵⁴⁶ Véanse SSTs 24/06/49 (Ar. 1048), 15/06/63 (Ar. 2662), 05/10/64 (Ar. 1119), 20/10/70 (Ar. 4282),...; y, aplicando dicha jurisprudencia, SSTSJ Galicia 30/04/07 (R. 1103/07), 04/04/07 (R. 2421/04), 09/10/06 (R. 3120/06), 28/09/06 (R. 6783/03), 29/03/06 (R. 5056/03), 19/07/03 (R. 5415/00); y 14/05/04 (R. 1543/04).

como también la indebida ubicación de afirmaciones fácticas en la fundamentación jurídica de la sentencia, a pesar de que su tratamiento procesal sea el de hecho probado⁵⁴⁷.

Se complicará su redacción si se hubiera opuesto alguna excepción (bien procesal, bien material), porque cada una de ellas⁵⁴⁸ precisará de un dato fáctico, que puede o no estar incluido en la relación inicial, y así: la apreciación o rechazo de falta de jurisdicción (por ejemplo, por ser el demandante personal estatutario⁵⁴⁹) exigirá que entre los hechos declarados probados se mencione la fecha de presentación de la demanda ante el Juzgado⁵⁵⁰; la de litispendencia precisará fijar el objeto del proceso colectivo que se tramita o los datos identificadores del otro proceso pendiente, etc.; y cualquiera de las materiales obligará a la declaración sobre la circunstancia de la que penda su estimación (suscripción de un compromiso arbitral, despido o resolución del contrato, acuerdo de empresa,...).

3) *Fundamentación jurídica*

§106. Como prevé el artículo 97.2 LPL⁵⁵¹, en la estructura argumentativa de la sentencia han de recogerse dos tipos de razonamientos diferentes: unos, tendentes a justificar los hechos declarados probados; y otros, a justificar la decisión que implica el fallo.

En cuanto a los primeros, se ha de destacar la tendencia actual a privar de importancia a esta justificación, pues en la mayoría de los casos se fundamenta la convicción del Juzgador sobre fórmulas genéricas y desvinculadas del asunto concreto, esto es, al amparo de manifestaciones más o menos amplias, del tipo «los anteriores hechos probados han sido obtenidos en virtud de la convicción del Juzgador, alcanzada tras el estudio de los medios de prueba practicados en el proceso»⁵⁵², o «los hechos probados se derivan [...] de la prueba practicada a instancia de cada una [de las partes], en concreto, de la documental obrante en las actuaciones y de las manifestaciones de los testigos deponentes en el acto del juicio oral, haciendo uso esta juzgadora, en cuanto a la libre valoración de la prueba, de las facultades concedidas por el artículo 97.2»⁵⁵³. Lo anterior ha de calificarse, a pesar de la vigente flexibilización, como inaceptable, porque los términos del precepto son terminantes y sólo una rigurosa correlación entre cada una de las pruebas practicadas y la realidad del hecho probado plasmado permite evitar la indefensión y su posterior control en suplicación. Y esta afirmación se mantiene a pesar de que se haya abierto una línea interpretativa que considera que es suficiente la manifestación de haber tenido en cuenta en su conjunto la totalidad de la prueba documental⁵⁵⁴, porque, al final, su suficiencia, como todo concepto jurídico indeterminado, habrá de ser precisada en cada caso concreto⁵⁵⁵ y la desidia podría conllevar la nulidad de la sentencia en cuestión.

⁵⁴⁷ Véanse, entre otras muchas, SSTS 07/04/89 (Ar. 2944); 16/04/04 (Ar. 3694); y 15/11/06 (R. 2764/05).

⁵⁴⁸ Con la salvedad de algunas excepciones procesales: incompetencia, inadecuación del procedimiento o defecto en el modo de proponer la demanda.

⁵⁴⁹ Tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16/Diciembre, sobre el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, conforme a SSTS 16/12/05 (Ar. 7821) y 16/12/05 (R. 199/04).

⁵⁵⁰ A pesar de que se deducirá de los «Antecedentes de hecho».

⁵⁵¹ Así, preceptúa: «[...] apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo».

⁵⁵² Véase SJS núm. Tres de Lugo de 28/03/05 (Autos núm. 105/05), sobre incapacidad.

⁵⁵³ Véase SJS núm. Dos de Pontevedra de 25/09/03 (Autos núm. 345/03), sobre pensión a favor de familiares.

⁵⁵⁴ Véanse STS 29/01/02 (Ar. 2646) y STSJ Galicia 28/01/08 (R. 6078/07).

⁵⁵⁵ Véase STC 325/1994, de 12/Diciembre, citada por STS 11/12/03 (Ar. 2004/2577).

Los segundos consistirán en recoger todos los argumentos que defiendan, expliquen y evidencien por qué se ha llegado a la solución decidida en el fallo, lo que supone, necesariamente, proyectar a los supuestos de hecho que configuran el relato fáctico la norma adecuada para solucionar el conflicto jurídico; en otras palabras, motivar, justificar y razonar la decisión tomada. Dicho de otro modo, ha de entenderse por tal la «exteriorización del razonamiento que conduce desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo, en los términos adecuados a la naturaleza y circunstancias concurrentes»⁵⁵⁶.

§107. Es imprescindible recalcar la importancia que tiene la *motivación* de las resoluciones judiciales (fundamentación jurídica), porque, además de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos⁵⁵⁷; aparte de que —en definitiva— el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos⁵⁵⁸; «aunque, lógicamente, esta obligación no debe ser entendida en el sentido de que pueda coartar la libertad del juez o de que le imponga el deber procesal de una extensa y prolija redacción»⁵⁵⁹.

En todo caso, lo anterior exigirá conocer tanto los presupuestos jurídicos de la decisión, como los fácticos sobre los que se proyectan las normas elegidas⁵⁶⁰, poniendo así de manifiesto la *ratio decidendi* del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional⁵⁶¹. Precisamente por ello, ha de rechazarse únicamente lo que puede calificarse como mera declaración de conocimiento o como simple «emisión de una declaración de voluntad» en un sentido u otro, que sería una proposición apodíctica⁵⁶², dado que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad⁵⁶³; pero no la escueta fundamentación de la sentencia⁵⁶⁴, pues la obligada tutela se satisface cuando simplemente se expresa con claridad el motivo que lleva a resolver la pretensión⁵⁶⁵, siendo así que el citado derecho fundamental no impone servilismo a las alegaciones de las partes⁵⁶⁶, ni hace exigible una respuesta pormenorizada a los argumentos de los litigantes⁵⁶⁷. Porque la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo⁵⁶⁸; y, por otro, que no es

⁵⁵⁶ Véase STC 329/2006, de 20/Noviembre, F. 7.

⁵⁵⁷ Véanse SSTC 163/2000, de 12/Junio, F. 3; 214/2000, de 18/Septiembre, F. 4; 172/2004, de 18/Octubre, F. 3; y 329/2006, de 20/Noviembre, F. 7.

⁵⁵⁸ Véanse SSTC 112/1996, de 24/Junio, F. 2; 87/2000, de 27/Marzo, F. 6; y 172/2004, de 18/Octubre, F. 3.

⁵⁵⁹ Véase STS 11/12/03 (Ar. 2577).

⁵⁶⁰ Véanse SSTC 58/1997, de 18/Marzo, F. 2; y 25/2000, de 31/Enero, F. 2.

⁵⁶¹ Véanse SSTC 196/1988, de 24/Octubre, F. 2; 215/1998, de 11/Noviembre, F. 3; 170/2000, de 26/Junio, F. 5; 68/2002, de 21/Marzo, F. 4; 128/2002, de 03/Junio, F. 4; 119/2003, de 16/Junio, F. 3, y 172/2004, de 18/Octubre, F. 3.

⁵⁶² Véase STC 159/1992, de 26/Octubre.

⁵⁶³ Véanse SSTC 61/1983, de 11/Julio; 05/1986, de 21/Enero; 22/1994, de 27/Enero, F. 2; 10/2000, de 31/Enero, F. 2; y 172/2004, de 18/Octubre, F. 3.

⁵⁶⁴ Véase STC 154/1995, de 24/Octubre.

⁵⁶⁵ Véanse SSTC 116/1986, de 08/Octubre; 13/1987, de 05/Febrero; 55/1987, de 13/Mayo; 75/1988, de 25/Abril; 13/1989, de 05/Febrero; 14/1991 de 28/Enero; 27/1993, de 25/Enero; 304/1993, de 25/Octubre; 22/1994, de 27/Enero; 58/1994, de 28/Febrero; y 192/1994, de 20/Junio.

⁵⁶⁶ Véase STS 05/05/05 (R. 18/2005).

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

⁵⁶⁸ Véanse STC 154/1995, de 24/Octubre; y STS 30/09/03 (Ar. 7450).

necesaria la exhaustiva descripción del proceso intelectual ni la pormenorizada respuesta a las alegaciones de las partes⁵⁶⁹. No obstante, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, antes al contrario requiere examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito en las resoluciones judiciales impugnadas⁵⁷⁰.

Junto a la motivación en sí, se sitúa la *racionalidad* de esa argumentación, puesto que —como afirma el TC— una motivación arbitraria, manifiestamente irrazonable o basada en un error patente no puede estimarse una verdadera motivación, pues no sería una motivación fundada en derecho. En todo caso, no satisfaría los requerimientos constitucionales una motivación radicalmente contradictoria, entendiéndose por tal, aquella que revela una evidente contradicción interna o incoherencia notoria entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo⁵⁷¹; como tampoco lo haría la selección de norma arbitraria o manifiestamente inaplicable⁵⁷²; o casos en los que el órgano judicial se desvincule del sistema de fuentes establecido⁵⁷³ o cuando la fundamentación jurídica ignore absolutamente la doctrina constitucional⁵⁷⁴.

§108. Llegados a este punto, hemos de diferenciar entre las diversas acciones constitutivas puras, habida cuenta de que la decisión no siempre se tomará en derecho, sino que en ocasiones lo será en equidad; en concreto, la fijación de la fecha de vacaciones o la reducción de la jornada «si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho [por el cuidado de un menor de seis años o minusválido físico, psíquico o sensorial] por el mismo sujeto causante», y el empresario quiera «limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa» (artículo 37.5, párrafo tercero, ET). En estos supuestos, el razonamiento jurídico, justificador de la decisión, cambia, ya que concurre un matiz de creación jurídica superior a la mera aplicación de una norma vigente⁵⁷⁵, de tal forma que habrán de ser explicitados los elementos en función de los cuales se toma la decisión y pueden serlo de muy diversa índole (época estival, fijar las vacaciones en una fecha intermedia entre las peticiones, las funciones de cada uno de los trabajadores, su relevancia en el proceso productivo, facilidad de sustitución, etc.), aunque quizás podrían tener su importancia, en cuanto a la acción de vacaciones, los que sirven para configurar la preferencia entre los empleados⁵⁷⁶. Y si bien la equidad está vedada como criterio exclusivo en la fundamentación de las resoluciones judiciales⁵⁷⁷, la decisión en este caso ha de ajustarse a ella y, por lo tanto, a un equitativa ponderación de las circunstancias concurrentes, con tino y prudencia⁵⁷⁸.

Con respecto al resto, es indudable el ajuste a aquellos parámetros de fundamentación. Cuando se están discutiendo preferencias entre los trabajadores en la *acción de vacaciones*,

⁵⁶⁹ Véanse STC 36/1989, de 14/Febrero; y STS 30/09/03 (Ar. 7450).

⁵⁷⁰ Véase STC 184/1998, de 28/Septiembre, F. 2.

⁵⁷¹ Véase STC 54/2000, de 28/Febrero; y las allí citadas: SSTC 218/1992, de 01/Diciembre; 16/1993, de 18/Enero; [...]; 117/1996, de 25/Junio; 68/1997, de 08/Abril; y 139/1997, de 22/Julio.

⁵⁷² Véanse SSTC 126/1994, de 25/Abril; y 22/1994, de 27/Enero.

⁵⁷³ Véanse SSTC 23/1988, de 22/Febrero; y 151/1994, de 23/Mayo.

⁵⁷⁴ Véase STC 120/1996, de 08/Julio.

⁵⁷⁵ Véase STS —Sala 1ª— 08/03/82 (Ar. 1290).

⁵⁷⁶ Pensemos en el trabajador que solicita sus vacaciones para el mes de agosto, que es cuando sus hijos disfrutan de las vacaciones escolares y permanecen en el domicilio familiar.

⁵⁷⁷ Véanse SSTS —Sala 1ª— 15/07/85 (Ar. 4058), 05/05/93 (Ar. 3442) y 10/12/97 (Ar. 8968).

⁵⁷⁸ Véase STS —Sala 1ª— 28/02/89 (Ar. 1410).

la existencia de hijos, la antigüedad, el ser el agraciado en el sorteo, su categoría profesional o la rotación habrá quedado expresado en el relato histórico de la sentencia y dicha circunstancia se configurará como criterio de prioridad en la norma que se trate (convenio, acuerdo, disposición legal⁵⁷⁹,...). Cuando se trate de la *acción de concreción horaria y del periodo de disfrute*, la realidad de víctima de violencia de género, su efectiva protección y su derecho a la asistencia social integral o la existencia del familiar necesitado y sus circunstancias (nacimiento, prematuro, minusvalía,...) se habrán constatado entre los hechos declarados probados y ello permitirá estimar la demanda, al extraer la conclusión prevista en la norma, o desestimarla, para el caso de que no cubra el supuesto de hecho.

Y, finalmente, cuando nos encontramos ante una *acción de clasificación profesional*, habrá de explicitarse la ausencia de impedimento legal o convencional al ascenso, porque el ejercicio de esta acción es subsidiaria a la de artículo 24 ET⁵⁸⁰ y de existir una norma reguladora de esta materia, sólo podría solicitar la cobertura de la plaza reglamentariamente, pero no su derecho a ocuparla⁵⁸¹. Superado ese obstáculo, que no será tal, habrá de justificarse la decisión que se vaya a tomar mediante la comparación entre las funciones realizadas por el trabajador —que previamente se habrán expresado en los hechos declarados probados— con las que definen cada una de las categorías profesionales en discusión (la inferior en la que está integrado y la superior que postula). Y puesto que normalmente la descripción de cada categoría o grupo se lleva a cabo en una norma jurídica (en concreto, el respectivo convenio colectivo), en buena técnica, será en la fundamentación jurídica de la sentencia donde hayan de reflejarse cada una de ellas, porque, a la postre, son conceptos jurídicos. En definitiva, la decisión ha de tomarse a la vista de los datos fácticos expresados en el relato histórico de la sentencia. Y, como quiera que estos tres elementos (funciones desarrolladas, contenido de la categoría superior y de la inferior) y sus interrelaciones recíprocas no son nunca exactamente las mismas, las decisiones van a ser circunstanciales y casuísticas⁵⁸². Por esta razón, la decisión debe acomodarse a un necesario proceso de individualización, en atención a cuáles sean las concretas «particularidades del caso a enjuiciar»⁵⁸³; realizándose dicho proceso valorativo y de subsunción normativa en atención a qué «hechos singulares» concurren en el caso⁵⁸⁴.

§109. Ahora bien, la interpretación de un convenio colectivo y de sus cláusulas ha de combinar criterios de orden lógico, gramatical e histórico⁵⁸⁵, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes⁵⁸⁶, lo que confiere especial relevancia al Tribunal *a quo*⁵⁸⁷, teniendo muy presente⁵⁸⁸ que las palabras son el medio de expresión

⁵⁷⁹ Véase el art. 37 RD 2205/80, sobre el personal civil no funcionario.

⁵⁸⁰ Dice el art. 39.4 ET que «el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo».

⁵⁸¹ Ya se ha hecho referencia a este aspecto en el § 38, al tratar los hechos constitutivos específicos de esta acción.

⁵⁸² Véanse SSTC 232/1991, de 10/Diciembre; y 53/1996, de 26/Marzo; y STS 15/12/98 (Ar. 439/99).

⁵⁸³ Véanse SSTS 02/04/92 (Ar. 2587) y 29/01/93 (Ar. 379).

⁵⁸⁴ Véanse SSTS 17/03/89 (Ar. 1878); 27/11/91 (Ar. 8421); y 09/04/92 (Ar. 261).

⁵⁸⁵ Véanse SSTS 06/04/92 (Ar. 2600); y 13/04/92 (Ar. 2645).

⁵⁸⁶ Véase STS 01/07/94 (Ar. 6323).

⁵⁸⁷ Véase STS 27/09/02 (Ar. 10661).

⁵⁸⁸ Véanse SSTSJ Galicia 18/11/05 (R. 1857/03), 04/11/05 (R. 786/05), 25/10/05 (R. 4338/05), 20/10/2005 (JUR 2006/43308) y 27/09/2004 (JUR 292354).

de la voluntad y han de presumirse que son utilizadas con corrección, de manera que «no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad», de manera que si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1281 Código Civil ⁵⁸⁹. Abundando en la misma idea, «la finalidad de los cánones hermenéuticos determinados en el artículo 1281 CC radica en evitar que se tergiverse lo que aparece claro o que se admita, sin aclarar, lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas, y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes» ⁵⁹⁰. En realidad, dado el carácter mixto del convenio colectivo —norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa— su interpretación ha de atender tanto a las reglas legales atinentes a la hermenéutica de las normas jurídicas —artículo 3 Código Civil— como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos —artículos 1281 y siguientes del Código Civil— ⁵⁹¹, con amplio margen —insistimos— de apreciación a los órganos de instancia ⁵⁹², lo que impone que «en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes» ⁵⁹³. En resumen, la interpretación de la descripción o definición de la categoría profesional por el convenio colectivo es una facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda ⁵⁹⁴, ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual ⁵⁹⁵, o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada ⁵⁹⁶.

§110. La estructura anterior se ve alterada para el caso de haberse opuesto alguna excepción, ya que antes de entrar en el fondo (fijación de la fecha, atribución de la nueva categoría o concesión de la concreción horaria o del periodo de disfrute) tendrá que resolverse la excepción postulada por el demandado. Sobre las mismas, tan solo se apuntarán dos datos: que es preciso resolverlas con arreglo al orden recogido en el artículo 417 LEC ⁵⁹⁷ y que la estimación de cualquiera de ellas impedirá un pronunciamiento sobre el fondo o determinará la absolución del empresario; y que las excepciones han de ser alegadas para poder ser apreciadas, salvo la de litispendencia, que puede apreciarse de oficio, si se deduce con claridad de los datos obrantes en el proceso ⁵⁹⁸.

⁵⁸⁹ Véase STS 07/07/86; y con diferentes palabras e idéntica doctrina, STS 02/11/99 (Ar. 9108); y, entre otras, SSTSJ Galicia SSTSJ Galicia 02/03/07 (Asunto 01/07); 08/02/07 (R. 1369/04), y 13/02/06 (R. 2898/03).

⁵⁹⁰ Véase STS 30/04/04 (Ar. 5412).

⁵⁹¹ Véanse SSTs 13/06/00 (Ar. 5114); 16/10/01 (Ar. 2459); 10/06/03 (Ar. 2005/3828); y 19/07/06 (R. 61/05).

⁵⁹² Véanse SSTs 25/03/03 (Ar. 4837); 23/05/06 (R. 08/05); 13/07/06 (R. 294/05); y u.d. 13/03/07 (R. 93/06).

⁵⁹³ Véanse SSTs 20/03/97 (Ar. 2604) y 30/04/04 (Ar. 5412).

⁵⁹⁴ Véanse SSTs 16/12/02 (Ar. 2003/2339) y 27/04/01 (Ar. 5125).

⁵⁹⁵ Véanse SSTs 17/03/83 (Ar. 1564) y 23/05/83 (Ar. 2875).

⁵⁹⁶ Véase, entre otras muchas, SSTs 22/05/06 (R. 143/05); y 23/05/06 (R. 08/05).

⁵⁹⁷ Véase STSJ Galicia 19/12/03 (AS 2004/1619).

⁵⁹⁸ Véanse SSTs 16/09/92 (Ar. 6789); y 18/01/00 (Ar. 950).

4) Fallo

§111. El fallo se redactará en términos correlativos al suplico de la demanda, y, de ser estimatorio, se declarará el derecho del trabajador a lo solicitado (fecha a partir de la cual disfrutará de sus vacaciones, ascenso y nueva categoría o grupo profesional o adaptación de su tiempo de trabajo conforme se postulaba), creándose una situación jurídica inexistente hasta este momento⁵⁹⁹, ya que el derecho abstracto subyacente se concreta en una novación del contrato de trabajo⁶⁰⁰. Porque frente a las sentencias declarativas o a las de condena, se pide al órgano jurisdiccional que con su decisión cree un estado jurídico que antes no existía, que producirá efectos desde ese momento (*ex nunc*). Y la afirmación anterior es compatible con la declaración de que a diferencia de las leyes, que tienen un efecto prospectivo, las sentencias tienen naturaleza declarativa, por no crear derecho, sino aplicarlo⁶⁰¹, habida cuenta que ambos asertos se insertan en la polémica acerca de la jurisprudencia como fuente del derecho y funcionan en un plano diferente: uno, el de creación del derecho abstracto en sí mismo (en el que se puede incluir esta última afirmación); y otro, el de la creación, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas (derecho concreto), donde se incluye la manifestación de la existencia de sentencias constitutivas.

Acerca del primero de los planos, dos discutibles aseveraciones se han repetido: por un lado, que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no constituyen jurisprudencia, según el concepto que a esta fuente complementaria del ordenamiento jurídico atribuye el artículo 1.6 CC, por cuanto no emanan del Tribunal Supremo⁶⁰²; y por otro, que tampoco lo hará una sola sentencia del Tribunal Supremo, por lo que al ser una sola sienta una doctrina carente por ahora del carácter de reiteración exigido por el artículo 1.6 CC, requiriendo tal «jurisprudencia» dos o más sentencias del Tribunal Supremo coincidentes en relación con una misma materia⁶⁰³. Sin embargo, considero que estas dos afirmaciones no se ajustan al orden jurisdiccional social, dado que suponen la traslación de parámetros civiles a un ordenamiento y jurisdicción con sustantividad propia. La primera no es admisible, pues como indica el propio artículo 216 LPL *a sensu contrario* esas sentencias *fijan doctrina*, que, en su caso, podrían ser objeto de unificación, y esa expresión no puede referirse más que a la jurisprudencial. Es más, amplios sectores de la doctrina han considerado atribuirle el carácter de «jurisprudencia menor», aunque ese epíteto minusvalora su importancia. Otro argumento a favor de este planteamiento es que existen multitud de materias que fenecen en suplicación sin posibilidades de llegar al conocimiento del Tribunal Supremo, por lo tanto, desde el punto de vista de los litigantes la «jurisprudencia» la configurará la doctrina que haya fijado el Tribunal Superior respectivo acerca de ese aspecto, habida cuenta que debatir contra ella conllevará la desestimación de la demanda. Y finalmente, esta interpretación es la más acorde con el significado de la propia expresión, ya que jurisprudencia

⁵⁹⁹ Con carácter general, véase RODRÍGUEZ SANTOS, B., CEBRIÁN BADÍA, F.J. y ÁVILA ROMERO, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo III, Lex Nova (Valladolid, 1991), págs. 15 y ss.

⁶⁰⁰ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 1ª edición, cit., pág. 185.

⁶⁰¹ Véase STS 07/02/02 (Ar. 3505).

⁶⁰² Véanse SSTS 28/05/99 (Ar. 5001); 30/04/01 (Ar. 5133); y 27/12/01 (Ar. 2002/2080).

⁶⁰³ Véanse SSTS 21/12/88 (Ar. 9889); 30/12/89 (Ar. 9288); — Sala 1ª — 14/06/91 (Ar. 4456); 01/07/94 (Ar. 6326); 30/09/98 (Ar. 7426); 28/05/99 (Ar. 5001); y 26/10/04 (Ar. 6651).

es —llanamente— el «conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen»⁶⁰⁴. La segunda, porque supone prescindir del valor que tiene una sola sentencia de Sala General o dictada como consecuencia de un recurso de unificación de doctrina; es una sola sentencia, pero, desde luego, fija jurisprudencia, porque determina la futura solución a la cuestión jurídica⁶⁰⁵, al tenerse que adaptar a él el resto de órganos judiciales. En todo caso, este tema y sus implicaciones exigirían un análisis mucho más pormenorizado, que excede de un estudio exclusivo sobre particularidades de las acciones constitutivas puras.

No obstante, si se hubiesen acumulado diversas acciones (tema ajeno a este trabajo, que estudia sólo la acción pura), se dictarán tantos fallos como aquéllas se ejercitasen; y así será para el supuesto nada extraño de que en la acción de ascenso se hubiera solicitado el abono de las diferencias salariales correspondientes⁶⁰⁶.

§112. Por último, se hace imprescindible abordar un tema crucial, que aparece oscurecido por la previsión legal de irrecurribilidad de todas las acciones constitutivas puras, y agravado por su inejecutabilidad *per se*⁶⁰⁷, cual es determinar si las acciones no cuantificables tienen o no acceso a la suplicación. No ha de olvidarse que uno de los pronunciamientos que debe contener el fallo de la sentencia es la indicación acerca de la posibilidad de interponer recurso contra la misma. Y si el caso parece claro en el supuesto de las acciones constitutivas puras tramitadas conforme al proceso especial o el de conflicto colectivo, al ser, por naturaleza, unas irrecurribles⁶⁰⁸ y otras recurribles⁶⁰⁹; comienza a desleírse cuando afrontamos a aquéllas que lo fueron a través del ordinario, pues en estos supuestos lo usual será que no se haya fijado la cuantía del interés, dado que, al carecer de ejecución, tampoco se habrá advertido dicha circunstancia ni al presentar la demanda ni al expresar las conclusiones. Sobre el particular aparece una importante línea jurisprudencial⁶¹⁰, que considera que para determinar la cuantía del recurso se ha de atender «el interés concreto reflejado en la demanda en su vertiente económica aun en los casos en los que se reclama también algún derecho del que deriva tal interés»⁶¹¹ y que «cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a “los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración”, recurriendo cuando fuera precisa a la técnica de la “anualización” de ese importe»⁶¹². Ello impondría la necesaria cuantificación de todas las pretensiones y el entendimiento de que, en caso contrario, no se supera el límite de 1803,04 euros.

⁶⁰⁴ Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, cit., pág. 1332.

⁶⁰⁵ Sin perjuicio de la posible evolución de criterio.

⁶⁰⁶ «[...] sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables» (art. 39.4 ET), véase *supra*.

⁶⁰⁷ Véase *infra* al tratar la impugnación y ejecución de las acciones constitutivas «puras», en los §§ 114 a 122.

⁶⁰⁸ Véanse arts. 126, 137.3 y 138 bis.b) LPL.

⁶⁰⁹ Véase art. 189.1.f) LPL.

⁶¹⁰ Véanse la STS —Sala General— 03/02/03 (R. 1465/02), y las que ella cita, SSTS 10/10/00 (R. 2320/1999) 21/02/00 (R. 3958/98) y 22/06/00 (R. 559/1999). También, véanse SSTS —todas u.d.— 22/05/06 (R. 4124/04); 18/01/07 (R. 4439/05); y 10/10/07 (R. 1166/06).

⁶¹¹ Véase STS citada en la nota anterior.

⁶¹² Véanse SSTS —todas u.d.— 16/04/07 (R. 1823/06); 14/05/07 (R. 1165/06); 05/06/07 (R. 1958/06); 03/07/07 (R. 1751/06); 16/07/07 (R. 1810/06); 24/07/07 (R. 1481/06); 24/07/07 (R. 1809/06); 18/09/07 (R. 869/06); 19/09/07 (R. 859/06); 24/09/07 (R. 1951/06); 27/09/07 (R. 1948/06); 17/10/06 (R. 2219/06); 07/11/07 (R. 4501/06); y 17/12/07 (R. 1812/06).

Sin embargo, discrepo de este planteamiento por varios motivos, primero, porque todos los supuestos que han consolidado esta doctrina legal se refieren a acciones declarativas o de condena, pero no constitutivas. Es más, en ésta se limita la posición a las pretensiones meramente declarativas y a las de condena no dineraria, obviando a las aquí estudiadas y dando a entender que sus reglas son diferentes⁶¹³. Segundo, porque la existencia de pretensiones de valor indeterminado o indeterminable es real y asumido desde siempre por la jurisprudencia⁶¹⁴; puesto que una decisión puede provocar desventajas incalculables a los intereses particulares y era una constante aceptada en la LEC/1881⁶¹⁵. Tercero, la línea jurisprudencial mayoritaria parece deducir la inexistencia de acciones autónomas a las de condena, habida cuenta que es una constante el referir la acción de condena a la que se va a enlazar la declarativa ejercitada, cual si de medio a fin se tratase⁶¹⁶, pero olvida que aquéllas son una categoría independiente⁶¹⁷, que se puede presentar aislada, y, sobre todo, que hay tres, y no dos, categorías de acciones. La única explicación plausible ha de ser que, efectivamente, las acciones constitutivas son categoría ajena y propia, en las que no siempre puede valorarse el interés dilucidado y que, por ello, están sometidas a un régimen diferente. Y por último, porque en el mismo artículo 189 LPL se pueden distinguir tres supuestos distintos de acciones desde el punto de vista de la competencia funcional⁶¹⁸: la regla general, que determina la suplicación para todas las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social; las excepciones, ya por razón de la cuantía ya por la materia, que cierran la puerta a la suplicación; y las habilitaciones, que abren siempre la vía al recurso. Y las acciones constitutivas puras, que sean incalculables, habrán de seguir la regla general, al ser imposible su inclusión en ninguno de los otros apartados.

5) Eficacia

§113. Ya se ha hecho mención a la cosa juzgada como excepción, y a los efectos positivo y negativo que produce una sentencia dictada en este proceso especial. El primero supondrá la vinculación a lo dispuesto en la sentencia, y el segundo, un obstáculo a que se inicie un nuevo proceso con el mismo objeto. La cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas⁶¹⁹.

⁶¹³ Se dice expresamente en las Sentencias citadas en la nota anterior lo siguiente: «Pero no hay referencia en estas normas [las del art. 189 LPL] a las pretensiones meramente declarativas o a las de condena no dineraria. Para suplir esta laguna...». En otras palabras, la laguna se restringe a estas dos clases de acciones y, aparentemente, la regla general del primer párr. del precepto procesal citado [«Son recurribles en suplicación: 1. Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto...»] surte todos sus efectos con respecto a las acciones constitutivas.

⁶¹⁴ Véanse el voto particular que el Excmo. Sr. D. Bartolomé Ríos Salmerón formula contra la STS —Sala General— 03/02/03 (R. 1465/02); y la STS 27/10/04 (R. 3965/2003).

⁶¹⁵ A fin de cuentas, ¿en cuánto se puede cuantificar el disfrute de las vacaciones en una determinada fecha? O, ¿cuánto puede suponer a un trabajador el ascenso que no implique un incremento de su sueldo? O, más claro, ¿en cuánto se valora el disfrute del cuidado de un hijo durante los primeros meses de vida? Para este tema, véase DE CASTRO GARCÍA, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Coordinador), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, Trivium (Madrid, 1994), págs. 450 y ss.

⁶¹⁶ Véanse SSTs —Sala General— 31/01/02 (R. 31/01); u.d. 22/05/06 (R. 4124/04); u.d. 18/01/07 (R. 4439/05); y u.d. 10/10/07 (R. 1166/06).

⁶¹⁷ Para una extensa explicación véase BOTANA LÓPEZ, J. M., *La Acción Declarativa, en especial en los Procesos de Trabajo y Seguridad Social*, 1ª edición, cit.

⁶¹⁸ Véase STS —Sala General— 30/01/02 (R. 752/2001).

⁶¹⁹ Véase STC 200/2003, de 10/Noviembre.

En concreto, el efecto negativo o preclusivo impide a los Tribunales de Justicia pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Por ello, exige que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el planteado de nuevo en un posterior proceso, concurra la más perfecta identidad objetiva (artículo 222.1 LEC) y extiende sus efectos no sólo a las partes del proceso en que se dicta la sentencia firme, sino también a sus herederos y causahabientes y a los sujetos, no litigantes, titulares, por sucesión del objeto debatido en el proceso (art. 221.3 LEC)⁶²⁰.

Mientras el efecto positivo —vinculante o prejudicial— consiste en que no pueda decidirse en otro proceso un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria como ya ha sido resuelto por sentencia firme en otro proceso precedente⁶²¹, aunque éste (a diferencia del anterior) no exige que concurra esa perfecta igualdad entre todos los componentes de los dos procesos⁶²², muy especialmente tras la nueva LEC, cuyo artículo 222, en tono más condescendiente que el artículo 1252 CC, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva, pues la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos —no litigantes— titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes. La nueva normativa cobra mayor vigor en su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo susceptible de planteamientos continuados por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión. Y lo mismo ha de decirse respecto de la identidad objetiva, ya que la expresión del artículo 1252 CC «las cosas y las causas» [interpretada por la doctrina como la petición formulada y la causa de pedir] ha venido a ser sustituida por la de «cuyo objeto sea idéntico» y la de que la cosa juzgada alcanza a «las pretensiones de la demanda y de la reconvencción» (artículo 222.1 y 2 LEC), dotando así el texto legal de una mayor flexibilidad, y también de mayor concreción, a la exigencia de las identidades objetivas⁶²³. En todo caso, el artículo 222.4 LEC se ha limitado a recoger un concepto jurídico acuñado y aplicado desde tiempo atrás por la doctrina jurisprudencial y científica⁶²⁴. Y tendrá una importancia decisiva sobre el segundo proceso⁶²⁵, que se producirá si el empresario desconoce el fallo de la sentencia de este proceso especial, al no poderse ejecutar directamente, como veremos a continuación.

III. IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA «PURA»

§114. A pesar de lo señalado anteriormente sobre la condición de inestimable del interés dilucidado en estos pleitos⁶²⁶, la sentencia que se haya dictado resolviendo el conflicto previsto en cualquiera de las modalidades procesales constitutivas puras es irrecurrible⁶²⁷. Esta circunstancia se desprende con claridad meridiana de lo dispuesto en los artículos 126 LPL,

⁶²⁰ Véase STS 30/09/04 (Ar. 7680).

⁶²¹ Véanse SSTS —Sala 1ª— 30/12/86 (Ar. 7838) y 20/02/90 (Ar. 703); y STS 20/10/04 (R. 4058/03); y u.d. 24/01/05 R. 5204/03).

⁶²² Véanse SSTS 24/01/05 (R. 5204/03); 05/12/05 (R. 996/04); y u.d. 28/04/06 (R. 2969/04).

⁶²³ Véanse STS 20/10/04 (Ar. 7163); y 24/01/05 (Ar. 2753).

⁶²⁴ Véase STS 20/07/02 (Ar. 2003/7812).

⁶²⁵ La cosa juzgada material impide que en trámite de ejecución de sentencia no se ejecuten los términos de aquella, siquiera fuese errónea o contraria a la ley (STS 08/03/02 [Ar. 4673]; y SSTSJ Galicia 23/02/07 [R. 4884/06] y 17/07/03 [R. 3100/03]).

⁶²⁶ Véase lo tratado *supra*, al analizar tanto el Suplico como el Fallo (en los §§ 42 y 112, respectivamente).

⁶²⁷ Véanse STSJ Navarra 16/02/93 (AS 670); y Castilla y León/Burgos 13/02/96 (AS 1042).

38.2 ET —ambos para la acción de vacaciones—, 137.3 LPL —para la acción de clasificación profesional—, 138.bis.b) LPL —para la acción de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por trabajadora víctima de violencia de género— y 189.1 LPL, pues en ellas se afirma —con unas u otras palabras⁶²⁸— que la resolución judicial no puede ser objeto de recurso, y el último exceptúa del recurso de suplicación —entre otras muchas— «las que recaigan en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares [...] en los de clasificación profesional». Sin embargo, este aserto no es totalmente cierto, ya que, por un lado, podría accederse a la suplicación por el cauce del artículo 191.a) LPL; y por otro, dicha configuración se refiere exclusivamente al proceso especial, pero no al ordinario o al de conflicto colectivo, que pueda versar sobre idéntico objeto que aquellas acciones constitutivas puras. Aparte de que cabría articular el recurso para la audiencia al demandado rebelde (artículo 183 LPL), cuando concurriesen la condiciones previstas.

La primera matización no precisa de mayores explicaciones, pues se refiere al motivo previsto en el artículo 191.a) LPL⁶²⁹. Ésta es propiamente una vía indirecta, que permite abrir el recurso a materias —en principio— en las que se impone la instancia única. En puridad, no supone una excepción a la regla general de la irrecurribilidad, puesto que no se recurre el objeto del pleito (fecha del disfrute de vacaciones, novación de la categoría o reordenación del tiempo de trabajo o adaptación de la jornada), sino un aspecto ajeno y adjetivo⁶³⁰. Es cierto que se puede articular un recurso de suplicación sobre ese motivo y que el Tribunal habrá de resolver sobre si las infracciones han producido o no indefensión, pero la estimación de aquél no hará modificar la decisión adoptada sobre la acción ejercitada, ya que no cabe pronunciamiento alguno sobre este aspecto, sino la anulación de la sentencia y la reposición al momento en el que se produjo el quebrantamiento de forma (ya en la admisión de la demanda⁶³¹, ya en el momento procesal correspondiente⁶³²), y la continuación del proceso desde ese punto, adecuándose su posterior tramitación al contenido de la sentencia de suplicación.

La segunda matización precisa de una mayor consideración, porque a lo largo de este trabajo se ha intentado deslindar el específico objeto de las tres mencionadas acciones

⁶²⁸ Mientras que el art. 38.2 ET precisa «[...] y su decisión será irrecurrible», el 126 LPL proclama «[...] La sentencia, que no tendrá recurso...»; idéntica expresión que emplea el art. 138.bis.b); mientras que el art. 127 LPL utiliza los términos «contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno».

⁶²⁹ «El recurso de suplicación tendrá por objeto: a) Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión [...]» [art. 191.a) LPL]. Sobre los pormenores de este recurso, véase DE CASTRO FERNÁNDEZ, L. F., «El recurso de suplicación», en AZÓN VILAS, F. V. (Coordinador), *Derecho Mercantil*, Caja Duero (Salamanca, 2004).

⁶³⁰ Ya la STS 10/07/02 (Ar. 9219) advierte que el recurso entablado al amparo del art. 191.a) LPL no puede extenderse a cuestiones ajenas a tales problemas. Acerca de la prueba en esta instancia, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La prueba en los recursos laborales. Interpretación del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral», en *Estudios de Derecho Judicial*, número 63 (2004), págs. 97 y ss.

⁶³¹ Piénsese en un proceso de clasificación profesional de personal estatutario posterior a la entrada en vigor de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco (SSTS 16/12/05 [Ar. 7821] y 16/12/05 [R. 199/04]) o en la inadecuada constitución de la relación jurídico procesal, dado que no se ha demandado a otros trabajadores afectados (STS 14/07/00 [Ar. 9642]).

⁶³² Piénsese en la denegación de una prueba decisiva, propuesta, denegada y protestada; o la falta de solicitud del informe de la Inspección de Trabajo.

constitutivas puras de otros procesos que, aunque puedan tratar sobre *vacaciones* en sentido lato, *clasificación profesional* en sentido amplio o sobre el *ascenso* del artículo 24 ET o, en fin, *permisos por lactancia o reducción de jornada por motivos familiares* genéricamente, no dilucidan aquéllos. Por lo tanto, si bien la sentencia de una específica acción constitutiva pura no puede ser recurrida, la que se dicte en un proceso ordinario se someterá a las reglas generales, que determinarán si cabe o no recurso (artículo 189.1 LPL), y la de conflicto colectivo, en todo caso [artículo 189.1.f) LPL ⁶³³].

§115. Lo más interesante es si, de ser recurrible la sentencia, cabe —de manera indirecta— discutir en suplicación nuevamente lo dilucidado en la instancia (la acción constitutiva ejercitada), o si esta cuestión quedaría vedada a la cognición del Tribunal superior. Desde luego, si el procedimiento seguido ha sido el de conflicto colectivo, porque afectaba al total colectivo de trabajadores o a un colectivo parcial muy importante y su objeto único era fijar la fecha para aquéllos, la respuesta ha de ser afirmativa. La misma respuesta creo que se debe dar a cualquiera de los supuestos en que la tramitación haya de ser por el cauce del conflicto colectivo.

La duda se plantea en el caso de un proceso ordinario, donde se demande algo más que la fecha de vacaciones, el mero ascenso por datos fácticos o la concreción horaria y del periodo de disfrute y, en virtud de las reglas del artículo 189.1 LPL, quepa el citado recurso. No obstante, considero que éste —si es admisible— debe serlo con todas las consecuencias y para todas las cuestiones, sin que pueda restringirse el conocimiento de la Sala por mor de una irrecurribilidad de origen. El motivo determinante de esta postura deriva no sólo de que existen ocasiones en las que la cuestión de su clasificación se resuelve por primera vez, sino de que técnicamente encuentro muy difícil deslindar unas y otras materias o, al menos, motivo para acortar el enjuiciamiento del órgano superior. Habida cuenta de que no es sostenible que el fallo sólo sea recurrible en parte y para ciertos pronunciamientos. De hecho, cuando en un proceso de reclamación dineraria se han acumulado varias acciones de actores diferentes y, por ende, se han dictado tantos pronunciamientos como acciones se ejercitaron, el acceso al recurso se establece en relación a la mayor de las cuantías reclamadas, sin que se valore cuál ha sido la concreta cantidad exigida por cada demandante, examinándose el recurso y los motivos postulados por todas, aunque alguna no supere el límite genérico de 1803,04 euros (artículo 189.1 LPL) ⁶³⁴, pudiendo ocurrir que el Tribunal haya de entrar en los recursos de litigantes cuyo interés no supera aquel límite y, sin embargo, el actor que ejercitaba la acción habilitadora del recurso de suplicación no haya recurrido.

En el ejemplo más sencillo, si lo que se hace es discutir el propio derecho a las vacaciones, al ascenso por la interpretación de una norma convencional o a la reorganización del tiempo de trabajo, debe seguirse el cauce ordinario. En este caso, la sentencia de instancia

⁶³³ «[...] Procederá en todo caso la suplicación: [...] f) Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos [...]» [art. 189.1.f) LPL]. Afirmando (respecto de la solución extrajudicial) que la solución judicial de los conflictos colectivos «ofrecen, aquí y ahora, iguales o mejores “prestaciones” a menor coste», véase MARTÍN VALVERDE, A., «Prólogo» a ROMÁN VACA, E., *El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo*, Civitas (Madrid, 1992), pág. 19.

⁶³⁴ Véase STS 14/05/02 (Ar. 2003/1902), que expresa de existir varios demandantes, la cuantía litigiosa a efectos de la procedencia o no del recurso la determina la reclamación cuantitativa mayor. Siguiendo este criterio, STSJ Galicia 06/07/05 (R. 489/03).

habrá determinado la existencia o inexistencia del derecho en sí mismo y, después, si corresponde, se habrá pronunciado sobre la fecha de vacaciones, la novación clasificatoria o la concreción horaria o reorganización de la jornada. Si se hubiese negado tal derecho y, por lo tanto, no se hubiese pronunciado sobre la cuestión subsidiaria, podría ser que la Sala de lo Social revocara aquella primera decisión, reconociendo el derecho antecedente, y tuviera que resolver cuál es la fecha, la categoría o la adaptación concreta (lo que hará por primera vez). Ahora bien, este planteamiento se puede complicar si el único motivo del recurso se refiere únicamente a la fijación de la propia fecha de disfrute, categoría concedida o a cómo se ha hecho la adaptación; y así, en la conjetura planteada, bien el trabajador, bien el empresario recurre no la primera acción, sino el objeto de la segunda. Hipótesis en la que entiendo que habría de admitirse el recurso y resolver sobre aquéllas como única cuestión; fundamentalmente, porque si el ordenamiento admite el recurso, debe hacerse con todas las consecuencias.

De hecho, esta solución es la que se ha aplicado por la jurisprudencia a supuestos idénticos de clasificación profesional⁶³⁵, que en este concreto punto pudiéramos hacer equivalentes a las otras dos acciones. Ha de recordarse que las sentencias dictadas en el proceso especial de clasificación profesional son irrecurribles conforme a los artículos 137 y 189.1 LPL⁶³⁶, pero en los dos ejemplos citados las acciones se habían tramitado de acuerdo con el proceso ordinario⁶³⁷, dado que el pleito se había residenciado en la interpretación de preceptos⁶³⁸; y, sin embargo, en suplicación el objeto del recurso se restringió a las funciones efectivas desempeñadas y circunstancias en las que se desarrollaban, es decir, a hechos y no a cuestiones jurídicas. Elemento que no impidió que la Sala se pronunciase sobre aquéllas y resolviese el recurso.

§116. Ahora bien, en el caso de una sentencia dictada en el proceso especial de clasificación profesional se podrían abrir dos vías de recurribilidad adicionales: una, relacionada con la acumulación de una acción de condena; y otra, referente a una posible afectación general de la cuestión debatida.

La respuesta a ambos interrogantes es negativa. En cuanto a la primera, porque es indiferente si a la acción especial se acumula o no la acción de condena habilitada en el artículo 39.4 ET⁶³⁹ en cuantía mayor a los 1.803,04 euros; y ello, porque es doctrina consolidada la denegación del recurso de suplicación⁶⁴⁰. Si bien la acción de clasificación profesional y la de reclamación de cantidad son acumulables por permitirlo el artículo 27 LPL, «[...] debe considerarse la primera de ellas como principal y a la segunda como subordinada a aquélla, pues la reclamación de las diferencias salariales se apoya precisamente

⁶³⁵ Véanse SSTSJ Galicia 15/07/04 (R. 2045/03) y 01/07/04 (R. 3116/03).

⁶³⁶ «Contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno» (art. 137.3 LPL) y «Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo las que recaigan [...] en los de clasificación profesional» (art. 189.1 LPL).

⁶³⁷ Véase la nota 137.

⁶³⁸ En el primer supuesto consistía en la consolidación de funciones superiores en las condiciones del Convenio Colectivo de Aluminio Español, SA-Alúmina Española, SA (BOP 23/01/01) y retribución aneja a aquéllas; y en el segundo, el art. 15 del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia y emolumentos correspondientes.

⁶³⁹ Esto es, cuando además del ascenso se pretende el abono de los salarios devengados hasta el momento del ascenso.

⁶⁴⁰ Véanse, entre otras muchas, SSTs 13/11/03 (Ar. 2004/1162); 28/10/02 (Ar. 2003/1376); 30/05/02 (Ar. 7568); y 14/02/01 (Ar. 2520).

en que el demandante entiende que se le ha venido satisfaciendo un salario menor que aquel que le correspondía percibir por los trabajos realizados, y que corresponden a los propios de aquella superior categoría en la que está pretendiendo que se le clasifique. Por ello y *a efectos del recurso que quepa entablar contra la Sentencia de instancia, la acción de reclamación de cantidad debe correr la misma suerte que la principal*⁶⁴¹, es decir, la inadmisión del recurso de suplicación⁶⁴²; porque, en definitiva, en estos supuestos de acumulación de la reclamación de cantidad a la acción de clasificación profesional, «[...] las acciones acumuladas han de ser tomadas en consideración con clara separación entre ellas, por tener autonomía una con respecto a la otra»⁶⁴³, lo que impide la eficacia de la argumentación que pretende el recurso sólo por las consecuencias económicas. Para concluir, afirma el TS⁶⁴⁴, en palabras que no admiten duda alguna, lo siguiente: «no es dable ignorar la manifiesta interdependencia que se advierte entre la acción de clasificación profesional y la de diferencias económicas correspondientes cuando, ambas, se ejercitan conjuntamente. En tales casos, se produce una primacía o preponderancia de la de clasificación profesional que actúa como presupuesto básico, esencial o condición “sine qua non” de la acción reclamatoria de diferencias salariales, ejercitada en función del reconocimiento de la señalada categoría profesional. El ejercicio conjunto de la acción de clasificación profesional y de la de diferencias salariales por el reconocimiento de la nueva categoría laboral configura, a aquélla, como principal y, a la otra, como derivada, *en inevitable posición de dependencia respecto de la primera de ellas, cuya suerte procesal, en todos aspectos, debe correr*»⁶⁴⁵.

Ahora bien, la regla anterior no es aplicable a los supuestos en que sólo se interesen diferencias salariales derivadas de la realización de tareas correspondientes a funciones de categoría superior, cuando «no existe la acción de clasificación provisional encubierta, pues ésta ya fue planteada en otro procedimiento y desestimada en la sentencia», dado que «el debate en nuestro recurso no es el propio del esquema normal de equivalencia o adecuación entre la categoría ostentada y las funciones realizadas, que caracteriza al proceso de clasificación profesional, sino que desestimada la clasificación anteriormente intentada, se reclaman ahora las diferencias retributivas»⁶⁴⁶.

Se ha de recordar que el ejercicio acumulado de dichas acciones no es una consecuencia obligada de la norma⁶⁴⁷, pudiendo ejercitarse ambas de forma no acumulada⁶⁴⁸ y en procesos distintos, en cuyo caso la relativa a diferencias salariales se ventilará mediante el procedimiento ordinario, sujetándose, por entero, al régimen general de los recursos⁶⁴⁹, mientras que la de clasificación profesional se conducirá por medio de la modalidad

⁶⁴¹ Véase STS 02/12/99 (Ar. 9685).

⁶⁴² Véanse, entre muchas otras, SSTS 10/06/02 (Ar. 8136); 02/02/00 (Ar. 408); 27/02/99 (Ar. 2026); 16/02/98 (Ar. 1302); 04/02/98 (Ar. 1441); 29/06/96 (Ar. 5400); 28/05/96 (Ar. 4686); 20/06/95 (Ar. 5213); 17/05/95 (Ar. 3981); 27/03/95 (Ar. 2343); 17/11/94 (Ar. 9223); 05/05/94 (Ar. 3997); 27/04/93 (Ar. 3371); 28/03/94 (Ar. 264); 04/03/94 (Ar. 2058); 15/02/94 (Ar. 10480); 31/01/94 (Ar. 402); 15/12/93 (Ar. 9959); y 14/12/93 (Ar. 9781).

⁶⁴³ Véase STS 29/10/93 (Ar. 8080).

⁶⁴⁴ Véase STS 12/02/93 (Ar.1856).

⁶⁴⁵ Véanse SSTS 30/03/93 (Ar. 2223) y 05/02/93 (Ar. 741).

⁶⁴⁶ Véase STS 05/11/97 (Ar. 8086).

⁶⁴⁷ El art. 39.4 ET dice que «[...] serán acumulables».

⁶⁴⁸ Véase STS 20/03/90 (Ar. 2191).

⁶⁴⁹ Véanse SSTS 15/07/92 (Ar. 5623); 20/10/92 (Ar. 7656); 30/11/92 (Ar. 7860); 30/03/93 (Ar. 2223); 02/04/93 (Ar. 2903); 07/03/93 (Ar. 2919); 21/06/93 (Ar. 4770); 05/11/93 (Ar. 8553); y 17/11/94 (Ar. 9223).

procesal específica y, por ende, será irrecurrible. La diferente naturaleza de las acciones ejercitadas⁶⁵⁰, y la posibilidad implícita de interponerlas al mismo tiempo, aunque en procesos distintos, permite entender que el ejercicio de la acción clasificatoria no interrumpe el plazo de prescripción para solicitar las diferencias retributivas por ejercicio efectivo de trabajos de superior categoría⁶⁵¹. Ello no obsta a entender como imprescriptible la acción de clasificación profesional mientras subsista el ejercicio de funciones de superior categoría, al ser ésta una situación continuada.

§117. El segundo interrogante planteado más arriba (pretender la declaración de afectación general del asunto y dejar expedito el recurso) recibe la misma respuesta negativa a su admisión. Y dos son los argumentos que se han utilizado para vetar el acceso al recurso por esa vía: uno se centra en observar el carácter prevalente de la disposición legal que declara irrecurribles las resoluciones de clasificación profesional tramitadas por la modalidad procesal específica sobre la excepción que permite dicho recurso en supuestos de afectación general⁶⁵²; y otro atiende a precisar el difícil encaje de la afectación general en materias tan singularizadas como las de clasificación profesional. Y es que, aunque «los pleitos de clasificación profesional puedan tener aspectos de alguna generalidad, siempre están *vinculados al trabajo y funciones individuales y efectivamente realizadas por el reclamante*, lo que necesariamente le confiere una individualización y peculiaridad no generalizable»⁶⁵³, eliminando con ello el componente de apreciación notoria que permite abrirse la vía impugnativa⁶⁵⁴, sin que la existencia de una «afectación masiva» desde la óptica subjetiva abra las puertas de la suplicación⁶⁵⁵. Prácticamente todas las resoluciones que entienden inadmisibles la afectación general del asunto unen indisolublemente ambos argumentos⁶⁵⁶.

En esta particular cuestión, la doctrina se ha mostrado contradictoria, mientras que algunos autores (PALOMEQUE LOPEZ, ÁLVAREZ DE LA ROSA, ALONSO OLEA⁶⁵⁷) entienden perfectamente asumible el criterio expuesto por el TS, otros, más críticos con dicha doctrina, han entendido que la excepción general que plantea el precepto puede ser aplicable, con matices, a esta modalidad procesal (GALIANA MORENO, ARIAS DOMÍNGUEZ⁶⁵⁸).

§118. Por último, la posibilidad de interponer *recurso de casación*, sea ordinario, sea para unificación de doctrina, presenta mayores dificultades, si cabe. A este respecto,

⁶⁵⁰ Véase STC 124/1992, de 28/Septiembre, que admite un recurso de amparo por incongruencia omisiva de la resolución de instancia recurrida, dado que la pretensión principal de la actora se dirigió a la percepción de determinadas diferencias retributivas por realización de trabajos de superior categoría, mientras que la resolución recurrida desestima su pretensión de clasificación profesional.

⁶⁵¹ Véanse STCT 06/02/89 (RTCT 1149) y STC 60/1990, de 29/Marzo.

⁶⁵² Véanse SSTS 20/10/93 (Ar. 7848), 20/10/93 (Ar. 7851); 16/03/94 (Ar. 2357); y 20/06/95 (Ar. 5213).

⁶⁵³ Véase STS 28/09/92 (Ar. 6819).

⁶⁵⁴ Véanse SSTS 30/11/92 (Ar. 7860); 27/03/93 (Ar. 2215); 17/05/93 (Ar. 4101); 04/06/93 (Ar. 4540); 28/09/93 (Ar. 7084); 24/09/93 (Ar. 7829); 07/11/93 (Ar. 8695); 10/12/93 (Ar. 9775); 16/03/94 (Ar. 2357); 07/03/94 (Ar. 2209); 21/01/94 (Ar. 360); y 20/06/95 (Ar. 5213).

⁶⁵⁵ Véanse SSTS 10/12/93 (Ar. 9775), 21/01/94 (Ar. 360); 24/02/94 (Ar. 1514); y 07/03/94 (Ar. 2209).

⁶⁵⁶ Véanse SSTS 21/01/94 (Ar. 360); 07/03/94 (Ar. 2209); 10/12/93 (Ar. 9775); y 24/09/93 (Ar. 7829).

⁶⁵⁷ Véanse PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2004), pág. 588; y ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C., *Derecho Procesal del Trabajo*, 8ª edición, cit., pág. 237.

⁶⁵⁸ Véanse MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, Civitas (Madrid, 1998), pág. 152; y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», cit., págs. 199 a 122.

serían proyectables las consideraciones que se han expresado al examinar el recurso de suplicación, con el obstáculo añadido de que o bien el conflicto colectivo tendrá que haber afectado a los trabajadores de una empresa con centros de trabajo en circunscripciones judiciales diferentes⁶⁵⁹, o bien la sentencia dictada haber contradicho otras de TSJ o del TS⁶⁶⁰. En cualquiera de estos casos, la revisión de la clasificación reconocida se produce *mutatis mutandis* en los mismos términos recogidos antes.

§119. Una de las características de las acciones constitutivas es que la sentencia estimatoria obtenida es inejecutable. En este apartado se analizará dicha circunstancia refiriéndose exclusivamente a los fallos constitutivos puros y descartando los complejos, es decir, aquéllos que contemplan una acumulación de acciones de diferente clase⁶⁶¹. El motivo de esta limitación es simple: sería imposible que se hubiese tramitado este proceso especial, si en el suplico se hubiesen acumulado peticiones distintas a la de fijar la fecha de las vacaciones, concretar el horario o el periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por trabajadora víctima de violencia de género o, en fin, un ascenso por ejercicio de funciones superiores y se discutiese sobre algo más que los hechos o las circunstancias en las que se desarrolla efectivamente el trabajo. Con ser cierto lo anterior, se impone una matización muy importante con respecto al ascenso, habida cuenta de que por disposición legal (artículo 39.4 ET) se puede acumular una acción que pretenda el abono de la diferencia salarial generada durante el tiempo en el que se han venido ejercitado las funciones superiores; está sí perfectamente ejecutable, pues es una acción de condena. Sin embargo, la limitación temática, que desde el principio del trabajo se ha afirmado, exige la exclusión en este epígrafe del estudio de la posible acción acumulada⁶⁶², porque —y nada lo obsta— puede suceder que no se reclamen aquellas diferencias, que hubieran sido abonadas o que se decida reclamarlas en otro procedimiento, que seguirá los trámites del ordinario.

Bajo esta perspectiva, se puede afirmar que la sentencia dictada en este proceso no puede ser ejecutada en sí misma —así lo dispone el artículo 521.1 LEC (remisión de la DA Primera.Uno): «No se despachará ejecución de las sentencias [...] constitutivas»—, pues crea una situación nueva (el derecho a disfrutar de sus vacaciones en una fecha determinada, el cambio de categoría o grupo profesional del actor o una reordenación del tiempo de trabajo), cuya efectividad sólo puede ser lograda mediante otro proceso posterior. Piénsese en una situación sencilla: si se estima la demanda de clasificación profesional, se producirá una novación contractual y la declaración del derecho del trabajador a integrarse en una categoría o grupo profesional superior, y el empresario debería respetar dicha decisión judicial y permitir la satisfacción del interés del trabajador (incluyendo la nueva situación en sus nóminas, abonando los salarios correspondientes a partir de ese momento, participación en concursos, etc.), que es lo ordinario. Sin embargo, podría ocurrir que el empresario se negase a dar efectividad a dicha situación y que el trabajador se encontrase

⁶⁵⁹ Caso en el que se abre el recurso de casación ordinario, ya que la Sala de lo Social del TSJ conocerá en primera instancia [arts. 7.a) y 203.1 LPL].

⁶⁶⁰ Procediendo, entonces, el recurso de casación para la unificación de doctrina (arts. 215 y 216 LPL).

⁶⁶¹ Donde se incluyen también la condena en costas o la imposición de multa *ex art.* 97.3 LPL. Con interesantes consideraciones desde la perspectiva de las sentencias laborales colectivas, véase GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996), págs. 140 y ss.

⁶⁶² Estas dos acciones están interrelacionadas, pero son independientes.

ante la duda de cuáles son sus opciones. Más claro se presenta para el caso de las otras dos acciones constitutivas, pues el empresario puede pretender desconocer la fecha fijada o la reordenación del tiempo de trabajo fijando turnos que vulneren aquella resolución o prohibiéndole ausentarse del centro del trabajo.

§120. En este punto quiero diferenciar entre estas dos últimas acciones y la de clasificación profesional, porque en aquéllas cabe la vía de hecho, opción ausente en la de ascenso, al no poderse realizar ningún comportamiento que configure la nueva categoría⁶⁶³. En aquéllas, ante imposibilidad de acudir a un proceso ejecutivo subsiguiente, al trabajador se le abren dos posibilidades claras para lograr la efectividad de esa resolución: una, es la vía de hecho, esto es, llegada la fecha o el tiempo que coincide con su permiso de lactancia reconocido o con el periodo de reducción, el actor se tomaría las vacaciones o abandonaría su lugar de trabajo, aun contra la voluntad del empresario. El peligro de este comportamiento sería que el empresario podría despedirlo disciplinariamente basándose en alguna de las causas previstas las letras «a» o «b» del artículo 54.2 ET⁶⁶⁴. La primera es complicado que pueda esgrimirse por el empresario válidamente, dado que la ausencia del trabajador sí estaría justificada (tiene una sentencia firme a su favor que fundamenta su actitud); sin embargo, la segunda puede ofrecer un grave riesgo para el trabajador, porque en situaciones equivalentes (entiéndanse las contempladas por el artículo 50 ET) aquél tiene la obligación de continuar la prestación de servicios hasta que la sentencia estimatoria sea firme⁶⁶⁵, a salvo casos excepcionales⁶⁶⁶. Y la verdad es que la negativa del empresario no a que disfrute sus vacaciones, sino a que lo haga en la fecha fijada judicialmente considero que no integra ninguno de esos casos excepcionales. Por lo tanto, en un plano hipotético, si el trabajador se tomase las vacaciones o alterase su horario o jornada en contra de las órdenes tajantes del empresario⁶⁶⁷, el despido por desobediencia adquiriría fuerza. Esto no significa que el asalariado quede inerte frente a la postura de su empleador, ya que este comportamiento permitiría —para el caso de interesarle— la resolución del contrato por el cauce del citado artículo 50.1.c) ET⁶⁶⁸ y la transformación de su derecho a las vacaciones o a la reorganización del tiempo de trabajo en una compensación dineraria. El *quid* del asunto residirá en si concurre o no fuerza mayor justificativa de ese incumplimiento por parte del empresario, lo que exigirá un denuedo extra, dada la condena firme que fortalece la posición del empleado, sobre todo si el proceso se entabló para luchar contra la fijación unilateral empresarial.

Como argumento adicional *a contrario sensu*, podría traerse a colación lo que se indicó al hilo de los hechos constitutivos de la demanda y, más exactamente, sobre el «desacuerdo», porque se calificaba como improcedente el despido del trabajador, que había

⁶⁶³ O, al menos, es difícilmente imaginable.

⁶⁶⁴ «Se considerarán incumplimientos contractuales: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia [...] b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo» [art. 54.2.a) y b) ET].

⁶⁶⁵ Véanse SSTs 22/10/86 (Ar. 5878); 26/11/86 (Ar. 6516); 12/07/89 (Ar. 5461); 18/07/90 (Ar. 6425); 23/04/96 (Ar. 3403); 11/03/98 (Ar. 2561); y 08/11/00 (Ar. 2001/1419); y ATS 24/05/00 (Ar. 4629).

⁶⁶⁶ Esto es, aquéllos en que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento.

⁶⁶⁷ Y deben haberlo sido, ya que debe contradecir el tenor de una sentencia.

⁶⁶⁸ «Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: [...] c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor [...]» [art. 50.1.c) ET].

comunicado a la empresa su deseo de tomarse vacaciones a partir de una fecha determinada unilateralmente, pero donde la empresa no había formulado oposición alguna⁶⁶⁹. Todo lo cual significa que si la empresa hubiere manifestado su oposición, el despido habría de calificarse como procedente, como se ha hecho en otras situaciones⁶⁷⁰.

§121. La otra posibilidad (que es la única que se ofrece en el caso de la acción de clasificación profesional) es acudir a un nuevo proceso, ahora de condena, donde se pretenda el cumplimiento de la resolución judicial, porque la decisión constitutiva se agota en la creación, modificación o extinción que se pretendía. Este proceso no puede ser ya el especial de clasificación profesional, sino el ordinario, previsto en la LPL. En él, el suplico de la parte actora consistirá en solicitar del órgano judicial la adopción de las medidas precisas para asegurar la eficacia de lo acordado con carácter firme en una sentencia anterior; y entre sus hechos constitutivos se encontrará la sentencia constitutiva antecedente; limitándose los motivos de oposición del demandado. En definitiva, se busca dar debido cumplimiento a la decisión anterior y satisfacer la cosa juzgada material⁶⁷¹.

§122. Además, es perfectamente acumulable una pretensión de indemnización de daños y perjuicios causados, que estimarían ya la pérdida de la fecha de vacaciones, concursos⁶⁷² o compañía con el familiar, ya la tensión y esfuerzo adicional al que se ha exigido al trabajador para disfrutar de un derecho innato a la relación. Aparte de que debido a lo limitado de los plazos en los que se desarrolla el proceso de vacaciones (dos meses de antelación⁶⁷³), la sentencia se habrá dictado en días muy próximos al disfrute pretendido y que la nueva resolución con gran probabilidad se obtendrá pasada ya la crítica fecha. Los criterios para cuantificar la indemnización son variados, desde gastos adelantados de hoteles, viajes, salarios o primas no abonadas, cuando ya son líquidos, etc., hasta perjuicio moral o pérdida de determinadas plazas, en su caso.

Todo ello al margen de la comunicación que el empleado puede realizar a la Inspección de Trabajo a fin de que se impongan las sanciones correspondientes, habida cuenta que su comportamiento puede calificarse como infracción grave⁶⁷⁴ o, incluso, muy grave⁶⁷⁵. Ha de recordarse que los artículos 1.1 y 2 LISOS, fijan el principio de legalidad y la responsabilidad del empresario en materia laboral. Como aplicación de los mismos, el artículo 7.5 LISOS prevé expresamente que «son infracciones graves: [...] 5. [...] la transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de [...] vacaciones [...] a que se refieren los artículos [...] 38 del Estatuto de los Trabajadores»; mientras que el artículo 7.10

⁶⁶⁹ Véanse SSTSJ Madrid 02/04/01 (AS 2327); Andalucía/Málaga 21/06/96 (AS 1763); y Castilla-La Mancha 16/02/98 (AS 1067).

⁶⁷⁰ Más claramente véase STSJ Cataluña 26/10/93 (AS 1994/2892), donde el trabajador toma sus vacaciones contra la voluntad empresarial.

⁶⁷¹ Véase BOTANA LÓPEZ, J. M., *La Acción Declarativa, en especial en los Procesos de Trabajo y Seguridad Social*, 1ª edición, cit., págs. 193 y ss.

⁶⁷² Piénsese en un trabajador de RENFE, que precisase de una determinada categoría para concursar a determinadas plazas, y que debido a la retención de su empleador pierda aquel concurso.

⁶⁷³ Pero tampoco tiene por qué ser mucho mayor.

⁶⁷⁴ Podrían ser castigadas «[...] con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros» [art. 40.1.b) LISOS, actualizado con arreglo al art. único del RD 306/2007, del 02/Marzo].

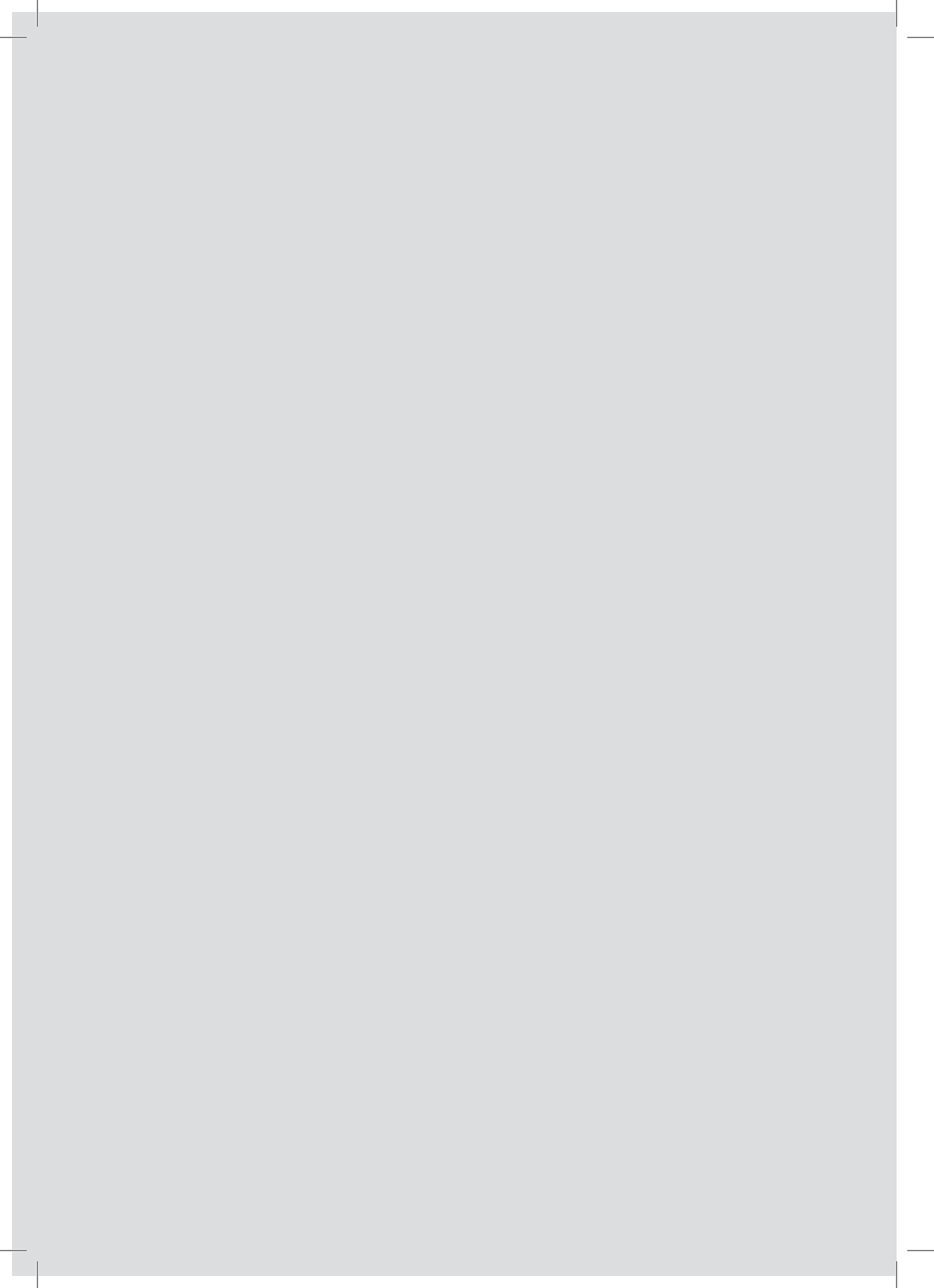
⁶⁷⁵ Que permitan sancionarlas «[...] con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros» [art. 40.1.c) LISOS, actualizado con arreglo al art. único del RD 306/2007, del 02/Marzo].

LISOS dispone, a su vez, que «son infracciones graves: [...] 10. [...] los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente», en el que se podría incluir el ascenso por sentencia firme, o la reordenación de su tiempo de trabajo⁶⁷⁶. No obstante, su calificación como infracción muy grave, pudiera ser excesiva y artificiosa, pues el comportamiento contumaz a la efectividad de la nueva categoría sólo podría integrarse —muy tangencialmente— en el artículo 8.11 LISOS, que incluye entre las infracciones muy graves «los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la [...] consideración debida a la dignidad de los trabajadores».

⁶⁷⁶ El art. 4.2.b) ET señala que «en la relación de trabajo, los trabajadores tiene derecho: [...] a la promoción y formación profesional en el trabajo».

CAPÍTULO TERCERO

Las acciones constitutivas «complejas» en los procesos laborales



I. DELIMITACIÓN, ACUMULACIÓN Y SUPUESTOS

A) DELIMITACIÓN CRÍTICA

§123. Si en el Capítulo anterior se han examinado las llamadas acciones «puras», corresponde ahora tratar otras, también constitutivas, a las que he considerado llamar «complejas», pues son hipótesis en las que se entremezclan pretensiones constitutivas y de condena, o declarativas y de condena. Esta denominación precisa de una aclaración terminológica, porque habitualmente el epíteto utilizado para calificarlas es el de «mixto». Yo he preferido, empero, emplear la calificación de «complejo» por dos motivos, que adelantarán el desarrollo de este apartado: primero, porque, aunque ambos términos pudieran parecer sinónimos, no lo son⁶⁷⁷, y aquél ofrece un matiz, que, a los fines de este trabajo, será fundamental⁶⁷⁸; y segundo, porque he querido remarcar el hecho de que no estamos ante una nueva categoría de acciones, añadida a las tres clásicas, sino ante un conjunto de acciones de diversa naturaleza acumuladas obligatoriamente⁶⁷⁹.

Encontrar presentes en un mismo proceso acciones de diversa naturaleza plantea al intérprete la cuestión —evidentemente— de si lo que se ejercita es una sola acción, pero bifronte o de naturaleza dual, o más bien se trata de dos acciones acumuladas, diferentes, pero vinculadas legalmente. En mi opinión, la última conjetura aventurada es la correcta, dado que las categorías de acciones han de admitirse como puras⁶⁸⁰, de manera que cada una será de naturaleza constitutiva, declarativa o de condena, sin participar en los rasgos de las otras. En consecuencia, en los escasos momentos en los que se aprecien en una concreta pretensión⁶⁸¹ aspectos correspondientes a diferentes categorías, habrá de considerarse una acumulación de acciones diferentes, al amparo de una única demanda⁶⁸², más que de una

⁶⁷⁷ Mientras mixto se define como «formado por varios elementos que se mezclan para componer otro», de lo complejo se dice «que se compone de elementos diversos». Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa-Calpe (Madrid, 2001), págs. 1517 y 605.

⁶⁷⁸ Pues una de sus acepciones es «conjunto o unión de dos o más cosas» (véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, cit., pág. 605), lo que no implica la formación de un elemento nuevo y permite diferenciarlos.

⁶⁷⁹ Aspecto éste que ya se ha adelantado en el § 45 del Capítulo anterior, al tratar la acumulación de acciones.

⁶⁸⁰ Al menos, en Derecho español.

⁶⁸¹ Entendida como acto, que consiste en afirmar una acción y pretender, por tanto, una concreta tutela jurisdiccional. Véase DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil Tomo II*, 3ª edición, CERA (Madrid, 1994), pág. 40.

⁶⁸² Que es quien dotará de nombre a la institución procesal compleja (demanda de despido, demanda de resolución del contrato, etc.).

sola acción de naturaleza mixta, que es del todo inexistente —de ahí que haya evitado adjetivarlas como tales—. Esta afirmación se hace bajo los dos siguientes parámetros: uno, la demanda se entiende como el vehículo formal de la pretensión y, por ende, de la acción, pudiendo calificarse como el acto procesal por el que el actor afirma una o varias acciones⁶⁸³; y dos, es cierto que no puede hablarse de acumulación de acciones en el sentido del artículo 27 LPL⁶⁸⁴, pues ésta exige una decisión voluntaria, que aquí está ausente, pero más adecuadamente pudiera hablarse de una acumulación legal y obligada; aquélla que prevé el artículo 73.3 LEC, al expresar que «se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados». En otras palabras, concurre complejidad, que implica la unión o conjunto de diversos elementos diferenciables, diversos aspectos distinguibles de por sí, aunque inescindibles por imperio de la ley; y, sin embargo, no lo hace mixtura, que conlleva la creación de un nuevo elemento por la unión de aquellos que lo forman. El primer término permite seguir hablando de tres únicas categorías de acciones, mientras que el segundo conllevaría una cuarta, cuya supuesta existencia impugnamos decididamente.

Los argumentos en que fundamento esta teoría bien pudieran denominarse «utilitario» y «legalista», porque uno responde a la búsqueda de claridad en las categorías científicas; y el otro, a la regulación legal que sobre la materia se ha realizado. Frente a ambos, pueden oponerse reticencias de alguna entidad, aunque —como veremos— todas ellas resultan salvables.

§124. Motivo «utilitario» es el de que la participación en una acción de características pertenecientes a otra categoría haría imposible clasificarla por su naturaleza, habida cuenta de que su distinción se fundamenta sólo en dos rasgos (fecha de efectos y ejecutividad), de modo que la mezcla impediría poder discriminarla, con la consiguiente confusión científica.

Dialécticamente, puede esgrimirse que no necesariamente han de existir tres clases de acciones, cabiendo la creación una cuarta categoría, la mixta. Sin embargo, esta razón es endeble en sí misma, pues piénsese en una supuesta acción —como la de resolución de contrato⁶⁸⁵— resultado de mezclar efectos constitutivos y de condena, en la que el efecto de vencer en su ejercicio determinará, por un lado, la creación de una situación jurídica inexistente (extinción del vínculo laboral y una indemnización a favor del trabajador); y por otro, esta decisión es perfectamente susceptible de compulsión (ejecutiva). Dicho de otro modo, estamos definiendo una acción de condena pura⁶⁸⁶, ya que precisamente son estos dos rasgos los que permiten diferenciarla de otra constitutiva o, incluso, declarativa. No obstante, podría contraargumentarse que en esa acción convive un aspecto puramente constitutivo —e inejecutable—, cual es la extinción del contrato de trabajo, con otro de condena puro —y ejecutable—, pero, en primer lugar, esa circunstancia también concurre en

⁶⁸³ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 3ª edición, cit., pág. 41.

⁶⁸⁴ «El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos» (art. 27.1 LPL).

⁶⁸⁵ O como la que es objeto de este estudio.

⁶⁸⁶ Y la acción de resolución se califica como constitutiva típica; entre otras, STC 209/2005, 18/Julio; y STS 08/11/00 (Ar. 2001/1419).

la acción de despido (artículo 54 ET⁶⁸⁷) y nadie se plantea su condición de acción mixta⁶⁸⁸; y, en segundo lugar, hablar de rasgos, aspectos o atributos que deslíen la esencia clara de una acción responde a un afán enredador frente a una solución mucho más sencilla: aceptar que determinadas demandas son complejas y pretenden un pronunciamiento constitutivo y otro de condena, vinculados inseparablemente el uno al otro, a veces independiente y a veces no.

Aparte de que científicamente sólo existen tres clases de acciones, pues así se ha considerado desde que WACH⁶⁸⁹ formuló su teoría al respecto, y mantenido a lo largo de un siglo largo. De hecho, se ha llegado a afirmar que «las tentativas hechas para ampliar el cuadro de las tres pretensiones fundamentales no parecen, en efecto, merecedoras de ser acogidas»⁶⁹⁰; situación ratificada por la jurisprudencia⁶⁹¹.

§125. Motivo «legalista», por su parte, es el relativo a la distinción que se hace siempre por la LPL, al considerar estas acciones aparentemente mixtas, entre el pronunciamiento constitutivo (extinción del contrato o configuración de la nueva categoría, por ejemplo) y el de condena (indemnización por despido o salarios de la categoría superior, por ejemplo); y así, cuando se prevé la acción resolutoria típica (artículo 50 ET), se distingue el efecto constitutivo («1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato [...]») de la condena («2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente»); o también, en el supuesto de la acción de clasificación profesional (artículo 39.4 ET), entre el constitutivo («[...] el trabajador podrá reclamar el ascenso [...]») y el de condena («[...] sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente [...]»)⁶⁹². Y enlazado con el anterior, en la sentencia estimatoria que se obtenga, y que —desde luego— participa de la naturaleza de la acción

⁶⁸⁷ «El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido [...]» (art. 54 ET), aunque de forma alternativa. Esta afirmación requiere de un pequeño excurso, ya que en la acción de despido el trabajador pretende su declaración como improcedente y que se condene al empresario a optar por readmitirlo o por indemnizarlo, aunque esta segunda acción lleva aparejada la extinción del vínculo. Lo anterior llevaría a calificar dicha acción como de condena; empero, podría plantearse si no es una acción mixta alternativa, pues si el empresario elige la indemnización, en realidad, la acción se habrá convertido en una de carácter constitutivo; salvo que consideremos que lo único que se hace a través de ella es cuantificar el coste para el empresario de una resolución unilateral injustificada y, por ende, se está convalidando —con su correspondiente compensación— la decisión de despedir —acción declarativa—. Sobre como «fuente inagotable de problemas que demandan la atención permanente del jurista», véase GÁRATE CASTRO, J., «Presentación», en GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor "honoris causa" por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad (Santiago de Compostela, 1997), pág. 12.

⁶⁸⁸ Aunque —en realidad— en una hipótesis es el trabajador el que extingue la situación judicialmente y en la otra el trabajador quien reacciona frente a una decisión del empresario.

⁶⁸⁹ Véase WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América (Buenos Aires, 1977), pág. 32.

⁶⁹⁰ Véase GUASP, J., *La pretensión procesal*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 1981), pág. 79. Siquiera algún autor ha precisado que las anteriores categorías atienden al *objeto material* al que van referidas y que si nos centrásemos en el *objeto procesal* habría de añadirse a las anteriores, la «de aseguramiento o medidas cautelares»; en este sentido, PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil (Primera Parte)*, 1ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1964), pág. 83.

⁶⁹¹ Véase STS 30/06/64 (Ar. 3909), que confirma el carácter cerrado de la tripartición, al afirmar que todas las existentes han de subsumirse en alguna de las tres.

⁶⁹² Algo que con mucha mayor claridad se verá en la acción de resolución ejecutiva, donde se recoge cada acción en un párrafo y letra diferente.

ejercitada, se obtendrán pronunciamientos separados para cada acción (creación de una nueva situación jurídica e indemnización) contenida en la demanda.

Sin embargo, pudiera postularse que esa situación jurídica no es tal, ya que existen supuestos legales en los que sí se diferencian claramente dos acciones (piénsese, entre los ejemplos aportados, en la de clasificación profesional), de distinta naturaleza y con la afirmación de que tanto una como otra son potestativas e independientes⁶⁹³ y, por ello, no necesariamente el ejercicio de una demanda de ascenso acompañará a otra de salarios y viceversa. Tan es así que la interposición de una demanda de clasificación profesional no interrumpe el plazo de prescripción para la reclamación salarial correspondiente⁶⁹⁴; y si a aquella inicial acción se hubiese acumulado otra por diferencias salariales correspondientes al trabajo de superior categoría realizado, no se interrumpiría la de las de condena referidas a diferencias salariales posteriores al ejercicio de aquella primera acción⁶⁹⁵. Esto mismo ocurrirá en el supuesto de la acción por cesión ilegal (artículo 43.4 ET⁶⁹⁶), donde el trabajador puede limitarse a instar su condición de fijo en una de las dos empresas, pero podría acumular esta acción a otra que pretende el abono de las diferencias salariales generadas desde el inicio de la cesión ilegal, entre lo que ha percibido y lo que debería haber percibido⁶⁹⁷. Mientras que existen otros supuestos en que, aunque de reconocimiento separado, no se permite legalmente su ejercicio independiente, porque se impele un pronunciamiento judicial tanto sobre el aspecto constitutivo (resolución del contrato, declaración de mejor derecho) como sobre el de condena (indemnización correspondiente, cobro anticipado).

Frente a esta aseveración —por otro lado, constatable—, bien podría argüirse que la diferencia entre unos y otros radica, ante todo, en que todos aquellos que exigen el ejercicio conjunto aluden a extinciones de la relación laboral y que, por tanto, ya no existirá posibilidad de reconducir la situación o de compensar dichas cantidades con otras ventajas en el decurso de aquélla; y además, responden —precisamente por significar una ruptura— a un intento tuitivo del legislador para evitar abusos postreros por parte del empresario⁶⁹⁸. Aparte de que siempre prevén una indemnización —acción de condena— tasada, sin posibilidades de alteración. En definitiva, nos encontramos ante una acumulación obligada legalmente, admitida expresamente en el citado artículo 73.3 LEC⁶⁹⁹ y que —a los efectos

⁶⁹³ Así el art. 39.4 ET señala «[...] sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial».

⁶⁹⁴ Véanse STCT 06/02/89 (RTCT 1149) y STC 60/1990, de 29/Marzo.

⁶⁹⁵ Véanse SSTs 08/05/95 (Ar. 3751); y 20/09/96 (Ar. 6578).

⁶⁹⁶ «Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal» (art. 43.4 ET).

⁶⁹⁷ Véanse SSTs 03/02/00 (Ar. 1600) y 21/03/97 (Ar. 2612); y STSJ Galicia 14/12/06 (R. 5062/06).

⁶⁹⁸ De ahí que «una de las especialidades de este ordenamiento frente al civil es la regulación y tratamiento de las indemnizaciones, que en el ámbito de las relaciones laborales, se objetivan en un doble sentido: su procedencia viene fijada legalmente y no en función de la existencia de unos perjuicios sufridos, teniendo el trabajador derecho a la indemnización legalmente establecida, aún en el supuesto de no habersele producido perjuicio alguno en la realidad de un caso concreto. Por otra parte la cuantificación del importe de las indemnizaciones viene prefijada, bien por norma legal o de convenio colectivo, bien por pacto entre partes y tal cuantía no puede ser objeto de compensación más que en los casos legalmente previstos, cual ocurre con los llamados salarios de tramitación» (STS 16/11/04 [Ar. 8099]).

⁶⁹⁹ «Se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados» (art. 73.3 LEC).

argumentativos— podemos trasladar aquí⁷⁰⁰. Como último apunte, no cabe olvidar que en el caso de la tercería de mejor derecho se afirma por la jurisprudencia —de manera clara— que se están ejercitando dos acciones diferentes acumuladas⁷⁰¹, aunque deban impelerse bajo el mismo vehículo formal (demanda) para ser resueltas en la misma Sentencia —evitando dividir la continencia de la causa—, pero de manera separada.

En esta idea abunda la jurisprudencia dictada acerca de la ejecución parcial (artículo 240 LPL⁷⁰²), afirmándose que la expresión «pronunciamientos no impugnados» constituye la piedra de toque para determinar si procede o no aquélla, pero valorando caso por caso esa posibilidad⁷⁰³. Y así, esta línea diferencia —en materia de despidos— entre los contenidos de la condena de readmisión, indemnización o salarios de tramitación⁷⁰⁴. No obstante, no se trata de diversos contenidos de la misma condena, sino más adecuadamente de acciones diversas, autónomas y, como se aprecia, de ejecución independiente; sin que la jurisprudencia divergente⁷⁰⁵ sea óbice a esa conclusión, pues más se relaciona con las implicaciones mutuas de las acciones (interconexión) que con discrepar de su planteamiento de base. En realidad, esa doctrina corrobora —dialécticamente— lo que se ha mantenido hasta ahora, esto es, que no existen acciones mixtas, sino acciones complejas, supuestos de acumulación legal, explicándose así cuál sea el título de este Capítulo.

§126. También podría señalarse —en directa relación a la terminología utilizada— que la expresión «acción mixta» no es ajena a la realidad legislativa, porque si actualmente no se emplea en las normas procesales, sí fue recogida en nuestra segunda LEC; y así, el artículo 62.4^a, disponía literalmente: «fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores se seguirán las siguientes reglas de competencia: [...] 4^a En los juicios en que se ejerciten *acciones mixtas*, será Juez competente el del lugar en que se hallen las cosas o el del domicilio del demandado, a elección del demandante». Pero esta nomenclatura no se refiere al mismo aspecto que aquí tratamos, pues, aparte de tratarse de una norma relativa a la competencia territorial, opone acciones personales, reales (sobre

⁷⁰⁰ DA Primera. Uno LPL. Sobre las interacciones entre ambas, véase DE CASTRO FERNÁNDEZ, L. F., «Notas acerca de algunas consecuencias derivadas de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 sobre la Ley de Procedimiento Laboral», en *Información Laboral*, núm. 7, Lex Nova (Valladolid, 2001).

⁷⁰¹ Véanse SSTSJ Extremadura 13/05/97 (AS 1386); y Galicia 24/03/06 (R. 5991/05).

⁷⁰² «Podrá ejecutarse parcialmente la sentencia, aunque se hubiere interpuesto recurso contra ella, respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubieren sido impugnados» (art. 240 LPL).

⁷⁰³ Véase STS 24/06/97 (Ar. 4943); y STSJ Cataluña 16/05/00 (AS 2624).

⁷⁰⁴ Véase STSJ Asturias 20/02/95 (AS 34), que estima la reclamación de ejecución parcial en el supuesto de sentencia impugnada en suplicación por los trabajadores, donde la empresa acepta la calificación de los despidos como improcedentes y opta por la indemnización; la reclamación en suplicación por los trabajadores se limita a la indemnización y no afecta a los salarios de tramitación, por lo que estima el Tribunal que es posible la ejecución de los pronunciamientos de condena sobre los salarios de tramitación. Acerca de la controvertida naturaleza jurídica de estos últimos, véanse GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL (Madrid, 1994), págs. 55 y ss; y RON LATAS, R. P., «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. Ahora a propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 diciembre 2002», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 7 (2003), págs. 727 y ss.

⁷⁰⁵ Véase STSJ Cataluña 04/05/00 (Ar. 2617), que rechaza la ejecución parcial en condena por despido improcedente con opción empresarial por la indemnización cuando el trabajador recurre la cuantía de la indemnización; y dado que el artículo 111 c) LPL permite al empresario alterar la opción si se aumenta en suplicación la cuantía de la indemnización, se estima por el Tribunal que la ejecución podría afectar al derecho empresarial al cambio de opción.

bienes muebles e inmuebles) y mixtas; haciendo uso del nombre —acción mixta— sin precisión ni calificación, dado que cualquiera de las cuatro puede serlo declarativa, de condena o constitutiva⁷⁰⁶. Esto es, la acción mixta del artículo 62.4ª LEC/1881 no es la que aquí tratamos, sino otra diferente y perteneciente a una taxonomía distinta.

Estos dos argumentos (norma de competencia territorial y concepto diferente) se ven corroborados al investigar el origen de esta norma, ya que este precepto fue copiado —con ligeras modificaciones— del artículo 308 Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15/09/1870, que a su vez concordaba con el artículo 5 LEC/1855, y éste con la Ley 32ª, Título 2º, Partida 3ª; y Ley 13ª, Título 1º, Libro 5º, de la Novísima Recopilación; todos los cuales eran preceptos que «establecen las reglas generales de competencia para los casos en que las partes no se hayan sometido expresa ni tácitamente a un juez, cuya jurisdicción sea prorrogable conforme a lo prevenido en los artículos que preceden»⁷⁰⁷; y, más aún, si se leen esas dos Leyes históricas, se advierte claramente que el sentido de acción empleado no es el moderno o decimonónico, sino el clásico o romano, esto es, «la naturaleza de la acción se determine por la naturaleza del derecho. Así es, que cuando reclamamos un derecho *real*, será también real la acción que para ellos ejercitamos; si el derecho es *personal*, la acción será igualmente personal; y cuando el derecho participe de una y otra naturaleza, la acción será *mista*»⁷⁰⁸. En realidad, se está fijando la competencia territorial a través del tipo de derecho tutelado, según la clasificación realizada por las normas sustantivas entre derechos reales y personales; y una tercera categoría, denominada mixta, que se identifica con «aquella en que se ejercita un derecho real, pero no absoluto é independiente, contra persona obligada á su satisfacción y cumplimiento. En esta clase de acciones enumeran los autores las tres llamadas de *familiae erciscundae*, *comuni dividundo*, y *finium regundorum*. También suelen colocar en esta clase la querrela de inoficioso testamento [...]»⁷⁰⁹.

Como se sabe, esta terminología civilista no es más que el reflejo en un plano sustantivo de la romana, porque la distinción entre derechos reales y personales tiene su origen doctrinal en el primer período del derecho europeo intermedio; serán los glosadores quienes empleen por primera vez las expresiones *ius in re* y *ius in personam*, trasladando a un plano sustantivo la terminología procesal de las fuentes jurídicas romanas, en las que aparece contrapuesta la acción real (*actio in re*) a la personal (*actio in personam*). Sin embargo, no puede olvidarse que para el Derecho Romano el orden jurídico es un sistema de acciones típicas para cada situación jurídica, de tal manera que plantea la diferenciación entre las relaciones jurídicas reales y las de obligación desde una perspectiva procesal y no sustantiva⁷¹⁰, porque

⁷⁰⁶ Por ejemplo, la acción de divorcio será personal y constitutiva, mientras que la de nulidad lo será personal y declarativa. O una acción reivindicatoria sobre una finca, que acaba de comprarse, será real sobre bien inmueble, pero —a la vez— también declarativa y de condena

⁷⁰⁷ Véase MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 con los formularios correspondientes a todos los juicios*, 5ª edición, Reus (Madrid, 1928), pág. 243.

⁷⁰⁸ Véase MANRESA y NAVARRO, J. M., MIQUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, 1ª edición, Imprenta de la Revista de Legislación (Madrid, 1856), pág. 7.

⁷⁰⁹ Véase MANRESA y NAVARRO, J. M., MIQUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, cit., pág. 10.

⁷¹⁰ Acerca de todo ello, véase FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, 1ª edición, CERA (Madrid, 1991), págs. 29 y 30.

—para los romanos— no había derechos, sino acciones tuitivas; pero —obviamente— en un sentido diverso del aquí mantenido, dado que nuestra diferenciación, aunque reflejo de un derecho sustantivo, es ya genuinamente procesal y —como ya apuntábamos antes— se refiere a conceptos distintos, donde la palabra «mixta» (más bien, «compleja») manifiesta la combinación de rasgos constitutivos, declarativos o de condena, pero independientemente de si estamos ante un derecho real —imposible de articular en el plano laboral— u obligacional —categoría ante la cual estaremos ineludiblemente—.

§127. Directa consecuencia de todo este planteamiento es determinar cuál de las dos acciones es la predominante y la que, a la postre, va a calificar su naturaleza. Si se considera que lo fundamental es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o de un estado, entonces su carácter será constitutivo; pero si, por el contrario, se estima que lo básico es pretender que el Juzgador ordene al demandado realizar una prestación (hacer, dar o no hacer algo), lo será de condena. Ello exigirá examinar una por una todas las acciones complejas para efectuar dicha operación.

Quizás la última resistencia que pudiera hacerse a esta teoría sería el mantener que no hay dos acciones independientes, desde el punto y hora en que la estimación de la acción constitutiva conlleva la de la segunda; y ello, sin posibilidad de rechazar la primera y estimar la segunda o viceversa.

Pero se trata de una afirmación que no resulta del todo cierta, porque si bien la desestimación de la primera sí arrastra la de la segunda, no necesariamente lo hace al revés (o, al menos, no de manera total). Porque pudiera ocurrir que ejercitada la acción de resolución, el empresario pagase la indemnización correspondiente e, incluso, salarios de tramitación⁷¹¹, y el trabajador quisiese una declaración judicial imputándole al empresario alguno de los incumplimientos previstos en el artículo 50 ET, estimando la sentencia la acción rescisoria, pero desestimando en parte la de condena. Por lo tanto, se ve que cada una de las acciones está sometida a las mismas condiciones que las llamadas puras (hechos constitutivos, extintivos, excluyentes e impeditivos).

Además, la pendencia de una acción de la otra, no empece a su independencia o sustancialidad, sino que es explicable a través de la idea del antecedente lógico (o «cuestión prejudicial interna»⁷¹²), ya que de la misma manera que sólo se pueden reconocer diferencias salariales a quien previamente haya sido declarado víctima de cesión ilegal —una acción que, según lo expuesto antes, era independiente legalmente—, no podrá cobrar el sueldo mayor de la cesionaria, aquél que no haya obtenido un pronunciamiento judicial sobre aquélla⁷¹³; en los supuestos de resolución de contrato, se exige que, primero, se

⁷¹¹ Lo que pudiera ser difícil de articular, porque en el caso de los salarios de tramitación no existe un precepto equivalente al art. 56.2 ET, aunque atendiendo a que en esta hipótesis es el trabajador el que quiere rescindir el contrato y el empresario con su pago la acepta podría plantearse su limitación. Sin embargo, teniendo en cuenta que ha sido el empleador el que ha provocado la situación determinante de esta decisión extrema, no parece aceptable que se beneficie de una ventaja de este tipo. Acerca de la evolución de la legitimación para reclamar esos salarios de tramitación, véase RÓN LATAS, R. P., «Apuntes sobre la historia de la legitimación para reclamar salarios de tramitación al Estado», en *Revista Gallega de Derecho Social*, t. II (1997), págs. 157 y ss.

⁷¹² Véanse SSTS 19/11/02 (Ar. 2003\1917) y 27/12/02 (Ar. 2003\1844); y STSJ Galicia 14/12/06 (R. 5062/06), que al hilo de un asunto sobre cesión ilegal, utilizan esta denominación para referirse a cuestiones jurídicas sociales que son antecedente lógico de la decisión.

⁷¹³ Con la única excepción de que ya no subsista la relación laboral —porque se ha producido su despido— y entonces se haga en la misma sentencia de reclamación salarial (SSTS 16/02/89 [Ar. 874]; 13/12/90 [Ar. 9782]; 19/01/94 [Ar. 352]; y 21/03/97 [Ar. 2612]).

acierta a reconocer la concurrencia de las condiciones necesarias para extinguir el contrato y, después, se fije la condena pecuniaria.

B) ACUMULACIÓN DE ACCIONES CONSTITUTIVAS

§128. De lo expuesto hasta este momento podemos extraer una consecuencia clara: la presencia de diversas acciones en un asunto no determina *per se* la existencia de una acción compleja, sino que este carácter sólo se atribuirá cuando aquélla responda a una imposición legal, esto es, cuando concorra una acumulación que podríamos denominar obligatoria. Ya se ha visto en el Capítulo Segundo de esta obra que la acumulación es una institución que también está presente al ejercitar acciones puras y simples, pero la diferencia es que mientras en ésta la presencia de varias acciones nace de la voluntad del demandante, en las complejas lo hace por fuerza o necesidad extrañas a aquélla o, más exactamente, por imperio de la ley. Ello nos permitirá diferenciar entre los supuestos de acumulación voluntaria y obligada, que será el criterio que habilitará la división entre las acciones constitutivas en dos grupos y, por ende, en dos Capítulos, cuando en realidad su naturaleza no se ha visto alterada.

1) Voluntaria

§129. Aunque la figura de la acumulación voluntaria se recoge en el artículo 27.1 LPL⁷¹⁴, con las exclusiones expresadas en su párrafo segundo, para estos efectos, habremos de referirla a las tres acciones ya estudiadas (vacaciones, clasificación profesional y de concreción o del periodo de disfrute) con las fuertes limitaciones que imponen sus cogniciones limitadas: en el supuesto de la acción de vacaciones, sólo puede citarse el litisconsorcio activo inicial; en la de clasificación, la reclamación salarial correspondiente; y en la de concreción horaria o del periodo de disfrute, sería impensable la figura.

2) Necesaria

§130. Esta categoría, que bien pudiera tener su apoyo legal en los artículos 73.3 LEC o 240 LPL, responde a la necesidad de encuadrar, sin alterar la clasificación trimembre, los supuestos en que se advierte la presencia de varias acciones de distinta naturaleza (la principal, constitutiva), claramente diferenciables, pero inescindibles. Este rasgo es el que diferencia la resolución del contrato, por ejemplo, frente a la acción de clasificación profesional, ya que mientras en ésta puede o no ejercitarse la acción de condena (salarios) junto con la propiamente constitutiva (clasificación), en la primera no se puede, porque lo obliga la ley, accionarse sólo para lograr el pronunciamiento constitutivo (resolución), pero dejando imprevijada la acción de condena (indemnización), o al revés. Esta característica se presenta también en todas las demás acciones constitutivas que he denominado complejas; y así puede apreciarse, entre otras: en la resolución ejecutiva, donde la resolución (faceta constitutiva, propiamente dicha) no puede deslindarse de las indemnizaciones y salarios (de condena); en la de cesión ilegal de trabajadores, la adquisición de la condición de fijo se une a los derechos económicos inherentes; en la de nulidad total irretroactiva del contrato de trabajo, los efectos *ex nunc* de la nulidad del contrato se entrelazan al pago de los salarios devengados hasta este momento; y, en fin, en la tercería de mejor derecho, el aspecto constitutivo que se ejercita frente al ejecutante se enlaza con el declarativo frente al ejecutado.

⁷¹⁴ «1. El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos» (art. 27 LPL).

C) SUPUESTOS

§131. Bajo la denominación que he empleado en este Capítulo —«acciones constitutivas complejas»— podrían recogerse siete acciones diferentes, cuya naturaleza no siempre ha sido considerada tal, pues frente a aquéllas cuyo carácter constitutivo no ofrece duda alguna (acción de resolución de contrato, por ejemplo), están las que presentan determinados aspectos, que las alejan del concepto de acción constitutiva tal como ha quedado definido en los dos anteriores capítulos de esta obra (nulidad del contrato de trabajo, por ejemplo). Para aclarar las dudas que pudieran surgir, hemos de partir de que lo son «cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica»⁷¹⁵, y a ese suplico se le ha añadido otro pronunciamiento —de ahí, el término *complejo*, que ya se ha aclarado—. Por su finalidad, casi siempre hacen referencia a novaciones modificativas o extintivas de las obligaciones laborales; y como es la sentencia la que produce el cambio postulado, su eficacia queda ligada a la firmeza de la misma con carácter *ex nunc*. Algunos pronunciamientos judiciales⁷¹⁶ han llegado a precisar que, a diferencia de la acción declarativa, la constitutiva permite la condena a estar y pasar por el pronunciamiento constitutivo y su ejecución en el propio procedimiento, bien que ello no alcance a los aspectos derivados que no fueran expresamente postulados en el litigio entablado. En otras palabras, tres rasgos definirán a las acciones estudiadas en este Capítulo: producen efectos *ex nunc* y son inejecutables, pero además se presentan acumuladas por ministerio de la ley a otras acciones declarativas o de condena. Por ello se ha llegado a diferenciar entre cuatro supuestos en los que es indiscutible su concurrencia y tres en los que se pueden plantear dudas.

1) Supuestos indubitados de acciones constitutivas «complejas»

a) Resolución de contrato

§132. La resolución de contrato aparece regulada en los artículos 49.1.j) y 50 ET, y de acuerdo con el primero, «El contrato de trabajo se extinguirá: [...] j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario». Se está previendo la resolución causal del contrato por voluntad del trabajador, desarrollada en el artículo 50 ET y, para ciertos casos muy particulares, en otros preceptos del propio ET, concretamente en los artículos 40.1 y 41.3 ET, de los que arrancan, a su vez, facultades adicionales de resolución del contrato, que —como una clase especial de ésta— denominaré «acciones de resolución de contrato especiales», por oposición a la ordinaria examinada a continuación. Por lo que se refiere a la *resolución de contrato ordinaria*, dice el artículo 50 ET que «1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. 2. En tales casos, el trabajador

⁷¹⁵ Véase, GUASP, J., *La pretensión procesal*, 1ª edición, cit., pág. 236.

⁷¹⁶ Véase STSJ Madrid 30/10/00 (AS 4684).

tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente». Se trata de tres causas tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico⁷¹⁷, pues ya el artículo 301 del Código de Comercio de 1885 se refería —en cuanto que «causas para que los dependientes puedan despedirse de su principales»— a «la falta de pago en los plazos fijados del sueldo o estipendios convenidos», a «la falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones concertadas en beneficio del dependiente» y, por último, a «los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal».

Una primera aproximación⁷¹⁸ al artículo 49.1.j) ET deja ver su cercanía con la causa general de resolución de obligaciones y contratos del artículo 1124 Código Civil, según el cual el perjudicado por el incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas puede exigir el cumplimiento o la resolución del vínculo, siempre con derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. El precepto estatutario parece partir de este esquema, y de ahí que, aun previendo tan solo la resolución del contrato, no impida la exigencia del cumplimiento, ni la conjugación de la acción de resolución con la reclamación de cumplimiento de las obligaciones vencidas⁷¹⁹. Pero, al mismo tiempo, ofrece una vía muy singular de extinción del contrato: primero, porque pese a su tenor literal, legitima su resolución no sólo en caso de incumplimiento del empresario, sino también en otros supuestos en los que, aun siendo lícito el comportamiento empresarial, se causa perjuicio grave a los derechos o intereses legítimos del trabajador; y segundo, porque concede al trabajador una indemnización de cuantía tasada, que impide solicitar una compensación adicional al amparo de las reglas sobre responsabilidad del Código Civil⁷²⁰. Sin embargo, como matización a lo anterior, podría añadirse que esa indemnización tasada es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental (por ejemplo, acoso moral)⁷²¹.

En definitiva, la resolución de contrato es el último remedio que el ordenamiento jurídico pone en manos del trabajador para que proteja sus intereses en la relación laboral, cuando no pueda realizarse, o no es razonable exigir que se realice, por medios de defensa distintos⁷²². Se facilita, ante un incumplimiento contractual grave y culpable del empresario, que el trabajador pueda solicitar la rescisión del contrato, con una indemnización adicional equivalente a la correspondiente al despido improcedente; ésta es la razón por la que esta institución se denomina por algunos autores «despido indirecto»⁷²³, aunque otros⁷²⁴ niegan ese calificativo, pues no es del todo equiparable al extenderse su condición

⁷¹⁷ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 353.

⁷¹⁸ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Tecnos (Madrid, 2007), págs. 742 y 743.

⁷¹⁹ Véase STS 03/11/88 (Ar. 8504).

⁷²⁰ Véanse SSTS —todas ellas de u.d.— 03/04/97 (R. 3455/96); 11/03/04 —Sala General— (Ar. 3401); 25/11/04 (R. 6139/03); y el planteamiento se reitera *obiter dicta* en la de 07/02/07 (R. 4842/05).

⁷²¹ Véanse SSTS u.d. —Sala General— 17/05/06 (R. 4372/04); y 07/02/07 (R. 4842/05), en *obiter dicta*. Sobre este tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Dignidad del trabajador y acoso moral», en el volumen *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003), págs. 123 y ss.

⁷²² Véase STS 16/01/91 (Ar. 52).

⁷²³ Véase BORRAJO DACRUZ, E., «Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990), pág. 38.

⁷²⁴ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 743.

habilitante a supuestos de comportamiento lícito del empresario. Esta solución se ha criticado por un sector de la doctrina⁷²⁵ por no resultar realista, dado que la reacción del trabajador pasa necesariamente por la extinción de su contrato de trabajo y, por tanto, por la pérdida de su puesto de trabajo. Además, el hecho de que la resolución pueda instarla en supuestos distintos del típico incumplimiento empresarial dificulta también encontrar una causa uniforme en esta modalidad de extinción. De la jurisprudencia⁷²⁶ parece deducirse que la facultad resolutoria concedida al trabajador se justifica en última instancia por el perjuicio personal o profesional que le causa la decisión o el comportamiento empresarial, sea o no legítima.

No obstante esas dificultades, la consideración de esta acción como constitutiva es unánime⁷²⁷ y antigua⁷²⁸, porque a través de ella se extingue la relación laboral, aunque se hilvanan determinados efectos de condena, que se expresan en el párrafo segundo del artículo 50 ET. El motivo de ese convencimiento sobre su naturaleza deriva del hecho de que, si fuese meramente declarativa, como ocurre con la acción de despido, la relación quedaría extinguida desde el momento de la demanda —únicamente sería preciso que estuviese viva en el momento de su interposición— y la prestación de servicios por el trabajador ni sería un derecho, ni una obligación de éste. Al atribuírsele a la sentencia un carácter constitutivo, la relación continuará subsistente mientras no adquiera firmeza⁷²⁹, y en este caso el trabajador tendrá el derecho, y también la obligación, de continuar ocupando su puesto de trabajo en tanto no se resuelva el recurso pendiente, salvo casos excepcionales —en que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento—⁷³⁰.

§133. Junto a esa acción de resolución ordinaria, se sitúan otras dos que he denominado *acciones de resolución especiales*. En concreto, derivan de los artículos 40.1 y 41.3 ET, también son acciones resolutorias del contrato [artículo 49.1.j) ET] y, además, pueden calificarse de constitutivas y complejas, pero que se diferencian con respecto a la primera —de ahí su calificación— no sólo en cuanto a sus hechos constitutivos (movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo en unas condiciones diversas), sino también en las consecuencias enlazadas a su ejercicio, pues en ellas la indemnización resolutoria es inferior, al alcanzar los veinte días de salario por año trabajado hasta un máximo de doce (artículo 40 ET) o nueve (artículo 41 ET) mensualidades. Según dice el artículo 40.1 ET, «el traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de

⁷²⁵ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 353.

⁷²⁶ Véanse SSTs 15/01/87 (Ar. 38); y 13/11/87 (Ar. 7871).

⁷²⁷ Véanse STC 209/2005, 18/Julio; STS 08/11/00 (Ar. 2001/1419); y STSJ Galicia 31/05/07 (R. 1909/07).

⁷²⁸ Véanse, entre otras muchas, SSTs 14/02/83 (Ar. 587); 23/06/83 (Ar. 3041); 08/03/84 (Ar. 1539); 12/12/84 (Ar. 6367); 28/02/85 (Ar. 717); 22/10/86 (Ar. 5878); 26/11/86 (Ar. 6516); y 12/07/89 (Ar. 5461).

⁷²⁹ El ATS 11/03/98 (Ar. 2561) considera que la cuestión ya está unificada por la STS 23/04/96 (Ar. 3403).

⁷³⁰ Véanse SSTs 22/10/86 (Ar. 5878); 26/11/86 (Ar. 6516); 12/07/89 (Ar. 5461); 18/07/90 (Ar. 6425); 23/04/96 (Ar. 3403); 11/03/98 (Ar. 2561); y 08/11/00 (Ar. 2001/1419); y ATS 24/05/00 (Ar. 4629).

producción que lo justifiquen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial. Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades [...]». Por su parte, el artículo 41.3 ET afirma que «3. La decisión de la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1 a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses [...]».

Estos supuestos de extinción son, a la postre, nuevas manifestaciones de la causa general de resolución del contrato prevista en el artículo 49.1.j) ET, y como ha indicado algún autor⁷³¹, no constituyen en puridad incumplimiento contractual del empresario, pues se adoptan con arreglo al procedimiento legalmente establecido, y tampoco ocasionan al trabajador lesiones de tanta gravedad como las previstas en el artículo 50.1.a) ET, pero le causan algún perjuicio merecedor de reparación. Ahora bien, la conexión con el artículo 50 ET se hace más evidente desde el punto y hora en que, aparte de la rescisión del contrato, los artículos 40.1⁷³² y 41.3⁷³³ ET le reconocen al trabajador la facultad de impugnar judicialmente la decisión empresarial (artículo 138 LPL) y de esta acción declarativa pueden derivarse la causa de resolución *ex* artículo 50.1.c) ET.

En ambas acciones, se manifiesta unánimemente el carácter extrajudicial o automático de la extinción, bastando la comunicación del trabajador al empresario de su voluntad⁷³⁴, pero se plantean dudas con respecto al momento en el que puede ejercitarse la facultad, pues la ley no resuelve si esa opción es posible con posterioridad a la sentencia que hubiese

⁷³¹ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 745.

⁷³² «Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen» (art. 40.1, párr. quinto, ET).

⁷³³ «Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones» (art. 41.3, párr. tercero, ET).

⁷³⁴ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2002), pág. 256.

declarado, en su caso justificada, la decisión empresarial. Un sector jurisprudencial⁷³⁵ y doctrinal⁷³⁶ así lo ha mantenido sobre la base de la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). No obstante, considero que los términos legales conducen a la solución contraria, porque, primero y a continuación de la notificación empresarial, se presenta al trabajador la opción entre resolver el contrato y cumplir la decisión empresarial, en cuyo caso puede o no impugnarla, pero esa opción no se contempla ya al resolverse la cuestión judicialmente, sino sólo la declaración de justificación y sus consecuencias (artículos 40.1, párrafo quinto, y 41.3, párrafo tercero, ambos ET).

§134. En cuanto a la *acción resolutoria especial por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*, se advierte que uno de sus mayores problemas lo constituirá su relación con el citado artículo 50.1.a) ET, dado que ambos parten de la existencia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, aunque ofrecen importantes diferencias. Por un lado, es distinta la entidad de los bienes protegidos por uno y otro precepto, pues mientras que el artículo 41.3 ET contempla el simple perjuicio del trabajador, evaluable por éste mismo, el artículo 50.1.a) ET se refiere a perjuicios de mayor trascendencia, por quedar afectados aquellos derechos básicos. Por otro lado, también son distintas su radio de acción y su manera de utilización, mientras el artículo 41.3 ET se contrae a las modificaciones que afectan a determinadas condiciones de trabajo (jornada, horario y régimen de trabajo a turnos), y puede conducir a la extinción del contrato sin mayores trámites, el artículo 50.1.a) ET vale para cualquier modificación sustancial y tan solo habilita para presentar ante el Juez la correspondiente demanda de resolución del contrato⁷³⁷. Por lo demás, no resulta determinante para la aplicación de uno u otro precepto el camino seguido por el empresario para introducir la modificación. Desde luego, el derecho de rescisión del artículo 41.3 ET se encuadra en el contexto de las modificaciones operadas a través de ese precepto legal; pero el artículo 50.1.a) ET tiene aplicación tanto en los casos en que el empresario siga el procedimiento del artículo 41 ET, como en aquellos otros en que decida la modificación de condiciones de trabajo al margen de esas reglas. El propio artículo 41.3 ET confirma esta conclusión, al especificar que el derecho de rescisión que en él se reconoce actúa «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado uno, a)».

b) Resolución ejecutiva

§135. La regulación de esta institución, llámese, como aquí se ha hecho, «resolución ejecutiva» o, como habitualmente se hace, «incidente de no readmisión», se contiene en tres artículos de la LPL. El artículo 277 LPL, que dice lo siguiente: «1. Cuando el empresario no procediere a la readmisión del trabajador, podrá éste solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social: a) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiere efectuado. b) Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral. c) Dentro de

⁷³⁵ Véase STS 21/12/99 (Ar. 1426), referida a un traslado.

⁷³⁶ Véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 297; y ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., págs. 256 y 465.

⁷³⁷ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 744.

los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular. 2. No obstante, y sin perjuicio de que no se devenguen los salarios correspondientes a los días transcurridos entre el último de cada uno de los plazos señalados en los párrafos a), b) y c) y aquel en el que se solicite la ejecución del fallo, la acción para instar esta última habrá de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia. 3. Todos los plazos establecidos en este artículo son de prescripción». El artículo 278 LPL, que dispone que «Instada la ejecución del fallo, el Juez citará de comparecencia a las partes dentro de los cuatro días siguientes. El día de la comparecencia, si los interesados hubieran sido citados en forma y no asistiese el trabajador o persona que lo represente, se le tendrá por desistido de su solicitud; si no compareciese el empresario o su representante, se celebrará el acto sin su presencia». Y el artículo 279 LPL, que prevé que «1. En la comparecencia, la parte o partes que concurren serán examinadas por el Juez sobre los hechos de la no readmisión o de la readmisión irregular alegada, aportándose únicamente aquellas pruebas que, pudiéndose practicar en el momento, el Juez estime pertinentes. De lo actuado se extenderá la correspondiente acta. 2. Dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará auto en el que, salvo en los casos donde no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias alegadas por el ejecutante: a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución. b) Acordará se abone al trabajador la indemnización a la que se refiere el apartado uno del artículo 110 de esta Ley. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto. c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución». Como se aprecia claramente, se ha vertebrado el proceso de ejecución especial con los mismos rasgos con que se diseñó en el año 1956 y se terminó de concretar en el RD-Legislativo 1568/1980, de 13/Junio, a los solos efectos de eliminar la referencia a su recurribilidad o irrecurribilidad —remitiéndose la cuestión a las normas generales—, con una cierta vacilación en cuanto al plazo prescriptorio correspondiente a su acción ejecutiva⁷³⁸.

§136. Bajo el rótulo a que acaba de aludirse, incluyo la acción concedida al trabajador para resolver su contrato encauzada a través del incidente de no readmisión; es más, ni siquiera se extiende a la totalidad de hipótesis articulables por ese conducto⁷³⁹. Por ello —y en lo que nos afecta—, el incidente de no readmisión puede definirse como aquel trámite procesal a través del cual el trabajador logra la resolución del contrato por un incumplimiento empresarial fuera de los casos previstos en el artículo 50 ET y en fase ejecutiva; teniendo como presupuestos la existencia de una sentencia firme declarando su antecedente despido como improcedente y la opción empresarial por la readmisión. En definitiva, estamos ante una acción constitutiva, que bien pudiera calificarse como específica —por sus especiales elementos— con respecto al grupo genérico de la resolución

⁷³⁸ Para un estudio más amplio sobre los orígenes de esta acción, véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, 1ª edición, Ministerio de Justicia (Madrid, 1989), págs. 12 y ss.

⁷³⁹ Porque sólo nos interesa centrarnos en los supuestos de inadmisión derivados de un despido declarado improcedente y no de aquéllos calificados como nulos.

del contrato⁷⁴⁰, y cuya denominación podría hacerse ora por referencia a su tramitación procesal («acción del incidente de no readmisión»), ora por sus condiciones («acción de resolución ejecutiva»); opción ésta por la que me he inclinado y que he recogido⁷⁴¹.

Esta institución tiene un enlace directo con el derecho de los justiciables a ver satisfecha la previa declaración de una sentencia judicial⁷⁴². Es de sobra conocido que la tutela judicial efectiva no se logra solamente con la declaración de un derecho, sino que, junto a la misma, es necesario que la declaración efectuada por el órgano jurisdiccional se cumpla⁷⁴³. A lograr ese objetivo se dirige específicamente el proceso de ejecución, completando, de este modo, las previsiones constitucionales contempladas en dos preceptos (artículos 117.3⁷⁴⁴ y 118 CE⁷⁴⁵). Y, en concreto, para el TC la posibilidad de reaccionar adecuadamente frente al despido forma parte de la estructura básica del derecho al trabajo recogido en el artículo 35 CE⁷⁴⁶, aunque este Tribunal matiza su doctrina argumentando que la reacción jurídica a la extinción del contrato sin justa causa es cuestión que compete al legislador ordinario y carece de contenido constitucional. En relación con la ejecución, podrían recordarse tres aspectos detallados por el TC. En primer lugar, que la interpretación y aplicación de la sentencia por el órgano ejecutor no tiene por qué ser estrictamente literal, sino que «ha de inferirse del fallo sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi* y en armonía con el todo que constituye la Sentencia»; lo relevante aquí es respetar el límite de la pretensión ejercitada⁷⁴⁷. En segundo lugar, que en ejecución se puedan abordar cuestiones no debatidas ni decididas en la sentencia, pero con las que «guarde una directa e inmediata relación de causalidad»⁷⁴⁸. Esta puntualización resulta de interés en relación con el objeto del incidente de no readmisión en ejecución de sentencias de despido⁷⁴⁹, porque ese Tribunal ha subrayado que el incidente de no readmisión es un proceso de *cognitio* limitada, donde las alegaciones y pruebas deben ceñirse al objeto de la no readmisión o su irregularidad⁷⁵⁰. Sin embargo, es inevitable y, a veces, incluso obligado plantearse cuestiones nuevas [por ejemplo, el debate en torno a las circunstancias que justifican una indemnización adicional

⁷⁴⁰ Dentro de la cual se ha de incluir la causada a través de los arts. 40.1 y 41.3 ET; circunstancia a la que ya se ha hecho referencia.

⁷⁴¹ Terminología que también ha sido aceptada por alguna jurisprudencia; véase STSJ Galicia 15/02/08 (R. 6249/07).

⁷⁴² En puridad, esa declaración habrá de haberse efectuado condenando —al menos parcialmente—, es decir, como respuesta judicial al ejercicio de una acción de condena y no declarativa o constitutiva, acciones estas dos que no son ejecutables. Es éste un tema sobre el que volveré posteriormente a incidir.

⁷⁴³ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), pág. 514.

⁷⁴⁴ «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales [...]» (art. 117.3 CE).

⁷⁴⁵ «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales [...]» (art. 118 CE).

⁷⁴⁶ Véase la STC 20/94, de 27/Enero, que dice que «La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador [...] es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional [*se refiere al art. 35 CE*] y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva [SSTC 7/1993 y 14/1993]».

⁷⁴⁷ Véase STC 152/1990, de 04/Octubre.

⁷⁴⁸ Véase STC 91/1993, de 15/Marzo.

⁷⁴⁹ Véase NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), págs. 38 y 39.

⁷⁵⁰ Véanse SSTC 37/1987, de 12/Marzo; 73/1991, de 08/Abril; y 110/1999, de 14/Junio.

conforme al artículo 179.1 b) LPL]. Y finalmente, la ejecución puede apartarse de lo previsto en el fallo de la sentencia si existe causa justificada⁷⁵¹, hasta el punto de que se estima irreprochable constitucionalmente aquella donde la condena original se sustituye por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación, siempre que lo sea «bien por disposición legal bien por razones atendibles»⁷⁵², o, incluso, donde se decide la no ejecución de la sentencia apoyándola «en resolución motivada, en aplicación de una causa prevista por una norma legal y no interpretada restrictivamente»⁷⁵³.

En cuanto a su finalidad, se ha llegado a afirmar⁷⁵⁴ que este incidente tiene como objetivo bien valorar pecuniariamente en beneficio del no readmitido la conducta empresarial de no dar cumplimiento a una resolución judicial firme y ejecutoria, y subsiguiente compromiso de readmisión, para sustituir éste por la indemnización, bien declarar si la readmisión ha tenido o no lugar, incluido el caso de su irregularidad, aunque el ejecutado alegue y pruebe las causas que justifiquen el imposible cumplimiento.

§137. Resta, no obstante, una última cuestión: la corrección de la denominación utilizada para identificar este proceso de ejecución especial; esto es, si realmente nos hallamos ante un «incidente» en la acepción que le asignan los analistas procesales y, por ende, determinar la naturaleza de la ejecución judicial por equivalencia⁷⁵⁵. Precisarla no es un trabajo sencillo, porque hemos de partir de que contiene una fase declarativa obligada, a la vez que del significado de una serie de términos a los que se encuentra indisolublemente unida⁷⁵⁶, y que habrá de presumir⁷⁵⁷.

Desde su creación en el año 1956⁷⁵⁸, se le designa con el apelativo de «incidente» y esa nomenclatura legal pasó sin dificultades a la doctrina científica y judicial; hasta el punto de que en el presente es ya habitual hablar del «incidente de no readmisión» para designar los efectos de la falta de admisión de un trabajador irregular o injustamente despedido⁷⁵⁹. De entrada, se advierte que no siempre son extrapolables al ámbito laboral las categorías que se crean al amparo del proceso civil; porque un incidente es el instrumento procesal que a modo de procedimiento sirve de cauce a las distintas cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el desarrollo de un asunto principal. La pregunta es si el procedimiento que regulan los artículos 277 a 279 LPL puede calificarse de incidente en sentido propio o estricto.

La doctrina procesal coincide en la consideración del trámite incidental como procedimiento de tipo declarativo. Y si bien se reconoce su especialidad frente a los comunes, nadie duda en afirmar que los incidentes son procesos de cognición, dirigidos, por tanto, a obtener una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional. El incidente de no readmisión, por el contrario, es un proceso de ejecución. El conocimiento de los hechos y la declaración judicial sobre el derecho que asiste o no al trabajador ya se operó en el litigio

⁷⁵¹ Véase STC 202/1998, de 14/Octubre.

⁷⁵² Véanse SSTC 322/1994, de 28/Noviembre; y 03/1998, de 12/Enero.

⁷⁵³ Véanse SSTC 33/1987, de 12/Marzo; 91/1993, de 15/Marzo; y 18/1997, de 10/Febrero.

⁷⁵⁴ Véase LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido (conforme a la Ley 45/2005, de 12 de noviembre)*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2004), pág. 125.

⁷⁵⁵ Ha de insistirse que aquí se examina la acción resolutoria y no propiamente su tramitación, sólo tangencialmente considerada.

⁷⁵⁶ En concreto, cuestión incidental, proceso incidental, procedimiento incidental e incidente.

⁷⁵⁷ Para esos conceptos, véase MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*, Volumen II, 4ª edición, Bosch (Barcelona, 1994), págs. 503 y ss.

⁷⁵⁸ A través del Decreto 26/10/56.

⁷⁵⁹ Véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, 1ª edición, cit., págs. 47 a 53.

por despido. Resta únicamente, y éste es el objetivo del incidente, hacer efectivo el pronunciamiento de la sentencia de condena, cuando el deudor —empresario— no se aviene a su cumplimiento⁷⁶⁰. Por lo tanto, el incidente de no readmisión es un procedimiento distinto, pero también independiente del proceso por despido. Acontece en un momento cronológico posterior, pues necesita de la sentencia de éste y de su ulterior incumplimiento para tomar vida. Ni siquiera es complemento ineludible del proceso principal: el principio de oportunidad lo convierte en un trámite no necesario. Primero, porque nada obsta para que la condena a la readmisión se cumpla voluntariamente por el empresario. Y en segundo lugar, porque el trabajador, para la defensa de sus intereses, puede optar libremente por acudir o no a este cauce⁷⁶¹. Como colofón, puede concluirse que el procedimiento regulado en los artículos 277 a 279 LPL no es un incidente en la consideración técnico-jurídica⁷⁶², sino sólo en un sentido terminológico⁷⁶³; aunque existe una muy autorizada corriente doctrinal que sostiene lo contrario⁷⁶⁴.

§138. Entrando ya en su regulación legal, esta acción, que se articula a través de los artículos 277 a 279 LEC, no es más que una clase de acción resolutoria fuera de las previstas ex artículo 50 ET, con la única diferencia de la indemnización adicional que podría fijarse. Su calificación de resolutoria procede de esa circunstancia; y la de ejecutiva, como es lógico, deriva de que se ejercita cuando ya se ha obtenido una sentencia firme y, por lo tanto, se abre la fase ejecutiva. Es, por lo tanto, una acción especial con respecto a dos instituciones diferentes. La jurisprudencia⁷⁶⁵ ha afirmado que los incumplimientos empresariales tras readmisión del trabajador a consecuencia de sentencia en trámite de suplicación no tienen cauce adecuado en la rescisión del contrato ex artículo 50 ET, sino que se ha de encauzar el litigio por la vía del incidente de ejecución de sentencias de despido, que es el previsto específicamente y de manera expresa en la Ley para cuando concurren las circunstancias del supuesto controvertido de opción empresarial por la readmisión y pendencia de resolución de un recurso de suplicación.

Podría plantearse su consideración como *acción constitutiva procesal*, término con el que algún autor⁷⁶⁶ identifica aquéllas por las que se pretende la creación, modificación o

⁷⁶⁰ Véase MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 1981), pág. 363.

⁷⁶¹ Véase MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, 1ª edición, cit., págs. 305 y 306.

⁷⁶² Véanse SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, Lex Nova (Valladolid, 2001), págs. 197 a 204; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, 1ª edición, cit., págs. 47 a 53.

⁷⁶³ «Lo que acaece o sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con él alguna relación» (véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, cit., pág. 1260).

⁷⁶⁴ Véanse RÍOS SALMERÓN, B., «La ejecución de sentencias firmes en despido», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVI, (Madrid, 1992), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD921608); MONTOYA MELGAR, A., «La ejecución laboral», en *Manuales de Formación Continuada*, número XXIII (Madrid, 2004), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código MF042301), quien mantiene que este supuesto constituye cuestión incidental en la medida en que implica una controversia precisada de un «tratamiento cognitivo», no obstante lo cual, «el incidente, bien que de índole cognitiva, se *incardina* y *forma parte de la ejecución*»; y MARTÍN VALVERDE, A., «La ejecución de las sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia: una primera aproximación», en *Manuales de Formación Continuada*, número XXIII (Madrid, 2004), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código MF042308), quien lo califica —junto con la tercera de mejor derecho y la de dominio— como «procedimiento incidental».

⁷⁶⁵ Véase STS 19/05/98 (Ar. 4733).

⁷⁶⁶ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil Tomo II*, 3ª edición, cit., pág. 34.

extinción de una situación jurídica creada como consecuencia de un proceso o de una resolución judicial, para cuyo cambio no son suficientes los recursos ordinarios. Definición en la que se engarza perfectamente la acción, que se está exponiendo, porque la resolución judicial que declaraba el despido como improcedente, tuvo su primer paso ejecutivo en la decisión de readmisión del empresario y, ante su fracaso, ha exigido de una nueva actuación tendente a la creación de una nueva situación inejecutable por la vía del recurso.

En cuanto al contenido del presente incidente, recogido en el artículo 279 LPL, se contempla tanto esta acción resolutoria como tres acciones de condena diferentes, una, relativa a la indemnización por despido improcedente (coincidente con la del artículo 50.2 ET); otra, a una indemnización adicional, para compensar perjuicios originados por la situación creada; y finalmente, al pago de los salarios de tramitación. No obstante, la acción preponderante es la de resolución, pues de su estimación penderán las otras tres.

c) Tercería de mejor derecho

§139. La tercería de mejor derecho concierne a la prelación de los créditos ejecutivos o, más exactamente, a la acción a través de la cual un tercero se introduce en un proceso de ejecución, alegando que es titular de un crédito preferente al que se está ejecutando y que, por ello, debería percibir el importe obtenido en la ejecución que se está siguiendo. Dicha institución aparece regulada en el artículo 273 LPL, cuando pauta que «1. Las tercerías fundadas en el derecho del tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberán deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite incidental regulado en esta Ley. 2. La tercería así promovida no suspenderá la ejecución tramitada, continuándose la misma hasta realizar la venta de los bienes embargados y su importe se depositará en la entidad de crédito correspondiente». Y, como ya he afirmado, contiene en sí misma dos acciones de distinta naturaleza: una declarativa, frente al ejecutado (el crédito en ningún momento se ha alterado, ni ha perdido su prioridad), y otra constitutiva, frente al ejecutante (el crédito se sitúa, en el orden prelativo, por delante del suyo, configurando una nueva situación diferente a la existente hasta este momento). Y es una acción constitutiva compleja⁷⁶⁷, al menos cuando el crédito del tercerista «no conste en un título ejecutivo», porque aquéllos son dos aspectos inescindibles de una misma realidad, sin que se pueda ejercitar la acción constitutiva separada de la declarativa, aun cuando ofrezca matices diferentes, al obligar a constituir un litisconsorcio pasivo necesario, con la particularidad de que frente a cada demandado se ejercita materialmente una acción de naturaleza diferente, siquiera formalmente se ejercitan las dos⁷⁶⁸. En la tercería de mejor

⁷⁶⁷ Su naturaleza constitutiva se admite sin dudas por la doctrina. Véanse CRUZ VILLALÓN, «Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso laboral», *Relaciones Laborales*, número 10 (Barcelona, 1997), pág. 20; LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., «Tercería de mejor derecho en la ejecución laboral: aspectos procesales», en *El tercero en la ejecución laboral*, Manuales de Formación Continuada, número XVIII (CGPJ, 2001), págs. 197-225, consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código MF0101805); FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E., *Las tercerías de dominio y de mejor derecho. Otras intervenciones de terceros sin tercería*, consultado a través de la dirección www.cej.justicia.es/cej/servlet/CEJServlet?dispatcher=JSP_TREE, pág. 287.

⁷⁶⁸ Este litisconsorcio lo imponía la LEC/1881, pero la vigente, siguiendo en esto la pauta de las legislaciones extranjeras, como la alemana, ordena que la tercería se dirija siempre frente al acreedor ejecutante, mientras el ejecutado sólo lo será cuando el crédito del tercerista «no conste en título ejecutivo»; en los demás casos, puede intervenir a su arbitrio con plenitud de derechos procesales (art. 617 LEC). Sobre este particular, véase la STSJ Galicia 24/03/06 (R. 5991/05).

derecho, la petición que en ella se hace no sólo va encaminada a conseguir una declaración formal y teórica de preferencia —aspecto declarativo—, sino a lograr que opere la exclusión del destino general del producto de la ejecución —aspecto constitutivo—, y en definitiva, que en lugar de pagarse al acreedor ejecutante se pague al acreedor no ejecutante, pero preferente respecto de aquél. Esta actividad constituye una incidencia en el proceso de ejecución que viene a sumarse al tracto ordinario del mismo (artículo 615.2 LEC).

§140. Es una institución con cierto arraigo en nuestro ordenamiento procesal laboral⁷⁶⁹, dado que su primera mención —como tal tercería— se sitúa en el artículo 197 LPL/1958⁷⁷⁰ que pasó en los mismos términos a los artículos 207 LPL/1966, 207 LPL/1973 y 207 LPL/1980, y en todas ellas se remitía la ejecución en sí misma a las prevenciones contempladas en la LEC⁷⁷¹. En la Base 39 LBPL, se menciona de nuevo la ejecución⁷⁷²; y por fin, el artículo 273 LPL/1990, cuyo tenor es el que se recoge en el precepto de la ley vigente. Su función consiste en neutralizar la prioridad del ejecutante sobre lo conseguido en una ejecución dineraria, y enlaza con una previsión contenida en el artículo 613 LEC⁷⁷³: «1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados [...]], de tal manera que «[...] Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho». En la ejecución laboral, como se verá, no se dicta sentencia, sino auto, pero esta resolución despliega las mismas consecuencias. Su dictado, por el Juez de lo Social, implica el manejo de una compleja legislación, ya que deberá estarse al Código Civil (artículos 1921 y siguientes), para la preferencia de créditos en los supuestos de ejecución singular; a la Ley Concursal (Ley 22/2003, artículos 84 y siguientes), para aquéllos de ejecución concursal; y a una legislación sectorial muy profusa⁷⁷⁴, entre ella, la laboral (artículo 32 ET).

d) Demandas de oficio

§141. Y finalmente, los términos en los que está redactado el artículo 146.a) LPL permiten amparar el ejercicio por parte de la Inspección de Trabajo de una acción que, sin duda alguna, ha de ser considerada constitutiva y, además, compleja, pues en aquél se afirma que «el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: a) De las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos

⁷⁶⁹ Prescindiendo de su reconocimiento en el plano civil desde la LEC/1881.

⁷⁷⁰ «Las tercerías que se promuevan por virtud de la ejecución de esta sentencia se propondrán ante la jurisdicción civil ordinaria. El mismo día en que se presente el Juez comunicará la presentación de la demanda al Magistrado de Trabajo para que obste en derecho a los efectos del procedimiento» (art. 197 LPL/1958).

⁷⁷¹ Así, se indica que «Las sentencias firmes se llevarán a efecto por el Magistrado de Trabajo en la forma prevenida por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios verbales» (art. 200 LPL/1980), que casi con las mismas palabras se expresaba en los artículos 190 LPL/1958, 200 LPL/1966 y 200 LPL/1973.

⁷⁷² «1. La ejecución se llevará a efecto en los propios términos establecidos en la sentencia, con las modalidades que, en materia de despido y en los demás casos que se prevean, puedan fijarse» (Base 39 LBPL).

⁷⁷³ Equivalente al antiguo art. 1520 LEC/1881.

⁷⁷⁴ Téngase en cuenta que utilizo aquí la palabra «sectorial» en sentido amplio. Acerca del sentido técnico jurídico del vocablo en cuestión, véase GARCÍA MURCIA, J., *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Civitas (Madrid, 2001), págs. 15 y ss.

para los trabajadores afectados [...]», presentando, por lo tanto, esta acción aquellos dos matices⁷⁷⁵. En otras palabras, la infracción del empresario sobre un aspecto del que se pudiera derivarse una acción constitutiva para los trabajadores (piénsese, por ejemplo, en el caso de una cesión ilegal de trabajadores —artículo 8.2 LISOS⁷⁷⁶— o la concurrencia de una nulidad irretroactiva del contrato de trabajo —artículo 8.4 LISOS⁷⁷⁷—) determinará, para el caso de que la Inspección de Trabajo levante un acta de infracción sobre ese particular y se aprecien menoscabos económicos para los trabajadores, el nacimiento de una acción, que sería ejercitable de oficio por la Autoridad Laboral ante la jurisdicción laboral y que, además, llevará ineludiblemente unido un aspecto de condena, consistente en resarcir los quebrantos que se hubieran inferido (en los ejemplos, los salarios superiores que le habrían correspondido al trabajador cedido ilegalmente o los salarios devengados hasta la declaración de nulidad); convirtiendo la inicial acción constitutiva interpuesta en compleja (acumulación legal).

Se puede afirmar que en estos supuestos la autoridad laboral actúa *en causa ajena*⁷⁷⁸ —como defensora de los intereses económicos de los trabajadores—, pretendiendo la cuantificación de los daños que se les ha causado a éstos, pero donde el aspecto constitutivo configura el presupuesto necesario y, por lo tanto, el determinante, ya que, de no existir la cesión ilegal o la nulidad del contrato, la acción de condena perdería su sentido. Abundando en esta idea, algún autor⁷⁷⁹ afirma que nos encontramos ante procesos en los que la especialidad deriva no sólo de la naturaleza de la pretensión deducida (constitutiva compleja, añadido yo), sino de la propia vía de incoación del proceso (mediante comunicación), donde asume la condición de parte un órgano administrativo que actúa como un sustituto procesal *sui generis*, y en ocasiones, como auténtica parte, llevando a cabo la iniciación del proceso mediante un documento al que la ley atribuye naturaleza de demanda. Algún sector de la doctrina, de manera un tanto jocosa, ha calificado los procesos de oficio como «curiosos procesos inquisitivos»⁷⁸⁰; con tal denominación, parece insinuarse una faceta de tales procesos, sin duda la más arcaica de todas, cual es el sostenimiento de la pretensión por el propio órgano judicial en una suerte de función similar a la acontecida en periodos históricos superados⁷⁸¹.

Una de las cuestiones más debatidas por la doctrina ha tratado de determinar si la autoridad competente debe necesariamente interponer la demanda de oficio. En principio, el artículo 146 LPL señala que «el proceso *podrá* iniciarse de oficio...», lo que parece introducir la nota de la voluntariedad de la decisión administrativa. Ahora bien, se ha

⁷⁷⁵ Sobre el proceso de oficio, en general, véase IGLESIAS CABERO, M., «Procedimiento de oficio», en BORRAJO DACRUZ, E. (Director), *Comentarios a las leyes laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril)*, t. XIII-vol. 2º, EDESA (Madrid, 1990), págs. 1033 y ss.

⁷⁷⁶ «Son infracciones muy graves: [...] 2. La cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente» (art. 8.2 LISOS).

⁷⁷⁷ «Son infracciones muy graves: [...] 4. La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral» (art. 8.4 LISOS).

⁷⁷⁸ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARÚFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 570.

⁷⁷⁹ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, Civitas (Madrid, 1998), pág. 161.

⁷⁸⁰ Véase FAIRÉN GUILLÉN, V., *Los procesos declarativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000: claves para su comprensión*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 2001), pág. 91.

⁷⁸¹ Véase ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, Comares (Granada, 2003), págs. 46 y 47.

precisado⁷⁸² que la negativa a iniciar ese proceso, dado que es un acto discrecional, es impugnabile, por la persona o entidad que se considere perjudicada por dicha decisión a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta postura doctrinal tiene un difícil encaje con la línea mantenida jurisprudencialmente, ya que se ha dicho que «la potestad de la autoridad laboral está configurada como discrecional por asentarse sobre el juicio de valor que tal autoridad haga [...] sobre el perjuicio a terceros», de modo que si ésta «entiende en tal juicio de valor que el supuesto de la norma habilitante se produce, la intervención jurisdiccional se configura como un mera posibilidad incidental y excepcional que abre de oficio el procedimiento especial ya referido»⁷⁸³.

2) *Supuestos dudosos, pero admisibles, de acciones constitutivas «complejas»*

a) Cesión ilegal de trabajadores

§142. Con esta denominación me estoy refiriendo a la acción contemplada en el artículo 43.4 ET, cuya naturaleza constitutiva no ofrece duda alguna⁷⁸⁴, aparte de que la demanda pueda ser compleja⁷⁸⁵, pues en ella cabe que estén presentes aspectos constitutivos —la adquisición de la condición de fijo en la concesionaria— y de condena —reclamación de las diferencias salariales correspondientes—. No obstante, algún pronunciamiento⁷⁸⁶ ha mostrado dudas en cuanto a su calificación como constitutiva en este caso, inclinándose por hacerlo exclusivamente cuando la opción sea a favor de la concesionaria, pues, según esta opinión, cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, dado que ni con ella ni con la sentencia que la acoge se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. De tal forma que ese concreto efecto sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este supuesto, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión.

Sea como fuere, se configura la posibilidad, bajo determinadas condiciones, de novar el contrato a voluntad del trabajador; en otras palabras, se permite que, a su instancia, se cree una nueva situación contractual laboral. Dice ese precepto que «los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal». Esta acción es de reciente aparición en

⁷⁸² Véanse RUBIO DE MEDINA, M. D., *El procedimiento de oficio*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 2001), pág. 16; y MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A., «Sobre el procedimiento de oficio (I)», en *Aranzadi Social*, núm. 5, págs. 9-27, consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2000\453).

⁷⁸³ Véase STS 06/04/88 (Ar. 3261).

⁷⁸⁴ Véanse SSTS 03/02/00 (Ar. 1600) y 21/03/1997 (Ar. 2612), y SSTSJ Galicia 17/09/07 (R. 3003/07), 26/06/07 (R. 950/07) y 08/06/07 (R. 1988/07). Definición de la expresión, con toda claridad, en MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Glosario de Empleo y Relaciones Laborales*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas-Mundi-Prensa Libros SA (Madrid, 1998), pág. 58.

⁷⁸⁵ Véase SSTSJ Galicia 17/09/07 (R. 3003/07).

⁷⁸⁶ Véase STS 05/12/06 (R. 4927/05).

el Derecho español⁷⁸⁷, pues su origen no puede remontarse más allá del ET/80, en cuyo artículo 43.3⁷⁸⁸ se recogía por primera vez la acción de cesión ilegal en unos términos que pasaron literalmente al artículo 43, párrafo tercero, ET, el cual se convirtió en el párrafo cuarto al introducirse un nuevo párrafo segundo a través del artículo 12.10 Ley 43/2006, de 29/Diciembre.

La institución amparada a través de esta acción está íntimamente relacionada con la prestación de servicios a través de contratas y subcontratas; esto es, incide sobre el tema de la lícita externalización de servicios por parte de las empresas (el llamado «outsourcing»⁷⁸⁹); aspecto que habrá de examinarse al tratar los hechos constitutivos de esta acción. No está de más recordar, empero, que el artículo 43 ET contempla el supuesto de interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: primero, un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; segundo, un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y tercero, un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue la acción, en definitiva, es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales y de ahí la opción del artículo 43 ET, precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos, y, entre ellos, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio⁷⁹⁰. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios⁷⁹¹.

§143. La única duda, siquiera ya se ha respondido, que se pudiera plantear con respecto a esta institución es si la acumulación de las dos acciones presentes lo es voluntaria u obligatoriamente, porque la respuesta a este interrogante conllevará la inclusión de esta

⁷⁸⁷ Sobre su regulación y su estudio dentro del derecho comparado, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El prestamismo laboral en Alemania. Estudio comparativo con la regulación española sobre cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, vol. 11 (2007), págs. 485 y ss.

⁷⁸⁸ «Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba. En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador de la misma categoría y puesto de trabajo, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal» (art. 43.3 ET/80).

⁷⁸⁹ Literalmente, subcontratar. Es el uso de recursos exteriores a la empresa para realizar actividades tradicionalmente ejecutadas por personal y recursos internos. En definitiva, una estrategia de gestión por medio de la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a otras empresas externas.

⁷⁹⁰ Sobre la interposición y el uso de figuras fraudulentas, por su importancia, claridad expositiva y lucidez, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 34 y ss.

⁷⁹¹ Véanse SSTs 14/09/01 (Ar. 582); 17/01/02 (Ar. 3755); 17/12/01 (Ar. 2002/3026); 30/11/05 (Ar. 2006/1231); y 14/03/06 (R. 66/05).

acción entre las puras y simples (como por ejemplo, la de clasificación profesional) o las complejas. Aun cuando esa cuestión puede ofrecer una cierta dificultad por movernos en un campo casuístico, sometido a circunstancias variables, considero, desde un plano doctrinal, que ha de integrarse entre las últimas, dado que, primero, los propios términos del artículo 43.4 ET apuntan a una inescindibilidad de la faceta constitutiva —adquisición de la condición de fijo— de la declarativa —antigüedad— o de la de condena —salarios, al menos—; y segundo, la posibilidad real de ejecutar —aspecto sólo concurrente si se produce una condena— la parte del fallo referida a los derechos económicos, pronunciamiento, además, que se debe producir siempre.

b) Nulidad del contrato de trabajo

§144. Esta acción se contempla en el artículo 9.2 ET, donde se previene que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». La nulidad total del contrato de trabajo se refiere a la falta de alguno de los requisitos esenciales de aquél, que comprenden el consentimiento (con sus tres aspectos: capacidad para consentir, efectiva prestación y forma de exteriorización), su objeto y su causa. Para denominar esta acción he preferido utilizar la expresión acción de nulidad frente a la de *ineficacia del contrato de trabajo*, pese a que sea poco gráfica, pues induce a confusión, al ser, por definición, declarativas las acciones de nulidad⁷⁹². Lo que ocurre es que en el ámbito laboral esta acción ofrece un matiz que la hace dispar, siquiera en parte, pues sus efectos son *ex nunc*. Ahora bien, este aserto merece una puntualización, porque no toda acción de nulidad laboral es constitutiva, exceptuando el régimen común, sino sólo alguna de ellas, ya que en atención a sus efectos se ha diferenciado⁷⁹³ entre la nulidad total retroactiva (esto es, con efectos *ex tunc* o desde entonces) y la nulidad total irretroactiva (esto es, con efectos *ex nunc*⁷⁹⁴ o desde ahora) —por ejemplo, en cuanto al objeto del contrato de trabajo, el empleo de menores—; siendo esta última la única que interesa a los fines de este trabajo.

No obstante, aquella rúbrica —*ineficacia*— es utilizada por algunos⁷⁹⁵ para calificar la acción derivada del artículo 9 ET, pues ésa define la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas que normalmente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato. Considero, empero, que el término se está empleando en un plano diferente, más desde la perspectiva de los efectos derivados de su ejercicio que desde la propia institución procesal, porque, si bien es cierto que el resultado de su uso será la ineficacia del contrato de trabajo y el rótulo del precepto es «validez del contrato», lo es más que algunos *de facto* se producen y que lo perseguido, al menos, mediatamente, es la nulidad del contrato con las consecuencias que acarrea, entre ellas, la ineficacia parcial.

El origen de esta acción se sitúa en el propio Código Civil, porque no hace sino aplicar al contrato de trabajo la prevención general del artículo 1303 Código Civil: cuando se

⁷⁹² Piénsese, por ejemplo, en la acción de nulidad de matrimonio (arts. 73 y ss. CC) que es indiscutiblemente declarativa, mientras que la de divorcio (arts. 85 y ss. CC), lo es constitutiva.

⁷⁹³ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., págs. 163 y 164.

⁷⁹⁴ Véase STSJ Asturias 23/12/93 (Ar. 5137).

⁷⁹⁵ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., pág. 130.

trate de una prestación de hacer, como en el caso del contrato de trabajo, la devolución recaerá sobre el equivalente o valor de esas prestaciones, con sus intereses respectivos⁷⁹⁶. La primera mención específica, aparte de una referencia a la nulidad parcial en el artículo 13 LCT/31, se hace en el artículo 55 LCT/44⁷⁹⁷, que pasaría ya al artículo 9.2 ET/80 y de éste al actual, con una modificación significativa: supresión de la referencia a la voluntad maliciosa del trabajador para evitar el cobro de los emolumentos correspondientes. Y su finalidad sigue siendo —como en el caso civil— la de introducción en el contrato de trabajo del principio del enriquecimiento injusto de un contratante, en este caso el empresario⁷⁹⁸; y, por ello, la única consecuencia que se deriva del contrato nulo en favor del trabajador es la remuneración de los servicios prestados, sin que pueda exigirse al empresario la indemnización por extinción contractual⁷⁹⁹.

§145. Una última cuestión referente a esta acción, al igual que en la anterior, es su calificación como compleja y no como pura o simple. Antes de contestar a aquélla es imprescindible hacer una precisión, pues debemos situarnos ante la hipótesis de que sea el propio trabajador quien ejercite la acción de nulidad⁸⁰⁰, dado que, en caso contrario, no existirá la acumulación, con una salvedad a la que ya hemos hecho referencia (demanda constitutiva de oficio⁸⁰¹; puestos en esta tesitura, el quid reside en si la reclamación de los salarios —contraprestación evidente de los servicios prestados— ha de ejercitarse junto con la primera. Pues bien, la respuesta, como en el caso anterior, está en el contenido del fallo que se ha de recoger siempre en una sentencia sobre este particular, habida cuenta de que es el reflejo directo de las acciones ejercitadas, y que incluirá la indicación «con reconocimiento de los salarios que se hubiesen devengado». Pronunciamiento de condena que puede ejecutarse y convierte esta acción constitutiva en una compleja.

c) Acción procesal revocatoria de una sentencia estimatoria de prestación periódica de seguridad social

§146. Su regulación se recoge en el artículo 292.2 LPL, donde se precisa que «Si la sentencia favorable al beneficiario fuere revocada, en todo o en parte, no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 192.3 de esta Ley». Es, por tanto, una acción que recuerda los efectos *ex nunc* —típicos de una acción constitutiva— a los que se hacía referencia en la acción de nulidad irretroactiva.

⁷⁹⁶ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., págs. 130 y 131. Y por su maestría en la explicación de ese precepto civil, véase DE CASTRO GARCÍA, J., *Contestaciones de Derecho Civil al programa de Judicatura*, Tomo II, 3ª edición, Colex (Madrid, 2000), págs. 29 y ss.

⁷⁹⁷ «En caso de que se anulare un contrato, el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiere prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador» (art. 55 LCT/44).

⁷⁹⁸ Véase STS 02/12/98 (Ar. 10268).

⁷⁹⁹ Véase STSJ Cantabria 13/06/00 (AS 2456).

⁸⁰⁰ Conjetura bastante inusual, ya que la nulidad de los contratos se suelen declarar al hilo de procesos de despido o reclamaciones de Seguridad Social.

⁸⁰¹ Véase *supra*, en el § 141.

La he denominado *acción procesal*, porque, en realidad, la pretensión revocatoria sostenida por la Entidad Gestora⁸⁰², o por el obligado al pago de la prestación periódica, se articula a través del correspondiente recurso de suplicación o casación, buscando la estimación de una censura, que se dirige contra la sentencia de instancia estimatoria de la acción —esta sí material y declarativa— ejercitada en su momento por el beneficiario. En otras palabras, no podría hablarse de acción en sentido estricto —como las analizadas hasta ahora—, habida cuenta que ha sido tradicional en la doctrina la consideración de que el inicio del fenómeno procesal real y concreto debía estar vinculado con un derecho del sujeto jurídico promotor⁸⁰³; y aquí, obviamente, ése está ausente, porque el único derecho presente (pretensión) es el del beneficiario que impetró la tutela judicial efectiva solicitando ya el reconocimiento de un grado de invalidez, ya un subsidio de desempleo, ya otra prestación periódica⁸⁰⁴. Acciones todas ellas declarativas, dado que por su cauce sólo se elimina una falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico. No ha de olvidarse que pretensión se define como «la materia sobre la que recae el complejo de elementos que integran el proceso, es decir, aquel sustrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte en el que unos y otros se apoyan»⁸⁰⁵. Fijado lo anterior, que la verdadera acción material es la ejercitada por el actor y éste no va a ser el recurrente, la pretensión de la Entidad Gestora sólo puede ser calificada como una acción de naturaleza procesal. Como afirma alguna doctrina⁸⁰⁶, éstas son una clase de acciones de las que no suele hablarse en nuestro derecho y con ellas se pretende la creación, modificación o extinción de una situación jurídica creada como consecuencia de un proceso o de una resolución judicial.

Se califica también como *acción constitutiva compleja*, pues los efectos económicos de su estimación, la nueva situación jurídica generada, se producen a partir de la firmeza de la sentencia, esto es, con efectos meramente *ex nunc*, de tal manera que el recurrido no sólo no tiene que devolver lo cobrado durante la ejecución provisional, sino que también puede exigir el pago de lo devengado hasta esa data y que esté pendiente de abono; rasgo este que permite distinguirla de una acción mero declarativa. Además, el hecho de que junto a la acción constitutiva se sitúe una de condena —pensión o subsidio— conlleva su calificación como compleja, dado que se posibilita la ejecución de parte del fallo: prestaciones periódicas generadas hasta ese momento y todavía no cobradas⁸⁰⁷. En el fallo de

⁸⁰² Sobre su posición procesal, véase ARUFE VARELA, A., «La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones, tras la Ley 52/2003, de 11 de noviembre», en *Tribuna Social*, núm. 178 (2005), págs. 16 y ss.

⁸⁰³ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, 3ª edición, CERA (Madrid, 2003), pág. 20.

⁸⁰⁴ Para la adecuada comprensión de cada una de estas prestaciones, véase, con mayor extensión, MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Netbiblo (La Coruña, 2008), págs. 91 y ss. Y para su exhaustivo análisis jurisprudencial, véase DE CASTRO FERNÁNDEZ, L. F., «Análisis de la Jurisprudencia dictada en el periodo 2005-2007 y relativa a la materia de Seguridad Social», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 124 (Madrid, 2008).

⁸⁰⁵ Véase GUASP, J., *La pretensión procesal*, 1ª edición, cit., pág. 57.

⁸⁰⁶ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil. Volumen II*, 3ª edición, cit., pág. 34.

⁸⁰⁷ Desde una perspectiva asistencialista, véase GÁRATE CASTRO, J., «La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia (Del acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social al Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre)», en GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002), pág. 75.

la sentencia que estime la acción procesal se hará un primer pronunciamiento, que nova la situación jurídica existente —rechazando la demanda originadora del proceso—, y un segundo relativo a la condena al pago de las cantidades devengadas hasta la firmeza del fallo y no abonadas.

II. LA TRAMITACIÓN EN LA INSTANCIA DE LAS ACCIONES CONSTITUTIVAS «COMPLEJAS»

§147. Al estudiar las acciones constitutivas «puras» ya se hizo cumplida referencia a todas las cuestiones que se van a analizar a lo largo de esta Sección (y también, de las siguientes); por lo tanto, e intentando evitar repeticiones irrazonables, me centraré en cada uno de los puntos a examinar (actos previos, demanda, órgano jurisdiccional, contestación a la demanda y sentencia) sólo en aquello que sea específico de las acciones complejas y, además, original con respecto al tratamiento que se hizo en el Capítulo Segundo de este trabajo.

A) ACTOS PREVIOS AL PROCESO

§148. Sabemos que en todo proceso se debe pretender evitar su planteamiento mediante la conciliación preprocesal o la reclamación administrativa previa, con las excepciones contempladas en los artículos 64 y 70 LPL; anteriormente se desglosó la cuestión entre la obligación general de arreglo extrajudicial y sus excepciones y las características que encerraba el acto previo. Huelga, por tanto, iterarlo, porque lo ya tratado es plenamente proyectable a estas acciones; es más, casi todas exigen su cumplimiento, de tal manera que la cuestión habrá de remitirse al campo de las excepciones, esto es, a cuando se hubiese incumplido esa trámite. Tres salvedades se presentan en este ámbito, una, la referida a las demandas constitutivas de oficio, dado que el propio artículo 64.1 LPL⁸⁰⁸ lo señala; otra, la acción resolutoria ejecutiva, en la que es lógica la inexistencia de este intento de composición, al partir de la existencia de una sentencia firme; y finalmente, la tercería de mejor derecho, habida cuenta de que se trata de un incidente surgido durante un proceso en marcha.

B) LA DEMANDA CONSTITUTIVA «COMPLEJA»

1) Requisitos de la demanda

§149. Lo indicado en el anterior Capítulo Segundo es *mutatis mutandis* proyectable a éste; por ello, y siguiendo el mismo esquema, habrá de analizarse lo genuino de cada una de las acciones complejas en relación con los hechos constitutivos, suplico, formas de presentación, documentación, partes, etc., dando por supuestos tanto los elementos comunes, que lo son a todo este grupo de acciones, como los conceptos básicos explicados allí. No obstante, existen dos hechos comunes particulares de todas las acciones complejas y derivados de la acción de condena acumulada legalmente: la determinación del salario del trabajador en el momento del ejercicio de la acción y la fijación de su antigüedad.

2) Hechos constitutivos comunes

§150. El primero de los cuales lo constituye *el módulo salarial*, porque, como en todas estas acciones, excepción hecha de la tercería de mejor derecho, a la que es impropio

⁸⁰⁸ «1. Se exceptúan de este requisito los procesos [...] iniciados de oficio, [...]» (art. 64.1 LPL).

dicho hecho constitutivo⁸⁰⁹, se busca además de novar, crear o extinguir una relación laboral, una condena salarial (acción de condena). Y será determinante fijar cuál es el salario que se ha de tener en cuenta para calcular la indemnización tasada que se prevé, dado que en las acciones de resolución de contrato (ordinaria y especiales) y de resolución ejecutiva se fija una indemnización resultado de multiplicar el salario diario del trabajador por un número de días, dependiendo de su antigüedad (el otro hecho constitutivo común) y con unos límites. Cierto es que tanto aquéllos como éstos son variables (oscilan entre veinte y cuarenta y cinco días para los primeros y nueve, doce o cuarenta y dos meses para los segundos). Aparte de que en la resolución ejecutiva servirá para cuantificar la indemnización adicional que pudiera generarse por la no readmisión. Es más, ese módulo salarial también es un dato esencial para las acciones de cesión ilegal de los trabajadores, para la de nulidad y para las demandas de oficio amparadas en éstas, puesto que su determinación permitirá calcular la diferencia a abonar por el empresario por el nuevo puesto asignado o por los servicios prestados hasta la declaración de nulidad.

No obstante, las afirmaciones que se harán a continuación acerca del módulo salarial y su fijación tienen su genuino encaje en las acciones resolutorias de contrato (ordinaria y especiales) más que en la resolutoria ejecutiva o en las tres últimas citadas, aunque con distinto alcance. Porque, si bien en las primeras puede llegar a debatirse sobre el salario real o debido del trabajador, en la resolutoria ejecutiva aquél ya ha quedado fijado en la sentencia que declaraba improcedente el despido, por lo que, a pesar de configurar un hecho constitutivo, que debe incluirse en la demanda, normalmente no ofrecerá discusión. Y se dice normalmente, puesto que pudiera disputarse ese punto cuando su cálculo comporte la eventual aplicación retroactiva del convenio colectivo⁸¹⁰, que se hubiera producido con posterioridad a aquella sentencia y antes de la presentación de la demanda ejecutiva; caso en el que corresponderá al actor alegarlo y probarlo. Otro tanto cabe constatar con respecto a las acciones de cesión ilegal de los trabajadores y de nulidad, y las demandas de oficio amparadas en éstas, pues en estas hipótesis han de concurrir dos hechos constitutivos relativos al salario y no sólo uno, habida cuenta de que la cuestión ya no será la simple fijación de un módulo objetivo, sino, en unos casos, la diferencia entre los salarios que ha percibido de manera real en su puesto de trabajo en la empresa cedente (primer hecho constitutivo) y los que debería haber recibido de ser considerado trabajador de la empresa cesionaria desde el comienzo de la cesión ilegal (segundo hecho constitutivo), aspecto éste en el que sí son extensibles los asertos que se expondrán a continuación. En otros casos, lo constituirá la diferencia entre lo cobrado efectivamente por el actor (primer hecho constitutivo) y lo que debería haber cobrado (segundo hecho constitutivo), donde de nuevo resultará aplicable lo que sigue.

§151. El salario a considerar para ese cálculo ha de ser el *salario «último» o actual* en el momento de la extinción del contrato de trabajo, con alguna salvedad⁸¹¹. Así, «el

⁸⁰⁹ En ella no se pretende el pago de salarios (acción de condena) junto con la acción constitutiva, sino la declaración de preferencia (acción declarativa) que se añade al aspecto constitutivo (exclusión en el pago). De ahí que hablar de módulo salarial resulta ajeno.

⁸¹⁰ Véase ATS 21/12/98 (Ar. 310), que aprecia falta de contenido casacional en el recurso que combate la aplicación retroactiva del convenio.

⁸¹¹ Desde la perspectiva del que denomina «despido colectivo menor», véase MARTÍN VALVERDE, A., «Las reformas laboral y de Seguridad Social de 1997», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número II (Madrid, 1998), pág. 86.

salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales»⁸¹², figurando entre tales circunstancias especiales: la oscilación de los ingresos irregulares o la pérdida injustificada —fraude— de una percepción salarial no ocasional o de «carácter puntual»⁸¹³; o el percibo de un «bonus», de naturaleza y salarial y periodicidad superior a la mensual, cuyo devengo se produce por anualidades vencidas y en función de los beneficios obtenidos en cada una de ellas⁸¹⁴. De todas formas, ha de ser el debido, que no el realmente percibido al tiempo de la extinción, siendo el proceso por despido cauce adecuado para proceder a su debate y fijación, sin que proceda apreciar indebida acumulación de acciones⁸¹⁵, lo que no implica que, en todo caso, se conceda lo solicitado por quien demanda⁸¹⁶. No obstante, ese módulo será el realmente percibido si es superior al que hubiera correspondido, a pesar de que el mismo concerniese a un contrato de alta dirección ya fenecido, si así expresamente lo han pactado las partes⁸¹⁷. Y en cuanto a los *conceptos computables*, se ha de incluir el complemento variable «anual por objetivos», conocido en el argot empresarial como «bonus»⁸¹⁸, pero, al contrario, no puede computarse en la determinación del salario regulador una «compensación de desplazamiento» si en el momento del despido ya no lo percibía, por haber desaparecido la causa del devengo —traslado al extranjero—, no pudiendo prorratearse lo percibido por tal concepto en los doce últimos meses, porque «no estamos ante un ingreso salarial irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes, ni ante un supuesto fraude que podría llevarnos a conclusión distinta sobre el particular»⁸¹⁹. Tampoco se incluirá la puesta a disposición de un automóvil por parte de la empresa (como salario en especie), pues «no tuvo como finalidad proporcionarle una retribución por su trabajo, sino que respondió a la necesidad de su utilización para el buen desempeño de su labor, por lo que el vehículo constituía claramente un medio o «herramienta» necesaria para el normal desarrollo de su labor por parte del empleado»⁸²⁰.

Todo lo anterior, siquiera afirmado con respecto a la acción de despido, es plenamente predicable a los supuestos de resolución de contrato *ex* artículo 50.2 ET (y las especiales *ex* artículos 40 y 41 ET), cuando lo que «se examina es la propia actuación empresarial, que se considera como un incumplimiento grave que justifica la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, la que ha determinado una reducción ilícita del salario que como tal [art. 6.3 CC] no puede tener eficacia para reducir la base de cálculo de la indemnización procedente»⁸²¹. O, también, para el cálculo del salario que debería haber percibido el trabajador (acciones de cesión ilegal y nulidad y demandas de oficio), porque

⁸¹² Véanse SSTs 17/07/90 (Ar. 6413); 30/05/03 (R. 2754/02); 27/09/04 (R. 4911/03); y 11/05/05 (R. 5737/03).

⁸¹³ Véanse SSTs 26/01/06 (R. 3813/04) y 27/09/04 (R. 4911/03).

⁸¹⁴ Véase STS 24/10/06 (R. 1524/05).

⁸¹⁵ Véanse SSTs 25/02/93 (Ar. 1441); 08/06/98 (Ar. 5114); u.d. 12/07/06 (Ar. 6310); y u.d. 10/07/07 (R. 3488/05).

El ATS 14/01/99 (Ar. 891) aprecia falta de contenido casacional en el recurso que ignora tal doctrina; y las SSTs —ambas de u.d.— 19/10/07 (R. 4128/06) y 27/03/00 (Ar. 7401) aprecian falta de contenido casacional en el recurso que desconoce tal doctrina.

⁸¹⁶ Véase STS 21/09/99 (Ar. 7300).

⁸¹⁷ Véase STS 28/02/98 (Ar. 2220).

⁸¹⁸ Véanse SSTs 19/11/01 (Ar. 2003/5958); y 22/11/05 (Ar. 10054).

⁸¹⁹ Véase STS 27/09/04 (R. 4911/2003).

⁸²⁰ Véase STS 21/12/05 (R. 104/05).

⁸²¹ Véase STS 25/02/93 (Ar. 1441).

sería contrario al principio de buena fe aceptar la actuación de la empresa que reduce unilateralmente el salario para perjudicar al trabajador no sólo en sus retribuciones, sino incluso en el importe de la indemnización por extinción de la relación laboral⁸²².

§152. El segundo hecho constitutivo común a todas estas acciones es *la antigüedad*, que integra, junto al salario, uno de los dos datos determinantes del importe de la indemnización por despido disciplinario improcedente (artículo 56.1 ET) y otras extinciones contractuales indemnizables⁸²³, aunque es un concepto distinto y más genérico que el tiempo de prestación de servicios y puede no ser coincidente con éste, si se producen interrupciones no computables para el cálculo de las indemnizaciones (por ejemplo, excedencias voluntarias⁸²⁴). Buena prueba de ello son las excepciones que la Ley ha previsto a esa regla general; y así, se computan: el tiempo que dure el contrato de trabajo en prácticas y del contrato de aprendizaje [artículo 11.1.f) y 2.h)], el transcurrido en el período de prueba sin que se produzca el desistimiento de ninguna de las partes (artículo 14.3)⁸²⁵ y aquél en que el trabajador permanece en situación de excedencia forzosa (artículo 46.1). Pudiera definirse⁸²⁶ como el tiempo que el trabajador viene prestando servicios a la empresa, sin solución de continuidad, siquiera tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos; y además, su cómputo no se interrumpe por lapsos inferiores al plazo de caducidad del despido⁸²⁷, incluso aunque medie recibo de finiquito⁸²⁸. En cuanto a su *cálculo*, se hace conforme al tiempo de servicios prestados y no a la reconocida, salvo pacto o disposición en contrario, pues «a efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente, no es confundible la antigüedad que pudiera asignarse al trabajador en el contrato de trabajo que inicie relación laboral, derivada de respetar la lograda con anteriores contratos, respecto a los cuales, aquél no constituye subrogación, con el tiempo de servicios que se genere en desarrollo de éste, siendo sólo tal tiempo de servicios el que ha de ser computado para el cálculo de la indemnización que correspondiera, si dicho último contrato se extinguiera por despido, que, impugnado, fuera declarado improcedente, salvo en supuestos en los que, al asignarse la mayor antigüedad, se pactare que la misma había de operar a todos los efectos —incluidos, por tanto, los del cálculo de la indemnización por despido improcedente— o así se estableciere en el orden normativo aplicable»⁸²⁹.

Por último, este hecho constitutivo no es exigible ni en la *tercería de mejor derecho*, ni en la *acción de nulidad* ni en las *demandas de oficio* relacionadas con ellas, ofreciendo matices diferentes con respecto a la de *cesión ilegal de trabajadores*, porque en ésta la antigüedad se referirá al tiempo que ha durado la cesión (o fecha en que se inició), dado que será la que configure la nueva en la concesionaria («si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal», dice el artículo 43.4 ET).

⁸²² Véanse SSTs 25/02/93 (Ar. 1441) y 02/02/90 (Ar. 807).

⁸²³ Véase STS 15/12/04 (Ar. 1595).

⁸²⁴ Véanse SSTs 30/06/97 (R. 2698/96); y 26/09/01 (R. 4414/00).

⁸²⁵ Con respecto al desistimiento y su encaje, véase ARUFE VARELA, A., «La precaria y problemática regulación del desistimiento del demandante en la Ley de Procedimiento Laboral: una reforma inaplazable», en *Actualidad Laboral*, núm. 16 (2005), págs. 1891 y ss.

⁸²⁶ Véase STSJ Galicia 16/07/07 (R. 2689/07).

⁸²⁷ Véase STS 03/02/00 (Ar. 1602).

⁸²⁸ Véase STS 15/11/00 (Ar. 10291).

⁸²⁹ Véanse SSTs 30/11/98 (Ar. 10043); 21/03/00 (Ar. 3421); 05/02/01 (Ar. 2144); y 13/11/06 (Ar. 6684).

3) Hechos constitutivos específicos

a) Resolución de contrato

§153. Como ya se ha advertido anteriormente, dentro de este concepto han de integrarse las resoluciones ordinarias *ex* artículo 50 ET y las que calificado como especiales *ex* artículo 40.1 y 41.3 ET; exigiendo todas ellas un tratamiento particular. En primer lugar, por lo que se refiere a la *acción de resolución ordinaria* dos son sus hechos constitutivos específicos: uno, que la relación laboral entre el trabajador y el empresario implicados siga en vigor, sin que se le hubiese despedido; y otro, que se hubiesen producido determinados incumplimientos por parte del empleador bajo las condiciones señaladas en el artículo 50 ET, en la interpretación que de ellas ha hecho la jurisprudencia.

§154. Aun cuando el hecho constitutivo de que *la relación laboral siga viva* bien pudiera integrarse en el común exigido en todas las acciones de este tipo («que el actor sea trabajador del demandado»), pues si la relación laboral ya no está viva, tampoco puede considerarse al demandante como trabajador del demandado, la propia singularidad de este requisito y, sobre todo, su constante presencia en los procesos laborales, me impulsan a individualizarlo a través de un apartado propio. La jurisprudencia se ha referido en multitud de ocasiones a este hecho, al afirmar que el éxito de la acción basada en el artículo 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia⁸³⁰, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y, de prosperar la acción, declarará extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta. Es más, este principio no se ve alterado por el hecho de que el trabajador haya sido despedido, después de presentada la papeleta de conciliación y antes de celebrarse el juicio, porque en ese ínterin puede ser despedido si ha realizado actos que merezcan tan grave sanción; de otro modo, quedaría facultado para cualquier tipo de infracción sin que el empresario tuviera la paralela posibilidad de sancionarlo por ello⁸³¹. Esa misma es la razón por la que se ha indicado que el despido posterior a la demanda rescisoria y no combatido judicialmente enerva la acción extintiva reclamada⁸³², dado que la relación ya no estaría en vigor y sería inane pronunciarse sobre la primera.

Consecuencia de lo afirmado es determinar, para el caso de que se haya producido con posterioridad un despido combatido adecuadamente, *el orden de examen de la acción rescisoria y de la de despido*. Para facilitar la tramitación y resolución de estas acciones que, pese a su naturaleza distinta y sus objetivos contradictorios, inciden sobre una misma relación de trabajo, el artículo 32 LPL dispone su acumulación en el mismo proceso⁸³³. Sin embargo, su hermenéutica no es sencilla, dado que no es posible establecer un criterio con validez general sobre el orden a seguir para dar respuesta judicial a esas acciones

⁸³⁰ Véanse SSTs 22/10/86 (Ar. 5878); 26/11/86 (Ar. 6516); 12/07/89 (Ar. 5461); y 18/07/90 (Ar. 6425); y ATS 11/03/98 (Ar. 2561).

⁸³¹ Véanse SSTs 14/02/83 (Ar. 587); 23/06/83 (Ar. 3041); 08/03/84 (Ar. 1539); 12/12/84 (Ar. 6367); 28/02/85 (Ar. 717), para despido consentido; 02/04/85 (Ar. 1844), para dimisión; 02/07/85 (Ar. 3664); 04/02/86 (Ar. 703); 19/05/88 (Ar. 4261); 18/11/85 (Ar. 5801), para despido tácito; 18/09/89 (Ar. 6455); 29/12/89 (Ar. 9100); 11/04/90 (Ar. 3463); y 22/05/00 A. 4623).

⁸³² Véase STS 22/05/00 (Ar. 4623).

⁸³³ Acerca de las peculiaridades de este complejísimo tema, fundamental, véase GARCÍA MURCIA, J., *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas (Madrid, 1991), págs. 23 y ss.

acumuladas⁸³⁴. En todo caso, del contenido de ese precepto «se deduce que el mismo obliga no sólo a acumular, sino también a debatir las dos demandas, pues así lo señala expresamente, y a resolverlas, para evitar tener que reproducir un nuevo pleito que chocaría con la previsión de acumulación del precepto, si se resolviera sólo la primera y el signo del recurso fuera contrario a la decisión de instancia»⁸³⁵. Tratando de solventar las dificultades prácticas inherentes a una declaración de ese tipo, la jurisprudencia acudió inicialmente a un *criterio cronológico procesal*, que afirmaba que cuando una y otra acción se basen en causas independientes, habría de seguirse dicho tipo de criterio, no excluyente⁸³⁶. Posteriormente, lo sustituyó por el llamado *criterio cronológico sustantivo*, que rectifica la doctrina, afirmando que, en tales supuestos de independencia, hay que seguir un criterio cronológico sustantivo que dé prioridad a la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma⁸³⁷. Este nuevo criterio no colisiona con el expresado en la jurisprudencia precedente⁸³⁸, porque, pese a que en la misma se afirmaba que al tratarse de la «estimación de las dos demandas acumuladas, que se habían tramitado conjuntamente [art. 32 LPL], una de resolución contractual y otra de despido, de las cuales la estimación de la primera comporta inevitablemente como pronunciamiento principal la extinción del contrato», se trataba de un caso singular en el que por razones cronológicas se aplicaba el RD—Ley 05/2002, sin conceder la opción y con denegación de los salarios de trámite⁸³⁹.

§155. El segundo hecho constitutivo específico al que hacía referencia es que *el empresario haya incumplido grave y voluntariamente esenciales obligaciones laborales*, la razón reside en que esta acción tiene como objeto evitar la dimisión forzada del trabajador y, por ello, requiere que el incumplimiento empresarial sea *grave*; es decir, haga referencia a lo esencial de lo pactado y de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución⁸⁴⁰. Y también, *voluntario*, entendiendo por tal, tanto una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación, que patentice la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento, como una rebelde, manifestada en la prolongada actividad o pasividad del deudor⁸⁴¹; aunque ese rasgo, con ciertas matizaciones, no es predicable con respecto al incumplimiento salarial, tal como veremos. En el propio artículo 50 ET se contemplan tres apartados o incumplimientos empresariales —y

⁸³⁴ Véase STS u.d. 23/12/96 (R. 2205/96); y el ATS 21/10/98 (Ar. 9297) aprecia falla de contenido casacional en recurso interpuesto contra sentencia que hace suya dicha doctrina.

⁸³⁵ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 25/01/07 (R. 2851/05); y 10/07/07 (R. 604/06).

⁸³⁶ Véase STS u.d. 23/12/96 (R. 2205/96), que exigía que «el incumplimiento empresarial que se alegue para fundar la voluntad resolutoria del trabajador nada tenga que ver con la falta que se imputará a éste en la carta de despido». En general, sobre la carta de despido, véase GÁRATE CASTRO, J., *La comunicación escrita del despido disciplinario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1984), págs. 11 y ss.

⁸³⁷ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 25/01/07 (R. 2851/05); y 10/07/07 (R. 604/06). En la primera, se decía que «en el caso aquí debatido coincide tanto el criterio causal sustantivo como el cronológico procesal, ya que la acción resolutoria se presentó primero, y la causa de la misma, también es anterior a la invocada en la carta de despido impugnado».

⁸³⁸ Al respecto, véase STS u.d. 15/03/05 (R. 1356/04).

⁸³⁹ Véase STS u.d. 25/01/07 (R. 2851/05).

⁸⁴⁰ Véanse SSTS —Sala 1ª— 07/03/83 (Ar. 1426), 24/07/89 (Ar. 5777); 21/09/90 (Ar. 6899); y SSTS 07/07/83 (Ar. 3730); 15/03/90 (Ar. 3087); y 08/02/93 (Ar. 749).

⁸⁴¹ Véanse SSTS —Sala 1ª— 24/07/89 (Ar. 5777); 04/04/90 (Ar. 2694); 14/06/88 (Ar. 4877); y 07/07/88 (Ar. 5580); y SSTS 15/11/86 (Ar. 6350); 15/01/87 (Ar. 38); 11/04/88 (Ar. 2944); y 03/04/97 (Ar. 3047).

correlativos hechos constitutivos, que veremos en los epígrafes siguientes— para ejercitar con visos de éxito la acción de resolución del contrato: uno, referente a modificaciones sustanciales de sus condiciones de trabajo; otro, relativo a incumplimientos económicos; y otro, concerniente a quebrantamientos obligacionales de otro tipo. Siquiera el primero y el tercero, como indicaremos, son hechos muy próximos y bien pudieran integrarse en un solo grupo, se mantendrá la clasificación trimembre por ser la empleada por el legislador y por su propia raigambre histórica⁸⁴². No obstante, el principio de conservación del contrato, que expresa la preferencia del ordenamiento por la estabilidad de la relación de trabajo, obliga a una interpretación estricta y rigurosa de las causas resolutorias especialmente cuando la resolución se vincula no sólo a un efecto extintivo, sino también al abono de una indemnización a cargo de la otra parte, que ha de asociarse a un incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁸⁴³. Además de que la determinación de si concurren o no las circunstancias enumeradas por el artículo 50 ET ha de ser particular e individualizada, siendo muy difícil establecer criterios generales o pautas válidas para diferentes supuestos⁸⁴⁴.

§156. Como ha recordado la jurisprudencia en multitud de ocasiones⁸⁴⁵, la extinción del contrato de trabajo que autoriza y prevé el número 1.a) del artículo 50 ET («*las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*»), requiere un doble requisito: por una parte, que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo; y por otra, que ésta redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de la dignidad. Si no concurre esta doble circunstancia, la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podría dar lugar, en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el artículo 41.3 ET, pero no a la extinción del contrato de trabajo. Ese doble condicionamiento⁸⁴⁶ está implícitamente exigida en el apartado c) y expresamente en el apartado a), ambos del artículo 50.1 ET⁸⁴⁷. Como se observa, pese a contemplarse en apartados diferentes, concurre una íntima relación entre los dos hechos constitutivos.

En el análisis de esta causa, habremos de partir de sus rasgos configuradores, que integran, por tanto, sus requisitos de éxito: la exigencia de voluntariedad en el incumplimiento, su sustancialidad y el perjuicio profesional o menoscabo de su dignidad. En cuanto a la *voluntariedad*, aspecto, al que ya nos hemos referido en el enunciado general, podríamos puntualizar que el cambio contractual efectuado debe ser revelador de «un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones, por el empresario, que suponga deliberado enfrentamiento a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral»⁸⁴⁸. En otras palabras, su éxito exige «la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde o de un hecho obstativo que frustren el fin del contrato, impidiendo su subsistencia o continuidad»⁸⁴⁹; lo que supone inclinarse por una tesis subjetivista, frente a la objetivista

⁸⁴² Véase el art. 301 del Código de Comercio de 1885.

⁸⁴³ Véase STS 25/09/89 (Ar. 6486).

⁸⁴⁴ Véase STS 19/12/91 (Ar. 9088).

⁸⁴⁵ Véanse 08/02/93 (Ar. 749) y 26/07/90 (Ar. 6483), que cita sus precedentes de 05/03/85 (Ar. 1277); 23/04/85 (Ar. 1907); 16/09/86 (Ar. 4983); y 21/09/87 (Ar. 6234).

⁸⁴⁶ Véanse SSTS 15/01/87 (Ar. 38); y 13/11/87 (Ar. 7871).

⁸⁴⁷ Véase STS 08/04/91 (Ar. 3255).

⁸⁴⁸ Véase STS 11/04/88 (Ar. 2944).

⁸⁴⁹ Véanse SSTS 03/12/90 (Ar. 9748); 15/11/86 (Ar. 6350); y 28/10/89 (Ar. 7455).

mantenida con respecto al impago de salarios⁸⁵⁰, al afirmar que ese incumplimiento ha de ser culpable o imputable a título de dolo o culpa, habida cuenta que esa interpretación se desprende no sólo del entronque de dicho precepto con el artículo 1214 del Código Civil, sino también de su relación con el artículo 54.1 ET⁸⁵¹. Por lo que se refiere a la *sustancialidad*, sólo habilitarán el ejercicio de esta acción constitutiva aquellas modificaciones de las condiciones de trabajo que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, y entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio; mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición, siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial⁸⁵². En consecuencia, no todo incumplimiento empresarial es susceptible de determinar la resolución del contrato de trabajo, a instancia del trabajador, sino sólo aquéllos cuya gravedad «ha de vincularse a la manifestación de una voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones o a un hecho obstativo suficientemente significativo dentro de la economía del contrato, que impidiera la continuidad del mismo»⁸⁵³. Y finalmente, en cuanto al *perjuicio profesional o menoscabo de su dignidad*, ha de recordarse que se trata de derechos de contenido complejo⁸⁵⁴, de los que nacen numerosas manifestaciones y ramificaciones: de la dignidad de la persona derivan, por ejemplo, los derechos de intimidad y a la protección de la salud y la integridad física; mientras que la formación profesional mantiene una estrecha conexión con los derechos profesionales del trabajador, en especial con los de promoción y ocupación efectiva, pero no cabe confundir ese perjuicio a la formación profesional con la mera contrariedad del proyecto profesional de éste⁸⁵⁵.

Uno de los mayores problemas de aplicación del artículo 50.1.a) ET deriva de su relación con el artículo 41.3 ET⁸⁵⁶, dado que tanto uno como otro parten de la existencia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pero ofrecen importantes diferencias, que ya hemos cifrado.

§157. Aquellas dificultades a que se hacía referencia, sobre la valoración de las circunstancias habilitadoras de la resolución, han determinado que haya surgido una jurisprudencia casuística acerca de cada uno de los supuestos incluibles. Y así, concurrirá causa extintiva en el caso de *movilidad funcional*, cuando se traslade a un Encargado a otro centro de trabajo y se le asignan tareas menos cualificadas⁸⁵⁷; cuando se destine a trabajar en categoría inferior a la propia, de modo definitivo y por mera conveniencia de la empresa, sin que concurren circunstancias perentorias o imprevisibles⁸⁵⁸; o, en definitiva, el cambio de funciones —antes directivas— llevado al límite de contraer la nueva actividad a labores

⁸⁵⁰ Véase STS 15/03/91 (Ar. 1861).

⁸⁵¹ Véase nota anterior.

⁸⁵² Véase STS 11/12/97 (Ar. 9163).

⁸⁵³ Véase STS 06/06/91 (Ar. 5135).

⁸⁵⁴ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 743.

⁸⁵⁵ Véanse STS 31/01/91 (Ar. 205) y 03/12/90 (Ar. 9848); y STSJ Galicia 31/05/07 (R. 1909/07).

⁸⁵⁶ «[...] En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1 a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses [...]» (art. 41.3 ET).

⁸⁵⁷ Véanse SSTs 21/03/90 (Ar. 2211); 14/05/91 (Ar. 3912); y 31/05/91 (Ar. 3932).

⁸⁵⁸ Véase STS 22/01/90 (Ar. 800).

de tipo mecánico, amén de ser acompañada de la pérdida de despacho, porque afecta peyorativamente a la formación y a la dignidad profesional⁸⁵⁹. En el caso de *suspensión de empleo y sueldo cautelar*, lo es aquella adoptada a resultas de una auditoría que puso de relieve que no había incurrido en las irregularidades que se le imputaban, no obstante lo cual se prolonga de modo indeterminado dicha situación⁸⁶⁰. El *impago del subsidio de IT*, tanto el obligado *ex lege* en virtud del pago delegado como las mejoras voluntarias pactadas en convenio, constituye grave incumplimiento contractual incardinable en el art. 50.1 c) ET, y a ello no se opone que la cobertura de la IT forme parte de la acción protectora de la Seguridad Social, pues se trata de obligaciones legales de prestación impuestas por la LGSS al empresario en favor del trabajador, que constituyen efecto reflejo del contrato de trabajo⁸⁶¹. Y finalmente, podríamos recoger *variados supuestos*, que también lo integran: la incorporación rechazada tácitamente de trabajador inválido cuya invalidez es revocada⁸⁶², el traslado no autorizado⁸⁶³, el traslado injustificado⁸⁶⁴, la imposición de exclusividad en Inspector de sociedad de seguros⁸⁶⁵, la agresión⁸⁶⁶, las ofensas verbales⁸⁶⁷, la discriminación⁸⁶⁸ y la falta de consideración a la dignidad del trabajador⁸⁶⁹.

Sin embargo, no concurre aquella causa extintiva cuando se produce un *cambio horario*, supuesto en el que sólo podría dar lugar a los derechos previstos en el artículo 41 ET⁸⁷⁰. Tampoco lo hará en el *traslado* por cierre del centro de trabajo sin cambio de residencia⁸⁷¹, o cuando el propio trabajador haya asentido tácitamente el traslado de centro, al no oponerse al mismo en momento oportuno⁸⁷², con lo que la decisión empresarial había quedado ya, en cualquier caso, legitimada por la aceptación del trabajador⁸⁷³; o, en fin, aquél que implique cambio de residencia si previamente fue aceptado por el trabajador⁸⁷⁴. En cuanto a la *movilidad funcional*, si el cambio de funciones opera dentro del mismo grupo profesional⁸⁷⁵; cuando se observen los límites establecidos por el artículo 39 ET⁸⁷⁶; si su causa se debe a disminución de la capacidad del trabajador⁸⁷⁷; la acordada de común acuerdo⁸⁷⁸; la remoción en puestos de confianza⁸⁷⁹; o, por último, cuando el trabajador «consintió sin objeción el cambio de puesto durante un tiempo más que suficiente —año

⁸⁵⁹ Véase STS 24/09/90 (Ar. 7041).

⁸⁶⁰ Véanse SSTS 18/09/90 (Ar. 7022); y 27/09/90 (Ar. 7054).

⁸⁶¹ Véanse SSTS 22/05/95 (Ar. 3995); y 02/11/96 (Ar. 8187).

⁸⁶² Véase STS 08/11/93 (Ar. 8559).

⁸⁶³ Véanse SSTS 05/03/90 (Ar. 1764); y 26/09/83 (Ar. 4280).

⁸⁶⁴ Véase STS 11/10/89 (Ar. 7167).

⁸⁶⁵ Véase STS 30/12/89 (Ar. 9531).

⁸⁶⁶ Véase STS 26/06/89 (Ar. 4845).

⁸⁶⁷ Véase STS 12/12/86 (Ar. 7355).

⁸⁶⁸ Véase STS 12/07/86 (Ar. 4033).

⁸⁶⁹ Véase STS 14/10/82 (Ar. 6167).

⁸⁷⁰ Véanse SSTS 26/07/90 (Ar. 6483); y 08/02/93 (Ar. 749).

⁸⁷¹ Véanse SSTS 12/02/90 (Ar. 903); y 08/04/91 (Ar. 3255).

⁸⁷² Véase STS 07/04/81 (Ar. 1724).

⁸⁷³ Véase STS 12/02/90 (Ar. 903).

⁸⁷⁴ Véase STS 17/09/90 (Ar. 7016).

⁸⁷⁵ Véanse SSTS 25/07/90 (Ar. 6479); 26/07/90 (Ar. 6484); 26/09/90 (Ar. 7050); 08/04/91 (Ar. 3255); 13/03/91 (Ar. 1853); y 26/12/90 (Ar. 9840).

⁸⁷⁶ Véase STS 16/01/91 (Ar. 52).

⁸⁷⁷ Véase STS 09/07/90 (Ar. 6078).

⁸⁷⁸ Véase STS 22/03/91 (Ar. 1891).

⁸⁷⁹ Véase STS 09/04/90 (Ar. 3433).

y medio largo— para interpretar su silencio como aquiescencia o asentimiento tácito»⁸⁸⁰. En el caso de *supresión de vehículo*, si bien podría considerarse como un incumplimiento contractual, no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las previstas en el artículo 50 ET⁸⁸¹.

§158. Para que prospere la acción resolutoria basada en el segundo hecho [*«la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado»*, artículo 50.1.b) ET] ha de concurrir, desde luego, aquella «gravedad» a la que aludía y, a los efectos de determinarla, debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario *ex* artículos 4.2.f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado). En consecuencia, concurrirá tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente; en otras palabras, la entidad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos⁸⁸². No obstante, y aun cuando normalmente baste esa falta de pago del salario o retrasos iterados sin mediar culpabilidad empresarial, en algún supuesto se ha exigido también ésta, estableciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario⁸⁸³, o se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente⁸⁸⁴. De todas formas, la doctrina entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela y perfila en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial⁸⁸⁵ y ni siquiera la culpabilidad es requisito para generarlo⁸⁸⁶, sino que incluso es indiferente que venga determinado por la mala situación económica de la empresa⁸⁸⁷.

Por esta razón, el ejercicio de la acción por impago de salarios es posible aunque se haya iniciado un *Expediente de Regulación de Empleo* por crisis económica, dado que «el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el art. 51 del ET, mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no constituye, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el art. 50, ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica [...], de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de “excepción de litispendencia” en el proceso judicial instado por los trabajadores por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario»⁸⁸⁸.

Lo más importante al considerar este hecho constitutivo es cuantificar la gravedad, aspecto que ofrece una gran dificultad, ya que su determinación es algo extraordinariamente casuístico⁸⁸⁹. Así, la doctrina jurisprudencial ha ido precisando, por un lado, que

⁸⁸⁰ Véase STS 06/04/90 (Ar. 3124).

⁸⁸¹ Véase STS 15/01/87 (Ar. 38).

⁸⁸² Véanse SSTS 25/01/99 (Ar. 898); y AATS 22/11/00 (Ar. 10303 y 10423).

⁸⁸³ Véase STS 04/12/86 (Ar. 7278).

⁸⁸⁴ Véase STS 20/01/87 (Ar. 86).

⁸⁸⁵ Véanse SSTS 24/03/92 (Ar. 1870); y 29/12/94 (Ar. 10522).

⁸⁸⁶ Véase STS 24/03/92 (Ar. 1870).

⁸⁸⁷ Véanse SSTS 24/03/92 (Ar. 1870); 29/12/94 (Ar. 10522); 13/07/98 (Ar. 5711); y 28/09/98 (Ar. 8553).

⁸⁸⁸ Véase STS 05/04/01 (Ar. 4885), con cita de sus precedentes SSTS 12/05/88 (Ar. 4234) y 22/1288 (Ar. 9899), que tangencialmente sostienen la misma doctrina.

⁸⁸⁹ Véanse SSTS 25/09/95 (Ar. 6892); y 13/07/98 (Ar. 5711).

el impago de tres mensualidades y de la paga extra no poseen la suficiente entidad para configurar la causa extintiva a iniciativa del trabajador⁸⁹⁰, ni un retraso aislado ocasional⁸⁹¹, sino que es preciso el retraso continuado⁸⁹², que no se da cuando es esporádico, de un solo mes⁸⁹³; como tampoco cuando la demora sea debida a un acuerdo formal o informal de las partes⁸⁹⁴. Y por otro lado, que los retrasos y anomalías en el pago de once mensualidades consecutivas sí poseen la suficiente entidad como para que proceda la resolución contractual⁸⁹⁵, lo que es predicable de supuestos similares de irregularidades continuadas⁸⁹⁶, como también la tiene el retraso de un año en abonar las pagas extras durante dos anualidades consecutivas⁸⁹⁷.

§159. La doctrina unificada⁸⁹⁸ pone de relieve que el último de los hechos constitutivos de esta acción (*el empresario incumpla gravemente obligaciones laborales o se niegue a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo*) comprende no sólo las obligaciones a pactadas en el contrato, sino que también debe extenderse a todas aquellas que, cualquiera que sea su origen, hayan sido asumidas por el empresario. De todas formas, es preciso que ese incumplimiento se califique de grave y voluntario, ya que el precepto excluye la fuerza mayor. Dentro de su presupuesto de hecho caben multitud de conductas empresariales, siendo la más habitual la falta de ocupación efectiva del trabajador⁸⁹⁹, aunque la cuestión residirá en la concurrencia o no de justificación para no dársela, pues se niega la virtualidad de la acción cuando se debe a la situación económica de la empresa⁹⁰⁰ o si se produce durante un corto período de tiempo en razón a que se están investigando determinados hechos⁹⁰¹; mientras que si la falta de ocupación se prolonga en el tiempo⁹⁰², o se produce tras la finalización de suspensión del contrato⁹⁰³, sí justifica la resolución.

Y por lo que se refiere a los supuestos de los artículos 40 y 41 ET, se exige expresamente que haya precedido una sentencia que declare injustificado el traslado o la modificación sustancial, negándose el empresario a reponerlo. Pero para estos supuestos el artículo 138.6 LPL⁹⁰⁴ remite la ejecución de la sentencia a los artículos que regulan el incidente de no readmisión en el supuesto de despido improcedente; con lo que la extinción indemnizada del contrato de trabajo se produce igualmente, y en la misma cuantía. No se

⁸⁹⁰ Véase STS 25/09/95 (Ar. 6892).

⁸⁹¹ Véase STS 28/09/98 (Ar. 8553).

⁸⁹² Véase STS 24/03/92 (Ar. 1870), con cita de STS 07/07/83 (Ar. 3730).

⁸⁹³ Véase STS 16/06/87 (Ar. 4376).

⁸⁹⁴ Véanse SSTS 13/02/84 (Ar. 869); 16/06/87 (Ar. 4376).

⁸⁹⁵ Véase STS 13/07/98 (Ar. 5711).

⁸⁹⁶ Véase STS 25/01/99 (Ar. 898).

⁸⁹⁷ Véase STS 28/09/98 (Ar. 8553).

⁸⁹⁸ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 22/05/95 (Ar. 3995); y 02/11/96 (Ar. 8187).

⁸⁹⁹ Otro supuesto puede ser la exigencia unilateral de exclusividad en la prestación de los servicios (STS 30/12/89 [Ar. 9531]).

⁹⁰⁰ Véanse SSTS 17/03/88 (Ar. 2312); y 30/12/89 (Ar. 9531).

⁹⁰¹ Véanse SSTS 27/06/88 (Ar. 5475); y 25/01/86 (Ar. 278).

⁹⁰² Véanse SSTS 18/09/90 (Ar. 7022); y 27/09/90 (Ar. 7054).

⁹⁰³ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 18/11/93 (Ar. 8559 y 15/10/87 (Ar. 7014).

⁹⁰⁴ «Cuando el empresario no procediere a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y la extinción del contrato por causa de lo previsto en el artículo 50.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores conforme a lo establecido en los artículos 277, 278 y 279 de la presente Ley» (art. 138.6 LPL).

entiende, entonces, por qué el artículo 138.6 LPL exige que el trabajador solicite la ejecución del fallo y la extinción del contrato en virtud del artículo 50.1.c) ET. La explicación, quizás, haya de remitirla a la diferencia entre los traslados y modificaciones sustanciales de carácter individual y de carácter colectivo. Entendiendo que si ha habido una sentencia colectiva que declara injustificado el traslado o la modificación llevada a cabo, los concretos trabajadores afectados, de no ser repuestos en sus anteriores condiciones, podrán solicitar la resolución de, sus contratos en base a la sentencia colectiva correspondiente⁹⁰⁵.

§160. En segundo lugar, los hechos constitutivos específicos de la *acción resolutoria ex artículo 40.1 ET* son: que se haya producido un traslado, que el trabajador no sea itinerante y que el cambio sea permanente. En cuanto a *que se haya producido un traslado*, en el propio precepto estatutario exige que implique un cambio a centro de trabajo distinto de la misma empresa y que exija cambio de residencia del trabajador. Ésta última es imprescindible para que opere dicho precepto estatutario⁹⁰⁶, hasta el punto de que tal presupuesto se ha calificado de «elemento característico del supuesto de hecho del art. 40.1 ET»⁹⁰⁷, y afirmar que la movilidad geográfica ha de calificarse de «débil o no sustancial» cuando no exige «el cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el artículo 40 ET»⁹⁰⁸. Dos son los conceptos presentes en este hecho constitutivo: uno, residencia, y otro, cambio.

Como *residencia* habrá que entender el domicilio habitual del trabajador y no su residencia fiscal o administrativa, y como *cambio de residencia* se ha llegado a afirmar mecánicamente que, salvo que el convenio disponga otra cosa (por ejemplo, el de la Banca Privada⁹⁰⁹), el traslado a centro de trabajo sito en población distinta de aquella en la que se prestan los servicios, implica en sí misma un cambio de residencia⁹¹⁰. Sin embargo, el problema es más complejo y admite matizaciones, pues, de entrada, el ET deja sin determinar cuándo un cambio de centro de trabajo «exige cambio de residencia del trabajador» y, después, al haber prescindido del criterio administrativo de residencia y aceptar el civil de domicilio, la localidad o término municipal no parece que pueda actuar como elemento geográfico delimitador de los traslados, haciendo necesario acudir al análisis individualizado de cada caso. Si bien es cierto que lo normal será que coincida cambio de localidad del centro de trabajo al que se le destina y cambio de residencia, también puede ocurrir que no sea así. No resultan extrañas hipótesis en que sea posible un cambio a centro de trabajo de localidad diversa que no obligue a un cambio de residencia, cuando aquél esté situado en un término municipal distinto, pero cercano. Por ello, ese criterio mecánico ha de ceder en favor del análisis particularizado de la situación planteada, atendiendo a «si este cambio para el trabajador medio exigía la variación o no de su domicilio, independientemente de que éste posteriormente lo haga»⁹¹¹. De este modo, entrarían en el análisis elementos

⁹⁰⁵ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., pág. 551.

⁹⁰⁶ Véanse SSTS 14/10/04 (Ar. 2005/2168); 27/12/99 (Ar. 2000/2029); 18/09/90 (Ar. 7023); 05/06/90 (Ar. 5018); y 16/03/89 (Ar. 1867).

⁹⁰⁷ Véase STS 12/02/90 —recurso por infracción de ley— (Ar. 903).

⁹⁰⁸ Véanse SSTS 18/03/03 (Ar. 3650); 16/04/03 (Ar. 4531); y 27/12/99 (Ar. 2000/2029).

⁹⁰⁹ Véanse SSTS 27/12/99 (Ar. 2029) y 19/12/02 (R. 2269/01), donde se indicaba que la distancia fijada convencionalmente no es definitiva.

⁹¹⁰ Véase STS 16/04/03 (Ar. 4531).

⁹¹¹ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., pág. 250.

tales como la lejanía del nuevo centro de trabajo del domicilio del trabajador, los medios de transporte facilitados por las empresas o las compensaciones que ofrezca la empresa en contrapartida al cambio. Esta orientación se ha adoptado en diversas ocasiones⁹¹² para concluir que la necesidad de cambiar de residencia existirá tanto cuando resulte materialmente imposible el traslado diario al nuevo centro de trabajo, como cuando resulte notoriamente gravoso hacerlo.

§161. El segundo de los hechos que habrá de acreditarse (*que el trabajador no sea itinerante*) es que se trata de un traslado excepcional y no habitual, porque del régimen del artículo 40.1 ET están exceptuados aquellos trabajadores contratados precisamente para ser trasladados, es decir, para realizar trabajos en centros de trabajos móviles o itinerantes. En estos casos, el cumplimiento normal del contenido de la obligación laboral consiste precisamente en desplazarse periódicamente, constituyendo la movilidad una «circunstancia principal del contrato»⁹¹³, como sucede, por ejemplo, en empresas de asistencia técnica o con los llamados comerciales⁹¹⁴. El artículo 40 ET habla de los contratados específicamente para prestar sus servicios en empresa con centros de trabajos móviles o itinerantes. Esta dicción legal se critica por confusa⁹¹⁵, porque realmente lo que la ley quiere decir es que resultan excluidos los trabajadores contratados específicamente para realizar trabajos «en centros de trabajo móviles o itinerantes», pues en estas empresas cabe la contratación de personal no exceptuado del régimen general de los traslados (por ejemplo, un administrativo⁹¹⁶).

Aunque normalmente la típica dicción de estos contratos específicos responde a una cláusula del tipo «estará adscrito a obras en todo el territorio nacional y extranjero», nada obsta para que se limite a un ámbito territorial determinado (comarca, provincia, comunidad autónoma, etc.). En estos casos, la exclusión del régimen general operaría dentro de los límites del ámbito territorial prefijado, pero, fuera de ellos, resultaría aplicable el artículo 40 ET. De todas formas, para configurarlo como itinerante no es preciso que se indique en el contrato la posible itinerancia en el trabajo, bastando la adscripción a un lugar de trabajo itinerante por naturaleza⁹¹⁷.

§162. El último hecho constitutivo de esta acción resolutoria lo constituye *que el cambio no sea permanente*. Este carácter se puede colegir no sólo del cambio que sea atemporal o por tiempo indefinido (se envíe al trabajador de forma definitiva o *sine die* al otro centro de trabajo), sino también cuando sea superior a doce meses en un periodo de tres años (artículo 40.4 ET⁹¹⁸), aunque este tope puede moderarse por el convenio colectivo.

§163. Y por fin, los hechos constitutivos específicos de la *acción resolutoria ex artículo 41.3 ET* se reducen a que se haya producido una modificación sustancial en la jornada, de horario o de trabajo a turnos; y a que el trabajador resulte perjudicado. La

⁹¹² Véanse SSTSJ Galicia 23/03/05 (R. 696/05); y Madrid 19/05/93 (Ar. 2608).

⁹¹³ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., pág. 249.

⁹¹⁴ Véase STSJ Galicia 30/11/06 (R. 1379/06).

⁹¹⁵ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., pág. 249.

⁹¹⁶ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 19/06/95 (Ar. 5203); y 14/05/96 (Ar. 4396).

⁹¹⁷ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 19/06/95 (Ar. 5203); y 14/05/96 (Ar. 4396).

⁹¹⁸ «[...] Los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados» (art. 40.4 ET, párr. cuarto).

modificación sustancial en la jornada, de horario o de trabajo a turnos es un concepto jurídico indeterminado, que bien pudiera delimitarse a través de cuatro elementos distintos⁹¹⁹: el primero es que «hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquélla que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable»⁹²⁰; el segundo, que las modificaciones, para ser sustanciales, han de producir perjuicios al trabajador⁹²¹; el tercero, que sólo lo serán aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2 ET, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio⁹²², mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial⁹²³; y por último, que debe atenderse al contexto convencional e individual, a la entidad del cambio, al nivel de perjuicio o al sacrificio que supone para los afectados⁹²⁴, es decir, que quedan excluidos los criterios generales y la materia se caracteriza por su casuismo. En otras palabras, que, «[...] aunque en la aproximación a este concepto jurídico indeterminado haya de partirse de la base que proporciona el DRAE, definiendo como sustancial lo que “constituye lo esencial y más importante de algo”, y como accidental lo “no esencial”, lo cierto es que los contornos difusos de tales descripciones han llevado a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de “modificación sustancial” y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones»⁹²⁵. En todo caso, ha de quedar claro que la «aplicación del art. 41 ET no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial (lo que se afecta), sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación (el resultado que se produce), y a tal efecto se ha entendido tradicionalmente como tal aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio»⁹²⁶.

En cuanto a los *supuestos* incluidos, siquiera pueda afirmarse que la lista del artículo 41.1 ET es «ejemplificativa y no exhaustiva»⁹²⁷, de forma que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no se halla limitado a las expresamente tipificadas⁹²⁸, aquí se ampararán exclusivamente aquellas acciones constitutivas cuyo fundamento se residencie en modificaciones sustanciales que afecten a las tres materias allí nombradas, esto es, jornada (letra a), horario (letra b) y régimen de trabajo a turnos (letra c).

⁹¹⁹ Véase STS 28/02/07 (R. 184/05).

⁹²⁰ Véase STCT 17/03/86 (Ar. 2004).

⁹²¹ Véase STS 03/04/95 (Ar. 2905).

⁹²² Véanse SSTS 21/03/06 (R. 194/04); y 22/06/98 (R. 4539/97).

⁹²³ Véase SSTS 11/11/97 (R. 1281/97); 17/07/86 (Ar. 4181); y 03/12/87 (Ar. 8822).

⁹²⁴ Véanse SSTS 22/09/03 (R. 122/02); 10/10/05 (R. 183/04); y 28/02/07 (R. 184/05).

⁹²⁵ Véase STS 26/04/06 (R. 2076/05), con cita de los precedentes de 17/07/86 (Ar. 4181); 03/12/87 (Ar. 8822); 03/04/95 (R. 2252/94); 11/11/97 (R. 1281/97); 22/09/03 (R. 122/02); y 10/10/05 (R. 183/04).

⁹²⁶ Véase STS 09/04/01 (R. 4166/00).

⁹²⁷ Véase STS 03/04/95 (R. 2252/94).

⁹²⁸ Véase STS 26/04/06 (R. 2076/05).

§164. *Jornada de trabajo* es el tiempo que el trabajador dedica a cumplir su contrato de trabajo⁹²⁹. Y sobre su concepto pueden hacerse, conforme al artículo 2.1 de la Directiva 93/104 CE —23/Noviembre— y a la jurisprudencia comunitaria, una serie de consideraciones, recogidas por la nuestra⁹³⁰. De entrada, aquélla se define como todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que este concepto se concibe en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos⁹³¹. Además, se recuerda que la Directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso, y entre los elementos peculiares del concepto de «tiempo de trabajo» no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste, por lo que el hecho de que los servicios de guardia comporten ciertos períodos de inactividad carece de relevancia⁹³². Por esa misma razón, los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad, independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por el interesado durante esas guardias⁹³³. Ya en el ámbito interno español, se ha indicado que la jornada es concepto más amplio que jornada de trabajo, pues ésta —artículo 34.1 ET— se refiere al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad; el que «en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio». Mientras que el concepto sociológico de jornada alude a todo el tiempo de presencia física del trabajador en la empresa o centro de trabajo, por lo que la jornada diaria, que no la «jornada de trabajo», viene a ser entonces la suma del tiempo de trabajo efectivo, más el tiempo de descanso⁹³⁴.

Por ello, son jornada de trabajo y configuran motivo para ejercitar la acción, el tiempo dedicado a los «trabajos de puesta en marcha y cierre de los demás» (artículo 20 RD 1561/1995, de 21/Septiembre); el de formación en materia de prevención de riesgos laborales (artículo 19.2 LPRL) o el tiempo de formación⁹³⁵; el destinado a reconocimientos médicos⁹³⁶; el invertido en registros debidos a iniciativa empresarial⁹³⁷; el empleado por los representantes de los trabajadores, tanto el crédito de horas (artículo 68 ET) como el destinado a la negociación de convenios colectivos (artículo 9.2 LOLS), así como a las funciones específicas como delegados de prevención en materia de prevención de riesgos laborales artículo 19 ET y artículo 36. 2 a) y c) y 37.1 LPRL]; o, en fin, cuando «el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar» que no es el de trabajo, el «tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de

⁹²⁹ Véase GARCÍA NINET, J. I., *Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias*, 1ª edición, Edersa (Madrid, 1977), pág. 121.

⁹³⁰ Véanse SSTs —ambas de u.d.— 08/06/06 (R. 1693/05); y 04/07/06 (R. 858/05).

⁹³¹ Véanse SSTJCE 234/2000, de 03/Octubre, ap. 47; 250/2003, de 09/Septiembre, ap. 48; y 361/2005, de 01/Diciembre, ap. 42.

⁹³² Véase STJCE 361/2005, de 01/Diciembre, ap. 42 y 47.

⁹³³ Véanse SSTJCE 234/2000, de 03/Octubre, ap. 52; 250/2003, de 09/Septiembre, ap. 71, 75 y 103; 272/2004, de 05/Octubre, ap. 93; y 361/2005, de 01/Diciembre, ap. 46.

⁹³⁴ Véase STS 06/03/00 (Ar. 2598, con cita de la de 21/10/94 (Ar. 8102).

⁹³⁵ Véase STS 31/05/06 (R. 71/05).

⁹³⁶ Véase STCT 25/05/87 (Ar. 11676).

⁹³⁷ Véanse SSTCT 13/02/81 (Ar. 1406 y 13/05/81 (Ar. 3673).

trabajo a distinto lugar» debe considerarse o computarse como «jornada de trabajo»⁹³⁸. Y al contrario, no integrarán la jornada de trabajo, el tiempo empleado en el trayecto del trabajador desde el domicilio al centro de trabajo o viceversa, e incluso desde los garajes hasta el centro de trabajo⁹³⁹; el invertido en el cambio de ropa o aseo, salvo que lo exija la salud laboral⁹⁴⁰, o si se media exposición a agentes biológicos (RD 664/1997, de 12/Mayo) o cancerígenos (RD 665/1997, de 12/Mayo); los tiempos de presencia, simple custodia, espera, salvo en ciertos sectores como el del transporte (RD 1561/1995); el correspondiente a la disponibilidad o localización del trabajador mediante aparatos de radioescucha, sin perjuicio de que pueda dar lugar, en su caso, a un complemento salarial, si así se prevé en el convenio colectivo o en el contrato individual⁹⁴¹; o los descansos compensatorios, salvo el que compensa el exceso de la jornada ordinaria⁹⁴².

§165. En lo concerniente a *horario* (letra b), se entiende por tal la distribución de los periodos de trabajo y de descanso de la jornada laboral, con indicación de las horas de principio y fin de trabajo⁹⁴³. Es una consecuencia de la anterior (jornada), pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio; en definitiva, supone la distribución de la jornada a lo largo del día y de la semana, especificándose si es continuada a los efectos de los descansos. No contiene el ET una regulación completa y general del horario; probablemente, se deba a la dificultad de establecer un régimen común a cualquier actividad y empresa, lo que sí puede hacerse para cada una de ellas a través de la negociación colectiva⁹⁴⁴. Precisamente porque no es, desde luego, baladí la prestación del trabajo con uno u otro horario, ya que al trabajador no le resultará indiferente iniciar y terminar sus tareas en uno u otro momento, es por lo que una alteración en el mismo habilitará la resolución unilateral.

Y finalmente, *régimen de trabajo a turnos* (letra c), modalidad de organización de las prestaciones laborales en la empresa justificada por la necesidad de atender con sucesivos equipos de trabajadores una actividad productiva que se prolonga las veinticuatro horas diarias o, por lo menos, más allá de las horas que puede realizar un único equipo⁹⁴⁵. Define el artículo 36.3 ET el trabajo a turnos como «toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas». Por lo tanto, cualquier decisión sustancial del empresario referida a la manera de organizar los turnos de trabajo puede amparar el ejercicio de la acción resolutoria.

§166. El último de los hechos constitutivos de esta acción lo constituye la circunstancia de *que el trabajador resulte perjudicado*. Y así, el empleado que interese la extinción

⁹³⁸ Véanse SSTs 18/09/00 (Ar. 9667); y 24/06/92 (Ar. 4669).

⁹³⁹ Véase STS 12/12/94 (Ar. 10089).

⁹⁴⁰ Véanse SSTs 11/12/84 (Ar. 10003); 26/01/87 (Ar. 2038); 22/04/86 (Ar. 2294); y 15/11/91 (Ar. 8227).

⁹⁴¹ Véanse SSTs 11/07/90 (Ar. 6094); 23/04/91 (Ar. 3383); y 29/11/94 (Ar. 9246).

⁹⁴² Véase STS 20/12/99 (Ar. 10036).

⁹⁴³ Véase ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, cit., pág. 291.

⁹⁴⁴ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 551.

⁹⁴⁵ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 554.

indemnizada de su contrato como consecuencia de modificación sustancial, lícita, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, ha de acreditar los perjuicios que se le siguen por tales cambios, porque la facultad de resolución contractual contemplada en el artículo 41.3 ET por modificación de las condiciones sustanciales previstas en los apartados a), b) y c) del mismo precepto se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el mismo a causa de tal modificación. Por lo que no es dable establecer una presunción *iuris tantum* sobre la existencia del perjuicio, sino que hay que estar al resultado de la prueba sobre el particular⁹⁴⁶, salvo que sea notorio. Además, únicamente se admite su existencia en supuestos excepcionales: cuando se dificulte la convivencia familiar y el cuidado de padres e hijos⁹⁴⁷ o mantener un pluriempleo anterior⁹⁴⁸; se ocasionen problemas de convivencia matrimonial o perjuicios económicos por un fuerte incremento de costes de desplazamiento o similares⁹⁴⁹; se altere el régimen de uso privado del vehículo de la empresa fuera de la jornada laboral⁹⁵⁰; o se suprima el servicio gratuito de autocar⁹⁵¹. Sin que, por otro lado, los perjuicios leves valgan para hacer estimable la acción resolutoria⁹⁵²; y así, se consideran no perjudiciales la alteración del sistema de pago con tarjeta para descuentos en compras⁹⁵³; la imposición de nuevos criterios para la determinación de complemento personal voluntario en su concesión y cuantía⁹⁵⁴; la modificación consistente en retrasar media las horas de entrada y salida del trabajo, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos⁹⁵⁵; o, en fin, al alteración de los complementos retributivos voluntarios⁹⁵⁶.

b) Resolución ejecutiva

§167. Cuatro son los hechos constitutivos específicos de esta acción: el primero, que se haya dictado una sentencia firme declarando improcedente un despido anterior (título habilitante); el segundo, que el empresario haya optado por la readmisión; el tercero, que la readmisión no se haya producido o lo haya sido irregularmente; y cuarto, que concurran las condiciones para obtener una indemnización adicional, en su caso. Veámoslos por separado, comenzando por el *que se haya dictado una sentencia firme declarando improcedente un despido anterior (título habilitante)*, habida cuenta que la ejecución arranca sobre el presupuesto de un título ejecutivo, entendiéndose por tal «aquel acto jurídico, constatado documentalmentemente, al que la ley confiere virtualidad suficiente para abrir directamente el proceso de ejecución»⁹⁵⁷; y este título es fundamental, por cuanto su contenido delimita las partes legitimadas, el objeto del proceso ejecutivo y la extensión y límites de la intervención

⁹⁴⁶ Véase SSTS 18/03/96 (Ar. 2082); y 18/07/96 (Ar. 6165).

⁹⁴⁷ Véanse SSTCT 11/12/84 (Ar. 9540); y 22/06/82 (Ar. 4523).

⁹⁴⁸ Véanse STS 03/06/87 (Ar. 4107); y STCT 15/06/82 (RTCT. 3628).

⁹⁴⁹ Véase STSJ Baleares 14/06/91 (AS 3962).

⁹⁵⁰ Véase STS 29/12/97 (R. 2183/97).

⁹⁵¹ Véase STS 16/04/99 (R. 2865/98).

⁹⁵² Véase STS 13/12/95 (Ar. 4535).

⁹⁵³ Véase STS 11/12/97 (R. 1281/97).

⁹⁵⁴ Véase STS 22/06/98 (R. 4539/97).

⁹⁵⁵ Véase STS 10/10/05 (R. 183/04), porque con ello no se transforma el contrato y objetivamente no puede calificarse de más oneroso entrar al trabajo media hora más tarde, ni se ha transformado un aspecto fundamental de la relación laboral.

⁹⁵⁶ Véase SSTS 22/06/98 (R. 4539/97); y 21/03/06 (R. 194/04).

⁹⁵⁷ Véanse MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 287.

judicial⁹⁵⁸. Sin embargo, y prescindiendo de etapas anteriores, la LPL es criticable por la falta de una enumeración clara y sistemática de los títulos susceptibles de ejecución⁹⁵⁹, que contrasta con la indicada relevancia del título ejecutivo y, por consiguiente, con la necesidad de una enumeración formal de tales títulos. Por ello, la primera cuestión que debe plantearse el intérprete jurídico es si el incidente de no readmisión sólo puede utilizarse cuando el título ejecutivo deriva de una sentencia o podría encauzar otros⁹⁶⁰. La respuesta ha de ser afirmativa, a pesar de que el incidente se regule bajo la rúbrica «De la ejecución de las sentencias firmes de despido» y de los términos tanto del artículo 276 LPL⁹⁶¹ («[...] a aquel en que le notifique la sentencia [...]») y «[...] devengados desde la fecha de notificación de la sentencia [...]») como del artículo 235 LPL⁹⁶², referido inicialmente a la ejecución de sentencias; porque, primero, este último precepto implícitamente acoge en su apartado segundo otros títulos en cuya constitución «no hubiera mediado intervención judicial»⁹⁶³; y segundo, la relación de títulos ejecutivos no es exhaustiva, sino que hemos de completarla acudiendo a otros preceptos de la LPL; en concreto, a la DA Séptima que equipara a las sentencias, a efectos de ejecución, los laudos arbitrales firmes⁹⁶⁴; y al artículo 84.4 LPL, donde se dispone que el acuerdo en conciliación «se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias»⁹⁶⁵. Por lo tanto, además de las sentencias, podríamos articular por el incidente de no readmisión no sólo resoluciones judiciales, sino también acuerdos extrajudiciales⁹⁶⁶ y laudos arbitrales. Esto supone la introducción de una especialidad que desplaza la aplicación de las reglas de la ejecución civil (artículo 235.1 LPL).

Las sentencias en cuanto título ejecutivo han de ser de condena (lo que no plantea especiales problemas en materia de despidos)⁹⁶⁷, y firmes, es decir, que no quepa contra ellas recurso alguno. Sin embargo, podríamos relacionar —desde un puro plano teórico— esta cuestión con la que ya hemos apuntado acerca de la ejecución parcial de las sentencias, esto es, si recurrida en Suplicación alguna de las acciones acumuladas, pudieran ejecutarse las otras y, concretamente, la de resolución del contrato. Este tema plantea

⁹⁵⁸ Véase NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., pág. 38.

⁹⁵⁹ A diferencia de la LEC (art. 517).

⁹⁶⁰ Y, para lo que nos interesa, si otros títulos generan la acción de resolución ejecutiva.

⁹⁶¹ «Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a *aquel en que se le notifique la sentencia*, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados *desde la fecha de notificación de la sentencia* que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.» (art. 276 LPL).

⁹⁶² «Las sentencias firmes se llevarán a efecto en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias, con las especialidades previstas en esta Ley» (art. 235.1 LPL).

⁹⁶³ «La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia. Cuando en la constitución del título no hubiere mediado intervención judicial, será competente el Juzgado en cuya circunscripción se hubiere constituido» (art. 235.2 LPL).

⁹⁶⁴ «A todos los efectos del Libro IV de la presente Ley se entenderán equiparados a las sentencias firmes los laudos arbitrales igualmente firmes, dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» (DA 7ª LPL).

⁹⁶⁵ «El acuerdo se llevará a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias» (art. 84.4 LPL).

⁹⁶⁶ Véase STS 28/04/98 (Ar. 3873).

⁹⁶⁷ Véase la STSJ Castilla-La Mancha 29/01/998 (AS 199), que afirma claramente que la sentencia declarativa de la existencia de una relación laboral no es título ejecutivo para acudir a la vía del incidente de no readmisión solicitando la extinción del contrato por despido improcedente.

ciertas dudas, pues la ejecución que se llevase a cabo no sería definitiva, sino provisional y el incidente de no readmisión regula la ejecución de títulos ejecutivos firmes, pero —al mismo tiempo— si el empresario no discute en el recurso la improcedencia (pensemos que —incluso— haya reconocido aquella condición desde el inicio del pleito), sino tan solo la cuantía de la indemnización (porque rebata la antigüedad otorgada o el salario), en realidad ya estaría optando desde un principio por la extinción de la relación laboral y su ejecución no haría más que confirmar dicho extremo. Ahora bien, también nos podemos plantear si un pronunciamiento judicial de estas características tendría alguna virtualidad más allá del hecho de que trabajador y empresario coincidan en dar por finalizada su relación, declarándose así judicialmente. No obstante, la indemnización adicional prevista en el artículo 279.2.b) LPL, y que podría imponerse, cambia el carácter mero retórico de esa resolución y acentúa las dudas sobre su posibilidad.

También los acuerdos en avenencia judicial o extrajudicial plantean algunos problemas en su régimen jurídico⁹⁶⁸. La conciliación judicial debe ser firme, porque también en este caso es posible la impugnación del acuerdo por los trámites y con los recursos previstos en la LPL (artículo 84.5⁹⁶⁹ LPL)⁹⁷⁰. Asimismo, constituye un título ejecutivo la conciliación extrajudicial ante el servicio administrativo o ante el órgano creado por el acuerdo interprofesional o el convenio (artículos 63⁹⁷¹ y 68⁹⁷² LPL). Finalmente, el título ejecutivo puede configurarse como un laudo arbitral (DA Séptima LPL); la ejecución corresponde en este caso al juez y no al árbitro, puesto que sólo al primero atribuye el ordenamiento jurídico «el poder de injerencia física en el señorío jurídico del ejecutado»⁹⁷³. Unos y otros han de ser firmes para poder acceder a la vía ejecutiva de los artículos 276 y siguientes; debiendo acudirse a las normas específicas procesales que indicarán, primero, si son impugnables y, segundo, durante cuánto tiempo⁹⁷⁴, transcurrido el cual devendrán firmes; porque si fuesen impugnados en vía judicial, lo que se ejecutaría sería la sentencia convalidándolos y no el acuerdo o laudo propiamente dicho. El problema reside en que los convenios colectivos pueden fijar reglas específicas sobre la impugnabilidad de aquéllos y el momento de su firmeza, aunque una importante corriente doctrinal rechaza esta posibilidad⁹⁷⁵.

⁹⁶⁸ Véase LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido*, 1ª edición, cit., págs. 25 y ss.

⁹⁶⁹ «La acción para impugnar la validez de la avenencia se ejercitará ante el mismo Juzgado o Tribunal, por los trámites y con los recursos establecidos en esta Ley. La acción caducará a los quince días de la fecha de su celebración» (art. 84.5 LPL).

⁹⁷⁰ No obstante, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 289, observan que en la avenencia en conciliación judicial «la ejecución definitiva enlaza con la simple conformación del acuerdo conciliatorio, y al margen de que su validez haya sido contestada en el perentorio plazo de quince días. A lo más, en el proceso declarativo ordinario de impugnación podrá pedirse, como medida cautelar, que la ejecución sea suspendida».

⁹⁷¹ «Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» (art. 63 LPL).

⁹⁷² «Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias» (art. 68 LPL).

⁹⁷³ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 291.

⁹⁷⁴ «La acción caducará a los treinta días de aquel en que se adoptó el acuerdo [...]» (art. 67.2 LPL).

⁹⁷⁵ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 291, pues siendo la ordenación de los recursos materia procesal de orden público, su regulación compete al legislador y éste no proporciona indicios al respecto.

§168. La cuestión más importante en este campo, empero, radica en la posible insuficiencia del contenido de la avenencia⁹⁷⁶. En principio, si el título ejecutivo contiene los parámetros básicos para la ejecución, se ha de proceder por esta vía, resolviéndose en ella las dudas sobre el alcance del título⁹⁷⁷. Pensemos en el supuesto de un acuerdo genérico de readmisión que elude la calificación del despido, lo que plantea el problema de la vía a seguir en la ejecución. En principio, el artículo 68 LPL no indica nada para el caso en que la ejecución consista en la readmisión tras un despido; ello lleva a plantearse si lo adecuado sería optar por la ejecución genérica o por equivalencia (prevista en el incidente de no readmisión que se analiza) o por la ejecución específica o en sus propios términos (prevista en los artículos 280 y siguientes LPL). Aunque esta discusión ha sido cercenada por el TS interpretando que debe seguirse la vía del despido improcedente, debiendo distinguirse la fase del acuerdo transaccional de readmisión y la fase ejecutiva donde, al no darse la readmisión o ser ésta irregular, se impone por imperativo legal la sustitución por la indemnización⁹⁷⁸. Por consiguiente, queda claro que la vía de tramitación de la ejecución en estos supuestos de acuerdos judiciales y extrajudiciales es la del incidente de no readmisión del despido improcedente.

Vinculado con el anterior, está la literosuficiencia del acuerdo o laudo y las omisiones que en ellos pudieran producirse. Por un lado, se sitúa la indeterminación del abono de los salarios debidos hasta la readmisión; tema sobre el cual los tribunales han coincidido en que, refiriéndonos a títulos extrajudiciales basados en el acuerdo transaccional, debe tratarse de integrar el acuerdo, en aspectos no sustanciales, aplicando las normas comunes sobre interpretación de los contratos (artículos 1281 a 1289 CC). De esta forma, si los salarios de tramitación ya se han generado en el momento de la conciliación y nada se dice, cabe interpretar que fueron parte de la transacción, no pudiéndose modificar o integrar en cuanto ejecutoria con contenidos obligacionales para el ejecutado no previstos en la misma⁹⁷⁹.

Por otro, el hecho de que el acuerdo transaccional pueda no proporcionar todos los elementos que permiten su efectividad como título ejecutivo. Si las partes acuerdan la readmisión del trabajador, privando de efectos el acto extintivo empresarial, es posible que el trabajador inste la ejecución del acuerdo cuando tal readmisión no tiene lugar o es irregular. Entonces el problema radicará en que el título ejecutivo (el acuerdo) resulta incompleto, al no contemplar los datos que permiten verificar las condiciones de trabajo anteriores al despido (antigüedad, puesto de trabajo, salario). La solución más razonable⁹⁸⁰ sería la de completar el título ejecutivo por la vía del trámite incidental del artículo 279 LPL, oponiéndose

⁹⁷⁶ Véase NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., págs. 45 y 46.

⁹⁷⁷ Véase STSJ Extremadura 12/12/95 (AS 4715), que rechaza la necesidad del planteamiento de una demanda a través de un nuevo procedimiento ordinario.

⁹⁷⁸ Véase STS 20/03/98 (Ar. 3001), para la que «el acuerdo transaccional (lo convenido en conciliación) tiene un contenido específico de readmisión, sin referencia alguna a soluciones alternativas, como la indemnización. Mas ello, dados los términos del transcrito artículo 68, no obsta a la ejecución transformativa indemnizatoria (previa extinción del vínculo). Basta advertir sobre el particular que también el título judicial, la sentencia, una vez producida la opción excluyendo la alternativa de la indemnización, queda con la readmisión como único contenido. La posibilidad de la indemnización vuelve a aparecer después, por imperativo legal, una vez acreditada la irregularidad (o, en su caso, inexistencia) de la readmisión». Igualmente, véanse STS 28/04/98 (Ar. 3873); y STSJ Galicia 28/07/98 (AS 2566).

⁹⁷⁹ Véanse SSTSJ Murcia 30/03/98 (AS 1226); y Cataluña 07/03/95 (AS 1114).

⁹⁸⁰ Véase NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., pág. 47.

en la comparecencia los datos aportados por ejecutante y ejecutado. Estaríamos ante un supuesto análogo al no infrecuente de ejecución de sentencia de despido improcedente con readmisión que condena genéricamente al abono de los salarios de tramitación⁹⁸¹ y cuya concreción debe darse en la correspondiente comparecencia incidental en ejecución del despido. Y precisamente, la ampliación del contenido posible de la comparecencia en el incidente de no readmisión del artículo 279.1 LPL facilita esta interpretación⁹⁸², porque se ha indicado que el auto que resuelva el incidente debe referirse no sólo a los hechos que conducen a la resolución sino a todos los que, como la antigüedad o el salario, sean trascendentes a la litis y puedan ser necesarios para que se resuelva en vía de recurso.

§169. El segundo requisito preciso para poder accionar (hecho constitutivo) es *que el empresario haya optado*, ante la sentencia que declaraba el despido improcedente, *por la readmisión del trabajador* y abono de los salarios de tramitación, en vez de por la extinción indemnizada. Dos son los problemas que podrían plantearse con respecto a este hecho constitutivo: uno, la readmisión extemporánea; y otro, la forma de comunicar esa opción.

Este último —en realidad— no ofrece ninguna dificultad, pues la forma escrita la impone el artículo 276 LPL («cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar *por escrito* al trabajador») y así se ha recordado por la jurisprudencia⁹⁸³. Mas, podría esbozarse la posibilidad de una comunicación verbal luego incumplida⁹⁸⁴, en cuyo caso la única consecuencia sería que el plazo previsto en el artículo 277 LPL para el ejercicio de la acción no comenzaría a partir de la fecha señalada para la reincorporación, sino que su cómputo se realizaría conforme a la regla prevista en su letra «b», con un plazo de veinte días siguientes a los diez concedidos para optar desde los tres siguientes a la sentencia firme de despido [artículo 277.1.b) LPL]. De esta manera, aunque el empresario hubiese fijado una fecha anterior, el trabajador no se vería perjudicado, sino que siempre se beneficiaría del plazo superior.

El segundo tiene una mayor enjundia, a pesar de que la jurisprudencia le ha dado una solución sencilla: si la comunicación de readmisión tiene lugar transcurridos diez días desde la notificación de la sentencia, se produzca o no la reincorporación, la readmisión es extemporánea e irregular⁹⁸⁵. Se llega a hablar de la existencia de un doble condicionamiento: *formal* uno, consistente «en comunicar por escrito al trabajador [...] la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito»; y *temporal* el otro, en cuanto la comunicación debe hacerse «dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia» (lógicamente, el plazo se inicia a partir de la firmeza de la sentencia para el empleador)⁹⁸⁶. El ejercicio, entonces, regular del deber de readmisión dependerá del cumplimiento de

⁹⁸¹ Acerca de los salarios de tramitación, véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «La regulación legal de los salarios de tramitación», en *Actualidad Laboral*, número 33 [extraordinario sobre el «RD Ley 5/2002: Análisis Técnico-Jurídico»] (2002), págs. 743.

⁹⁸² Véase la citada STS 28/04/98 (Ar. 3873), que admite incluso que el empresario pueda intentar la celebración de nuevas comparecencias por la vía del incidente genérico del art. 236 LPL para tratar lo que en la incidental específica del art. 279 no se aceptase. También SSTSJ Cataluña 07/03/95 (Ar. 1114) y 19/11/98 (Ar. 4944); y Madrid 01/06/00 (Ar. 3189).

⁹⁸³ Véase STS 23/11/98 (Ar. 10019).

⁹⁸⁴ Porque si se cumple, readmitiendo al trabajador regularmente, el incidente y la acción del trabajador perderían su sentido de ser.

⁹⁸⁵ Véase STS 15/03/04 (Ar. 2041).

⁹⁸⁶ Véase STS 23/11/98 (Ar. 10019).

estos requisitos y su incumplimiento abrirá la vía señalada en el artículo 277.1.b) LPL, a que me refería antes. Naturalmente, en todo este análisis se parte del hecho de que el trabajador quiera impugnar como irregular la readmisión, dado que si aquél considerase que, aunque extemporánea, es admisible su reincorporación, ninguna acción ejercitaría y no se llegaría a generar el incidente.

§170. Sobre el hecho de *que la readmisión no se haya producido o lo haya sido irregularmente* se ha afirmado por la doctrina jurisprudencial que «para que el principio de tutela judicial efectiva se haga realidad, es preciso que la readmisión se produzca de acuerdo a una restitución íntegra del “status” precedente, ya que otra cosa significaría desconocer el espíritu que anima la institución de protección jurídica de los Tribunales que para alcanzar su verdadera finalidad exige que el trabajador se integre nuevamente en la empresa en la situación que mantenía con anterioridad, en cuanto al sueldo, categoría, actividad, régimen de trabajo, ..., pues lo contrario conduciría a una novación del contrato⁹⁸⁷, impuesta unilateralmente por la empresa, sin voluntad adhesiva del trabajador sino con su oposición, y a una transformación de la relación jurídico—laboral opuesta a lo que sin duda, es el fin de las normas que regulan esta institución en el sentido de restituir al trabajador a su posición en la empresa como si el despido no se hubiera producido»⁹⁸⁸. En este párrafo se contemplan no sólo todos los elementos precisos para averiguar si la readmisión se ha producido o no de manera regular, sino también la justificación del incidente de no readmisión.

A pesar de lo anterior, las dificultades en este ámbito son múltiples, ya que el concepto de readmisión regular o irregular es indeterminado⁹⁸⁹ o abierto, porque —ciertamente— depende de las circunstancias concurrentes al caso; y actúa como marco dentro del cual éstas son las encargadas de perfilar una definición cerrada en cada supuesto de ejecución judicial de un despido. Ahora bien, que las circunstancias concurrentes tengan un papel tan importante no significa que no pueda darse una definición de readmisión regular, ni que ésta sea innecesaria, por cuanto sirve para evidenciar los elementos básicos que deberán valorarse en el momento de decidir si un concreto título ejecutivo de despido ha sido plenamente satisfecho.

No obstante, no puede equiparse *regularidad*⁹⁹⁰ a identidad, esto es, no puede exigirse para excluir la acción una total igualdad en las condiciones en las que prestaba servicios el trabajador readmitido y las que ahora se imponen. Porque si bien la negativa absoluta a la reincorporación es fácilmente constatable, el término regular es un concepto jurídico indeterminado que habrá de componerse desde su sentido gramatical (ajustado y conforme a regla⁹⁹¹) y desde la idea de que lo que ha de mantenerse son aquellas condiciones básicas anteriores y las que hacían individualizable el puesto ocupado, pero no así las superfluas o, incluso, aquéllas que la jurisprudencia —casuísticamente— haya descartado. Por ello, el problema se reduce —en la mayoría de las ocasiones— al análisis pormenorizado y

⁹⁸⁷ Sobre las alteraciones del contrato de trabajo impuestas por el empresario, véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «Novación, suspensión y extinción del contrato de trabajo», en CARDENAL CARRO, M. (Coord.), *Vademécum de Contratación laboral*, Laborum (Murcia, 2001), págs. 34 y ss.

⁹⁸⁸ Véase STS 29/05/87 (Ar. 3917).

⁹⁸⁹ «Es indudable que la readmisión irregular [...] se perfila, en la doctrina y en la jurisprudencia, como un concepto jurídico indeterminado» (STSJ Extremadura 28/06/94 [Ar. 2824]).

⁹⁹⁰ Con la función discriminatoria que tiene en relación con su antónimo.

⁹⁹¹ Primera acepción del término (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, cit., pág. 1932).

caso por caso de todas las circunstancias concurrentes; y así, se ha llegado a afirmar por el TS que la reincorporación debe producirse «en las mismas condiciones existentes antes del despido en lo referente, entre otras, a su jornada, cometido y funciones y salarios percibidos»⁹⁹². En este orden, la *readmisión regular* puede identificarse⁹⁹³ con «el deber empresarial, hecho efectivo, de reanudar la prestación de servicios que el trabajador despedido venía desarrollando en la empresa, en principio, respetando el contenido y las condiciones en las que se desenvolvía habitualmente antes de la ruptura del contrato de trabajo, pero sin perjuicio de que pueda ser adaptada o alterada como consecuencia del recto ejercicio del poder del empresario, dentro de los veinte días siguientes al de su pretendido cumplimiento, y sin que en su regular satisfacción incida el impago de los salarios de tramitación».

§171. Tres son los aspectos sobre los que podría valorarse la regularidad: uno, que el empresario ordene el disfrute de sus vacaciones; otro, la falta de abono de los salarios de tramitación; y finalmente, que se le readmita en diferente lugar de trabajo.

Con respecto al primero, puede afirmarse —como regla general— que no constituye irregularidad —en este sentido— el hecho de que el empresario ordene al trabajador el disfrute de las vacaciones reglamentarias que le correspondan y se retrase unos días en el abono de los salarios de tramitación por circunstancias ajenas a su voluntad⁹⁹⁴; sin embargo, esa disposición obligatoria de vacaciones puede ser un elemento más de la irregularidad readmisoria, a valorar por el intérprete⁹⁹⁵.

En relación a los salarios de tramitación, la doctrina ha evolucionado desde un posicionamiento rígido en el que la ausencia de pago de éstos determinaba la calificación —sin paliativos— como irregular⁹⁹⁶ a un criterio actual flexible, donde se descartan los salarios debidos como elemento a valorar en la irregularidad, ya que lo fundamental será que se «hubiera establecido el vínculo laboral en iguales condiciones que las que regían antes del despido»⁹⁹⁷; es más, el artículo 279 LPL, para la comparecencia que disciplina, sólo permite aportación de pruebas sobre los hechos concretos de la no readmisión o readmisión irregular, pero no sobre otros aspectos de la sentencia firme de la que trae causa la acción resolutoria.

Mas, el lugar de readmisión sí será determinante de la irregularidad⁹⁹⁸. Es cierto que no existe una sinonimia jurídica entre las expresiones «las mismas condiciones de trabajo» —objeto de discusión del incidente de no readmisión— y «el mismo puesto de trabajo» o «el mismo lugar de trabajo» —hipótesis planteada—, pero no cabe duda de que el lugar donde

⁹⁹² Véase STS 26/11/86 (Ar. 6724).

⁹⁹³ Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 259.

⁹⁹⁴ Véase la STS 09/12/91 (Ar. 9044).

⁹⁹⁵ Véase la STS 11/10/89 (Ar. 7164).

⁹⁹⁶ «La readmisión irregular del trabajador despedido [...] se produce [...] también cuando el condenado por la sentencia ejecutoria no da cumplimiento al segundo miembro o extremo de aquel fallo, consistente en los salarios de tramitación, [...] sin que la reposición dispuesta quede cumplida si el obligado a ella no restituye al perjudicado la totalidad de las privaciones que la decisión injusta le produjo, y entre ellas los salarios dejados de percibir» (STS 26/11/86 [Ar. 6724]). Acerca de la naturaleza jurídica de esta institución, fundamental, véase GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, cit., págs. 55 y ss.

⁹⁹⁷ Véanse SSTS 02/11/89 (Ar. 7986); y 04/02/95 (Ar. 3734).

⁹⁹⁸ Véanse SSTS 13/06/89 (Ar. 4577); y 24/12/90 (Ar. 9829).

se prestan los servicios es una «condición de trabajo» tan importante que para alterarla se exige la concurrencia de los requisitos que se establecen en el artículo 40 ET. Aquí ya no es sólo que se contemple como modificación sustancial de las condiciones de trabajo (y, por ende, aquéllas que individualizan un contrato), sino que hay previsión concreta y separada para su novación, por las especiales connotaciones que la alteración del lugar de prestación del trabajo pueda tener. No obstante, habría de valorarse el supuesto de una movilidad geográfica que no implique cambio de residencia, esto es, el traslado a un centro de trabajo diferente sin que implique dicho cambio. Creo que en esta hipótesis podría aventurarse una solución negativa a la irregularidad, porque quedaría dentro de las funciones organizativas del empresario el cambio de unidad productiva a otra más adecuada, aunque quizás ésta sea una solución que el empresario se plantee ante un trabajador incómodo, al que ya intentó despedir improcedentemente, y una forma de castigarlo.

§172. El último de los hechos constitutivos de la resolución ejecutiva lo constituye *la indemnización adicional*, que puede fijar el auto que pone fin al incidente [artículo 279.2.b) LPL]. Es, empero, un hecho eventual, porque no siempre estará presente en un incidente de no readmisión, sino sólo en aquellos supuestos en los que se pretenda lograr ese pago suplementario, mediante la acumulación de una acción de condena específica, cuya acumulación es totalmente voluntaria. Estamos ante una regla que agrava la responsabilidad empresarial y que se justifica en la resistencia a cumplir en los términos acordados por el propio empresario, mas ese agravamiento es matizable, dado que es fundamental aquí la existencia de un daño añadido⁹⁹⁹. La fijación de esta indemnización es facultativa para el órgano judicial, que gozará de discrecionalidad en su determinación, pero siempre a instancia de parte, porque sus elementos configuradores (es decir, las circunstancias concurrentes y los daños a los que se refiere el precepto) deben ser alegados y probados por la parte interesada¹⁰⁰⁰. No obstante aquella discrecionalidad, no se podrá superar el límite objetivo marcado por el precepto procesal: «hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades» [artículo 279.2.b) LPL].

Para determinar si procede o no el abono de la indemnización adicional, así como para la fijación de su cuantía, se tomarán en cuenta «las circunstancias concurrentes» y «los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular». Serán, por tanto, dos los *elementos configuradores*: uno, implícito en «las circunstancias concurrentes», es la existencia de un dolo especial en la actuación empresarial¹⁰⁰¹, esto es, exteriorización de un especial comportamiento antijurídico, al que algunos autores¹⁰⁰² añaden, también, las subjetivas referidas al trabajador, tales como su edad, su preparación, etc., mas otros¹⁰⁰³ las excluyen, habida cuenta de que si le es imputable el incumplimiento del título ejecutivo, el Juzgado de lo Social, que conozca de la ejecución, deberá declarar que la readmisión se produjo en forma. Y otro, es la existencia del daño ocasionado al trabajador; elemento que, atendiendo a la literalidad del precepto habrá de concurrir ineludiblemente, y de ahí que la

⁹⁹⁹ Véase NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005), pág. 86.

¹⁰⁰⁰ Véanse STS 28/04/98 (Ar. 3873); y SSTSJ Madrid 31/01/95 (AS 419); y Cataluña 25/01/00 (AS 672).

¹⁰⁰¹ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1991, pág. 31.

¹⁰⁰² Véase NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., pág. 87.

¹⁰⁰³ Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 358.

doctrina tradicionalmente tiende a atribuir una naturaleza singular a esta indemnización, esto es, tanto resarcitoria como sancionadora. Así, decía ALONSO OLEA¹⁰⁰⁴, en relación con el artículo 212 LPL/1966, que, a diferencia de la indemnización fijada por despido (típica de daños y perjuicios), «es, en cambio, más que una indemnización una pena civil que se impone al que incumple por su contumacia o rebeldía en cuanto al cumplimiento de la sentencia inicial», sustituyendo la readmisión por «una condena de cantidad, de carácter claramente positivo y de naturaleza próxima a una multa, pero deriva sus beneficios hacia el despido, en vez de hacia el Tesoro público». Es más, ambas naturalezas no tienen por qué ir unidas en el mismo supuesto de hecho, por cuanto puede haber circunstancias que pongan de manifiesto la especial actitud reprobable del empresario y que no produzcan perjuicios al ejecutante, y viceversa, otras que tengan como resultado un daño en la persona del trabajador, aun sin ir acompañadas de un dolo especial del condenado.

Es indudable que esos dos rasgos pueden descubrirse en este hecho eventual, porque su configuración tiene, por un lado, una naturaleza indemnizatoria, al tener como razón de ser la valoración de los menoscabos ocasionados al trabajador por el incumplimiento de la sentencia condenatoria, por lo que corresponde a la parte interesada alegar y probar dichos daños y que la indemnización se establezca a su favor; y por otro lado, una sancionatoria, al valorar la conducta empresarial, que serviría para graduar la cuantía de aquélla, no quedando estrictamente vinculada a los daños ocasionados. Sin embargo, no debe sobrevalorarse el argumento, porque la resolución de la relación laboral por vía del incidente de no readmisión permite presumir ya una cierta resistencia empresarial a la ejecución de una sentencia cuya ejecución *in natura* se aceptó en principio voluntariamente, siendo lo decisivo en la condena adicional el dato objetivo del perjuicio ocasionado con tal actitud, que de no existir o no probarse impedirá sancionar expresamente la actuación especialmente dolosa del empresario. En definitiva, no puede hablarse de una diferencia de naturaleza entre la indemnización tasada y objetiva de la sentencia condenatoria y la adicional en ejecución, siquiera se trate de categorías correspondientes a procesos independientes que se mueven en lógicas diferentes (de cognición uno y de ejecución otro) y que tienen causas diferentes (la responsabilidad por un despido ilícito en un caso y la responsabilidad frente a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de readmitir)¹⁰⁰⁵.

§173. En cuanto a los *supuestos* que pudieran determinar su imposición, deberán ser probadas en la vista oral del proceso de ejecución por equivalencia¹⁰⁰⁶, quedando reflejadas en el correspondiente auto resolutorio, junto con su cuantía. Pero no es de extrañar que exista poca jurisprudencia en la materia y que la que hay no estime procedente imponer esta condena adicional¹⁰⁰⁷, porque, con el fin de que no quede desnaturalizada, en la apreciación de tales presupuestos se sigue una interpretación sumamente restrictiva¹⁰⁰⁸, sin

¹⁰⁰⁴ En cita recogida por NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., pág. 87.

¹⁰⁰⁵ Véanse NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., pág. 88; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido», cit., pág. 32.

¹⁰⁰⁶ Véase STS 28/04/98 (Ar. 3873).

¹⁰⁰⁷ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido», cit., pág. 163.

¹⁰⁰⁸ Véanse SSTSJ Cataluña 14/07/93 (AS 3572); y Madrid 05/07/91 (AS 4636).

que nunca quepa presumir que la insatisfacción de la ejecutoria los lleva aparejados¹⁰⁰⁹. En todo caso, pese a lo abierto de la expresión legal, no cualquier circunstancia puede dar lugar a la imposición de la indemnización facultativa¹⁰¹⁰; de hecho, quedan excluidas aquellas que fundamentan los daños que intervienen en la cuantificación de la obligatoria, es decir, los materiales de pérdida de salario y puesto de trabajo; y los inmateriales de pérdida de la oportunidad de ejercer la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo. El motivo es que, si no se hiciese así, «siempre habría que conceder, en contra del espíritu del legislador»¹⁰¹¹, y dejaría de ser facultativa para integrarse en la indemnización obligatoria, que, de esta forma, vería rota en parte su tasación abstracta¹⁰¹², en la medida en la que pasaría a tener un tope mínimo —el de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, hasta el máximo de cuarenta y dos mensualidades—, y un tope máximo, no siempre presente —derivado de sumar al anterior quince días de salario por año de servicio, con el límite de quince mensualidades—. De todas formas, es muy difícil enumerar todas las circunstancias que pueden intervenir en la cuantificación de la indemnización adicional, pues la discrecionalidad de los tribunales en su apreciación y la variedad de supuestos prácticos sólo permitirán soluciones casuísticas. Dentro del elemento doloso podrían incluirse todas aquéllas que revelen una especial mala fe del condenado, mientras que en cuanto a los daños, lo serán el rechazo de otro empleo¹⁰¹³, los gastos ocasionados por las incidencias propias de la readmisión o del intento de readmisión¹⁰¹⁴, pérdida de salarios en especie como vivienda o suministros¹⁰¹⁵, y, en general, a cualquier daño patrimonial perfectamente tasable y concreto¹⁰¹⁶.

c) Tercería de mejor derecho

§174. El primero de los hechos de que pende el éxito de la tercería (cobrar anticipadamente) es *que el tercerista sea de manera efectiva acreedor del embargado*. Conceptualmente, la tercería de mejor derecho es el mecanismo procesal donde se ventila una muy concreta petición, ya que el acreedor tercerista afirma, por un lado, que es titular de un crédito determinado frente al ejecutado; por otro lado, que ese crédito es preferente con relación al ostentado por el ejecutante; y por último, pide que, como consecuencia, debe ser satisfecho su crédito antes que el del ejecutante. Equivale esto decir que en estas tercerías juega un doble elemento: uno que sirve de antecedente y otro que es la consecuencia necesaria. El primero se incardina en el Derecho material, pues son normas de esta clase las que indican si el tercerista es titular del crédito afirmado y si el rango relativo de ese crédito le sitúa por

¹⁰⁰⁹ Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 360.

¹⁰¹⁰ Véase STSJ Extremadura 14/07/93 (Ar. 3233).

¹⁰¹¹ Véanse SSTSJ Cataluña 14/07/93 (AS 3572); y Madrid 05/07/91 (AS 4636).

¹⁰¹² Véanse BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de derecho procesal laboral*, 2ª edición, Trotta (Madrid, 1995), pág. 583; y SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 359.

¹⁰¹³ Véase RÍOS SALMERÓN, B., «La ejecución de sentencias firmes en despido», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVI, (Madrid, 1992), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD921608).

¹⁰¹⁴ Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 359.

¹⁰¹⁵ Véase LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido (conforme a la Ley 45/2005, de 12 de noviembre)*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2004), pág. 142.

¹⁰¹⁶ Véase MOLERO MANGLANO, C., «El incidente de no readmisión», en *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª edición, ACARL (Madrid, 1992), pág. 920.

encima de aquel que ostenta el ejecutante. La consecuencia, en cambio, se sitúa en el campo del Derecho procesal estricto, dado que, de accederse a la pretensión del tercerista, habrá de satisfacer su crédito antes que el del ejecutante, con cargo a lo obtenido en ejecución.

La primera cuestión que surge es la referente a la *naturaleza* del crédito, porque si éste es laboral, no hay duda alguna de que su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional social, pero si no lo es, se plantea el problema de la competencia de aquel orden para resolver sobre la existencia de derechos no laborales. Porque los artículos 10.1 LOPJ¹⁰¹⁷ y 4.1 LPL¹⁰¹⁸ lo hacen sólo a efectos prejudiciales, lo que significa que la decisión que se pronuncie no causará efecto fuera del proceso laboral y que, por consiguiente, el acreedor no laboral podrá volver a ejercitar su derecho ante el órgano civil competente, aunque únicamente resolverá sobre la existencia del crédito, pues la cuestión relativa a la preferencia de créditos habrá quedado zanjada definitivamente por el anterior pronunciamiento. Hay quien opina¹⁰¹⁹ que, tanto en el caso de la tercería de dominio, como en el de la de mejor derecho, nos encontramos ante una cuestión prejudicial y la solución debe ser idéntica en ambos supuestos, pese a que en el primero el artículo 258.1 LPL¹⁰²⁰ diga que la competencia se atribuye a la jurisdicción social a los meros efectos prejudiciales, mientras que en el segundo se guarde silencio. Para esta postura doctrinal, el hecho de que el artículo 273 LPL se limite a atribuir al juez social la competencia para resolver las tercerías del mejor derecho, sea o no acreedor laboral el tercerista, no permite, sin más, entender que esa atribución se produce a todos los efectos, pues, ante el silencio de la norma al respecto, debe operar la norma general que contiene el citado artículo 4 LPL, que dispone que la decisión que se pronuncie sobre la cuestión prejudicial no producirá efectos fuera del proceso; y lo corrobora el artículo 620.1 LEC¹⁰²¹, aplicable con carácter supletorio, al disponer que en este tipo de procesos se resuelve sobre el orden en que los créditos deben ser satisfechos, quedando imprejuizadas otras acciones. Sin embargo, considero que esta postura es insostenible, ya que resuelta la cuestión por el orden social —sobre la existencia del crédito—, no cabe que el acreedor no laboral vuelva a reclamar ante el civil el reconocimiento de su derecho de crédito, denegado en la tercería seguida en la ejecución laboral, derecho que sí se tendría en los casos de tercería de dominio. La razón de esta opinión la residencia, utilizando la misma normativa procesal subsidiaria que la contraria, en el artículo 222.4

¹⁰¹⁷ «A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente» (art. 10.1 LOPJ).

¹⁰¹⁸ «La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo [relativa a cuestiones penales] y en la Ley Concursal» (art. 4.1 LPL).

¹⁰¹⁹ Véase LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., «Tercería de mejor derecho en la ejecución laboral: aspectos procesales», en *El tercero en la ejecución laboral*, Manuales de Formación Continuada, cit.

¹⁰²⁰ «El tercero que invoque el dominio sobre los bienes embargados, adquirido con anterioridad a su traba, podrá pedir el levantamiento del embargo ante el órgano del orden jurisdiccional social que conozca la ejecución, que a los meros efectos prejudiciales resolverá sobre el derecho alegado, alzando en su caso el embargo» (art. 258.1 LPL).

¹⁰²¹ «La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga, pero sin prejuizar otras acciones que a cada uno pudiera corresponder, especialmente las de enriquecimiento» (art. 620.1 LEC).

LEC¹⁰²², que prevé la vinculación a aquello que implica un antecedente lógico de la acción posterior; en otras palabras, si primero se discute frente al ejecutado y al ejecutante la preferencia en el proceso laboral y ésta se declara inexistente, porque el propio crédito lo es¹⁰²³, esta declaración ha de vincular al proceso posterior. Este razonamiento aparece, además, apuntalado cuando se atiende a una diferenciación importante a la hora de hablar de la cosa juzgada: el «objeto actual» del proceso y su «objeto virtual»¹⁰²⁴; aquello que se ha deducido y lo que pudo haberse deducido¹⁰²⁵ teniendo en cuenta los sujetos, causas de pedir, hechos constitutivos y fundamentos jurídicos, conceptos éstos que parece haber asumido una moderna jurisprudencia¹⁰²⁶. Y mientras el objeto actual resuelve cuestiones *ad intra* del proceso, tales como jurisdicción, competencia o procedimiento adecuado; el objeto virtual, que es el que interesa en este momento, lo hace *ad extra*, dado que ayuda a clarificar determinados institutos jurídicos relacionados con el objeto del proceso: litispendencia, cosa juzgada y acumulación de procesos. Por lo tanto y sucintamente, si el objeto virtual, el que determina los efectos de la cosa juzgada, atiende a todo lo que pudo alegarse y probarse en el proceso (siempre que haya un pronunciamiento sobre el fondo¹⁰²⁷), en un supuesto como el presente, donde pronunciarse sobre la preferencia de un crédito presupone su existencia misma, la decisión en la que se determine que aquél es inexistente considero que no puede volver a tratarse ante un órgano civil.

Solventado el punto anterior, el segundo lo constituyen las *características* del crédito que puede ejercitarse; y éstas son, en primer lugar, que ha de existir aunque no necesariamente en un documento público, pues los privados también son viables como títulos para la tercería de mejor derecho¹⁰²⁸. En segundo lugar, debe hallarse determinada la cantidad en qué consiste, esto es, ha de ser una cantidad líquida, siquiera la jurisprudencia, según la cual las pólizas de crédito sólo podrán hacer valer su preferencia desde la fecha de liquidación o determinación de la cantidad para que ésta sea exigible, se refiere exclusivamente a las pólizas de crédito, en que la deuda oscila según las disposiciones y reintegros de cantidades hechas por el acreditado en la cuenta corriente donde se gestiona el crédito, pero esta determinación no es necesaria en los contratos de préstamo¹⁰²⁹. Y, en último lugar, ha de estar vencido, sin que la fecha del vencimiento sea la decisiva, sino la escrituraria; como tampoco lo será aquélla en que se gane la sentencia, sino en la que adquiere firmeza¹⁰³⁰. Es más, el hecho de que el crédito documentado en escritura

¹⁰²² «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como *antecedente lógico* de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (art. 222.4 LEC)

¹⁰²³ No en el caso de que se sobreentienda la existencia.

¹⁰²⁴ Véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, 1ª edición, Thomson-Civitas (Madrid, 2005), págs. 75 a 80.

¹⁰²⁵ O con otras palabras, empleadas por algunos, «lo deducido» y «lo deducible». Véase TAPIA FERNÁNDEZ, I.; *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, 1ª edición, La Ley-Actualidad (Madrid, 2000), pág. 156.

¹⁰²⁶ Véase STS 06/06/06 (R. 1234/05).

¹⁰²⁷ Véase cita de la nota anterior.

¹⁰²⁸ Véase STS —Sala 1ª— 31/05/91 (Ar. 3954).

¹⁰²⁹ Véase SSTS —Sala 1ª— 13/03/95 (Ar. 2425) y 06/06/95 (Ar. 5052).

¹⁰³⁰ Véanse SSTS —Sala 1ª— 27/04/67, 21/05/75 y 14/05/92 (Ar. 4122).

pública sea litigioso no es óbice para su ejercicio y preferencia, porque el artículo 1924.3 CC¹⁰³¹ la concede con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, por el orden de antigüedad en las fechas a los créditos que sin privilegio especial constan en escritura pública o «por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio»¹⁰³². Así las cosas, desde el momento en que tuvo que plantearse una contienda judicial para reclamar el crédito su certeza no le vino notoria, en especial respecto de los terceros, hasta la firmeza de la sentencia, y, en tal caso, precisamente por su condición litigiosa, establece el artículo 1924.3 CC la preferencia para el cobro por el orden riguroso de la fecha de la sentencia; interpretación ésta que ha sido ratificada reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la escritura no resulta ineficaz para ejercitar la acción de tercería, aunque se haya empleado infructuosamente con anterioridad para cobrar el crédito en un juicio ejecutivo. En los contratos de crédito, para determinar el alcance de la obligación del cliente, es forzoso conocer el saldo que resulta en su contra, practicando la liquidación prevista, único instante en que el crédito exigible tendrá una autenticidad indubitada; de manera que, en una tercería de mejor derecho, la preferencia viene referida a la fecha de esa operación de determinación¹⁰³³.

§175. Y la última cuestión se refiere al tipo de *situación* en que se ha producido el embargo de los bienes del deudor, porque éste puede haberse acordado en medio de un concurso o, simplemente, ante una ejecución laboral por incumplimiento de una obligación dineraria o por equivalencia. La razón de distinguir estas dos situaciones responde no sólo a las normas de procedimiento aplicables, sino también a las reglas de preferencia que serán aplicables al concurrir los créditos, habida cuenta que el artículo 32.5 ET dice que «las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél» de manera que «en caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios»; y, además, que el artículo 246.3 LPL señala que «en caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal»; lo que concuerda con la exclusión prevista en el artículo 1921 CC¹⁰³⁴. Acudir a uno u otro expediente enlaza, en el plano estructural, con la *causa* que desencadena la intervención de cada uno de estos ordenamientos¹⁰³⁵, pues, la LC, por su lado, lo hará en una fase muy avanzada de la crisis empresarial, cuando la empresa es insolvente (de manera actual, artículo 2.1 LC; o de manera inminente, artículo 6.1 LC); o sea, cuando la empresa no puede, o previsiblemente

¹⁰³¹ «Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia: [...] 3º Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias» (art. 1924.3 CC).

¹⁰³² Términos que hacen clara referencia a los créditos y no se relacionan con los bienes muebles o inmuebles sobre los que tal preferencia se establece. En este sentido, véase STS —Sala 1ª— 30/03/68.

¹⁰³³ Véase VÁZQUEZ BARROS, S., *Las tercerías. Bienes embargables. Bienes inembargables*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 2001), pág. 460.

¹⁰³⁴ «En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal» (art. 1921, párr. segundo CC).

¹⁰³⁵ Véase RÍOS SALMERÓN, B., «La Ley Concursal y los trabajadores», en *La Ley Concursal*, Revista del Poder Judicial, número XVIII (Madrid, 2004), págs. 618 y 619.

no va a poder, cumplir con regularidad sus obligaciones (artículo 2.2 LC). De este modo se da vida a lo que algún comentarista del Código del Trabajo de 1926 ya denominó «pavorosa urdimbre»¹⁰³⁶, que entonces era la quiebra o que será el futuro concurso (juicios universales). Y por su lado, el Derecho del Trabajo intervendrá antes: cuando la crisis simplemente apunta, con más o menos relevancia, se autoriza al empresario a tomar o buscar una serie de medidas graduadas, según la gravedad de la situación; y así, modificar el contrato de trabajo (artículos 40 y 41 ET), suspenderlo (artículo 47) e incluso extinguirlo (artículo 51 y 52). Además, tras la entrada en vigor de la LC, las ejecuciones separadas laborales constituyen algo imposible; únicamente queda la posibilidad marginal de proseguir una ejecución en la que se hubiera embargado bienes del concursado antes de la declaración de concurso, y con la condición de que la traba no recaiga sobre bienes que «resulten *necesarios*» para la continuidad de la actividad del deudor (artículo 55.1, párrafo segundo, LC¹⁰³⁷). Supresión que ha sido denostada por algunos autores¹⁰³⁸, en cuanto lo consideran un «ataque directo a la efectividad de los derechos laborales»¹⁰³⁹, aunque ha recibido críticas elogiosas de otros¹⁰⁴⁰.

Si ha sido declarado el concurso, resultan de aplicación las prevenciones recogidas en la LC, lo que exigirá, antes de pagar cualquier cantidad, deducir los créditos contra la masa (artículo 154 LC), para, luego, atender, por este orden, a los créditos con privilegio especial, con privilegio general, los ordinarios y los subordinados (artículos 155 a 158 LC), que previamente se han clasificado en esos grupos, conforme a las disposiciones previstas en los artículos 84 —créditos contra la masa— y 89 a 92 —créditos de la masa—, todos de la LC. Pensando en un crédito netamente laboral —por ejemplo, salarios de los trabajadores¹⁰⁴¹—, que desde nuestro punto de vista es el que puede interesar, en la LC se busca el pago prioritario del crédito laboral¹⁰⁴² a través de dos caminos, el primero, asignándole la cualidad de deuda de la masa (artículo 84.2.1º y 5º¹⁰⁴³, en relación con

¹⁰³⁶ Véase ALARCÓN y HORCAS, S., *Código de Trabajo*, 1ª edición, Reus (Madrid, 1927), pág. 149.

¹⁰³⁷ «Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor» (art. 55.1 LC).

¹⁰³⁸ Véase RÍOS SALMERÓN, B., «La Ley Concursal y los trabajadores», en *La ejecución laboral*, Manuales de formación continuada, número 23, CGPJ (Madrid, 2004), pág. 366.

¹⁰³⁹ Véase LILLO PÉREZ, E., «Nota sobre el proyecto de Ley concursal», en *El Graduado*, número de Enero de 2002, pág. 18.

¹⁰⁴⁰ Véase BAJO GARCÍA, I., *Crédito laboral y procedimiento concursal*, 1ª edición, Thomson-Civitas (Madrid, 2007), págs. 55 a 67.

¹⁰⁴¹ Aunque sea mucho menos frecuente, el empleador también puede ocupar la posición acreedora en una relación crediticia derivada del contrato de trabajo; lo serían los derivados de indemnizaciones a cargo del trabajador por ciertos incumplimientos laborales. A título de curiosidad, véase STSJ Galicia 27/05/08 (R. 1582/05).

¹⁰⁴² Término utilizado por la LC en vez de crédito salarial.

¹⁰⁴³ «Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» y «Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso» (art. 84.2.1º y 5º LC).

el artículo 154, ambos LC); y el segundo, atribuyéndole un privilegio, bien de carácter especial (artículo 90.1.3^o¹⁰⁴⁴ en relación con el artículo 155, ambos LC), bien de índole general (artículo 91.1^o¹⁰⁴⁵ en relación con el artículo 156, ambos LC). No obstante, la hipótesis de que se pueda sostener una tercería de mejor derecho como tal en medio de un concurso considero que es imposible, primero, porque no se ha previsto tal eventualidad en la propia Ley; segundo, porque así se deduce de los términos de la Exposición de Motivos, apartado Quinto de la LC¹⁰⁴⁶; y tercero, porque si en esta situación han vencido todos los créditos y tienen tal entidad que el deudor no va a poder atender a todos, lo que se hará es traer todos al mismo procedimiento y, mediante las operaciones precisas, tratar de pagar el mayor número de pasivo posible. Si alguno de los acreedores considera que tiene un mejor derecho al cobro sobre un determinado bien, por ejemplo, no presentará una demanda de tercería, sino que pretenderá de que en las listas de masa pasiva se le asigne el puesto que le corresponde en el orden de pago o se respete frente al resto de los acreedores su preferencia.

Si no ha sido declarado el concurso, son plenamente operativas tanto las reglas de preferencia del artículo 32 ET (crédito salarial *superprivilegiado*, créditos refaccionarios y los no privilegiados singularmente¹⁰⁴⁷) como las fijadas en los artículos 1921 a 1929 CC, debiendo, primero, clasificarse los créditos en cada categoría (créditos con privilegio especial, general, ordinario, etc.) y, después, la prelación de los incluidos en cada una de ella. Por ello, se dice que «los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este Capítulo se establecen» (artículo 1921, párrafo primero CC). Por lo tanto, la virtualidad del artículo 32 ET quedará reducida a las ejecuciones singulares, aunque también se prevé —DF 33^a LC— que su texto sea sustituido por el que se recoja en la Ley sobre concurrencia y prelación de créditos, en ejecuciones singulares, que todavía no ha sido aprobada.

§176. Y el segundo hecho constitutivo de la acción examinada es *que la deuda del tercerista sea preferente a la del ejecutante*. El objetivo primordial de la tercería de mejor derecho es la determinación del orden en que se efectuará el pago de los créditos concurrentes en una ejecución individual, sin que pueda deducirse de ello una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos que en sus respectivos procedimientos pudieron ser decretados a instancia de los acreedores que luego concurrieron en uno de ellos. Es por esto que la acción de tercería se califica, pese a la concurrencia de acciones de distinta naturaleza, como constitutiva compleja. Mientras en las tercerías de dominio el único

¹⁰⁴⁴ «Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado» (art. 90.1.3^o LC).

¹⁰⁴⁵ «Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso» (art. 91.1^o LC).

¹⁰⁴⁶ «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho» (EM, V, LC).

¹⁰⁴⁷ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2^a edición, cit., pág. 221.

afectado es el que tiene una relación concreta y directa con la cosa embargada por título de propiedad cierta o aparente, en caso de la tercería de mejor derecho, en que se confrontan dos títulos jurídicos de crédito, para determinar la preeminencia de uno sobre el otro, para hacer efectivo el crédito preferente con prioridad sobre el adverso respecto de los bienes de los deudores, cuando son los mismos en ambos títulos de crédito puestos en contradicción, es evidente que la cuestión planteada afecta directa y sustancialmente a los propios títulos y consecuentemente a los que en ellos intervienen, con independencia de los bienes de unos o de otros deudores embargados o por embargar, porque lo que se está definiendo es la *preferencia* de los títulos en sí mismos considerados¹⁰⁴⁸. La regla general de preferencia, que se establece a favor del ejecutante para ser reintegrado por completo de sus derechos, está afectada por la excepción de haberse decretado la prioridad de otro acreedor por ejecutoria, que comprende la sentencia firme que puede obtenerse en proceso de tercería de mejor derecho y asistirle al tercero la legitimación necesaria y suficiente, por tratarse de persona distinta del ejecutante y de la ejecutada y cumplir el requisito esencial, debidamente probado, de no ser deudor. Nos podemos preguntar qué ocurre si se pretende una declaración expresa de la preferencia de otro derecho de crédito del ejecutante reconviniente, distinto del objeto del apremio en el proceso principal, frente al del tercerista cuya existencia, validez y eficacia se reconoce, y, en definitiva, el establecimiento de un orden de prelación entre los varios derechos de crédito en conflicto contra los deudores-ejecutados. La LEC no contempla esta posibilidad, sino sólo la de varias tercerías acumuladas, sin que esto resuelva ni el problema de la preferencia entre los varios terceristas entre sí, ni la situación de procedimientos de ejecución singulares y universales.

En principio, y tal como se indicó en el epígrafe anterior, dependiendo de la situación legal del deudor las normas de preferencia son distintas. *Si hay concurso*, habrá que acudir a los artículos 154 a 158 LC para averiguar el orden de pago entre el ejecutante y el que sostiene el mejor derecho, dentro del propio concurso. Mientras que *si no hay concurso*, se aplicarán las disposiciones del ET y del Código Civil sobre concurrencia y prelación de créditos, para dilucidar quién va a cobrar antes del remanente restante de la liquidación. En suma, clasificados los créditos del tercerista y del ejecutante en el grupo que les corresponda, habrá que concluir, a continuación, la prelación de cada uno de esos créditos en la ejecución singular despachada, de manera que si el crédito del primero es preferente, se estimará la tercería ejercitada y cobrará con prioridad al ejecutante y, en caso contrario, se desestimarán.

d) Demanda constitutiva de oficio

§177. Tres son los hechos constitutivos específicos de esta acción: que concurra una cesión ilegal de trabajadores o una nulidad del contrato de trabajo, que se haya levantado un acta de infracción firme y que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores. Con los especiales rasgos con los que he configurado la demanda de oficio para que respondiese a las características de una acción constitutiva compleja (ya en su vertiente de cesión ilegal de trabajadores, ya en la de nulidad del contrato de trabajo), los hechos constitutivos de aquélla serán los de estas dos; en otras palabras, si la Autoridad

¹⁰⁴⁸ Véase VÁZQUEZ BARROS, S., *Las tercerías. Bienes embargables. Bienes inembargables*, 1ª edición, cit., págs. 473 y 474.

laboral pretende que su demanda de oficio triunfe, tendrá que acreditar —en esas dos hipótesis— los mismos hechos constitutivos que los exigidos para una acción individual de aquellos tipos. Porque las especialidades de una demanda de oficio se restringen a la legitimación y a la documentación que acompaña la demanda, mas no en lo relativo a los hechos configuradores, salvo en lo concerniente a la fijación de los perjuicios de los trabajadores, dado que el artículo 146.1.a) LPL lo exige como condición imprescindible para que la Inspección de Trabajo pueda demandar, y a la propia existencia de un acta de infracción que lo acredite¹⁰⁴⁹. Por lo tanto, remito el estudio de los hechos constitutivos comunes de esta clase de acción constitutiva compleja a la acción propiamente ejercitada y me limitaré a examinar aquí aquellas dos cuestiones enlazadas.

§178. Cabe preguntarse si la circunstancia de *que se haya levantado un acta de infracción firme* integra o no un hecho constitutivo, pues podría llegarse a la conclusión de que es un mero requisito procesal, adicional o particular, esto es, documental, de este proceso, pero no un dato imprescindible, configurador del éxito de fondo. Sin embargo, inclinarse por esta opción supone confundir la mera «certificación» de la que habla el artículo 146.1.a) LPL, que sí es documentación y, por eso, la analizaré en su momento; con las «actas de infracción», que generan este proceso y condicionarán, caso de no existir, el resultado material de la demanda. El motivo de esta postura no sólo es semántico¹⁰⁵⁰, al referirse la certificación, elemento accidental, al acta, que es el fundamental; sino también procesal, ya que la falta de la certificación únicamente abrirá el cauce de la subsanación específica prevista en el artículo 148.1 LPL¹⁰⁵¹, mientras que la del acta de infracción trascenderá al resultado del pleito, conduciendo a la desestimación de la demanda, sin posibilidad de subsanación.

Las actas referidas por la norma vienen a ser consecuencia del *procedimiento sancionador* previsto por el RD-Legislativo 05/2000, de 04/Agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como por la DA Cuarta Ley 42/1997, de 14/Noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículo 51.2 LISOS)¹⁰⁵². Para el Tribunal Constitucional, «las actas y diligencias son la documentación de las actuaciones practicadas por la Inspección en la que se hacen constar los hechos relevantes para la liquidación tributaria que se produzcan en el procedimiento inspector, así como las manifestaciones de las personas con las que actúe la Inspección, y en la que se recogen asimismo los resultados de la comprobación e investigación llevada a cabo, proponiendo la regularización de la situación del sujeto pasivo o declarando correcta la misma»¹⁰⁵³. El órgano administrativo emisor de tales actas ha de ser escrupuloso a la hora de redactar o confeccionar las mismas¹⁰⁵⁴; la ley impone

¹⁰⁴⁹ Sobre el carácter típicamente de «despacho» de esta función de los inspectores de trabajo, y en un marco comparatista, véase ARUFE VARELA, A., *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), págs. 136 y ss.

¹⁰⁵⁰ Certificación significa, entre otras cosas, «documento en el que se asegura la verdad de un hecho» (véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, cit., pág. 508).

¹⁰⁵¹ «El Juez examinará la demanda antes de decretar su admisión, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiendo a la autoridad laboral, en su caso, los defectos u omisiones de que adolezca a fin de que sean subsanados en el término de diez días» (art. 148.1 LPL).

¹⁰⁵² La Ley 30/1992, de 26/Noviembre, es aplicable subsidiariamente (art. 51 LISOS).

¹⁰⁵³ Véase STC 76/1990, de 26/Abril.

¹⁰⁵⁴ Véase ALEMANÑO CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, Comares (Granada, 2003), pág. 78.

unas exigencias (artículo 53.1 LISOS) y la doctrina jurisprudencial se ha encargado de justificar tales exigencias; así, se ha destacado la trascendencia de su *contenido*, ya sean de infracción o de liquidación¹⁰⁵⁵, pues deben establecer de manera pormenorizada¹⁰⁵⁶ las circunstancias del caso y los datos a través de los cuales se han elaborado aquéllas (consignación de los hechos constatados por el Inspector actuante, relevantes a los efectos de la tipificación de la infracción y graduación de la sanción; indicación de las infracciones presuntamente cometidas con la oportuna propuesta de sanción, su graduación y cuantificación). Esa exigencia responde a los fines de garantizar el derecho de defensa¹⁰⁵⁷ y conseguir el efecto previsto tanto por la norma sustantiva (artículo 53.2 LISOS) como por la procesal [artículo 148.2.d) LPL]; en otras palabras, su presunción de certeza en los términos analizados al tratar la carga y valoración de la prueba¹⁰⁵⁸.

Además, el acta de infracción ha de ser *firme*, lo que implica que no puede ser ya impugnada en vía administrativa, y esto ocurrirá cuando se hubiesen agotado los recursos que procedan contra la misma: el potestativo de reposición (artículos 116 y 117 Ley 30/92¹⁰⁵⁹) y el de alzada (artículos 114 y 115 Ley 30/92¹⁰⁶⁰). Sin embargo, el cauce jurisdiccional contra el acta no impedirá en ningún caso, de conformidad con el artículo 6.1 RGPIS¹⁰⁶¹, la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hubiesen adquirido firmeza.

§179. Como último hecho constitutivo de la acción contemplada en el artículo 146.1.a) LPL se sitúa *la existencia de presuntos perjuicios para los trabajadores afectados*. Se emplea aquí el término «presuntos» por cuanto la expresada norma parte de una consideración evidentemente subjetiva del Inspector de Trabajo, no de otra forma puede entenderse la locución «aprecien» empleada por el legislador¹⁰⁶²; además, y pese a todo¹⁰⁶³, los hechos

¹⁰⁵⁵ Véanse STS —Sala 3ª— 11/06/96 (Ar. 5206); y STSJ Madrid 17/10/98 (Ar. 3978).

¹⁰⁵⁶ Véanse STS —Sala 3ª— 27/02/98 (Ar. 2543), 17/12/97 (Ar. 8962); 21/05/96 (Ar. 4483); y SSTSJ Madrid 25/11/98 (Ar. 3978) y 27/06/98 (Ar. 2453); y Andalucía/Sevilla 06/05/98 (Ar. 1478).

¹⁰⁵⁷ Véase STS —Sala 3ª— 14/06/96 (Ar. 5246).

¹⁰⁵⁸ Véase BLASCO PELLICER, Á., *Sanciones administrativas en el orden social*, 1ª edición, Tirant Lo Blanch (Valencia, 1998), págs. 231 y ss.

¹⁰⁵⁹ «Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo» (art. 116.1); «El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión» (art. 117.1).

¹⁰⁶⁰ «Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó [...]» (art. 114.1); «El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos» (art. 115.1).

¹⁰⁶¹ «[...] Los procedimientos de oficio iniciados mediante certificaciones de las resoluciones firmes derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados, de conformidad con lo establecido en el artículo 146 a) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, no impedirán la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hayan adquirido firmeza [...]» (art. 6.1 RGPIS).

¹⁰⁶² Véase ALEMÁN CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 79.

¹⁰⁶³ Véase BENEYTO CALABUIG, D., *Las infracciones laborales y el procedimiento sancionador*, 1ª edición, CISS (Bilbao, 2000), págs. 233 y 234.

relativos a los citados perjuicios han de ser valorados en su momento por el órgano judicial a la luz de los criterios emanados de la doctrina del jurisprudencial relativos a la «presunción de certeza de los hechos formalizados en las actas» (artículo 53.2 LISOS), que es muy reducida. Pues, de entrada, se ha reiterado en incontables ocasiones, que los informes y actas de los Organismos administrativos¹⁰⁶⁴ carecen de aptitud para modificar por sí mismos las conclusiones fácticas de Instancia, aún a pesar de que sus autores sean funcionarios públicos y tengan conocimientos especializados que atribuyen a sus intervenciones cualidad de imparciales e independientes, hasta el punto de que sus criterios se consideran como una prueba testifical documentada y muy cualificada, pero sin que llegue a estar dotada de la fehaciencia que permita atribuirles cualidad revisoria de las conclusiones valorativas del Juzgador en los Recursos de Suplicación¹⁰⁶⁵, salvo que las afirmaciones administrativas no contradigan las apreciaciones de hecho del Magistrado y se limiten a complementar extremos en términos de perfecta compatibilidad, estando referidas a puntos que debieran constar reflejadas en los hechos declarados probados¹⁰⁶⁶. En otras palabras, su certeza dependerá del valor que les quiera atribuir el Juzgador, que será mucha en la primera Instancia, pero que disminuye, y bastante, en la Suplicación; no hacen fe de los hechos reflejados en ellas, siquiera su especialidad y objetividad, en este sentido, puede hacerse un paralelismo con los informes del Equipo de Valoración de Incapacidades, que (frente al valor sacramental atribuido a su predecesora, la Unidad de Valoración de Minusvalía) es una prueba más a tener en cuenta al enjuiciar los hechos, pese a su indudable valor independiente.

En todo caso, han de concurrir, aparentemente, perjuicios y, además, económicos para los trabajadores. A diferencia de lo que sucede en los demás supuestos en que se tramita un proceso de oficio, en el presente caso las actuaciones judiciales desembocan en una sentencia que incluirá una condena y no una mera declaración; es decir, la resolución judicial no se limitará a constatar que se han causado perjuicios económicos a los trabajadores, sino que fijará cuáles han sido éstos y ordenará al empresario que los haga efectivos. Es, por tanto, básico que en la demanda se fijen exactamente los perjuicios causados y, por ende, la cantidad líquida reclamada (artículo 80 LPL), pero ello se fundamenta en que en el acta se constaten datos, elementos o hechos que determinen la apreciación de una cesión ilegal o de una nulidad contractual. Si se pone en relación esta afirmación con las dos causas por las que la demanda de oficio se convierte en el cauce de una acción constitutiva compleja, se advierte que, cuando se trate de una cesión ilegal de trabajadores, debería concurrir una diferencia salarial o de prestaciones¹⁰⁶⁷ entre el puesto de trabajo en la cedente y en la cesionaria, de manera tal que la opción por la cesionaria suponga al trabajador objeto de ese tráfico ilícito una remuneración o subsidio mayor a abonar. Cuando se trate de una

¹⁰⁶⁴ Doctrina referida muy destacadamente a la Inspección de Trabajo.

¹⁰⁶⁵ Véanse SSTs 12/02/85 (Ar. 644); 25/01/86 (Ar. 1124); 23/05/86 (Ar. 2649); 15/06/87 (Ar. 4366); 23/02/88 (Ar. 1454); 19/04/88 (Ar. 2995); 21/04/88 (Ar. 3390); 16/03/90 (Ar. 1829); 05/10/90 (Ar. 7529); 15/12/92 (Ar. 1659); 18/09/92 (Ar. 6911); y 05/10/93 (Ar. 7161).

¹⁰⁶⁶ Véanse SSTSJ Galicia 20/11/06 (R. 3035/04); 06/04/06 (R. 3954/03); 23/02/06 (R. 4092/03); y 17/12/04 (R. 3240/02).

¹⁰⁶⁷ Piénsese en el caso de que la empresa complementase la incapacidad temporal hasta el cien por cien de la base reguladora o no, porque ésta ha de ser superior; o cuando existan cantidades adicionales por incapacidades permanentes superiores a los contemplados en su empresa de origen.

nulidad de contrato, debería pender el pago de salarios por los servicios realizados o de alguna prestación¹⁰⁶⁸, porque, en caso contrario, no cabría hablar de perjuicios y, por ende, faltaría uno de los hechos constitutivos de la acción y determinaría su desestimación.

Por último, existe en el proceso regulado en el artículo 146.1.a) LPL una diferencia substancial con los supuestos regulados en la letra c) del mismo, dado que en éstos la admisión de la demanda provoca la suspensión del expediente administrativo; es decir, mientras en el artículo 146.1.a) LPL lo que se solventan son cuestiones de perjuicios económicos derivadas de una decisión sancionadora firme de la autoridad laboral, en el supuesto del artículo 146.c) LPL es preciso solventar, previamente, el asunto ante los Tribunales para poder sancionar al sujeto causante de las conductas que describe¹⁰⁶⁹.

e) Cesión ilegal de trabajadores

§180. En el artículo 43.2 ET¹⁰⁷⁰ se han tratado de reflejar casuísticamente las características, que, en todo caso, determinan la presencia de una cesión ilegal. Esa descripción trae causa de una consolidada línea jurisprudencial¹⁰⁷¹ que fue integrando la institución y construyendo la figura. El artículo 43 ET contempla un supuesto de interposición, que supone varios negocios jurídicos coordinados: por un lado, un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; por otro lado, un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y por fin, un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. Ello no son más que las conclusiones extraídas de la finalidad que persigue el precepto estatutario, donde se busca que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías. Veamos cada una de esos hechos constitutivos, añadiendo la necesaria subsistencia de la cesión, punto lógico si tenemos en cuenta que estamos ante una acción constitutiva compleja.

§181. El primero de los hechos lo integra *que haya un acuerdo de puesta a disposición entre dos empresarios*. Aunque, de entrada, no toda cesión es necesariamente fraudulenta o tiene que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales; de ahí la opción que recoge el artículo 43 ET, precepto en el que bajo el concepto común de cesión se regulan, en realidad, fenómenos distintos y, entre ellos, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir

¹⁰⁶⁸ Piénsese en que el trabajador estuviese en incapacidad temporal y se le dejase de abonar el complemento convencional, por ejemplo.

¹⁰⁶⁹ Véase RUBIO DE MEDINA, M. D., *El procedimiento de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 16.

¹⁰⁷⁰ «En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una *mera puesta a disposición* de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que *la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable*, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario» (art. 43.2 ET).

¹⁰⁷¹ Véanse SSTs 14/09/01 (R. 2142/00); 17/01/02 (Ar. 3755); 17/12/01 (R. 244/2001); 30/11/05 (R. 3630/04); 14/03/06 (R. 66/05); y u.d. 17/04/07 (R. 504/06). Sobre la distinción entre esta jurisprudencia y la relativa al art. 42 ET, véase MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y Coordinación), *Tratado práctico del Derecho del Trabajo*, Vol. I, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2008), págs. 334 y ss.

las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios¹⁰⁷². Es más, esa cesión ilegal puede existir, incluso, en el marco de las Empresas de Trabajo Temporal, ya que resulta ilegal aquélla no sólo cuando sea llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como tales, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan», esto es, los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica¹⁰⁷³, sin que quepa una interpretación extensiva de las normas reguladoras¹⁰⁷⁴. El motivo es que «[...] el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal»¹⁰⁷⁵. Y de su ámbito de aplicación tampoco se excluyen los entes públicos, aunque con una importante matización, ya que cuando exista esa cesión ilegal desde una empresa privada hacia la Administración Pública, el contrato se convierte en indefinido, pero el trabajador no es fijo de plantilla, conforme a distinción de doctrina consolidada sobre la sustancial diferencia de tratamiento entre una y otra calificación cuando se trata de la extinción del contrato¹⁰⁷⁶. El motivo es que el ingreso como empleado en todas las Administraciones Públicas viene presidido por los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad —artículos 23 y 103 CE—, lo que condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de las pruebas de ingreso derivadas de una convocatoria pública para la cobertura de aquellas plazas (artículos 55 y ss. de la Ley 07/2007, de 12/Abril; así como los artículos 19 y ss. de la Ley 30/1984, de 02/Agosto, en lo que continúan vigentes).

En cuanto al *momento* en el que se produce la cesión, esta decisión no tiene por qué ser inicial, sino que bien puede adoptarse con posterioridad a la contratación de aquellos trabajadores, esto es, un válido contrato laboral puede transformarse en vehículo de la presente institución, al decidir el empresario cederlos a otra empresa. Se ha indicado que, «[...] pese a la defectuosa redacción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, que, al regular la cesión, se refiere a la contratación de trabajadores *para* cederlos, no es necesario que *el personal se contrate ya inicialmente con la finalidad de ser cedido*; para que haya cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio»¹⁰⁷⁷.

La *forma* del acuerdo no es importante, puesto que, aun cuando la falta de expresión escrita podría plantear problemas de prueba, en estos pleitos lo decisivo será demostrar quién era el empresario real y, por ende, si estamos ante una cesión ilegal o ante una contrata legítima, como veremos en el epígrafe siguiente.

¹⁰⁷² Véanse SSTs 14/03/06 (R. 66/05); y u.d. 17/04/07 (R. 504/06).

¹⁰⁷³ Véanse SSTs —ambas de u.d.— 04/07/06 (R. 1077/05); y 28/09/06 (R. 2691/05).

¹⁰⁷⁴ Véanse SSTs 04/07/06 (R. 1077/05); 17/10/06 (R. 2426/05); y u.d. 15/11/07 (R. 3344/06).

¹⁰⁷⁵ Véanse SSTs 17/10/06 (R. 2426/05); y u.d. 15/11/07 (R. 3344/06).

¹⁰⁷⁶ Véanse SSTs 12/03/02 (Ar. 5140); 19/06/02 (Ar. 10677); 17/09/02 (Ar. 10649); 19/11/02 (R. 909/02); 11/12/02 (R. 639/02); 27/12/02 (R. 1259/02); 28/10/03 (Ar. 7593); 11/11/03 (Ar. 8956); y 11/11/03 (Ar. 2004/283).

¹⁰⁷⁷ Véase STS 20/07/07 (R. 76/06).

§182. Por lo que respecta a *que haya un contrato simulado*, se ha afirmado que no es empresario quien asume tal cualidad nominalmente y actúa como contratista interpuesto, sino el empresario comitente, porque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal»¹⁰⁷⁸. Aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de realidad empresarial, esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión, pues como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas¹⁰⁷⁹. El motivo es que el elemento clave de calificación lo constituye *la actuación empresarial en el marco de la contrata*, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el cedente no sea suficiente para eliminar la eficacia del precepto estatutario, si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal¹⁰⁸⁰.

Estos asertos plantean un problema nodular, al que ya hacíamos referencia, relativo a la diferencia que ha de encontrarse en la puesta a disposición entre una contrata y subcontrata legal y esta institución. Y esta cuestión no es baladí, dado que en la redacción vigente del artículo 43.2 se recogen *ad exemplum* determinadas circunstancias que conllevan la calificación de la situación como cesión ilegal, pero hay muchos otros supuestos en los que la diferencia se hace insoluble. Para todos estos supuestos, la jurisprudencia ha ido colocando referencias, que nos ayudan a resolverlos, siquiera ha ido evolucionado. En una primera fase, se decía que había cesión ilegal cuando la empresa contratista era una empresa ficticia o aparente¹⁰⁸¹; después, esta postura se puntualizó en el sentido de que la mera existencia de un empresario real, no ficticio, no bastaba para excluirla¹⁰⁸², pues «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial»¹⁰⁸³. Más adelante, se ha oscilado hacia una enumeración orientativa¹⁰⁸⁴, que es la asumida ahora por el legislador, debido a que, cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava, porque en la práctica se recurre a las contrataciones como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario; y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que

¹⁰⁷⁸ Véanse SSTS 07/07/93 (R. 1712/1992); 15/11/93 (Ar. 8693); y 18/03/94 (Ar. 2458); todas sobre locutorios de Telefónica SA.

¹⁰⁷⁹ Véanse SSTS 16/02/89 (Ar. 874); 19/01/94 (Ar. 352); 12/12/97 (Ar. 9315); 14/09/01 (R. 2142/00); 17/01/02 (R. 3863/00); 16/06/03 (R. 3054/01); y 14/03/06 (R. 66/05).

¹⁰⁸⁰ Véanse SSTS 17/07/93 (Ar. 5688); y 15/11/93 (R. 1294/92).

¹⁰⁸¹ Véanse SSTS 17/07/93 (Ar. 5688); 11/10/93 (Ar. 7586); y 18/03/94 (Ar. 2548).

¹⁰⁸² Véase STS 19/01/94 (Ar. 352).

¹⁰⁸³ Véase STS 12/12/97 (Ar. 9315).

¹⁰⁸⁴ Véanse SSTS 14/09/01 (Ar. 582); 17/01/02 (R. 3863/00); 16/06/03 (R. 3054/01); 14/03/06 (R. 66/05).

no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios¹⁰⁸⁵; el ejercicio de los poderes empresariales¹⁰⁸⁶; y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, etcétera¹⁰⁸⁷. Y finalmente, se llega a la llamada doctrina del *empresario efectivo*¹⁰⁸⁸, a la que se ha hecho referencia antes, en la que se ha de ponderar el desempeño de la posición empresarial no de manera general, sino en relación al trabajador concreto que la solicita¹⁰⁸⁹. De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 ET; por el contrario, aquéllas contratas ficticias de obras o servicios que encubran una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 ET. Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas.

§183. El tercer elemento que ha de concurrir se refiere a que el acuerdo interpositivo se lleve a cabo, esto es, *que realmente el trabajador haya prestado servicios para la cesionaria*, pues de nada vale el hecho de que su empresa decida con la otra poner a su disposición determinados efectivos y luego no lo haga. Esta circunstancia, no obstante, se relaciona más con el supuesto de empresas reales, en las que sólo una parte de su plantilla se transfiere a otra, quedando el resto bajo su esfera organicista. Piénsese en una empresa dedicada al montaje de determinada maquinaria, en la que se siguen atendiendo pedidos, pero algunos trabajadores se ceden a otra de construcción naval para solventar un problema de falta de personal especializado, perdiendo su control efectivo¹⁰⁹⁰. La determinación de qué son servicios efectivos la remito al examen de la siguiente acción.

§184. Y el último de los hechos es *que subsista la cesión*, pues el tenor del artículo 43.4 ET obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, ha de ejercitarse necesariamente «mientras subsista la cesión»¹⁰⁹¹. De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquélla haya sido ilegal¹⁰⁹². Ello no es más que la consecuencia de su naturaleza constitutiva; del mismo modo que en la acción resolutoria la relación laboral ha de estar viva para tener éxito, aquí ha de seguir existiendo aquella puesta a disposición del personal demandante. Ahora bien, esta afirmación no es obstáculo para que, cuando el despido se produce mientras

¹⁰⁸⁵ Véase STS 07/03/88 (Ar. 1863).

¹⁰⁸⁶ Véanse SSTS 12/09/88 (Ar. 6877); 16/02/89; 17/01/91 (Ar. 59); y 19/01/94 (Ar. 352).

¹⁰⁸⁷ Véanse SSTS 17/01/91 (Ar. 59); y 11/10/93 (Ar. 7586).

¹⁰⁸⁸ Véanse STS 30/05/02 (R. 1945/01).

¹⁰⁸⁹ Véanse STS 12/09/88 (Ar. 6875); y 19/01/94 (Ar. 352).

¹⁰⁹⁰ Una situación parecida, aunque con conclusión desestimatoria, se analizó en las SSTSJ Galicia 26/06/07 (R. 950/07), 15/06/07 (R. 1753/07) y 12/06/07 (R. 380/07), sobre cesión ilegal entre «Navantia» y sus auxiliares «Barlovento Eólica SL» y «Gecoga Servicios SL».

¹⁰⁹¹ Véanse SSTS 22/09/77; 21/12/77; y 11/09/86 (Ar. 4953).

¹⁰⁹² Véanse SSTS 17/01/91 (R. 2858/89); 08/07/03 (R. 2885/02); y 04/07/06 (R. 1077/06).

subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquél, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, pues no cabe ignorar la conexión inmediata y la manifiesta interdependencia que puede existir entre el despido y la cesión ilegal, cuando el trabajador es despedido mientras dicha cesión está vigente. En tales casos es evidente que la única acción ejercitada es la de despido, si bien el debate sobre la cesión ilegal deviene imprescindible, sin que ello suponga el ejercicio conjunto de dos acciones en contra del mandato del artículo 27.2 LPL, y así se ha entendido en numerosas ocasiones¹⁰⁹³.

f) Nulidad del contrato de trabajo

§185. Dos hechos específicos podrían mencionarse al hilo de esta acción: uno, *que falte en el contrato alguno de sus requisitos esenciales*; y otro, *que se hayan prestado servicios efectivamente*. En cuanto al primero, el nacimiento del contrato exige la concurrencia de determinadas condiciones, porque si el negocio jurídico va a tener unos efectos determinados, es necesario que se realice con arreglo a unas normas, que en todo caso deben ser respetadas por los contratantes; en caso contrario, la ley impone unos efectos distintos de los queridos por estos últimos. Se habla así¹⁰⁹⁴ de *elementos y requisitos* del contrato de trabajo, aunque se trata de una materia común a todos los contratos. Son *elementos* aquellos presupuestos indispensables para la existencia del contrato: sin ellos, éste no puede nacer a la vida jurídica, ni por tanto producir efectos jurídicos. Los *requisitos* son las condiciones o cualidades específicas exigidas a cada uno de aquellos elementos para que el contrato sea válido, de modo que ya no será suficiente, entonces, la presencia de todos los elementos en el momento de celebración del contrato, sino que se exigirá, además, que aparezcan en las condiciones recogidas por la ley. Elementos esenciales de todo contrato son tres: sujetos, objeto y consentimiento. Todos ellos se derivan de la definición del contrato de trabajo contenida en el artículo 1.1 ET, aparte de lo dispuesto —con carácter general— en el artículo 1261 CC¹⁰⁹⁵. No obstante, cuando está ausente cualquiera de estos requisitos se habla de contrato «inexistente», que es concepto jurídico distinto a los de nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución. Pese a que este tema ya hemos aludido¹⁰⁹⁶, el contrato inválido que nos

¹⁰⁹³ Véanse SSTs 16/02/89 (Ar. 874); 13/12/90 (Ar. 9782); 19/01/94 (R. 3400/92); y 21/03/97 (R. 3211/96). Y es que la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa —o «prejudicial interna»; para todas, véanse SSTs 19/11/02 (Ar. 2003\1917); y 27/12/02 (Ar. 2003\1844)— sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 LPL, para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los arts. 43 y 56 ET (STS 08/07/03 [R. 2885/2002]). Véase también, clarificadora, STSJ Galicia 01/04/08 (R. 691/08).

¹⁰⁹⁴ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., págs. 468 y 469.

¹⁰⁹⁵ «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca» (art. 1261 CC). Sobre la celebración del contrato de trabajo y su perfeccionamiento, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial el momento en el que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», en GÁRATE CASTRO, J. (Editor), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000), págs. 127 y ss.

¹⁰⁹⁶ Véase en este mismo Capítulo al tratar la acción de nulidad, §§ 144 y 145.

interesa es aquél nulo total e irretroactivo¹⁰⁹⁷, que es una categoría diferente a las anteriores y concierne únicamente al celebrado contra la Ley (artículo 6.3 CC¹⁰⁹⁸) o que adolezca de vicio, error, fuerza o falta de capacidad.

Son conceptos civiles que debemos reseñar muy sucintamente, y así, entre los *contratos celebrados contra la Ley* puede incluirse el celebrado por un menor de dieciséis años, ya que el artículo 6.1 ET prohíbe «la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años», siquiera también podría entenderse como una falta de capacidad (artículo 1263 CC¹⁰⁹⁹ en relación con los artículos 6 y 7 ET). Los vicios del consentimiento (artículo 1265 CC¹¹⁰⁰) se refieren, primero, al *error* (artículo 1266 CC¹¹⁰¹), que precisa que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sean imputables a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que pretendía el negocio jurídico concertado¹¹⁰². Mas su apreciación depende de la soberana apreciación del tribunal de instancia¹¹⁰³, aunque su alegación implique que el juzgador valore y perciba si existió o no disconformidad entre la mente y la realidad en el momento de concertar la relación jurídica¹¹⁰⁴. En el Derecho del Trabajo lo es el referente al tipo de contrato, a otras condiciones (salario, duración, etc.) y el personal, aquél producido en las cualidades subjetivas del trabajador —titulación, por ejemplo— y que ha sido provocado al aportar éste documentos falsos¹¹⁰⁵. El segundo, a la *violencia o intimidación* (artículo 1267 CC¹¹⁰⁶), relativas a la situación en que se ejecuta una acción física o psíquica sobre el contratante anulando su voluntad, para obtener su consentimiento. Y el tercero, al *dolo* (artículos 1269 y 1270 CC¹¹⁰⁷), caracterizado por la actitud engañosa de uno de los contratantes, dirigida a obtener el consentimiento del otro

¹⁰⁹⁷ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 163.

¹⁰⁹⁸ «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» (art. 6.3 CC). Para todos estos conceptos civiles, véase, todo un clásico, DE CASTRO GARCÍA, J., GÓMEZ DE LA BÁRCENA, SÁNCHEZ JÁUREGUI, A., SANTOS BRIZ, J., DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., HERNÁNDEZ GIL, F., PAZ RUBIO, J. M., *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*, 12ª edición, Colex (Madrid, 2001).

¹⁰⁹⁹ «No pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados. 2º Los incapacitados» (art. 1263 CC).

¹¹⁰⁰ «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo» (art. 1265 CC).

¹¹⁰¹ «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección» (art. 1266 CC).

¹¹⁰² Véase STS 25/09/03 (Ar. 7442).

¹¹⁰³ Véase nota anterior.

¹¹⁰⁴ Véanse SSTS —Sala 1ª— 16/11/94 (Ar. 8837); y 14/07/95 (Ar. 6010).

¹¹⁰⁵ Véase STS 26/10/99 (Ar. 7946).

¹¹⁰⁶ «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato» (art. 1267 CC).

¹¹⁰⁷ «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» (art. 1269 CC). Y «Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios» (art. 1270).

mediante una información falsa, cuyo contenido es precisamente lo que lleva a contratar al último¹¹⁰⁸. Ejemplo de este vicio podría serlo la falsificación por parte del trabajador de un certificado de servicios previos de mayor duración de los prestados¹¹⁰⁹. Y finalmente, en cuanto a la *falta de capacidad*, podrían citarse no sólo a los incapacitados (artículos 199 y siguientes CC), cuya incidencia dependerá de la extensión que se le otorgase en la sentencia de incapacitación, sino también a los sujetos de capacidad limitada, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, que precisan la autorización de sus padres para celebrar válidamente el contrato¹¹¹⁰. No obstante, ya no se incluye a los extranjeros no autorizados legalmente a trabajar desde la entrada en vigor de la LO 04/2000, de 11/Enero, de tal manera que ahora ese trabajador tiene la protección que atribuye nuestro sistema de relaciones laborales, de acuerdo con las prevenciones del artículo 33 LO 04/2000 y del artículo 36 LO 08/2000, de 22/Diciembre, que reforma aquélla¹¹¹¹; y sin que el contrato suscrito por él se considere nulo.

§186. Y por último, es preciso *que se hayan prestado servicios efectivamente*. El motivo de introducir este hecho adicional viene motivado por causa de que únicamente podría calificarse esta acción como constitutiva compleja, tal como ya expresamos en su momento¹¹¹², cuando se declarase una nulidad total irretroactiva del contrato de trabajo suscrito, lo que implica la producción de efectos —abono de salarios— hasta esa fecha a consecuencia de la prestación de servicios. Esta conclusión se deriva del carácter sinalagmático de la relación laboral: para que el empresario esté obligado a su pago ha de haberse puesto a su disposición la mano de obra, aunque eso no implica que se llegase a realizar ningún servicio por su cuenta, pues sólo se exige que el trabajador estuviese a su disposición, bajo su esfera organicista y disciplinaria. En el caso de que la nulidad se acordara antes de ese momento, no podría hablarse de una acción compleja, dado que faltaría una acumulación real con la acción de condena. Frente a esta postura, eminentemente pragmática, podría argumentarse que aquella calificación de una acción constitutiva como compleja deriva de una acumulación por imperativo de la ley, con independencia de la voluntad del actor (pudiera no querer reclamar cantidad alguna) o de la existencia casuística de una posible condena (pudiera existir una compensación de cantidades entre el empresario y el trabajador). Sin embargo, primero, la acumulación determinante de la existencia de una acción constitutiva compleja —y su rasgo definidor con respecto a la simple o pura— es impuesta por el legislador, sin que la voluntad del interesado pueda disponer de ella, por lo que cuando así se permite, no se estaría ante una acción de estas características, sino ante una acumulación voluntaria; y segundo, la eventualidad de que al final —en el fallo de la sentencia— se declaren totalmente compensadas las cantidades adeudadas al actor no debe hacernos pensar que la pretensión ejercitada en inicio por éste era de otra naturaleza, siquiera se hayan estimado determinadas excepciones opuestas por el demandado. Ahora bien, en la hipótesis que he señalado —ausencia de servicios efectivos— no puede existir

¹¹⁰⁸ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 476.

¹¹⁰⁹ Véase STS u.d. 26/10/99 (R. 90/99).

¹¹¹⁰ Véase art. 7 ET.

¹¹¹¹ Véanse SSTs 09/06/03 (Ar. 3936), para accidente de trabajo y trabajador ecuatoriano; 07/10/03 (Ar. 6497), para accidente de trabajo y trabajador colombiano; y 29/09/03 (Ar. 7446), para despido y trabajador argentino.

¹¹¹² Véase antes en este mismo Capítulo, en el § 132.

acumulación legal, porque no hay nada que acumular, esto es, ni es el arbitrio del actor el que decide no reclamar, ni concierne a una acción que se ve obstaculizada ante la estimación de una excepción, sino que *ab initio* ya falta un presupuesto para el nacimiento de la acción de condena, imprescindible para estimar una de las dos acciones presentes en la acción de nulidad irretroactiva y para que ésta cumpla todos las condiciones que permiten calificarla como acción constitutiva compleja. En definitiva, faltaría un hecho constitutivo de la acción de condena, que aparece de manera inescindible unida a la otra.

La siguiente cuestión es concretar cuándo concurren esos servicios efectivos, porque la obligación de trabajar es la primera y principal de las que se compromete a cumplir el trabajador, en virtud de la celebración del contrato de trabajo¹¹¹³. Su contenido y, por ende, cuándo se han comenzado a prestar aquellos servicios, debe convenirse entre ambas partes del contrato (artículo 22.5 ET¹¹¹⁴). No obstante, podemos afirmar que aquellos servicios concurrirán desde el momento en que *el trabajador se sitúe en la esfera organicista, directiva y disciplinaria del empresario*, haya o no realización de tareas, porque pudiera ocurrir que aquél tuviese al trabajador a su disposición, pero sin encargarle ninguna actividad; dato que no sería óbice para considerar que ya ha comenzado a prestar servicios. En definitiva, servicios efectivos no se identifican con trabajo real, sino con puesta a disposición, a las órdenes del empresario o de quien lo represente, y bajo su disciplina. Puesto que por el contrato de trabajo el trabajador se compromete a prestarlo personalmente, mas no es él mismo el facultado para decidir cómo debe realizarse, qué medios se van a realizar, ni qué resultados se deben conseguir¹¹¹⁵.

Ese poder de dirección se define como la «facultad de organizar y dirigir el trabajo»¹¹¹⁶, que deriva del artículo 38 CE, precepto que reconoce la libertad de empresa dentro de la economía de mercado y garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad», lo que entraña una garantía institucional que reconoce a los particulares, «una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado» [SSTC 225/1993 y 112/2006]¹¹¹⁷. Mientras, el poder disciplinario se considera el complemento imprescindible para que el poder de dirección «sea un verdadero poder jurídico y no un mero poder moral»¹¹¹⁸, y engloba la sanción de determinados comportamientos del trabajador en el ámbito de la empresa, aunque muy condicionado por las disposiciones recogidas en los convenios colectivos¹¹¹⁹.

4) Suplico

§187. Ninguna especialidad es reseñable en este apartado, excepto que la petición constitutiva va acompañada de una solicitud de condena, la mayor parte de las veces (lo

¹¹¹³ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 185.

¹¹¹⁴ «Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo [...]» (art. 22.5 ET).

¹¹¹⁵ Véase MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, cit., pág. 239.

¹¹¹⁶ Véase STS 07/03/07 (R. 132/05).

¹¹¹⁷ Véase STS 08/10/07 (R. 115/06).

¹¹¹⁸ Véase STS 25/05/87 (Ar. 3872).

¹¹¹⁹ Para su análisis, véanse los arts. 54, 58 y 60 ET.

hace en las acciones resolutorias de contrato ordinarias y generales, en las resolutorias ejecutivas, en las demandas de oficio, en las cesiones ilegales de trabajadores y en las acciones de nulidad), pero en un caso lo hará de una declarativa (tercería de mejor derecho), conforme a lo que se ha expresado al tratar los supuestos de acciones constitutivas complejas. La diferencia entre las que acumulan una acción de condena y la que lo hace con una declarativa es radical, porque determinará la posibilidad o no de la ejecución del fallo. Mientras las primeras podrían ejecutarse en lo concerniente a la condena líquida, la segunda sería imposible, aunque, al ser el mismo órgano judicial decisor el que lleva la ejecución donde se ha planteado, devendría innecesario acudir a ese expediente.

5) Documentación adicional

§188. Siguiendo la línea marcada en el Capítulo presente, la primera especialidad concierne a la *tercería de mejor derecho* y a la necesidad de acompañar su demanda con un título. El artículo 258 LPL, sobre tercería de dominio, exige que a la solicitud de levantamiento de embargo se acompañe el título en que funde su derecho el tercerista; en otras palabras, se introduce una documentación adicional a la demanda. Falta en la tercería de mejor derecho una declaración de este calibre, pues la LPL guarda silencio y ello nos conduce a la norma común, esto es, a la LEC (DA Primera.1 LPL), en concreto, a su artículo 614.2, donde se previene que a la demanda «habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente»; a diferencia de lo dicho para la de dominio, donde se habla de principio de prueba «por escrito» (artículo 595.3 LEC). No obstante, es dudoso que el precepto civil deba ser mecánicamente trasladado a lo social, ya que el artículo 235.1 LPL ordena la aplicación de la LEC en las ejecuciones de sentencia firme, «con las especialidades previstas en esta Ley» de procedimiento laboral; y precisamente, una de las especialidades bien pudiera ser no exigir esa demostración de principio, lo cual tendrá de importancia cuando el tercerista sea un trabajador y no disponga de sentencia en su favor, circunstancia que a la vez le impide pedir la acumulación ejecutiva correspondiente¹¹²⁰. En cualquier caso, juega la rapidez del procedimiento laboral, reconducido a una comparecencia incidental, donde se alegrará y probará sobre la marcha. En realidad, considero que la aportación como tal título no ha de producirse necesariamente, aun cuando esto es lo que ocurrirá por norma habitual, porque será la única manera de demostrar la realidad de la preferencia crediticia, mas una cosa es que el éxito de la pretensión pueda depender de esta circunstancia (por las limitaciones de un proceso incidental) y otra que se haya convertido en una documentación imprescindible para la tramitación de la demanda de tercería. Incluso podrían llegarse a distinguir¹¹²¹ dos supuestos: por un lado, si el tercero pide que se reconozca su derecho de crédito frente al ejecutado y que se declare su derecho a cobrar con preferencia, no se le podrá exigir que presente documento en el que se funde su derecho, al igual que tampoco se le requiere cuando, simplemente, demanda a su patrono un pago. Obsérvese, sin embargo, que el juez en estos casos resolverá en primer lugar sobre la existencia del derecho de crédito y luego sobre el orden de preferencia, pues ello nos

¹¹²⁰ Véase MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCA-RAZ, J., RÍOS SALMERÓN, B., CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2003), pág. 914.

¹¹²¹ Véase LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., «Tercería de mejor derecho en la ejecución laboral: aspectos procesales», en *El tercero en la ejecución laboral*, Manuales de Formación Continuada, cit.

muestra que sin un título que avale la existencia del derecho no cabe pronunciarse sobre su preferencia. Por otro lado, si el tercero sólo pide que se reconozca su derecho de preferencia, sí debería acompañar con la demanda o solicitud el título, esto es, un principio de prueba escrita. La apreciación sobre la suficiencia del principio de prueba queda, lógicamente, a la apreciación del órgano judicial, que habrá de ser siempre en el sentido más favorable a la tutela efectiva¹¹²². Ante todo, ha de considerarse que, aun cuando es cierto que no cualquier acompañamiento documental llena las exigencias de ese principio de prueba requerido, lo exigido no es una prueba completa sino acreditación de simple verosimilitud de la pretensión formulada. Por tanto, el órgano judicial debe ser lo suficientemente flexible a la hora de valorar el cumplimiento de dicho requisito, poniendo el derecho fundamental de tutela judicial efectiva en relación con el verdadero sentido del art. 614.2 LEC; otra postura sería tanto como prejuzgar la cuestión de fondo que ha de resolver al concluirse la tramitación del mismo. Finalmente, el tercerista ha de aportar todos los títulos que posee con la primera demanda, porque presentada una demanda de tercería no podrá ser deducida una segunda o ulterior que se funde en «títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera» (artículo 614 LEC). Quiere esto decir que en el proceso incidental, resultado de la interposición de la tercería de mejor derecho, habrán de discutirse todos los créditos del tercerista sin que exista posibilidad alguna de alterar su objeto mediante la ampliación de los límites de debate.

§189. La segunda especialidad remarcable la configura la *demanda de oficio*. Las «certificaciones de las resoluciones firmes» señaladas por el artículo 146.a) LPL, exclusivamente pueden estar haciendo referencia a los documentos expedidos por la órgano administrativo sancionador donde se asegure la firmeza de la resolución administrativa por haber dejado transcurrir el responsable el tiempo para la interposición de las alegaciones o los recursos correspondientes (art. 52 LISOS), o, en su caso, por haber agotado todos los recursos administrativos y jurisdiccionales legalmente previstos contra la decisión de dicho órgano (art. 54 LISOS)¹¹²³.

6) Acumulación de otras acciones

§190. En este apartado habría de recordarse lo que ya se indicó acerca de la acumulación obligatoria y la voluntaria al hilo de la distinción en la familia de las acciones constitutivas entre simples y complejas. Pero con una particularidad destacable¹¹²⁴, referida a los *procesos de oficio*, el artículo 31 LPL permite la acumulación, a instancia de parte o por así considerarlo el órgano judicial (artículos 29 y 30 LPL)¹¹²⁵, de las «demandas individuales en que concurren identidad de personas y de causa de pedir respecto de la demanda de oficio, aunque pendan en distintos juzgados de la misma circunscripción». Para algún autor¹¹²⁶, es ésta una *acumulación especial* por la siguientes razones: a) se trata de una

¹¹²² Véase REVILLA GONZÁLEZ, J. A., «La tercería de mejor derecho» en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 53 (2004), págs. 811-831, consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código ED0405315).

¹¹²³ Véase ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 79.

¹¹²⁴ Además de la que se recogerá al tratar la Sentencia y que concierne a la acción de resolución de contrato ordinaria.

¹¹²⁵ Véase MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A., «Sobre el procedimiento de oficio (I)», cit.

¹¹²⁶ Véase MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, 1ª edición, Marcial Pons (Madrid, 2000), pág. 168; y ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 48.

acumulación de procesos de diferente naturaleza; b) al proceso de oficio se acumulan los originados por demandas individuales, nunca al revés; c) la acumulación es obligatoria para los órganos jurisdiccionales, pero no cabe cuando se trata de procesos pendientes ante juzgados de distinta circunscripción; d) la conexión subjetiva se refiere a la identidad del empresario y de un trabajador en los dos procesos, por cuanto en el proceso de oficio —a criterio de dichos autores¹¹²⁷— la autoridad laboral administrativa no es parte; y e) la conexión objetiva se refiere a la identidad de causa de pedir, es decir, los hechos del proceso de oficio y los del iniciado por el trabajador han de ser los mismos.

7) Partes principales y secundarias

§191. Lo más destacable en este punto es el relativo a la *demanda de oficio*, porque es muy compleja la determinación del carácter con el que interviene en el proceso de la Autoridad Laboral al formular el documento-demanda. La clarificación de esa posición entraña múltiples dificultades, ya que todas las figuras en que pudiera tener encaje se han ido descartando¹¹²⁸. De entrada, se niega que los trabajadores perjudicados sean representados por la autoridad administrativa¹¹²⁹, porque la representación, si es legal, atiende a las personas físicas cuando no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 7 LEC), y si es voluntaria, se dirige al mero apoderamiento mediante el cual el Derecho privado permite actuar procesalmente a otro en defensa de sus derechos e intereses. Pero el órgano administrativo tampoco es asistente ni director técnico de los trabajadores¹¹³⁰, figuras ambas desconocidas para el Derecho procesal; o coligante¹¹³¹, habida cuenta de que si el coligante es la «persona que litiga en unión con otra»¹¹³², es porque ambas ocupan una misma posición, activa o pasiva, dentro del proceso¹¹³³, esto es, ambos serían actores o ambos demandados. Mas aquí sólo es parte activa el trabajador perjudicado, luego, resultaría ocioso tratar de posicionar a aquélla autoridad junto o en unión de tales trabajadores. Tampoco nos encontramos ante un supuesto de intervención litisconsorcial, ya que ésta supone la entrada de un tercero en un proceso pendiente y en el cual alega un derecho sobre el objeto, o, en términos de la propia ley, quien acredita, en la posición de demandante o demandado, tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito (artículo 13 LEC). Sin embargo —y ello descarta la intervención de la autoridad administrativa en el proceso—, el tercero ha de ser titular de la relación jurídico-material deducida en el proceso. Ahora bien, incluso queda excluida la modalidad de intervención adhesiva simple, pues dicha autoridad ni es titular de una relación jurídico-material propia dependiente de un proceso ajeno, ni hay precepto alguno en la ley por el cual quepa legitimar la intervención de la autoridad en calidad de coadyuvante.

Y, por fin, queda la llamada sustitución procesal, que, siquiera algunos lo niegan¹¹³⁴, es la institución procesal que con más fuerza se ajusta a esta intervención para cierto sector

¹¹²⁷ Véase el § siguiente, donde se califica su intervención.

¹¹²⁸ Véase ALEMÁN CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., págs. 38 a 41.

¹¹²⁹ Véase STS 10/10/75 (Ar. 3834).

¹¹³⁰ Véase ATSJ Comunidad Valenciana 14/01/93 (AS 509).

¹¹³¹ Véanse STCT 18/12/74 (Ar. 5562); y STSJ La Rioja 24/04/92 (AS 1847).

¹¹³² Véase REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, cit., pág. 590.

¹¹³³ Véase art. 301 LEC.

¹¹³⁴ Véase ALEMÁN CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 41.

de la jurisprudencia¹¹³⁵ y de la doctrina¹¹³⁶, al actuar *en causa ajena*; en otras palabras, la autoridad laboral asume la posición de parte en estos procesos como sustituto procesal *sui generis*, «a los solos efectos de iniciar el proceso mediante el documento asimilado en su virtualidad a la demanda»¹¹³⁷. Frente a la posición contraria, basada en que para aceptarse la sustitución el ordenamiento jurídico debería facultar tal sustitución (artículo 10 LEC) y que «el sustituto actúa [en el proceso] en interés propio, ya que es un interés suyo el que le impulsa a provocar la tutela del interés del sustituido»¹¹³⁸, se puede argumentar, por un lado, que precisamente esa situación es la que construye el artículo 146 LPL al prever el inicio mediante certificación —legitimación extraordinaria—, y por otro lado, que, en parte se defiende un interés propio, demostrado en el hecho de que se abroga el desestimamiento o la suspensión a los trabajadores perjudicados y su presencia no es necesaria [artículo 148.2.a) LPL].

§192. En lo relativo al *incidente de no readmisión*, la polémica se centra en averiguar la legitimación activa del empresario. Ésta es admitida doctrinal¹¹³⁹ y jurisprudencialmente¹¹⁴⁰, argumentándose al respecto, primero, su interés en limitar los salarios debidos al trabajador sin contraprestación por parte de éste; segundo, lo dilatados que son los plazos de ejecución; tercero, su interés en evitar las situaciones de incertidumbre en la actividad empresarial, promoviendo la transformación de la readmisión en indemnización¹¹⁴¹; y finalmente, se interpreta que, cuando el trabajador no se reincorpora en la fecha fijada para ello, el empresario debe solicitar la ejecución del despido, con carácter previo a la extinción contractual¹¹⁴². El tema, además, se ha suscitado ante el TC, que ha estimado que el reconocimiento por los Tribunales ordinarios de legitimación para instar la ejecución al empresario no viola el derecho de tutela judicial efectiva del trabajador¹¹⁴³, aunque sus pronunciamientos sobre este particular se referían a sentencias declaradas nulas a las que se aplicaba la LPL/1980 y en este marco jurídico sí tenía sentido la iniciativa empresarial, porque, siquiera inicialmente tras la condena por despido nulo no podía optar por la indemnización, en ejecución se producía la sustitución y la condena al abono de la indemnización. Esta sólida línea interpretativa se discute por algunos autores¹¹⁴⁴, quienes precisan que en el actual régimen

¹¹³⁵ Véase STSJ Extremadura 28/07/94 (AS 2828).

¹¹³⁶ Véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, pág. 571; y ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C., y ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Procesal del Trabajo*, 11ª edición, pág. 274.

¹¹³⁷ Véase nota anterior.

¹¹³⁸ Véase CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, 1ª edición, UTEHA (Buenos Aires, 1944), pág. 43.

¹¹³⁹ Véanse MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva en lo laboral», en *Relaciones Laborales*, núm. 24 (1988), pág. 18; GÁRATE CASTRO, J., «La ejecución por no-readmisión en los despidos ordinarios en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», en *Actualidad Laboral*, núm. 31 (1990), pág. 364; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 432; LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido (conforme a la Ley 45/2005, de 12 de noviembre)*, 1ª edición, págs. 125 y 126; y ORTIZ LALLANA, M. C., *La ejecución de sentencias*, 1ª edición, ACARL (Madrid, 1995), pág. 160.

¹¹⁴⁰ Véanse STS 01/07/98 (Ar. 5706); y STSJ Galicia 15/02/08 (R. 6249/07).

¹¹⁴¹ Véase ORTIZ LALLANA, M. C., *La ejecución de sentencias*, 1ª edición, cit., págs. 159 y 160; y STSJ Castilla y León 27/07/98 (AS 3429).

¹¹⁴² Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 164.

¹¹⁴³ Véase SSTC 61/1992, de 23/Abril; y 188/1993, de 14/Junio.

¹¹⁴⁴ Véanse NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, cit., pág. 56 a 59; y ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C., *Derecho Procesal del Trabajo*, 8ª edición, cit., pág. 428.

jurídico del incidente de no readmisión resulta difícilmente comprensible justificar la legitimación empresarial para instar la ejecución judicial, puesto que la intervención judicial se explica de cara al cumplimiento de esta obligación empresarial. Su argumento está en que la opción inicial sobre el contenido de la ejecución corresponde al empresario (quien tiene una obligación de hacer) y, en consecuencia, habiendo sido el empresario el que opta por la readmisión y siendo su obligación dar efectividad al título ejecutivo, el cumplimiento de la ejecutoria depende en principio de su decisión de notificar al trabajador la fecha de reincorporación, quedando liberado del abono de los salarios cuando el trabajador no se incorpora por causas que le sean imputables. Sin embargo, parece olvidar esta postura, de entrada, que la tutela judicial efectiva se proyecta sobre trabajador y empresario y que «no puede negarse al empresario la posibilidad de instar la ejecución provisional de la Sentencia de despido improcedente, porque podría interesarle contar con el trabajador en su plantilla desde que decide readmitirlo»¹¹⁴⁵ o configurar una prueba de su negativa a reincorporarse a los fines de que cese la generación de los salarios de trámite.

§193. Además, ha de insistirse en que la implicación de un menor en la *acción de nulidad* (artículo 9.2 ET) determinará, si está desamparado, la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso como su defensor, dadas las funciones por él desempeñadas (artículo 3.7 EOMF¹¹⁴⁶), aunque pudiera ocurrir que el desarrollo del juicio se produzca ya en un momento en que el menor se ha emancipado y, por tanto, aquella intervención es innecesaria (artículo 314 CC¹¹⁴⁷). Y también se destaca que entre las acciones constitutivas complejas es factible no sólo el litisconsorcio pasivo, sino también el activo, resaltándose el supuesto previsto para la *tercería de mejor derecho*, pues en esta acción concurre un litisconsorcio pasivo —plano subjetivo— y una acumulación de acciones —plano objetivo—, ambos necesarios; y las acciones *de resolución de contrato especiales* (ex artículos 40.1 y 41.3 ET), porque «cuando el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos deberán ser demandados» (artículo 138.1 LPL), esto es, se configura un litisconsorcio pasivo necesario.

C) EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

1) Órgano competente

§194. Con respecto a las afirmaciones generales, sólo dos particularidades se deben reseñar en este ámbito. Porque en las acciones resolutorias ejecutivas y en las tercerías de mejor derecho el órgano competente para resolver sobre estas acciones sigue una regla diferente a la general, pues en las primeras será competente el órgano que haya dictado la sentencia de despido; pese a que el artículo 277 LPL indique genéricamente que el trabajador «podrá éste solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social», sin precisar cuál, la regla se recogía en el artículo 235.2 LPL, donde se afirmaba que «la ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia». En el supuesto de las segundas, se hará ante «el órgano judicial del orden social que esté

¹¹⁴⁵ Son palabras de la STSJ Galicia 15/02/08 (R. 6249/07).

¹¹⁴⁶ «Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación» (art. 3.7 EOMF).

¹¹⁴⁷ «La emancipación tiene lugar: 1º Por la mayor edad. 2º Por el matrimonio del menor. 3º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 4º Por concesión judicial» (art. 314 CC).

conociendo de la ejecución» (artículo 273.1 LPL), lo cual es lógico si se tiene en cuenta que se trata de una cuestión incidental surgida en medio de un proceso principal de ejecución.

2) Admisión de la demanda constitutiva «compleja» y subsanación de defectos

§195. Aquí debería destacarse la precisión de que la presentación de la *tercería de mejor derecho* no suspende la tramitación de la realización de los bienes (artículo 273.2 LPL) y que la *demanda de oficio*, pese al silencio procesal, traerá consigo la suspensión del expediente administrativo, tanto en cuanto a la sanción como en cuanto al procedimiento liquidatorio, con notificación a los interesados y al proponente, hasta que se dicte sentencia firme¹¹⁴⁸.

3) Particularidades procedimentales

§196. Por lo que se refiere a las *resoluciones*, es curioso que la *resolución de contrato ordinaria*, que tiene —junto con el despido y otras— un carácter preferente en la tramitación, dado que para ella se declara hábil el mes de agosto (artículo 43.4 LPL¹¹⁴⁹), carece de una modalidad procesal propia, debiendo seguirse en su tramitación las disposiciones previstas en el proceso ordinario (artículo 102 LPL¹¹⁵⁰). La razón atiende a que en este caso el trabajador no reacciona frente a un acto del empresario impugnándolo, sino que pretende resolver su contrato por determinados comportamientos del empresario, por lo que deberá ser él quien justifique la concurrencia de dichas circunstancias. Las *acciones resolutorias especiales* sí tienen una modalidad procesal especial, en la que descuellan tres aspectos y que puede calificarse como *particularidades*¹¹⁵¹. Las dos primeras las aproximan, incluso en la propia redacción —es casi literal—, a la tramitación procesal de las acciones constitutivas simples, de forma idéntica a los procesos por vacaciones y por permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares (artículos 126 y 138bis LPL) y parcial a los de clasificación profesional (artículo 137 LPL). Por un lado, este procedimiento es urgente y preferente (artículo 138.4 LPL) y, por otro lado, la sentencia será irrecurrible (mismo artículo); aspectos derivados tanto de la perentoriedad del objeto del debate a dilucidar como la esencia tradicional del proceso de trabajo, que ha de ser «ágil, rápido, formalista en lo imprevisible»¹¹⁵². Ambos pueden hacerse acreedores de las afirmaciones que se mantenían con respecto a aquellas acciones constitutivas puras. Y finalmente, se refiere la suspensión del proceso individual, si se plantea una demanda de conflicto colectivo (artículo 138 LPL). La *resolución ejecutiva*, por sus propias características, está prevista en la LPL como un incidente

¹¹⁴⁸ Véase art. 6.1 RD 928/98, de 14/Mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de las cuotas de la SS, que dice que «De conformidad con lo establecido en la Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán proponer al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la formulación de demandas de demandas de oficio ante los Juzgados de lo Social en la forma prevista por el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Si se formulase demanda, se dará cuenta al órgano competente para resolver, y se producirá la suspensión del expediente administrativo sancionador y, cuando exista, del procedimiento liquidatorio, con notificación a los interesados y al proponente, hasta tanto se dicte sentencia firme».

¹¹⁴⁹ «Los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo para las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de Convenios Colectivos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales» (art. 43.4 LPL). Criterio de preferencia que se lleva a cabo en la práctica, turnándose con una prioridad equivalente a la de los despidos.

¹¹⁵⁰ «En todo lo que no esté expresamente previsto en el presente título, regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario» (art. 102 LPL).

¹¹⁵¹ En el sentido empleado en el ap. correlativo a éste en el Capítulo Segundo, §§ 62 a 66.

¹¹⁵² EM, II, primer párr., de la LBPL.

ejecutivo, regulado como tal con sumariedad cualitativa y cuantitativa, ésta reflejada en los plazos limitados para instar la ejecución —y que se examinarán al tratar las excepciones— y para convocar la comparecencia —cuatro días (artículo 278 LPL)—, así como en el tipo de pruebas que se pueden admitir (sólo las practicables en el acto); mientras que la segunda lo hace en la restricción del objeto de debate, pues «[...] la parte o partes que concurren serán examinadas por el Juez sobre los hechos de la no readmisión o de la readmisión irregular alegada, aportándose únicamente aquellas pruebas que, pudiéndose practicar en el momento, el Juez estima pertinentes» (artículo 279 LPL). Se ve que la limitación afecta no sólo a las alegaciones (condiciones de la readmisión), sino también a las pruebas (han de relacionarse con aquéllas), de tal manera que se acota fuertemente la discusión sobre un asunto en el que ya hay dictada una sentencia firme de despido. Del estudio de su breve normativa se detecta la urgencia de su regulación, injustificada urgencia¹¹⁵³, que aún ésta admite la posible subsanación de defectos procesales manifestados en la tramitación del acto.

La *tercería de mejor derecho* es también un incidente ejecutivo, con su inherente carácter sumario, tanto cualitativo como cuantitativo, pues se desarrolla en medio de una ejecución en marcha, pero las normas que regulan la demanda y el acto de juicio oral completarán el vacío normativo en la regulación del incidente contemplada en el artículo 236 LPL¹¹⁵⁴; máxime teniendo en cuenta las pretensiones a dilucidar en el mismo, lo que, igualmente, justifica el que se pueda acordar la práctica de diligencias para mejor proveer¹¹⁵⁵. Aquel carácter se refleja en que su planteamiento abre una pieza separada, que no suspende la continuación de la ejecución; la limitación en cuanto a su objeto —sumariedad cualitativa—, dado que en él únicamente se alegará y probará sobre la existencia y condición de los créditos en conflicto; y lo reducido de los plazos de convocatoria y resolución —sumariedad cuantitativa—.

En lo que respecta a la *demanda de oficio* se podrían destacar, aparte de lo indicado sobre la no comparecencia de los trabajadores y la ineficacia de su desestimiento o solitud de suspensión, tres particularidades: una, la referente a la necesidad de nombrar un representante común, cuando la demanda afecte a más de diez trabajadores (artículo 147.2 LPL¹¹⁵⁶); otra, referida a los pactos entre aquéllos y los empresarios posteriores al acta

¹¹⁵³ Véase LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido (conforme a la Ley 45/2005, de 12 de noviembre)*, 1ª edición, cit., pág. 136.

¹¹⁵⁴ «Las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en el plazo de cinco días, a las partes que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto que habrá de dictarse en el plazo de tres días» (art. 236 LPL).

¹¹⁵⁵ Véase LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., «Tercería de mejor derecho en la ejecución laboral: aspectos procesales», en *Manuales de Formación Continuada*, cit.

¹¹⁵⁶ Este precepto remite al art. 19 LPL, que dispone que «En los procesos en los que demanden de forma conjunta más de 10 actores, éstos deberán *designar un representante común*, con el que se entenderán las sucesivas diligencias del litigio. Este representante deberá ser necesariamente Abogado, Procurador, Graduado Social colegiado, uno de los demandantes o un Sindicato. Dicha representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante Secretario judicial, por escritura pública o mediante comparecencia ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación o arbitraje o el órgano que asuma estas funciones. Junto con la demanda se deberá aportar el documento correspondiente de otorgamiento de esta representación» (art. 19.1 LPL). Sobre los privilegios de los sindicatos más representativos, véase GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987), págs. 121 y ss.; y sobre sus responsabilidades derivadas, véase ARUFE VARELA, A., «La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2006), págs. 11 y ss., al hilo de la STSJ Galicia 26/04/05 (AS 1548), que analiza, por primera vez en España, aquéllas.

de infracción [artículo 148.2.c) LPL ¹¹⁵⁷]; y otra ulterior, a la fehaciencia de los hechos contenidos en las certificaciones [artículo 148.2.d) LPL ¹¹⁵⁸]. En lo relativo a la primera cuestión, su exigencia se enlaza con el inicio de este proceso, pues si la regla general es que sean los demandantes los que estén obligados a presentar el documento correspondiente al otorgamiento de esa representación común, aquí el proceso no es iniciado por los perjudicados, sino por una entidad independiente y ha debido adoptarse la fórmula de que sea el órgano judicial el que los requiera a hacerlo ¹¹⁵⁹. En lo concerniente a la segunda, la exigencia de aquella presencia es evidente y derivada del carácter tuitivo ¹¹⁶⁰ que tiene esta acción, pues si ha sido la Autoridad Laboral la que ha constatado los hechos determinantes de perjuicios, es lógico que ella deba constatar que el nuevo acuerdo no va a incurrir en los mismos defectos que la situación anterior. El incumplimiento por parte del empresario de lo acordado en la conciliación o en los pactos anteriormente aludidos, daría como consecuencia el inicio por parte de los trabajadores de las acciones pertinentes para ejecutar, bien lo pactado en la conciliación administrativa (artículo 68 LPL), bien el auto donde se recoja el acuerdo suscrito entre las partes (artículo 84.4 LPL); aunque en este caso la acción de los trabajadores podría quedar suplida por la del propio órgano judicial, en sintonía con el artículo 148.2.e) LPL, que señala que «las sentencias que se dicten en estos procesos habrán de ejecutarse siempre de oficio» ¹¹⁶¹. Y finalmente, en lo relativo a la fehaciencia de las actas, es un aspecto que ya se ha examinado al tratar los hechos constitutivos y podría recordarse que exclusivamente se trata, en apariencia, de un tratamiento especial de la carga de la prueba. En realidad, «la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar, pero no la carga de la prueba, que está sometida a las reglas generales: cada parte ha de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor» ¹¹⁶².

Y por último, ni la *acción de cesión ilegal de trabajadores* ni la de *nulidad* presentan ninguna particularidad destacable y deben tramitarse con arreglo al proceso ordinario.

4) Conciliación judicial

§197. En la *demanda de oficio*, ésta sólo puede autorizarse por el órgano judicial cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción [artículo 148.2.b) LPL ¹¹⁶³], debido a lo que algún autor llama «diluido poder de disposición de las partes» ¹¹⁶⁴, que se refleja también en la limitada eficacia que tienen los acuerdos

¹¹⁵⁷ «Los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan sólo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados a presencia del Inspector de Trabajo que levantó el acta, o de la autoridad laboral» [artículo 148.2.c) LPL].

¹¹⁵⁸ «Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada» [artículo 148.2.d) LPL].

¹¹⁵⁹ Véase RUBIO DE MEDINA, M. D., *El procedimiento de oficio*, 1ª edición, cit., págs. 18 y 19.

¹¹⁶⁰ El procedimiento del art. 146.a) LPL ha sido calificado como proceso de oficio tuitivo por un sector de la doctrina. Véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., pág. 291.

¹¹⁶¹ Véase ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 59.

¹¹⁶² Véanse STS 20/02/89 (Ar. 1278); y STSJ Extremadura 29/12/00 (AS 81287).

¹¹⁶³ «La conciliación tan sólo podrá autorizarse por el órgano judicial cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción» [art. 148.2.b) LPL].

¹¹⁶⁴ Véase ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., pág. 19.

posteriores al acta de inspección¹¹⁶⁵. Cuestiones ambas relacionadas con la posibilidad de que los trabajadores, pese a ser parte en el proceso de oficio, no puedan desistir o solicitar su suspensión. En este aspecto la LPL es tajante; el artículo 148.2.a) LPL declara que «el procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso». La jurisprudencia ha adoptado esa declaración¹¹⁶⁶ sin ahondar en los motivos, que se han de residenciar en el indicado poder diluido de disposición, al situarse el proceso de oficio en una situación anómala e intermedia entre el principio dispositivo y el de necesidad.

D) LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA CONSTITUTIVA «COMPLEJA»

§198. Ya se ha hecho referencia a que en el *proceso de oficio* la ausencia de los trabajadores —titulares del interés que se dilucida— no suspende su tramitación, así como que su desistimiento no produce efectos (artículo 148.2 LPL). Fuera de ellas no hay ninguna característica que a destacar. En la *tercería de mejor derecho*, intervienen dos legitimados pasivos que bien pudieran acoger diferentes posturas ante la demanda, pero creo que habría que diferenciar entre la hipótesis de que sea el ejecutado quien se allana o lo haga el ejecutante. En la primera, el ejecutado podrá allanarse, con todas las consecuencias, sobre lo que es su único interés autónomo, cual es la existencia del crédito, pero que lo haga respecto de la jerarquía del crédito no puede perjudicar al ejecutante codemandado; en la segunda, es dudoso que un allanamiento del ejecutante no conlleve un auto estimatorio del mejor derecho, porque la preferencia presupone la existencia, mas, como ese auto representa en la práctica aumentar la masa pasiva del ejecutado, esa actitud procesal del ejecutante sería inane.

En cuanto a las excepciones que podrían oponer los demandados, son comunes a todas las acciones constitutivas, tanto las procesales como las materiales; ya que los hechos extintivos y, en particular, aquéllos que son coincidentes y a los que ya nos hemos referido (acuerdo, la renuncia y la pérdida de la condición de trabajador demandante), podrían proyectarse a las acciones complejas, sin necesidad de transformación alguna. Además, y a diferencia de lo visto en el Capítulo Segundo, no parece que podamos concebir hechos extintivos específicos para alguna de estas acciones. Y en fin, los hechos excluyentes (caducidad, prescripción, etc.) resultan plenamente aplicables también, aunque con las diferencias correspondientes, entre otras, a los plazos (por ejemplo, para solicitar la ejecución de la sentencia de despido improcedente o para instar la resolución del contrato).

E) LA RESOLUCIÓN JUDICIAL CONSTITUTIVA «COMPLEJA»

§199. A diferencia de las acciones constitutivas puras, cuyos procesos finalizan mediante sentencia, en las complejas cabe la posibilidad, por producirse en medio de una ejecución en marcha, de que la resolución del conflicto se produzca también, en algún caso, por el cauce de un auto.

1) La sentencia constitutiva «compleja»

§200. Lo más destacable en este ámbito es que la sentencia estimatoria contendrá dos pronunciamientos separados, al menos, que recogerán la solución pergeñada por el Magistrado de Instancia en relación con la cuestión dilucidada, porque si, de entrada, ha de

¹¹⁶⁵ Véase *supra* nota 481.

¹¹⁶⁶ Véase STCT 12/02/85 (RTCT. 951).

resolverse sobre la creación, modificación o extinción de la situación jurídica —pronunciamiento constitutivo—, habrá de contemplarse otro que responda a la acción de condena acumulada, con la expresión de una cantidad líquida, correlativa a la recogida en la demanda. No obstante, esos dos pronunciamientos tienen la naturaleza de contenido mínimo, pues puede, en algún caso, añadirse otro; en particular, la indemnización adicional, que se prevé en algún supuesto (resolución de contrato ordinaria e incidente de no readmisión) y a la que haré cumplida referencia.

a) De resolución ordinaria de contrato

§201. En esta acción de resolución de contrato descuellan dos aspectos: uno, la *indemnización principal*, que tiene carácter obligatorio; y otro, la *indemnización adicional*, optativa o eventual, que pudo haberse acumulado a ella. Porque en el fallo siempre deberá expresarse la indemnización a la que, tras la extinción del contrato, se condena al empresario (artículo 50.2 ET). Esta indemnización, igual que la contemplada para las resoluciones de contrato especiales (*ex* artículos 40 y 41 ET), es tasada o legal, producto de una simple operación matemática, reconducible a cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades [artículo 56.1.a) ET]; en el caso de las acciones resolutorias especiales, la cuantía será de veinte días de salario por año de servicio con un límite de doce (movilidad geográfica) o nueve mensualidades (movilidad funcional). Su importe constituye norma de Derecho necesario relativo, que como mínimo hay que respetar, de tal manera que no pueden pactarse indemnizaciones menores a la legal¹¹⁶⁷, aunque sí superiores. Esa indemnización reforzada se proyecta a las resoluciones de contrato y no puede pretender restringirse a los despidos, pese a que se emplee el término «improcedentemente»; éste no puede interpretarse como una remisión o referencia exclusiva al despido improcedente, sino que debe ser entendida como alusiva a cualquier extinción o rescisión de la relación laboral que se haya efectuado sin contar con la voluntad del empleado y que no haya sido causada por un incumplimiento grave de éste. Otro tanto ha de decirse de la expresión «despido improcedente», que comprende también aquellos incumplimientos del empresario que son equivalentes al despido improcedente. Tal es la interpretación que impone la primacía de la intención de los contratantes sobre el tenor literal de los pactos y el hecho de que la contraria conduciría al absurdo¹¹⁶⁸.

La validez de esas cláusulas convencionales, que establecen indemnizaciones complementarias a las previstas en el artículo 56 ET, deriva de constituir la expresión de la voluntad de las partes en la mejora de los derechos de los trabajadores y de que las propias normas del ET y de la LPL no son de derecho necesario absoluto, sino que tienen carácter de Derecho necesario relativo, que, como tal, puede ser mejorado por la autonomía colectiva. Y no son de Derecho necesario absoluto, porque no se trata de normas procesales, sino de reglas de carácter sustantivo, en la medida que recogen la obligación alternativa que se impone al empresario como consecuencia de la declaración de la improcedencia del despido [o de estimación de la resolución del contrato], aunque tal obligación, que se establece

¹¹⁶⁷ Véanse SSTs 20/03/96 (Ar. 2303); y 28/10/96 (Ar. 7799).

¹¹⁶⁸ Véanse SSTs 06/06/96 (Ar. 4995); 27/07/90 (Ar. 6487); y 21/05/04 (Ar. 5023).

en una disposición formalmente sustantiva, como el ET, haya sido también incorporada a otro texto de carácter procesal (artículo 110 LPL)¹¹⁶⁹. Esto no significa que cualquier acuerdo haya de cumplirse en sus exactos términos, sino que, primero, es posible elevar el tope legal y, segundo, será enjuiciado como cualquier otra cláusula contractual¹¹⁷⁰.

§202. La indemnización prevista en el artículo 50 ET es compatible con otra *adicional*, cuando la causa extintiva alegada exitosamente es la lesión de un derecho fundamental [acoso moral]¹¹⁷¹; o la omisión de la debida evaluación de riesgos y la correlativa implantación de medidas de seguridad¹¹⁷². En el fondo de tal postura está la consideración de que en situaciones en que se invoca la vulneración de un derecho fundamental como causa extintiva del contrato de trabajo, el daño a resarcir no es uno exclusivamente, sino que son dos: de un lado, la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el artículo 50 ET; y de otro lado, el daño moral que ha de producir, en términos generales, esa conculcación del derecho fundamental y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien —además— le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el artículo 1101 CC¹¹⁷³. Esta línea argumental de compatibilidad entre indemnizaciones en materia extintiva fue tradicionalmente negada¹¹⁷⁴, pero se ha rectificado en los últimos tiempos¹¹⁷⁵.

b) De resoluciones especiales de contrato

§203. Una curiosidad sobre estas acciones es el contenido de la sentencia, que se adoptará sobre la decisión empresarial de traslado o de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues el artículo 138.5 LPL sólo prevé la declaración de justificada o injustificada, según hayan quedado acreditadas o no las razones esgrimidas por la empresa, reservando la declaración de nulidad para las colectivas. Se ha dicho que tanto en el ET como en la LPL «sólo está prevista la nulidad para aquellas decisiones empresariales sobre modificación de condiciones de trabajo que se adopten en fraude de Ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del artículo 41.3, es decir, cuando se realicen sucesivamente las de carácter individual con el fin de eludir el procedimiento previsto para las de carácter colectivo»¹¹⁷⁶. Este criterio, cuya aplicación deriva de una hermenéutica estricta del precepto procesal (artículo 138.5 LPL), determina que en el caso de las decisiones novatorias empresariales adoptadas con defectos de forma (al margen de cualquier requisito), que no sean incardinables en aquel fraude específico, hayan de considerarse injustificadas. Sin embargo, esta conclusión implica extenderles

¹¹⁶⁹ Véanse SSTS 11/03/97 (Ar. 2313); y 21/09/99 (Ar. 7303).

¹¹⁷⁰ Por ejemplo, el pacto que eleva la indemnización a noventa días de salario por año de servicio ha de ser interpretado de conformidad a los arts. 1275, 1258, 1271 y 1278 CC, sin más limitaciones que aquellas derivadas del carácter predominantemente social del contrato de trabajo y de la indudable protección al trabajador [art. 3.1.c) ET], pacto lícito por no ser contrario a la Ley, la moral, orden público o a las buenas costumbres (STS 23/05/05 [R. 1753/04]).

¹¹⁷¹ Véanse SSTS u.d. —Sala General— 17/05/06 (R. 4372/04); 07/02/07 (R. 4842/05), en *obiter dicta*; y 20/09/07 (R. 3326/06).

¹¹⁷² Véase STS u.d. 20/09/07 (R. 3326/06).

¹¹⁷³ Véase STS u.d. 20/09/07 (R. 3326/06).

¹¹⁷⁴ Véase STS u.d. 09/12/99 (R. 4467/98).

¹¹⁷⁵ Véanse SSTS —ambas de u.d.— 04/05/05 (R. 1899/04); y 28/06/06 (R. 428/05).

¹¹⁷⁶ Véase STS 14/06/06 (R. 141/05).

una calificación que, en principio, está pensada para conductas empresariales respecto de las cuales no se han acreditado las causas de fondo (artículo 41.3 ET). Por ello, considero que lo más adecuado en supuestos de defectos radicales de procedimiento es calificar la medida como nula, puesto que antes de pronunciarse sobre la justificación o no de la decisión novatoria (fondo) es imprescindible hacerlo sobre el *iter* de aquélla (forma)¹¹⁷⁷.

c) En procesos de oficio

§204. En la sentencia dictada ante esta acción, aparte del pronunciamiento constitutivo, no se limitará el Magistrado a constatar que se han causado perjuicios económicos a los trabajadores, sino que fijará cuáles han sido éstos y ordenará al empresario que los haga efectivos¹¹⁷⁸ —pronunciamiento condenatorio—. Sin embargo, hay autores que se inclinan por el carácter mero declarativo de la sentencia, opinando que el único pronunciamiento que corresponde efectuar al Magistrado es que la oposición planteada por la persona a la que pretende sancionarse tiene razón de ser, desestimando con esta declaración el que ésta hubiera cometido infracción administrativa de algún tipo; o, por el contrario, puede considerar que, en efecto, su comportamiento ha sido causa de la comisión de la infracción que se trate¹¹⁷⁹.

d) Sobre cesión ilegal de trabajadores y nulidad del contrato de trabajo

§205. En ambos casos, lo reseñable es que junto al pronunciamiento constitutivo habrá otro de condena, que en la cesión ilegal reconocerá la antigüedad del trabajador en la empresa cesionaria desde que se comenzó la cesión y acordará el abono de la diferencia entre los salarios abonados y los que deberían habersele pagado, en el caso de que el trabajador hubiese sido trabajador de la empresa cesionaria (categoría y antigüedad) desde aquel momento. Mientras, en la acción de nulidad, la condena será al pago de los salarios devengados y pendientes todavía a cargo del empresario.

2) El auto constitutivo «complejo»

a) Sobre resolución ejecutiva

§206. El contenido del *auto resolutorio del proceso de ejecución, por equivalencia*, abarca dos grandes bloques de cuestiones: uno, referido a la pervivencia o no de la relación laboral; y el otro, a las consecuencias del incumplimiento del título ejecutivo¹¹⁸⁰. La desestimación de la pretensión ejecutiva lleva aparejada la vigencia de la relación laboral, sin derecho a indemnización alguna ni a salarios de tramitación. En general, esta solución puede fundamentarse en la inexistencia del derecho a la ejecución previamente alegado de contrario y, en particular, en la acreditación de que la readmisión se ha producido real y regularmente (artículo 279.2 LPL) o en el hecho de que el incumplimiento del título

¹¹⁷⁷ Véase STSJ Galicia 18/12/07 (R. 2632/07).

¹¹⁷⁸ Véase MARTÍN JIMÉNEZ, (R. y SEMPERE NAVARRO, A., «Sobre el procedimiento de oficio (I)», en *Aranzadi Social*, cit. Desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, véase GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003), págs. 207 y ss.

¹¹⁷⁹ Véase RUBIO DE MEDINA, M. D., *El procedimiento de oficio*, 1ª edición, cit., págs. 29 y 30.

¹¹⁸⁰ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido», en *Relaciones Laborales*, cit., pág. 229.

ejecutivo es imputable al trabajador¹¹⁸¹. Con relación a esta última causa, se ha de recordar que no se ha establecido en nuestra norma procesal la posibilidad de que el incidente de no readmisión termine con un auto que declare extinguida la relación laboral sin derecho a una indemnización, o bien que se pronuncie sobre las consecuencias que pudieran derivarse de la inasistencia del trabajador (posibles sanciones y aplicación de la normativa sobre dimisión o abandono)¹¹⁸². Mas, conforme al artículo 279.2 LPL, el auto estimatorio, primero, declarará extinguida la relación laboral; segundo, acordará que se abone al trabajador la indemnización del despido improcedente y, eventualmente, en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional; y finalmente, condenará al empresario al abono de los salarios de tramitación. Consecuentemente, el acogimiento de la pretensión ejecutiva atribuye al auto resolutorio un *contenido facultativo*, identificado con la indemnización del mismo nombre, y un *contenido obligatorio*¹¹⁸³, equivalente al resto de las consecuencias económicas derivadas del incumplimiento del título ejecutivo¹¹⁸⁴. En todo caso, sea cual sea la decisión del órgano ejecutor, deberá estar suficientemente motivada. Esto significa que, en caso de estimarse que la readmisión se ha producido irregularmente, no bastará con que así se afirme en los fundamentos de derecho, sino que habrá de especificar «todas y cada una de las supuestas modificaciones en las condiciones de trabajo alegadas»¹¹⁸⁵. Como colofón a este epígrafe, se debe indicar que se ha criticado, además de su celeridad¹¹⁸⁶, la imposibilidad de graduar las irregularidades cometidas en orden a la aplicación del principio de conservación del contrato¹¹⁸⁷.

b) Sobre tercería de mejor derecho

§207. La tercería de mejor derecho, como incidente que es, se resuelve mediante auto, a diferencia de lo que sucede en el campo civil, donde debe dictarse una sentencia (artículo 620 LEC). En cuanto a su *contenido*, tiene que pronunciarse sobre tres puntos esenciales en este procedimiento, que se corresponden con la acción constitutiva compleja, de los que el primero es la existencia del crédito afirmado por el tercerista —aspecto declarativo—. La decisión acerca de este aspecto vendrá condicionada mucho por el título que haya utilizado el tercero, hasta el punto de que se afirme¹¹⁸⁸ que no queda margen alguno al juzgador, si se trata de un título dotado de ejecutividad, siquiera cabría distinguir, según

¹¹⁸¹ Véase STSJ Galicia 15/02/2008 (R. 6249/07).

¹¹⁸² Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 254; y MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, vol. 6 (2002), págs. 437 y ss.

¹¹⁸³ Véase SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, cit., pág. 255.

¹¹⁸⁴ Algún autor identifica ese contenido obligatorio con «contenido mínimo». En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., pág. 699.

¹¹⁸⁵ Véase STSJ Baleares 11/11/96 (AS 4474).

¹¹⁸⁶ Véase *supra*, al tratar las especialidades procedimentales.

¹¹⁸⁷ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 434.

¹¹⁸⁸ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCARAZ, J., RÍOS SALMERÓN, B., CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2ª edición, cit., págs. 914 y 915.

que se tratara de una sentencia o de alguno de los títulos extrajudiciales reconocidos por la legislación procesal civil, en que serían oponibles las causas diseñadas en el artículo 557 LEC¹¹⁸⁹. En segundo lugar, el carácter preferente del mismo respecto del apremiado por el ejecutante —aspecto constitutivo—. Y en tercer lugar, el acuerdo, en su caso, de satisfacción prioritaria del crédito del tercerista.

En cuanto al *carácter* del pronunciamiento emitido, mientras que la LPL guarda silencio sobre este particular, a diferencia de lo que ocurre en la tercería de dominio, donde se llamaba la atención sobre su alcance meramente prejudicial (artículo 253), la LEC señala que «la sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga, *pero sin prejuzgar otras acciones* que a cada uno pudiera corresponder, especialmente las de enriquecimiento» (artículo 620.1, primer inciso, LEC). Mas esta afirmación no puede proyectarse al ámbito social, porque la decisión del Magistrado de Instancia es última, en el sentido de que establece, en su caso, la preferencia, y atiende el crédito al que otorga tal condición, sin posibilidad de que este resultado procesal sea revisado posteriormente y en un proceso diferente. Nada se dice para el pronunciamiento desestimatorio, aunque la consecuencia es que el tercero nada cobrará en la ejecución social o no lo hará preferentemente. En este caso, y a diferencia que en la hipótesis de la decisión estimatoria, afirman algunos¹¹⁹⁰ que ésta no surtirá efecto más que en la concreta ejecución en que se ha postulado y, por ende, no prejuzgará una ulterior discusión, pudiendo el tercero seguir arguyendo su crédito, y hasta la preferencia afirmada, en otros enfrentamientos, tanto declarativos como ejecutivos. Postura de la que discrepo, porque, primero, si la decisión desestimatoria se ha fundado en la inexistencia del crédito, sería contradictorio que se pudiera reconocer en un pleito posterior; otra cosa sería que la decisión se adoptase por virtud del artículo 217 LEC, al no haberse llegado a probar aquélla. Y, aunque en términos generales la doctrina constitucional se muestra cautelosa a la hora de admitir la relevancia constitucional de la contradicción, la STC 24/1984, de 23/Febrero, afirma que «a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, y que una misma persona fue su autor y no lo fue». Segundo, otro tanto sucedería con respecto a la clasificación del crédito que se hubiera realizado. Y tercero, esa línea interpretativa iría en contra de la eficacia de la cosa juzgada, que también es predicable con respecto a los autos y a la que me referiré a continuación.

¹¹⁸⁹ «1. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4º, 5º, 6º y 7º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior, si se funda en alguna de las causas siguientes: 1ª Pago, que pueda acreditar documentalente. 2ª Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva. 3ª Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie. 4ª Prescripción y caducidad. 5ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalente. 6ª Transacción, siempre que conste en documento público» (art. 557.1 LEC).

¹¹⁹⁰ Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, cit., pág. 434.

Véase MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCARAZ, J., RÍOS SALMERÓN, B., CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2ª edición, cit., pág. 915.

3) Eficacia

§208. En este punto, es totalmente predicable lo afirmado con respecto a las acciones constitutivas puras, aunque quisiera hacer una mención especial a la anunciada eficacia de los autos resolutorios del incidente de no readmisión y de la tercería de mejor derecho. Porque todo auto firme resolutorio de un incidente produce efectos de cosa juzgada¹¹⁹¹, no sólo formal, sino también, si examina el fondo, material. Se ha señalado que la cosa juzgada obedece a la finalidad de impedir que sobre una misma cuestión se puedan dictar pronunciamientos definitivos contradictorios¹¹⁹² y, desde luego, éstos concurrirían en el caso de declararse inexistente un crédito —en un proceso con todas las garantías de alegación y prueba— en un resolución que haya pasado a autoridad de cosa juzgada y, después, que en otro proceso se afirme que sí existe o se le clasifique en otro grupo. Es más, la doctrina más reciente se inclina por reconocer aquella eficacia aun a las resoluciones meramente procesales que ponen fin al proceso, mas sólo si se pronuncian sobre la falta de un presupuesto procesal, de manera que a tal extremo se limita la producción de cosa juzgada —es lógico, porque no puede existir cosa juzgada sobre lo que no ha sido juzgado—¹¹⁹³.

III. LA IMPUGNACIÓN Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES CONSTITUTIVAS «COMPLEJAS»

§209. En el ámbito de los *recursos*, pocos aspectos son diferentes a las acciones constitutivas «puras», habida cuenta que las «complejas» están sometidas a las mismas reglas que aquéllas (contenidas en el artículo 189 LPL). Podría destacarse, no obstante, que todas «complejas» son recurribles en suplicación, no sólo las que se resuelven por sentencia, sino también aquéllas que lo hacen por auto. Las primeras, porque en todos sus casos se está discutiendo sobre el propio derecho ejercitado: extinción de la relación laboral, cesión ilegal de trabajadores o nulidad del contrato de trabajo; independientemente de la cantidad acumulada a aquella acción constitutiva. Aunque no es postura mayoritaria, pues un importante sector de la doctrina¹¹⁹⁴ consideran que se someten a la regla general —cuantía— todos aquellos supuestos de extinción de la relación laboral que tengan prevista una modalidad procesal concreta y su recurribilidad dependerá de la indemnización pretendida. No obstante, esa solución es altamente insatisfactoria en términos de derecho sustantivo, pues conductas empresariales dotadas de idéntica significación siguen un tratamiento diferente en cuanto a la suplicación¹¹⁹⁵.

Las segundas, porque la *resolución ejecutiva* no deja de ser una rescisión unilateral de contrato y discute la subsistencia o no de la relación laboral —de modo equivalente al de la resolución de contrato ordinaria—; también le es proyectable la afirmación de que, en realidad, se está discutiendo un punto sustancial no controvertido en el pleito o no decidido

¹¹⁹¹ Véanse SSTSJ Galicia 21/01/08 (R. 7575/07); y 22/03/07 (R. 5502/06).

¹¹⁹² Véanse SSTS 09/03/99 (R. 3741/98); 17/09/02 (R. 1180/01); 09/10/03 (R. 87/02); 06/07/04 (R. 137/02); y 06/06/06 (R. 1234/05).

¹¹⁹³ Véase STS 06/06/06 (R. 1234/05).

¹¹⁹⁴ Concretamente, ALONSO OLEA, MIÑAMBRES, MOLINER, MONTERO, MONTOYA, SEMPERE y RÍOS, en cita de ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., págs. 409 y 410.

¹¹⁹⁵ *In extenso*, véase ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, cit., pág. 410.

en una sentencia (artículo 189.2 LPL¹¹⁹⁶), que era ya recurrible [proceso por despido, artículo 189.1.a) LPL¹¹⁹⁷]; aparte de que la jurisprudencia¹¹⁹⁸ incluye en ese supuesto a la decisión adoptada en el incidente de no readmisión para determinar si se ha producido o no la readmisión en forma. Estos mismos argumentos pueden aplicarse a la *tercería de mejor derecho*, cuya condición de recurrible es unánime en la doctrina, pese a que se ha aventurado un tratamiento distinto, a efectos del recurso de suplicación, entre los autos dictados por los Juzgados de lo Social en las tercerías de dominio y los que pongan fin a tercerías de mejor derecho¹¹⁹⁹. En palabras del TS, «en estos supuestos, no obstante, dado el contenido del auto impugnado resolutorio de un incidente declarativo que se inserta de forma instrumental en la ejecución pero que consiste materialmente en una actividad de cognición, la finalidad y motivos del recurso no pueden ser, a diferencia de lo que acontece en aplicación del principio general en el ámbito de los recursos en la ejecución, la estricta de ‘aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución’ que comporta ‘sus propios y específicos motivos de fundamentación’ (STC 99/1995 de 20/Junio y STS 24/04/96 —rec. 2218/95—), sino que cuando ostente el carácter de verdadero incidente declarativo planteado en el ámbito de la ejecución la finalidad del recurso de suplicación y sus motivos serán los comunes a tal tipo de recursos, en concreto los enumerados en el artículo 191 LPL»¹²⁰⁰.

Finalmente, se hace notar un último rasgo, que enlaza con el epígrafe siguiente, y que es el concerniente a que en la ejecución provisional no cabe recurso de suplicación, aun cuando se trate de sentencias que sean inmediatamente ejecutivas¹²⁰¹.

§210. Por lo que se refiere a la *ejecución*, en estas acciones está presente siempre un aspecto de condena, que responde a la acción de esta naturaleza acumulada a la constitutiva, y, por lo tanto, siempre serán ejecutables a través del correspondiente proceso. La única duda sería preguntarse si en ese proceso cabría ejecutar el pronunciamiento constitutivo contenido en la sentencia dictada o sólo podría hacerse con respecto al pronunciamiento de condena y el resto seguiría la regla ya indicada —al hilo de las acciones constitutivas «puras» — de que se exige un nuevo proceso, ahora de condena, donde se pretenda el cumplimiento de la resolución judicial, porque la decisión constitutiva se agota en la creación, modificación o extinción que se pretendía. En otras palabras, se precisaría el ejercicio de la llamada por algunos¹²⁰² acción de cosa juzgada —*actio rei iudicatae*—. En este trance, se me hace difícil concebir que, pese a la inejecutibilidad consustancial a toda acción

¹¹⁹⁶ «Los autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado» (art. 189.2 LPL).

¹¹⁹⁷ «[...] Procederá en todo caso la suplicación: a) En los procesos por despido» [art. 189.1.a) LPL].

¹¹⁹⁸ Véanse SSTS 21/01/94 (Ar. 1510); 28/02/94 (Ar. 2042); 02/03/94 (Ar. 3229); 04/02/95 (Ar. 3734); 20/03/98 (Ar. 3001); 28/04/98 (Ar. 3873); y 21/09/99 (Ar. 7302).

¹¹⁹⁹ Véanse SSTS 24/02/97 (R. 1977/96); 10/04/97 (Ar. 3054), en la que, por primera vez, se introduce aquel matiz; —Sala General— 17/11/97 (R. 3707/96); 07/04/98 (Ar. 3472), que obvia aquel matiz y acoge sin reservas la recurribilidad; u.d. 14/11/99 (R. 2722/98); u.d. 11/05/06 (R. 4158/04); y u.d. 30/04/07 (R. 1002/06).

¹²⁰⁰ Véase STS u.d. 11/05/06 (R. 4158/04).

¹²⁰¹ Véanse STS 30/04/02 (Ar. 6009); 03/06/91 (Ar. 5126); 23/07/91 (Ar. 6257); 26/07/93 (Ar. 5979); y 24/07/99 (Ar. 6889).

¹²⁰² Véase BOTANA LÓPEZ, J. M., *La Acción Declarativa, en especial en los Procesos de Trabajo y Seguridad Social*, 1ª edición, cit., págs. 204 y ss.

constitutiva, realmente se precise ésa en alguno de los supuestos, ya que, si bien desde un punto de vista dogmático podría afirmar sin recelo que el pronunciamiento constitutivo no puede ejecutarse si no es ejercitando la nueva acción, creo bastante improbable que en cualquiera de las acciones resolutorias del contrato (ordinarias o especiales) se precise o, mejor, tenga interés, tal ejecución, al margen de la obtención de la indemnización. Sí podría tener su relevancia en la acción de cesión ilegal, en el proceso de oficio o en la de nulidad de contrato, casos todos ellos que exigirán acudir al otro proceso para configurar el título.

Pese a que se trate de materia que sólo afecta a la acción de condena acumulada, ha de tratarse, porque se están analizando acciones complejas. Dentro de la ejecución habría que distinguir entre la provisional —cuando la sentencia todavía no es firme— y la definitiva —cuando ha adquirido firmeza—. Sobre la primera podría indicarse que tiene por objeto proteger al trabajador en atención a su cualidad de parte más débil, agravada por la falta de empleo y salario, que lo hacen más vulnerable a actuaciones abusivas o de mala fe que pudieran venir de la parte procesal contraria; trata, por consiguiente, de evitar el *periculum in mora*, respondiendo a una tradición que tiene larga historia en nuestro ordenamiento y que tiende a garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en la instancia, finalidad que no puede considerarse ilegítima a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, formando parte de la amplia tutela material que el ordenamiento laboral, tanto sustantivo como procesal, otorga al trabajador¹²⁰³. Los artículos 287 —sentencias condenatorias al pago de cantidades— y 301 —sentencias condenatorias recaídas en otros procesos—, ambos de la LPL, son los que resultan aplicables en las acciones constitutivas «complejas», si bien esa ejecución provisional tiene el carácter de procedimiento autónomo dentro de un único proceso de índole laboral, que no puede verse afectado —«es inmune», se dice— por el resultado definitivo que se obtenga en el recurso promovido por la empresa, sin que tal resultado pueda servir para privar de efectividad a los derechos y situaciones reconocidos en la ejecución provisional, de forma que el derecho a los salarios de subsistencia que confiere tal artículo es invulnerable a la sentencia que, en su caso, revoque la recurrida¹²⁰⁴.

Mientras, con respecto a la ejecución definitiva, podría mantenerse que una de las proyecciones del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas¹²⁰⁵. Como consecuencia de lo anterior, se impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada —prevista en una norma legal y no interpretada restrictivamente¹²⁰⁶—, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que le abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Véanse SSTC 234/1992, de 14/Diciembre; 104/1994, de 11/Abril; 191/2000, de 13/Julio; y 266/2000, de 13/Noviembre, F.4.

¹²⁰⁴ Véanse, para despido nulos, SSTC 234/1992, de 14/Diciembre; 104/1994, de 11/Abril; 191/2000, de 13/Julio; y 266/2000, de 13/Noviembre, F. 4. Para otros supuestos, SSTC 87/1996, de 21/Mayo; y 105/1997, de 02/Junio.

¹²⁰⁵ Véanse SSTC 58/2000, de 28/Febrero, F. 4; 05/2003, de 20/Enero, con cita de las SSTCT 171/1991, de 16/Septiembre, 198/1994, de 04/Julio, 197/2000, de 24/Julio y 83/2001, de 26/Marzo; y 87/2006, de 27/Marzo, F. 6.

¹²⁰⁶ Véase SSTC 155/1985, de 12/Noviembre; y 151/1993, de 03/Mayo.

¹²⁰⁷ Véase STC 18/1997, de 10/Febrero F.3.

§211. En lo concerniente a la *resolución ejecutiva*, es indiscutible el carácter de título ejecutivo del auto resolutorio del incidente de no readmisión, diferente del que trae causa¹²⁰⁸ —sentencia de despido—, lo que demuestra la relevancia jurídica del mismo. Se articula como único título para abrir la ejecución dineraria derivada de la indemnización y los salarios de tramitación consignados en la resolución¹²⁰⁹. Criterio éste criticado por la doctrina jurisprudencial¹²¹⁰, al no considerarlo como título ejecutivo que abra un nuevo proceso de ejecución (en concreto, dirigido a la exacción de las cantidades dinerarias mediante la aplicación de los artículos 287 y siguientes LPL). Con respecto al *proceso de oficio*, las sentencias habrán de ejecutarse siempre de oficio, y en el mismo sentido se expresa el artículo 237.1 LPL, al señalar que «la ejecución de las sentencias firmes se iniciará a instancia de parte, salvo las que recaigan en los procedimientos de oficio, cuya ejecución se iniciará de este modo». Evidentemente, una vez firme la sentencia e iniciada la ejecución, tanto en las sentencias dictadas de oficio como en las que la parte interesada solicite la ejecución, por aplicación del artículo 237.2 LPL, se tramitarán de oficio dictándose al efecto las resoluciones y diligencias necesarias. Cabría preguntarse, si sería posible la ejecución provisional de la sentencia en el caso de interponerse recurso contra la misma. Sobre este particular, una parte de la doctrina científica¹²¹¹ ha considerado inaceptable esta posibilidad al no encontrarse prevista ni ajustarse a los supuestos de ejecución provisional contemplados en la ley procesal laboral (artículos 287 y siguientes LPL). Sin embargo, y en atención al art. 303 LPL, cabría aceptar, *a priori*, su eventual ejecución provisional (arts. 524 y ss. LEC)¹²¹².

¹²⁰⁸ Véase ANDINO AXPE, L. F., *Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social*, 1ª edición, Comares (Granada, 1996), pág. 273.

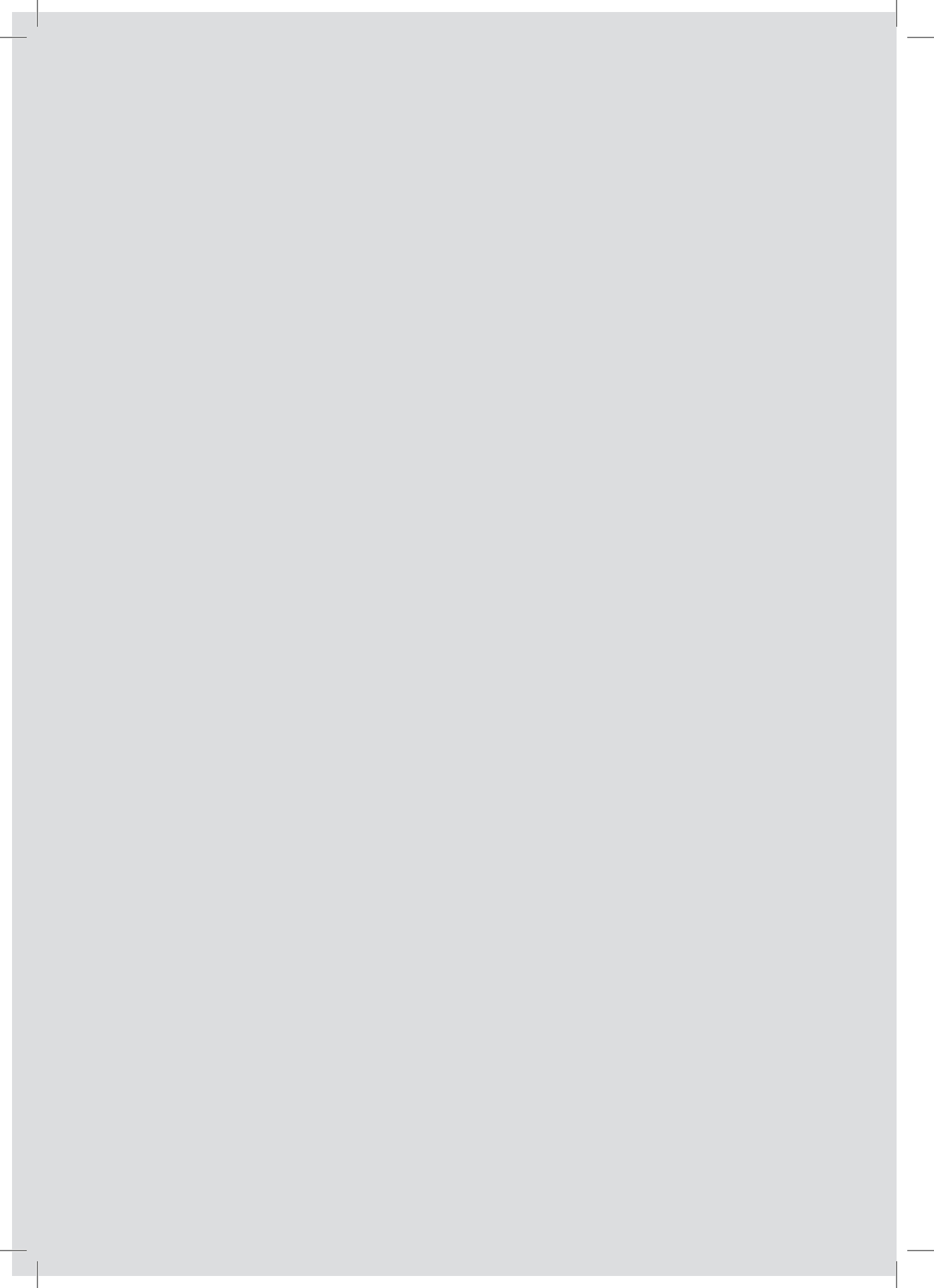
¹²⁰⁹ Véase LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido (conforme a la Ley 45/2005, de 12 de noviembre)*, 1ª edición, cit., pág. 138.

¹²¹⁰ Véase STS 23/01/96 (Ar. 120).

¹²¹¹ Véase GARCÍA BLASCO, J., *Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, 1ª edición, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1993), pág. 149.

¹²¹² Véase ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, cit., págs. 75 y 76; y MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, 1ª edición, cit., pág. 431.

Conclusiones



CONCLUSIONES

Primera. A pesar de que el régimen jurídico de las acciones y sentencias constitutivas viene siendo objeto en España de un tratamiento doctrinal prolífico, la originalidad del mismo se justifica, desde la perspectiva de ciertos precedentes de referencia, por causa de la promulgación de la vigente LEC, en la que se contienen dos novedosos preceptos específicamente relativos a las «sentencias constitutivas» y cuya aplicación a los procesos laborales no parece que admita discusión. En mi opinión, el estudio del marco normativo de aquéllas debe abordarse sin prejuicios, visto que se trata de categorías dogmáticas tomadas en préstamo por la doctrina científica española del Derecho Procesal alemán, pero inexistentes en otros países muy significativos de nuestro entorno cultural, tanto de «Derecho civil» como de «Derecho común». Esta pauta me ha permitido distinguir, por un lado, las acciones constitutivas «puras» y, por otro, las acciones constitutivas «complejas»; cuyo examen constituye la médula del contenido del presente trabajo.

Segunda. Con el concepto de «acciones constitutivas puras» estoy definiendo a aquel grupo de acciones mediante las cuales se impetra del órgano jurisdiccional la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, sin que en la pretensión que se ejercite se incluya petición de condena alguna u otro pronunciamiento. Bajo este aserto, considero que integran, sin fisura, aquéllas la acción de vacaciones, la acción de clasificación profesional (artículos 137 LPL, y 24 y 39.4 ET); la de fijación de las vacaciones (artículos 125 y 126 LPL), siquiera con alguna precisión; y la de concreción horaria y del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares o por padecimiento de violencia de género (artículos 37.4 a 7 ET y 138 bis LPL). Por su parte, considero que hay dos supuestos que, aunque discutibles, no pueden integrarse en ese grupo y las descarto como tales acciones constitutivas puras; son la acción de concreción horaria, contemplada en el artículo 34.8 ET; y la acción de preferencia para ocupar puesto vacante de la empresa en otra localidad [artículo 40, apartados 3 y 3 bis), ET].

Tercera. Como peculiaridades más interesantes en la tramitación de la Instancia se podrían mencionar: la obligación general del intento de arreglo previo, excepto en la acción de vacaciones (y ésta con sus propias excepciones relacionadas con el empleador singular); la circunstancia de que estas tres acciones presentan unos hechos constitutivos comunes y otros específicos; y la concurrencia de múltiples partes al proceso, con carácter principal o accesorio. También destaca el hecho de que estas acciones no siempre se tramitan (es más, por lo general no lo hacen) a través del proceso especial previsto en la LPL, sino que se dilucidan en el proceso ordinario. Con respecto a la resolución del conflicto planteado por cualquiera de este grupo, descuella la posibilidad de que en la parte dispositiva se añada un contenido eventual y ejecutable (condena en costas o imposición de multa), que, en realidad, no transforma la naturaleza de la acción ejercitada, puesto que es independiente; de hecho, es también recurrible y ejecutable.

Cuarta. Lo más destacable en las fases de ejecución y de recurso lo constituye, por un lado, que ninguna de estas acciones por propia definición es ejecutable (con la salvedad de un contenido adicional en el fallo de la sentencia), de manera que, para lograr la efectividad de la estimación de su demanda, el actor acude o bien a la vía de hecho, o bien a un nuevo proceso, donde se solicite la adopción de las medidas precisas para asegurar la eficacia de lo acordado con carácter firme en la sentencia anterior (acción de cosa juzgada —*actio rei*

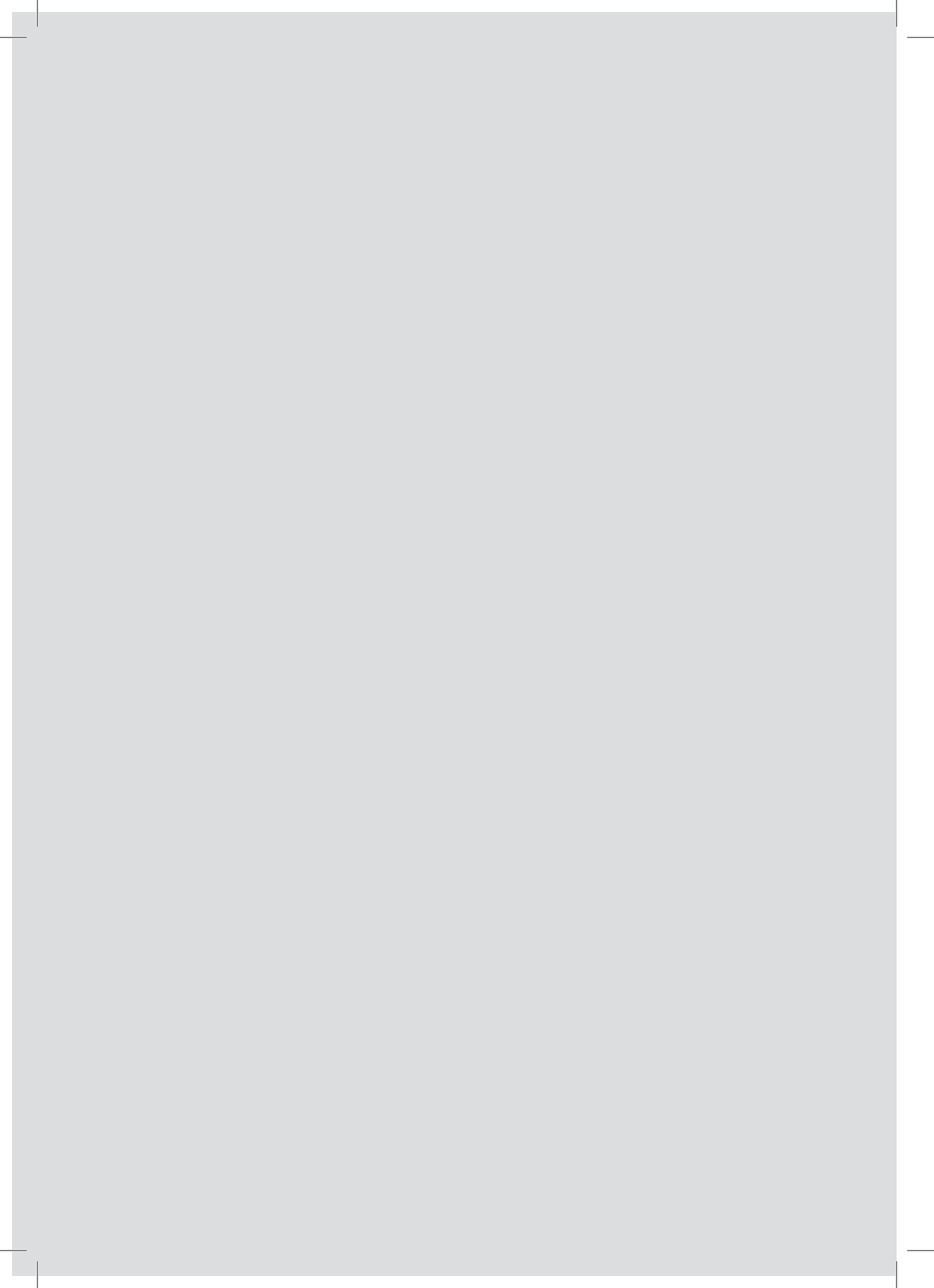
iudicatae—). Y por otro lado, que las acciones constitutivas puras, por regla general, son irrecurribles, mas no siempre, ya que sería posible que la tramitación de la acción especial se hubiera hecho a través del proceso ordinario o de conflicto colectivo y, en este caso, sí estaría abierta la suplicación.

Quinta. Entiendo por «acción constitutiva compleja», aquella en la que al pronunciamiento constitutivo mismo se le une otra acción de distinta naturaleza, ya de condena, ya declarativa. No obstante, la presencia de diversas acciones en un asunto no determina *per se* la existencia de una acción compleja, sino que este carácter sólo se atribuirá cuando aquella responda a una imposición legal, esto es, cuando concorra una acumulación que podríamos denominar obligatoria. Bajo este parámetro, considero que son tales, con alguna matización, las nueve siguientes acciones: la resolución de contrato, ordinaria (artículos 49.1.j) y 50 ET) y especiales (artículos 40.1 y 41.3 ET); la resolución ejecutiva (artículo 277 a 279 LPL); la tercería de mejor derecho (artículo 273 LPL), la demanda de oficio [artículo 146.a) LPL]; la cesión ilegal de trabajadores (artículo 43.4 ET); la nulidad del contrato de trabajo (artículo 9.2 ET); y, por último, la acción procesal revocatoria de una sentencia estimatoria de prestación periódica de seguridad social (artículo 292.2 LPL).

Sexta. En la tramitación de la Instancia, resalta también la existencia de hechos comunes (salario y antigüedad) a casi todas las acciones citadas, junto con otros muchos que les son específicos; la consideración de que la intervención de la autoridad laboral en el proceso de oficio responde a la institución de la sustitución procesal; y que, a diferencia de las acciones constitutivas puras, cuyos procesos finalizan mediante sentencia, en las complejas cabe la posibilidad, por producirse en medio de una ejecución en marcha, de que la resolución del conflicto se produzca también, en algún caso, por el cauce de un Auto. Sin embargo, el rasgo más destacable es que la resolución estimatoria contendrá dos pronunciamientos separados, al menos, que recogerán la solución pergeñada por el Magistrado de Instancia en relación con la cuestión dilucidada, porque sí, de entrada, ha de resolverse sobre la creación, modificación o extinción de la situación jurídica —pronunciamiento constitutivo—, habrá de contemplarse otro que responda a la acción de condena acumulada, con la expresión de una cantidad líquida, correlativa a la recogida en la demanda. Mas, esos dos pronunciamientos tiene la naturaleza de contenido mínimo, pues puede eventualmente añadirse otro; en particular, la indemnización adicional, que se prevé en algún supuesto (resolución de contrato ordinaria e incidente de no readmisión).

Séptima. Por último, en cuanto a la recurribilidad, considero que todas las acciones constitutivas complejas son recurribles en suplicación, no sólo las que se resuelven por sentencia, sino también aquellas que lo hacen por auto, aunque no es postura mayoritaria. Y por lo que se refiere a la ejecución, en estas acciones está presente siempre un aspecto de condena, que responde a la acción de esta naturaleza acumulada a la constitutiva, y, por lo tanto, siempre serán ejecutables a través del correspondiente proceso, aunque sólo en cuanto a aquel aspecto.

Bibliografía citada



BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN CASTELLANOS, M., «Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», en *Aranzadi Social*, Volumen V (Pamplona, 1999).
- ALARCÓN Y HORCAS, S., *Código de Trabajo*, 1ª edición, Reus (Madrid, 1927).
- ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, 4ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002).
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas)*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, (Valencia 2002).
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., LÓPEZ GANDÍA, J. y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo (Tomo II. Contrato Individual)*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2002).
- ALEMAÑ CANO, J., *Los procesos de oficio*, 1ª edición, Comares (Granada, 2003).
- ALFONSO MELLADO, C., «Vacaciones, descanso semanal, fiestas y permisos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XII, 1995, consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD951203).
- ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M. J., *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, 1ª edición, CISS (Valencia, 1995).
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, 1ª edición, Mergablum (Sevilla, 2002).
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 20ª edición, Civitas (Madrid, 2002).
- ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C., *Derecho Procesal del Trabajo*, 8ª edición, Civitas (Madrid, 1995).
- ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C., y ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Procesal del Trabajo*, 11ª edición, Civitas (Madrid, 2001).
- ANDINO AXPE, *Ejecución en el Orden Jurisdiccional Social*, 1ª edición, Comares (Granada, 1996).
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «La modalidad procesal de Clasificación Profesional», en *Cuadernos de Aranzadi Social*, número 11 (Pamplona, 2002).
- ARUFE VARELA, A., *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007).
- ARUFE VARELA, A., «La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano», en *Relaciones Laborales*, número 9 (2006).
- ARUFE VARELA, A., «La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones, tras la Ley 52/2003, de 11 de noviembre», en *Tribuna Social*, número 178 (2005), págs. 16 y ss.
- ARUFE VARELA, A., «Los representantes legales o unitarios “extraestatutarios” de los trabajadores», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 127 (2005).

- ARUFE VARELA, A., «La precaria y problemática regulación del desistimiento del demandante en la Ley de Procedimiento Laboral: una reforma inaplazable», en *Actualidad Laboral*, número 16 (2005).
- ARUFE VARELA, A., «La ampliación de la demanda en el proceso laboral», en *Actualidad Laboral*, número 47 (2001).
- ASENJO PINILLA, J. L., «Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Social Mes a Mes*, número 52 (Madrid, 2000).
- BAJO GARCÍA, I., *Crédito laboral y procedimiento concursal*, 1ª edición, Thomson-Civitas (Madrid, 2007).
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de derecho procesal laboral*, 2ª edición, Trotta (Madrid, 1995).
- BENEYTO CALABUIG, D., *Las infracciones laborales y el procedimiento sancionador*, 1ª edición, CISS (Bilbao, 2000).
- BLASCO PELLICER, Á., *Sanciones administrativas en el orden social*, 1ª edición, Tirant Lo Blanch (Valencia, 1998).
- BONET NAVARRO, Á., «La tercería de mejor derecho. Los derechos del tercero concurrente en el proceso de ejecución singular y su ejercicio», en *Cuadernos de derecho judicial*, número X (CGPJ, 1992), págs. 371-432, consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD 9201011).
- BORRAJO DACRUZ, E., «Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1990).
- BOTANA LÓPEZ, J. M., *La Acción Declarativa, en especial en los Procesos de Trabajo y Seguridad Social*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 1995).
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, Librería «El Foro» (Buenos Aires, 1996).
- CARDENAL CARRO, M., «“Patriotismo constitucional”, versión laboral (con ocasión de la nueva Directiva para la igualdad de sexos)», en *Aranzadi Social*, número 22 (Pamplona, 2001), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2002\67).
- CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, 1ª edición, UTEHA (Buenos Aires, 1944).
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «Sobre la eficiencia en el proceso laboral de la presentación de escritos y documentos en las oficinas de correos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, volumen 7 (2003).
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «La regulación legal de los salarios de tramitación», en *Actualidad Laboral*, número 33 [extraordinario sobre el «RD Ley 5/2002: Análisis Técnico-Jurídico»] (2002).
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «Novación, suspensión y extinción del contrato de trabajo», en CARDENAL CARRO, M. (Coordinador), *Vademécum de Contratación laboral*, Laborum (Murcia, 2001).
- CARRIL VÁZQUEZ, X. M., «El régimen jurídico del subsidio por desempleo de los liberados de prisión», en *Tribuna Social*, número 77 (1997).
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II) Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Aranzadi Social*, número 8 (Pamplona, 1999).

- CHARRO BAENA, C., «La concreción del horario laboral del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 mayo 2000 [AS 2000, 1910])», en *Aranzadi Social*, número 10 (Pamplona, 2000), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2000\1217).
- CORTE HEREDERO, N., «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal», en *Aranzadi Social*, número 5 (Pamplona, 1998).
- CRUZ VILLALÓN, «Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso laboral», en *Revista de Relaciones Laborales*, número 10 (Barcelona, 1997).
- DE CASTRO FERNÁNDEZ, L. F., «Análisis de la Jurisprudencia dictada en el periodo 2005-2007 y relativa a la materia de Seguridad Social», en *Estudios de Derecho Judicial*, número 124 (Madrid, 2008).
- DE CASTRO FERNÁNDEZ, L. F., «El recurso de suplicación», en AZÓN VILAS, F. V. (Coordinador), *Derecho Mercantil*, Caja Duero (Salamanca, 2004).
- DE CASTRO FERNÁNDEZ, L. F., «Notas acerca de algunas consecuencias derivadas de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 sobre la Ley de Procedimiento Laboral», en *Información Laboral*, número 7, Lex Nova (Valladolid, 2001).
- DE CASTRO GARCÍA, J., *Contestaciones de Derecho Civil al programa de Judicatura*, Tomo II, 3ª edición, Colex (Madrid, 2000).
- DE CASTRO GARCÍA, J., en ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Coordinador), *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, Trivium (Madrid, 1994).
- DE CASTRO GARCÍA, J., GÓMEZ DE LA BÁRCENA, SÁNCHEZ JÁUREGUI, A., SANTOS BRIZ, J., DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A., HERNÁNDEZ GIL, F., PAZ RUBIO, J. M., *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*, 12ª edición, Colex (Madrid, 2001).
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, 1ª edición, Thomson-Civitas (Madrid, 2005).
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración*, 3ª edición, CERA (Madrid, 2003).
- DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, CEURA, (Madrid, 1995).
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, Volumen II, 3ª edición, CERA (Madrid, 1994)
- ELÍAS ORTEGA, A., «Comentario sobre el mandato al Gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados», en *Aranzadi Social*, número 5, (Pamplona, 1999), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 1999/1818).
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, 1ª edición, CERA (Madrid, 1991).
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Los procesos declarativos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000: claves para su comprensión*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 2001).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido», en *Relaciones Laborales*, número 18 (Madrid, 1991).
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, E., *Las tercerías de dominio y de mejor derecho. Otras intervenciones de terceros sin tercería*, consultado a través de la dirección www.cej.justicia.es/cej/servlet/CEJServlet?dispatcher=JSP_TREE.

- GÁRATE CASTRO, J., «La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia (Del acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social al Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre)», en GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 2002).
- GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, Revista Xurídica Galega (Santiago de Compostela, 1999).
- GÁRATE CASTRO, J., «Presentación», en GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al Profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor "honoris causa" por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad (Santiago de Compostela, 1997).
- GÁRATE CASTRO, J., *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL (Madrid, 1994).
- GÁRATE CASTRO, J., «La ejecución por no-readmisión en los despidos ordinarios en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», en *Actualidad Laboral*, número 31 (1990).
- GÁRATE CASTRO, J., *La comunicación escrita del despido disciplinario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Santiago de Compostela, 1984).
- GÁRATE CASTRO, J. y CABEZA PEREIRO, J., *La negociación colectiva en el sector de las telecomunicaciones*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003).
- GARCÍA BLASCO, J., *Aplicación del Derecho del Trabajo y nuevo proceso de oficio*, 1ª edición, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1993).
- GARCÍA MURCIA, J. (Coordinador), *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad (Oviedo, 2007).
- GARCÍA MURCIA, J., «Presentación», en GARCÍA MURCIA, J. (Coordinador), *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Gobierno del Principado de Asturias-Consejería de Industria y Empleo (Oviedo, 2006).
- GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2003).
- GARCÍA MURCIA, J., *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Civitas (Madrid, 2001).
- GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Justicia Laboral*, número 1 (Madrid, 2000).
- GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, CES (Madrid, 1998).
- GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1996).
- GARCÍA MURCIA, J., *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*, Tecnos (Madrid, 1992).
- GARCÍA MURCIA, J., *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas (Madrid, 1991).
- GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987).

- GARCÍA NINET, J. I., *Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias*, 1ª edición, Eder-sa (Madrid, 1977).
- GARCÍA SILVERO, E., «El RD 782/2001, de 6 julio, como nuevo marco legal en la relación laboral de los penados», en *Aranzadi Social*, número 14, (Pamplona, 2001), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2001/1487).
- GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., «Las garantías del derecho a vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)», en *Tribuna Social*, número 38 (Valencia, 1994).
- GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, 1ª edición, Labor (Barcelona, 1936).
- GUASP, J., *La pretensión procesal*, 1ª edición, Civitas (Madrid, 1981).
- IGLESIAS CABERO, M., «Procedimiento de oficio», en BORRAJO DACRUZ, E. (Director), *Comentarios a las leyes laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril)*, Tomo XIII, Volumen 2, EDERSA (Madrid, 1990).
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 7ª edición, Porrúa (México DF, 1993).
- LILLO PÉREZ, E., «Nota sobre el proyecto de Ley concursal», en *Revista El Graduado*, número de Enero de 2002.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. M., «Tercería de mejor derecho en la ejecución laboral: aspectos procesales», en *Manuales de Formación Continuada*, número 18, (1992), págs. 197-225, consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código MF 0101805).
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *Ejecución de sentencias de despido (conforme a la Ley 45/2005, de 12 de noviembre)*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2004).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 con los formularios correspondientes a todos los juicios*, 5ª edición, Reus (Madrid, 1928).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., MIQUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, 1ª edición, Imprenta de la Revista de Legislación (Madrid, 1856).
- MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A., «Sobre el procedimiento de oficio (I)», en *Aranzadi Social*, número 5 (Pamplona, 2000), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2000\453).
- MARTÍN VALVERDE, A., «La ejecución de las sentencias de la jurisdicción social en la jurisprudencia: una primera aproximación», en *Manuales de Formación Continuada*, número XXIII (Madrid, 2004), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código MF042308).
- MARTÍN VALVERDE, A., «Las reformas laboral y de Seguridad Social de 1997», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número II (Madrid, 1998).
- MARTÍN VALVERDE, A., «La aplicación jurisdiccional del Derecho social de la Comunidad Europea», en la obra *Política Social de la Comunidad Europea*, Volumen 3, Tomo I, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1992).
- MARTÍN VALVERDE, A., «Prólogo» a ROMÁN VACA, E., *El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo*, Civitas (Madrid, 1992).
- MARTÍN VALVERDE, A., «La Parte General de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990», en ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coordinador), *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Marcial Pons (Madrid, 1991).
- MARTÍN VALVERDE, A., *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo (Madrid, 1976).

- MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirección y Coordinación), *Tratado práctico del Derecho del Trabajo*, Volumen 1, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2008).
- MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., *Glosario de Empleo y Relaciones Laborales*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas-Mundi-Prensa Libros SA (Madrid, 1998).
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 16ª edición, Tecnos (Madrid, 2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El prestamismo laboral en Alemania. Estudio comparativo con la regulación española sobre cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, volumen 11 (2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La prueba en los recursos laborales. Interpretación del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral», en *Estudios de Derecho Judicial*, número 63 (2004).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Dignidad del trabajador y acoso moral», en el volumen *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, volumen 6 (2002).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Los pleitos de Derecho privado sobre esclavitud ultramarina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1857-1891)*, Civitas (Madrid, 2002).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial el momento en el que deba considerarse “perfeccionado” el contrato», en GÁRATE CASTRO, J. (Editor), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Prescripción y caducidad de acciones. En torno al artículo 59», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100 [monográfico sobre «El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después»] (2000).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva en lo laboral», en *Relaciones Laborales*, número 24 (1988).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, J., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2008).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 1ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2004).
- MOLERO MANGLANO, C., «El incidente de no readmisión», en *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª edición, ACARL (Madrid, 1992), pág. 920.
- MOLINER TAMBORERO, G., «El proceso por vacaciones», en *Tribuna Social*, número 38 (Valencia, 1994).
- MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, 1ª edición, Marcial Pons (Madrid, 2000).

- MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo II, Civitas (Madrid, 1993).
- MONTERO AROCA, J., *El proceso laboral*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 1981).
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional, I Parte General*, 12ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2003).
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., y GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho jurisdiccional. Proceso civil*, Volumen II, 4ª edición, Bosch (Barcelona, 1994).
- MONTOYA MELGAR, A., «La ejecución laboral», en *Manuales de Formación Continuada*, número XXIII (Madrid, 2004), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código MF042301).
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*. 22ª edición, Civitas (Madrid, 2001).
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A., y RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, 5ª edición, Civitas (Madrid, 1998).
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J., SEMPERE NAVARRO, A., LUJÁN ALCA-RAZ, J., RÍOS SALMERÓN, B., CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2003)
- NAVARRO NIETO, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, 1ª edición, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005).
- ORTIZ LALLANA, M. C., *La ejecución de sentencias*, 1ª edición, ACARL (Madrid, 1995).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 12ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2004).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 9 (Madrid, 1982).
- PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Derecho Procesal Civil (Primera Parte)*, 1ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1964).
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho y Proceso*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 1979).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa-Calpe (Madrid, 2001).
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A., «La tercería de mejor derecho», en *Estudios de Derecho Judicial*, número 53 (2004), págs. 811-831, consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código ED0405315).
- RÍOS SALMERÓN, B., «La Ley Concursal y los trabajadores», en *La ejecución laboral*, Manuales de formación continuada, número 23, CGPJ (Madrid, 2004).
- RÍOS SALMERÓN, B., «La Ley Concursal y los trabajadores», en *La Ley Concursal*, Revista del Poder Judicial, número XVIII (Madrid, 2004).
- RÍOS SALMERÓN, B., «La ejecución de sentencias firmes en despido», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XVI, (Madrid, 1992), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD921608).
- RODRÍGUEZ DEVESA, C., *Ley de Procedimiento Laboral y Jurisprudencia*, 6ª edición, Trivium (Madrid, 1996).
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., *El incidente de no readmisión*, 1ª edición, Ministerio de Justicia (Madrid, 1989).
- RODRÍGUEZ SANTOS, B., CEBRIÁN BADÍA, F. J. y ÁVILA ROMERO, M., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo III, Lex Nova (Valladolid, 1991).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Relaciones Laborales*, número 19 (Madrid, 1999).

- RON LATAS, R. P., «La incidencia de la baja por maternidad en el derecho a vacaciones. Comentario a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 marzo 2004», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, número 8 (2004).
- RON LATAS, R. P., «De nuevo sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. Ahora a propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 diciembre 2002», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, número 7 (2003).
- RON LATAS, R. P., «Apuntes sobre la historia de la legitimación para reclamar salarios de tramitación al Estado», en *Revista Gallega de Derecho Social*, tomo II (1997).
- RUBIO DE MEDINA, M. D., *El procedimiento de oficio*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 2001).
- RUBIO DE MEDINA, M. D., *El proceso para fijar la fecha del disfrute de vacaciones*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 2000).
- SEMPERE NAVARRO, A. «Contenido sociolaboral de las leyes 61 y 62/2003, de presupuestos y acompañamiento para 2004 (I)», en *Aranzadi Social*, número 18 (Pamplona, 2003), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2003\1530).
- SEMPERE NAVARRO, A., «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», en *Relaciones Laborales*, número 5 (Madrid, 1989).
- SEMPERE NAVARRO, A. y CANO GALÁN, Y., «La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (I)», en *Aranzadi Social*, número 18 (Pamplona, 2000), consultado a través de la Base de Datos para el Poder Judicial (BIB 2000\2007).
- SEMPERE NAVARRO, A. y CHARRO BAENA, P., «Las Vacaciones Laborales», en *Cuadernos de Aranzadi Social*, número 15 (Pamplona, 2003).
- SERRANO GARCÍA, M. J., *La ejecución de los despidos improcedentes*, 1ª edición, Lex Nova (Madrid, 2001).
- TAPIA FERNÁNDEZ, I.; *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, 1ª edición, La Ley-Actualidad (Madrid, 2000).
- TORRES ANDRÉS, J.; «Procesos especiales de carácter individual: procesos especiales de seguridad social, clasificación profesional y vacaciones», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XIV, (Madrid, 1993), consultado a través de la Base de Datos de las publicaciones del CGPJ (Código CD931402).
- VALLE MUÑOZ, F., «El proceso de clasificación profesional», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 188 (Madrid, 1998).
- VÁZQUEZ BARROS, S., *Las tercerías. Bienes embargables. Bienes inembargables*, 1ª edición, Bosch (Barcelona, 2001).
- VILEBRUN, J. y QUÉTANT, G.-P., *Traité de la juridiction prud'homale*, 3ª edición, L.G.D.J. (París, 1998).
- WACH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América (Buenos Aires, 1977).
- WRIGHT, C.A., *The Law of Federal Courts*, 4ª edición, West Publishing Co. (St. Paul-Minnesota, 1983).
- ZAFRA VALVERDE, JOSÉ, *Sentencia Constitutiva y Sentencia Dispositiva (La Constitución Jurídica Procesal)*, 1ª edición, RIALP SA (Madrid, 1962).
- ZEISS, W., *Zivilprozessrecht*, 9ª edición, J.C.B. Mohr (Tubinga, 1997).

