

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

RETROACTIVIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO Y CLAUSULA PENAL EN MATERIA DE VACACIONES

(STCT de 16-V-1984; la Ley de 13-IX-1984, pág. 4)

I. El núcleo central del supuesto de hecho que se somete a la consideración del TCT es la interpretación que haya de darse a un convenio colectivo de empresa, en una de cuyas cláusulas «se establece una cantidad de 600 pesetas diarias por cada día de retraso en el disfrute de las vacaciones, a partir de los cuatro meses y quince días, con el tope máximo de un mes, en el bien entendido que, de sobrepasarse los quince días de margen, éstos también serán cobrados en concepto de penalización». En el convenio colectivo de referencia se establecen unas fechas para la entrada en vigor de esta cláusula, que se escalonan por categorías profesionales, para alguna de las cuales la fecha inicial no coincide con la de la entrada en vigor del convenio en el resto de su articulado. Lógicamente, la cláusula adquiere pleno sentido en relación con la programación de fechas de vacaciones que, como autoriza el artículo 38.2 ET, se contiene en el propio convenio.

El procedimiento de conflicto colectivo que propone la representación de los trabajadores tiende a que se imponga una interpretación de dicha cláusula en el sentido de que la cantidad diaria a percibir por cada día de retraso en el disfrute de las vacaciones sea cobrada por aquellos trabajadores que, a la fecha de entrada en vigor del convenio, habían reunido los requisitos —básicamente, el retraso dentro de los límites temporales previstos— que en el convenio se establecían, sin que prevaleciese la interpretación empresarial de que los tiempos de retraso en el disfrute de las vacaciones que, en su caso, generasen derecho al percibo de la cantidad convencionalmente pactada, debieran comenzar a contarse desde la fecha en que, según el convenio, entró en vigor dicha cláusula.

Según el TCT, carece de fundamento la interpretación propuesta por los representantes de los trabajadores por las siguientes razones:

— La cláusula en cuestión tiene un carácter «penal y excepcional», es de suponer que porque impone al empresario una «sanción», cuantificada económicamente, por el incumplimiento de las normas convencionales sobre períodos de disfrute de las vacaciones. Como consecuencia de ello, debe aplicarse con un «criterio restrictivo», según dispone el artículo 4.2 CC. Este criterio restrictivo debe superponerse a las normas generales sobre interpretación de los contratos y de las normas, combinadamente.

— En relación directa con lo anterior, no puede prosperar la interpretación propuesta por la representación de los trabajadores, ya que, si tal cosa sucediera, se estaría dando eficacia retroactiva a la cláusula en cuestión, y ello no es posible, no sólo por su carácter «penal y excepcional», sino también por la aplicación del principio que inspira la disposición transitoria tercera del CC, según la cual «las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código».

Como lógica secuela de este razonamiento, la solución que finalmente propone el TCT consiste en entender que la cláusula en cuestión comienza a estar en vigor a partir de las fechas señaladas en el convenio a todos los efectos, «a partir de las cuales no solamente es exigible la obligación empresarial aludida al materializarse las consecuencias indemnizatorias que produce el retraso en el disfrute de las vacaciones, sino que también esta demora, al constituir el presupuesto fáctico imprescindible previsto en la norma paccionada para que la obligación nazca, debe haberse producido con posterioridad a la vigencia de la referida cláusula».

II. Esta STCT presenta varios problemas de interés: por una parte, problemas de legitimación de los sujetos presentes como representantes de los trabajadores en el procedimiento. En efecto, han instado este procedimiento de conflicto el delegado de la Sección Sindical en la empresa de UGT, y representantes del Sindicato de la Marina Mercante y de la Federación Estatal de Transportes de la referida central sindical. Es un problema interesante por cuanto la legitimación implica una determinada relación del sujeto legitimado con el objeto de la litis (1) y, aparentemente, la relación de los diversos sujetos citados con dicho objeto tiene muy diversa razón de ser. Tal parece que se ha operado por la central sindical con un criterio en círculos concéntricos, que ha ampliado la presencia de partes en el proceso especial más allá de lo correcto, aunque, de hecho, esta presencia en círculos concéntricos no sea otra cosa que el reflejo de la propia estructura de la central. Estimo, sin embargo, que no es indiferente la constitución, en el interior de las organizaciones sindicales, de grupos diferenciados, con personalidad jurídica autónoma y propia «capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines»; que debe obstaculizar la asunción por las organizaciones

(1) GUASP: *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, 1968, pág. 185.

superiores —al menos en los aspectos formales de representación— de competencias que en principio pertenecerían a la organización inferior por razón del ámbito del conflicto. Suponiendo que carece de personalidad la SSE, que permanece como unidad orgánica inserta en el sindicato correspondiente, es éste, como persona jurídica independiente, el sujeto legitimado para actuar procesalmente en defensa de los intereses de sus afiliados, y es de éste, en su caso, del que habrán de predicarse los requisitos de representatividad a través de la suficiente implantación que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, facilitan el acceso al procedimiento de conflicto colectivo. En este sentido, la presencia de la Federación, organismo integrado de sindicatos, en un procedimiento en el que se dirimen intereses de los que es representante primordial la unidad sindical simple, no aparece como un supuesto de legitimación directa, sino como un supuesto de legitimación indirecta que con dificultad podría encajarse en cualquiera de los conceptos elaborados sobre este tipo de legitimación (2). Las peculiaridades internas de la organización de las centrales, que han trascendido al exterior, es la explicación probable de esta curiosidad representativa, irregular en mi opinión, pero que, al parecer, en ningún momento del proceso fue discutida.

III. Otros son los puntos sobre los que se centra la atención del Tribunal, y también revisten un interés notable. Pueden sintetizarse como sigue:

Por una parte, el problema centrado en la cuestión de las vacaciones. Para asegurar su disfrute en el momento convencionalmente establecido, las partes contratantes del convenio de empresa introducen en el mismo una cláusula a la que el TCT califica jurídicamente como cláusula penal, porque a su través se trata de imponer al deudor una obligación de dar, en favor del acreedor, en casos de cumplimiento defectuoso de la obligación contraída —como quiera que en la plural forma de entender la posición del empresario en torno al derecho a vacaciones se enfoque ésta (3)—, manifestado este cumplimiento defectuoso en el retraso «por causa imputable» a la empresa en el disfrute de las vacaciones por el trabajador. Ello plantea, a su vez, el tema de la mora en el cumplimiento de las obligaciones del empresario, especialmente grave para obligaciones como ésta, en que el tiempo de disfrute no es un factor más configurador del correcto cumplimiento, sino un elemento básico del interés del acreedor, y que ha recibido un tratamiento relativamente detenido en el caso del salario, pero no tanto en estos otros supuestos. Plantea también la cuestión de la naturaleza de esta cláusula; cláusula penal en la opinión del TCT, pero con algunas peculiaridades en su régimen jurídico que exigirán una mayor precisión para determinar qué tipo de cláusula penal es y qué función cumple.

Determinar esto último no es indiferente para resolver la última cuestión

(2) Sobre los distintos tipos, GUASP: *Derecho Procesal...*, págs. 186 y sigs.

(3) Véase DE LA VILLA: «Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», en *Revista de Política Social*, núm. 81, págs. 116 y sigs.

planteada por la STCT: la retroactividad o irretroactividad de la cláusula, si tal es lo que efectivamente se propone, en relación con su carácter de norma penal y excepcional que aconseja su interpretación restrictiva. Analicemos estos puntos por este orden.

IV. En la relación de trabajo existen ciertas obligaciones en las que el tiempo previsto para que se desarrollen no es un dato indiferente; deben cumplirse en un determinado momento del día, del mes o del año, o, de lo contrario, queda parcialmente frustrado el interés del respectivo acreedor, que sufre algún tipo de perjuicio por el retraso, aunque hipotéticamente siga aún interesado en el mantenimiento de la mutua relación. Desentendiéndonos por ahora del problema en relación con las obligaciones del trabajador —que tienen mecanismos adecuados de reacción a favor del empresario a través del poder disciplinario—, en relación con las obligaciones del empresario y los correlativos derechos del trabajador, el problema se muestra con parecida intensidad, aunque los factores desencadenantes sean de otra índole. Particular interés le ha merecido al legislador el tema en relación con el salario; es ya tradicional en nuestro Derecho del Trabajo la existencia de un régimen propio para la mora en el pago del salario, que es más duro que el correlativo civil para las obligaciones dinerarias y que trata, paralelamente, de compeler al cumplimiento puntual al mismo tiempo que de resarcir los daños que al trabajador haya podido ocasionarle el retardo. Debe subrayarse que la función de compulsión al cumplimiento es casi tan intensa o más que la resarcitoria; se trata de que el deudor cumpla en su tiempo, y a ello va dirigido todo el régimen de la institución.

Distinta es la situación en relación con otras obligaciones del empresario, especialmente con las vinculadas al disfrute de derechos tales como las vacaciones o el descanso semanal, en las que también el tiempo de disfrute tiene relevancia para el trabajador acreedor por razones extralaborales (como en el caso del salario), aunque con un nivel de perentoriedad que no se liga a la propia subsistencia, sino a la existencia de pautas sociales de comportamiento que hacen a determinados días de la semana, o del año, según los casos, más aptos que otros para cumplir la función de proveer al complejo conjunto de necesidades que se encubren tras estas instituciones. Se ha tratado de coordinar estas exigencias personales, familiares o sociales del trabajador con las necesidades derivadas de la organización productiva a través de complejas reglas de fijación del período de descanso en unos casos, y de sustitución del período de descanso inicialmente previsto por la ley por otros mecanismos complementarios. Pero, una vez que se ha determinado cuál es ese tiempo, el legislador guarda silencio acerca de qué sucederá si no se respeta; si, ejerciendo desviadamente sus facultades directivas, el empresario se resiste a permitir el cese en el trabajo que es presupuesto del descanso. El retraso en el cumplimiento de esta obligación —fijada, según los casos, por la ley, el convenio o el acuerdo individual— sería un retraso jurídicamente relevante, al traducirse en una infracción de un precepto convencional o contractual, pero quedaría su régimen jurídico remitido a una

normativa general que es, normalmente, resarcitoria de los daños causados, y que ahí agota su virtualidad. Falta un mecanismo que, como sucedía en la mora en el pago de salarios, tienda a que el deudor —en este caso, el empresario— cumpla en su tiempo, precisamente cuando debía hacerlo, y no después resarciendo daños. La falta de este mecanismo es trascendente cuando se trata de hechos que causan daños cuya prueba plena es difícil y, si probados, tienen difícil valoración económica. Someterles plenamente a las reglas generales sobre la mora puede conducir con más frecuencia de la necesaria a situaciones en las que el incumplimiento del deudor se produzca sin más trascendencia que el trastorno ocasionado al acreedor, que no puede resarcirse por la insuficiencia de las normas comunes. Por ello, resulta interesante el precepto de este convenio colectivo, porque trata de superar los defectos característicos del sistema general civil, superando la óptica meramente resarcitoria —aunque sin desdeñarla— para pasar a una óptica coercitiva, que no trata tanto de asegurar que los daños serán reparados, cuanto de evitar que esos mismos daños se produzcan. El mecanismo que se articula para ello es una cláusula penal.

V. La calificación jurídica que el TCT hace de la cláusula parece correcta. El convenio ha implantado una verdadera y propia cláusula penal que, en términos generales, implica la existencia de un pacto accesorio, añadido a la obligación principal —en el caso, procurar el disfrute de las vacaciones en la fecha prevista— «en virtud del cual se estipula una indemnización por daños y perjuicios», que habrá de satisfacerse por el contratante deudor «para los supuestos concretos que se determinen, de incumplimiento total, cumplimiento irregular o simple retraso» (4), vinculándose, de entre las diversas modalidades de incumplimiento, al simple retraso. Esta solución que el convenio adopta es verdaderamente original y, a mi juicio, se ajusta bien al significado de la puntualidad en relación con el disfrute de las vacaciones. En efecto, con referencia a las vacaciones, se ha dicho que en ellas la fecha de su disfrute ha ido alcanzando una relevancia especial, a resultas de una evolución que ha llevado su significado, desde un mero período de reposo y reposición de la fuerza de trabajo, hasta un tiempo de recreo (5) valorado de otra manera porque nueva es la valoración del tiempo libre y no sólo del tiempo de descanso (6). Los nuevos hábitos sociales

(4) RUIZ VADILLO: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *Revista de Derecho Privado*, 1975, pág. 377; en sentido similar (al menos por lo que hace a la configuración de la responsabilidad del deudor), LOBATO DE BLAS: *La cláusula penal en Derecho español*, Pamplona, 1974, pág. 17; DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1979, págs. 573 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Barcelona, 1976, págs. 524 y sigs.

(5) MARTÍN VALVERDE: «Las líneas de evolución del derecho a vacaciones», en *Revista de Política Social*, núm. 83, págs. 89-90.

(6) SEMPERE NAVARRO: «Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas», en *Revista de Política Social*, núm. 130, pág. 100.

han conducido a la recepción por el legislador de instituciones en las que se trasparenta el nuevo sentido, y rasgos de ellas aparecen ya en el ET —por ejemplo, en relación con la preferencia de los trabajadores con cargas familiares a disfrutar de las vacaciones coincidiendo con el período de vacaciones escolares—. Pues bien, una vez determinado el período de vacaciones, la inobservancia por el empresario del pacto, y por consiguiente, la obstaculización a su efectivo disfrute (puesto en conexión este dato con la imposibilidad de una negativa a trabajar fundada en este previo incumplimiento), suponen un fenómeno de cumplimiento defectuoso del empresario deudor que se acerca a la institución de la mora en una obligación aparentemente mixta de dar y hacer (artículo 1100 CC). Es decir, no se trataría de un mero retardo jurídicamente irrelevante, es una situación en la que el retardo atrae una responsabilidad sobre el deudor, aunque el cumplimiento de su obligación siga siendo posible y permanezca el interés del acreedor en él. Como tal situación desencadenante de responsabilidad, la mora, en el caso del disfrute de las vacaciones anuales, no tiene un régimen propio del que derivar la posibilidad de reclamar el acreedor afectado por los daños y perjuicios, junto con la exigencia del cumplimiento de la obligación. A diferencia de la mora en el pago del salario, la mora en el cumplimiento de las restantes obligaciones, en apariencia, quedaría remitida al régimen general de la mora previsto en los artículos 1100 y siguientes del CC (7). Y ello supone una obstaculización apreciable en el régimen jurídico de este retraso con relación a las aspiraciones del acreedor. Junto a los requisitos generales de la mora que comparten la civil y la laboral en los casos en que ésta expresamente se regula, hay dos especialmente conflictivos que habría que aplicar al caso de las vacaciones por ser la regla general: por una parte, la necesidad de previa reclamación del acreedor para que el deudor quede constituido en mora y, por otra parte, la necesidad de que el retraso, para que sea jurídicamente relevante, sea debido a culpa del deudor. Este último parece ser de difícil excusa en su aplicación a la relación laboral —salvo que se aceptase un régimen de perentoriedad en las vacaciones similar al que caracteriza al salario, lo que sería difícil—, pero sí podría manejarse flexiblemente el primero. En efecto, también en el CC existen casos de retardo en los que no se hace precisa la reclamación del acreedor para que el deudor quede constituido en mora (8); precisamente uno de ellos sería el caso en que de su naturaleza y circunstancias «resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación» (artículo 1100.2 CC). Aunque de redacción confusa, no parece que este precepto esté haciendo referencia a términos esenciales —ya que, en ese caso, se trataría

(7) Art. 4.3 CC.

(8) Sobre el tema, aunque con conclusiones contrarias, ALBALADEJO: «La mora en las obligaciones recíprocas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1968, págs. 10 y sigs.

de incumplimientos totales y no de mora propiamente dicha— (9). Podría flexibilizarse la exigencia de constitución en mora del deudor atendiendo a la trascendencia que el tiempo de disfrute de vacaciones tiene en la relación laboral, y el hecho de que, como sucede en este caso, tal exigencia haya llegado a plasmarse en una norma; la valoración de estas circunstancias podría conducir, aunque con dificultades innegables, a considerar en este caso también la mora como automática.

Con independencia de todo lo anterior, a falta de una norma expresa que regule los efectos —la responsabilidad, normalmente patrimonial— de este retardo, éstas serían las propias generales del artículo 1100 CC. Se trataría de reconocer al acreedor el derecho a una indemnización por daños y perjuicios que, además, quedaría sujeta a la regla, tan insistentemente sostenida por nuestra jurisprudencia, de que los daños sufridos no se presumen, y que deben probarse por quien los alega. Ello restaría eficacia a la acción del trabajador, aunque fuera posible reclamarlos conjuntamente con la reclamación del cumplimiento de la obligación. En suma, la normativa al respecto, además de su problemática aplicación práctica, tiene una característica adicional; es una normativa resarcitoria, pretende indemnizar al acreedor por los daños que se le hayan podido ocasionar, en el caso de que los pruebe, pero no pretende, o lo hace sólo de una forma indirecta, forzar al deudor a cumplir en su tiempo. Esta carencia legislativa puede entorpecer la consecución de las finalidades que han impulsado el reconocimiento del derecho a vacaciones.

VI. En la cláusula del convenio, tomando como válida la calificación que da el TCT, se distinguen dos finalidades paralelas, que se corresponden con otras tantas modalidades de cláusula penal aisladas por nuestra doctrina: por una parte, la implantación de una obligación del empresario de abonar una cantidad por día de retraso en el disfrute de las vacaciones implica una compulsión, de no desdeñable importancia, para que el deudor cumpla con su obligación en el momento fijado al efecto (10). Y no sólo para que cumpla en su tiempo, aunque ésta sea la finalidad primordial, sino también para que, en el caso de que no lo haya hecho, cumpla cuanto antes, de forma tal que el derecho se disfrute lo más cerca posible del núcleo temporal inicialmente fijado, o de lo contrario, la cantidad sigue subiendo automáticamente. Junto a esta primera finalidad, existe otra que aparece implícita, pero que se deduce claramente de la aplicación como complementarias de las normas del Código Civil: la finalidad que se ha llamado «liquidatoria», en cuanto que la cantidad fijada permite establecer anticipadamente el montante de la indemnización por daños y perjuicios que al trabajador pueda corresponderle reclamar, y liberándole de la carga de probar

(9) Díez PÍCAZO: *Fundamentos...*, pág. 674.

(10) Por todos —dado que se trata de una cuestión no muy discutida—, Díez PÍCAZO: *Fundamentos...*, pág. 573.

los daños, que no siempre será fácil de realizar (11). Nada en el convenio hay que permita entender que la cláusula penal prevista tenga, adicionalmente, finalidad compensatoria del incumplimiento del deudor, de forma que éste pudiera quedar liberado con el simple pago de la cantidad pactada de cumplir la obligación principal asumida (12). No es ése el caso, evidentemente, por una razón fundamental que separa este tipo de cláusulas penales en relación con el general previsto en el Código Civil, aunque en nuestra norma civil el acreedor no podrá «exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada» (art. 1153.2 CC), una operación de esta clase, que impediría la reclamación conjunta, implicaría la infracción de un precepto laboral específico —la no compensación a metálico de las vacaciones— al imposibilitar al trabajador acreedor para la compulsión al efectivo cumplimiento de la obligación y más aún, al sustituirla en la dinámica de la cláusula penal por una suma en metálico, pues tal es el significado esencial de estas cláusulas compensatorias.

En suma, finalidad impulsora del efectivo cumplimiento y también finalidad liquidatoria, cabe preguntarse si también existe una finalidad sancionadora. Según el TCT sí, sin lugar a dudas, con ello se hace tributario de una posición muy extendida en la jurisprudencia civil que, como ha señalado la doctrina, quizá influida por la propia denominación de la cláusula, ha tendido a interpretarla con los criterios restrictivos propios del ordenamiento sancionador. La doctrina, por otra parte, tampoco se ha alejado en exceso de la posición de los Tribunales. Resumiendo una tesis que es claro exponente de esta recepción doctrinal de criterios jurisprudenciales, se dice que (13) «la función de castigo de la cláusula penal es insuprimible y existe tanto cuando las partes (más exactamente, el acreedor) quieren obtener el cumplimiento de la obligación principal y exigen, si no lo obtienen, una sanción como castigo, como en aquellos supuestos en que las mismas partes entran a considerar el eventual pago del daño». La función sancionadora, pues, es inescindible y característica de la cláusula penal, y la acompaña siempre, cualquiera que sea la finalidad adicional que las partes puedan perseguir; sin ella, se dice, la propia institución quedaría desvirtuada. Pero cabría preguntarse si esto es así en todos los casos; y en este sentido, el Código Civil proporciona una visión de la cláusula penal que se aleja en parte de esa función primordialmente sancionadora. De hecho, a la hora de aproximarse a los efectos de la citada cláusula, nuestra ley civil, escuetamente, dice que «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiese pactado» (art. 1152 CC). Es decir, en el precepto que inicia la sección dedicada a «las obligaciones con cláusula penal», proporciona una visión resarcitoria de la misma: ésta pretende efectuar una liquidación anticipada de los

(11) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 574.

(12) LOBATO DE BLAS: *La cláusula penal...*, pág. 126.

(13) Por todos, LOBATO DE BLAS: *La cláusula penal...*, pág. 32.

daños; proporcionar al acreedor una garantía adicional a su derecho de crédito consistente en asegurarle el cobro de la indemnización pactada sin exponerse al aleas de la prueba de los daños (14). La función sancionadora, si la hay, se pactará expresamente, añadiendo la pena a la indemnización que por daños pudiera corresponderle, sin sustituirla, sino adicionándose a ella. Y no vale añadir, como se suele, que la función sancionadora está inserta en la fijación como pena convencional de cantidades pecuniarias elevadas en relación con los daños que efectivamente puedan sufrirse (15). Elevar los daños, como disminuirlos, forma parte de la libertad negocial de los contratantes, pero no tiene por qué separarse de la noción de liquidación anticipada. Si acaso, al sobrevalorar los eventuales daños, la cláusula penal cumplirá más adecuadamente su función coercitiva, de compulsión al cumplimiento correcto en los términos acordados. En este sentido, la cláusula penal ordinaria no tiene mayor eficacia sancionadora que la que sería propia de las indemnizaciones por daños y perjuicios, a las que viene a sustituirse. Carente de esta coloración punitiva como regla general, la cláusula en la que se introduzca una pena convencional puede y debe ser interpretada con arreglo a las normas generales de interpretación —en este caso, combinando las propias de las normas y de los contratos, como lo hace el TCT—, sin trasplantarle soluciones propias del derecho sancionador que no siempre son adecuadas.

VII. Todo lo anterior puede tener una importancia singular para resolver la última cuestión que plantea el TCT, la relativa a la posible retroactividad del convenio y de la cláusula penal que se inserta en él; ello requiere precisar primero el funcionamiento temporal de la citada cláusula. La pena convencional, como regla general, debe acordarse por las partes en cualquier momento anterior al propio incumplimiento cuya responsabilidad viene a garantizar (16). No importa tanto que la obligación ya se haya constituido o que, en su caso, ni siquiera se haya constituido aún; lo característico, el momento clave para determinar la validez de la propia cláusula, es siempre el incumplimiento. Pues bien, en el convenio de referencia, el cumplimiento defectuoso —por retraso— de una obligación impuesta por una norma, viene caracterizado, para que juegue la cláusula penal, por una especie de plazo de gracia. Antes de que ese plazo transcurra no es que no exista un incumplimiento, pero éste queda sujeto a las reglas generales en materia de incumplimientos empresariales de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y, por tanto, sujeto a la posibilidad de indemnizaciones por daños, paralelas a la compulsión del cumplimiento, pero siempre condicionada la indemnización a la previa prueba de los daños causa-

(14) Sobre el tema, RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones...*, págs. 384 y sigs.

(15) LOBATO: *La cláusula penal...*, págs. 26 y sigs.

(16) Sobre este punto —que también es pacífico—, LOBATO: *La cláusula penal...*, página 120; RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones...*, pág. 412.

dos conforme al artículo 1101 CC. Es a partir del momento en que hayan transcurrido cuatro meses y quince días cuando comienza a operar la cláusula penal, luego, en teoría general, es hasta ese momento cuando puede acordarse la cláusula, porque hasta entonces no hay «incumplimiento» que garantizar.

En este panorama, el TCT estima que si se acepta la interpretación propuesta por los representantes de los trabajadores, que tendía a que la cláusula se aplicara a todos los casos en que a partir de la fecha de su entrada en vigor se hubieran sobrepasado ya los cuatro meses y quince días «de cortesía», ello equivaldría a darle eficacia retroactiva a la cláusula misma, siendo como es una norma sancionadora, por ello debía rechazarse la interpretación propuesta y esperar, para imponer la pena convencional, a que bajo la vigencia de la cláusula se configure el incumplimiento en todos sus términos, incluidos los cuatro meses y quince días de retraso. Esta posición del TCT plantea, a su vez, algunos problemas; el primero de ellos, saber si existe algún tipo de retroactividad en el caso.

En sustancia, se trataría de discernir si se quiere aplicar realmente una norma a una situación nacida bajo el imperio de la norma anterior; pero hay muchas formas de articular el solapamiento temporal. Pensemos algunos ejemplos: en primer lugar, podría pensarse en la posibilidad de que se hayan cumplido los cuatro meses y quince días dentro del período de vigencia de la nueva cláusula, aún cuando la conducta que se sujeta a responsabilidad «viene de lejos», y ha comenzado a desarrollarse antes de la entrada en vigor de la norma. En esas circunstancias podría entenderse incluso que no existe retroactividad alguna, puesto que se trata de aplicar la norma a un hecho nacido y ejecutado bajo la norma vigente. Son obvias las diferencias de este caso con todos aquellos otros en los que el período de cuatro meses y quince días ha transcurrido antes de la entrada en vigor de la norma, en el cual cabría pensar si aplicar la cláusula penal a todos aquellos días que transcurran desde que entró en vigor la cláusula hasta que efectivamente se disfruten las vacaciones; y mucho más diferente sería de aquellos casos en los que el retraso cualificado se ha desenvuelto antes de la entrada en vigor de la cláusula, y antes de la entrada en vigor de la misma se han disfrutado ya las vacaciones, pero dentro del período de retroactividad general hasta enlazar con el convenio anterior que es usual en todos los convenios y que, al parecer, también existía en éste. Estos ejemplos es posible ajustarlos a los diferentes grados de retroactividad que es ya clásico distinguir en la doctrina (17). El último sería un ejemplo de retroactividad en grado máximo, de hechos nacidos y perfeccionados en la legislación anterior que son sancionados con la ley nueva; su admisibilidad dependería, puesto que se trata de una norma, de que no sobrepasara las prohibiciones que en materia de retroactividad están constitucionalmente previstas, habida cuenta de que la ley no establece límites adicionales a la libertad de las partes negociadoras en torno al apartado

(17) CASTRO Y BRAVO: *El Derecho Civil de España*, tomo I, 2.ª edición, páginas 648 y siguientes.

tiempo de vigencia de los convenios (arts. 86.1 y 90.4 ET). Aparte de estos problemas, a los que sumariamente nos referiremos, lo cierto es que el convenio en cuestión no parece querer tan intensa retroactividad, por el contrario, la excluye expresamente; muestra de ello sería que fija una entrada en vigor para esta cláusula en fecha distinta y posterior a la de entrada en vigor del resto del clausulado del convenio, excluyendo esta posibilidad para conductas consumadas en épocas anteriores a las de la entrada en vigor de la propia cláusula. Pero no es tan clara la posición del convenio en los restantes casos; el segundo de ellos sería un caso en que la nueva norma se aplica a hechos nacidos bajo la norma anterior (pues bajo su vigencia transcurrió el tiempo de retraso por cuya responsabilidad hoy actúa de garantía la cláusula penal), pero que se trataría de ejecutar bajo la ley nueva, aplicándole sus normas, ya que el incumplimiento sigue realizándose, materializándose en cada día de retraso adicional que se acumula, desde la entrada en vigor de la cláusula. Una vez que comienza el retraso cualificado, la conducta continuada del deudor es un solo acto de ejecución defectuosa, que se prolongará hasta el cumplimiento. A partir de la entrada en vigor de la cláusula, el retraso, que ya existía y que era sancionable entonces con las normas generales, pasaría a tener una coloración nueva, y un régimen más riguroso para el deudor. Sería un caso de la llamada «retroactividad en grado medio» y, puesto que el convenio señala una concreta fecha para aplicar sus normas en este punto, podría entenderse que es aplicable su normativa a este tipo de situaciones (dado que, además, suele ser el tipo de retroactividad generalmente admitido por las normas laborales, y es más que dudoso que las normas sobre derecho transitorio del Código Civil sean de verdad un derecho común de la transitoriedad normativa), a salvo de que, como ya se dijo anteriormente, quedara tal previsión excluida por las normas constitucionales sobre la materia. Pero ni siquiera a este supuesto se refería la representación de los trabajadores; se refería más bien al primero de todos los que hemos mencionado, a aquel caso en el que el incumplimiento cualificado del deudor se realiza por primera vez a partir de la entrada en vigor del convenio, aunque el retraso de que trae su origen hubiera comenzado bajo la legislación anterior. Yo creo que en este caso ni siquiera cabe hablar de retroactividad. La cláusula penal está pensada en relación a una cualificación especial que adquiere la conducta del deudor —que ya era incumplimiento bajo la normativa anterior—. Y se da la circunstancia de que esa cualificación que va a implicar el desencadenamiento de las consecuencias previstas en la cláusula penal, se ha producido bajo la vigencia de la nueva norma. Este es el punto de partida del supuesto de hecho de la cláusula penal, y a partir de él se aplicará; éste sería el momento final para pactar individualmente la cláusula penal, porque con ella no se responsabilizaba sólo por incumplir, sino por hacerlo de una determinada manera que, justamente, no ha comenzado a producirse hasta este momento. En este sentido, el tiempo transcurrido con anterioridad es presupuesto previo del incumplimiento cualificado, pero no es el incumplimiento mismo que ahora se valora. Y téngase en

cuenta, además, que el convenio no hace una apreciación como incumplimiento de una conducta que bajo la normativa anterior no lo era; por el contrario, tan incumplimiento era entonces como lo es ahora, por ello no es una distorsión en el juego temporal de la norma su cómputo actual para constituir el incumplimiento cualificado que es presupuesto de la cláusula penal —obviamente, distinto sería el caso si bajo la norma anterior tal conducta hubiera sido lícita; computarlas ahora hubiera sido convertirlas en ilícitas retroactivamente—. Por todo lo dicho, dado que la norma en sí misma no es retroactiva, difícilmente pueden aplicárseles las restricciones constitucionales en la materia.

Además, queda por referirse a una cuestión que, en cierta medida, queda convertida en innecesaria por el razonamiento anterior, pero que no conviene dejar pasar: es la referida al presunto carácter sancionador de la cláusula penal pactada. Conviene resaltar que se ha producido una mezcla inconveniente entre dos conceptos que no deben ser mezclados: la responsabilidad y la sanción por incumplimiento. De hecho, si se acepta que la cláusula penal en cuestión únicamente prevé una liquidación anticipada de los daños ocasionados al trabajador por el retraso, eximiéndole de la obligación de probarlos judicialmente, la cláusula en cuestión no añade más sanciones que aquellas que se encuentran insertas en toda responsabilidad por los daños causados y, pese a que esta vertiente existe siempre, no es la primordial en toda la teoría del resarcimiento; lo esencial es el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la parte perjudicada. En la cláusula penal se ha operado una sustitución de un derecho externo a otro que es inherente al derecho de crédito, como es propio de todas las instituciones de garantía del crédito, pero sin superponerse, y ello matiza la función y el significado de esta pena convencional.

Si no se trataba, entonces, de una sanción; si trataba de facilitar el cobro de las cantidades resarcitorias de los daños, no debían haberse alterado las normas generales de interpretación, importando elementos del derecho sancionador, y obstaculizando el intento de las partes de oponer remedios a la falta de atención legislativa por el cumplimiento puntual de otras obligaciones laborales distintas del salario, de las que podría decirse que el término en ellas «no es esencial, en el sentido riguroso de la palabra», pero en las que «el simple retraso comienza a adquirir una evidente relevancia, que no es ya sólo económica, sino que debe ser también jurídica» (18).

M.^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
(Universidad de Sevilla)

(18) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 666.