

146

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
146/2019 - Primer Trimestre

ESTUDIOS

El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol
MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

La legitimación pasiva del liquidador frente a reclamaciones salariales del trabajador
JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD

La nueva doctrina del TJUE sobre el contrato de interinidad en el empleo público
EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA

Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

La trascendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales
EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: el concreto supuesto del trabajo doméstico
OLGA LENZI

INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2018

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN
Universidad de Córdoba
Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar: Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada
M.ª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

CONDICIONES DE TRABAJO
Universidad Internacional de La Rioja
Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria
RAQUEL POQUET CATALA

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Granada
La jubilación activa plena y su aplicación a los autónomos societarios: una cuestión controvertida
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

TEMAS LABORALES 2019

146

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FOMENTO Y TRABAJO AUTÓNOMO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FOMENTO Y TRABAJO AUTÓNOMO

TEMAS LABORALES

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL**

146

**Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo**

**Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla**

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Secretario General de Ordenación de la Formación
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011).
Tf. 955 066 200

Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros.
Número suelto: 18 euros. Boletín de suscripción disponible en
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO
JUNTA DE ANDALUCÍA
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: Selección Gráfica del Sur, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 146/2019
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR	13
La legitimación pasiva del liquidador frente a reclamaciones salariales del trabajador JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD	41
La nueva doctrina del TJUE sobre el contrato de interinidad en el empleo público EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA	69
Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo? MERCEDES LÓPEZ BALAGUER.	95
La transcendencia de la disponibilidad horaria del trabajador en el contexto de las plataformas digitales EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.	121
El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: el concreto supuesto del trabajo doméstico OLGA LENZI.	159

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2018.	187
--	-----

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar: Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ 211

CONDICIONES DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

Consideración de la guardia de localización como posible tiempo de trabajo efectivo a la luz de la doctrina judicial comunitaria

RAQUEL POQUET CATALA 223

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

La jubilación activa plena y su aplicación a los autónomos societarios

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ 239

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 255

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodjalci-Eslovenia)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits-und Sozialrecht (Alemania)*. Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuadrados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor dese realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
N° 146/2019
First Trimester

INDEX

1. STUDIES

Royal Decree Law 6/2019 for the guarantee of equality of treatment and opportunity between women and men in employment and occupation: God and the devil in the land of the Sun MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR	13
The passive legitimization of the liquidator against wage claims of worker JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD	41
The new doctrine of the European Court of Justice over the interim public contract EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA	69
Freedom of expression and social networking: is it possible to punish workers for private content publications unrelated to work? MERCEDES LÓPEZ BALAGUER	95
The importance of the availability of workers in the context of digital platforms EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ	121
The control of the labor provision through formulas of video surveillance: the concrete course of domestic work OLGA LENZI	159

2. DOCUMENTS AND REPORTS

Collective Bargaining in Andalusia 2018	187
---	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

MANAGEMENT POWER

University of Cordoba

Limitations of the right to withdrawal in the special employment relationship of the staff at the service of the family home: amount of compensation and reparation for moral damages of the pregnant employee

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ 211

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME

International University of La Rioja

Consideration of the guard's location as possible working time effective in the light of the Community judicial doctrine

RAQUEL POQUET CATALA 223

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Granada

Full active retirement and its application to corporate self-employed

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ 239

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 255

1 Estudios

EL RDL 6/2019 PARA LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN: DIOS Y EL DIABLO EN LA TIERRA DEL SOL*

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia

EXTRACTO **Palabras Clave:** RDL 6/2019, igualdad, reformas, permisos, tutela frente al despido

El presente trabajo realiza un comentario crítico del contenido y alcance del RDL 6/2019 de 1 de marzo, una norma elaborada con cierta precipitación, que se ha centrado en los aspectos más evidentes de la discriminación laboral sin abordar los ajustes necesarios para asegurar que la tutela antidiscriminatoria por razón de género es realmente efectiva. El artículo destaca la falta de atención a los aspectos procesales y sancionadores de la reforma operada. El análisis detallado de los preceptos del RDL 6/2019 que se realiza lleva a la conclusión de que la mayoría de sus contenidos son insuficientes y que queda pendiente una reforma global y efectivamente transversal susceptible de avanzar efectivamente en el ámbito laboral entre mujeres y hombres. Las insuficiencias se hacen evidentes en el tratamiento que la norma otorga a los planes de igualdad, el permiso para el cuidado del lactante, los permisos parentales, la adaptación de la jornada o el fondo de apoyo a la dependencia. El aspecto más interesante de la norma es la protección que configura frente al despido sin causa, aunque constituye fundamentalmente la transposición al ordenamiento español de la doctrina del TJUE. El permiso de nacimiento que crea unificando los antiguos permisos de maternidad y paternidad es objeto de especial atención en el artículo, en el que se destaca la necesidad de que el ordenamiento español establezca medidas más comprometidas para avanzar en la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

ABSTRACT **Key words:** RDL 6/2019, equality, reform, permits, protection from dismissal

This work makes a critical comment of the content and scope of the RDL 6/2019 from March 1, an elaborate standard with some precipitation that has focused on the most obvious aspects of the discrimination without addressing the necessary adjustments to ensure a guardianship really effective. The article highlights the lack of attention to procedural and disciplinary aspects. The detailed analysis of the provisions leads to the conclusion that most of its contents are insufficient and that remains an overall reform. The shortcomings become evident in the treatment of equality plans, permits, adaptation work time or the Fund for support dependency. The most interesting aspect is the protection that sets from dismissal without cause. The permission of birth creates unifying the old permissions of maternity and paternity is the subject of special attention, stresses the need that the Spanish order establishing measures most committed to advance the shared responsibility between men and women.

* Una versión similar de este artículo se publica simultáneamente en Femeris, revista Multidisciplinar de Estudios de Género, 2/2019

INDICE

1. ALCANCE GENERAL DEL RDL 6/2019, DE 1 DE MARZO
2. EXTENSIÓN DE LOS ÁMBITOS APLICATIVOS DE LOS PLANES DE IGUALDAD Y MANTENIMIENTO DE LOS PROBLEMAS PENDIENTES
3. LA LUCHA FORMAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE TRABAJO DE IGUAL VALOR Y EL ACERCAMIENTO A LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA
4. EL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO Y SUS PROBLEMAS DE ADECUACIÓN
5. EL PERMISO PARENTAL PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE: EL REFORZAMIENTO PARCIAL DE LA CORRESPONSABILIDAD
6. CORRECCIONES PUNTUALES A OTROS PERMISOS PARENTALES
7. EL LIMITADO DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA
8. LA ACOMODACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO SIN CAUSA EN EMBARAZO Y MATERNIDAD
9. LA RECUPERACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESTATAL AL CONVENIO ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE CUIDADORES NO PROFESIONALES

1. ALCANCE GENERAL DEL RDL 6/2019, DE 1 DE MARZO

Las sensaciones que genera el RDL 6/2019 son bastante contradictorias. Por eso he tomado prestado de Glauber Rocha el título de su película de 1964, aun a riesgo de que parezca tremendista hacer referencia a Dios y al diablo para comentar un simple Real Decreto-Ley sometido no solo a ratificación parlamentaria sino también, de hecho, a ratificación electoral. De un lado, merece una valoración muy positiva que en esta recta final de la legislatura la corrección de la desigualdad por razón de género en el trabajo sea una de las materias sociales de “urgente” tratamiento que forma parte de la batería de decretos aprobados y anunciados por el Gobierno. De otro lado, sin embargo, tanto desde el punto de vista estrictamente técnico formal, como desde la perspectiva jurídico material, la norma aparece como un texto muy mejorable. A continuación se presenta un estudio crítico del RDL que, inevitablemente, destacará sus deficiencias, pero que ante todo pretende plantear mejoras y sugerencias en clave proactiva, con el objetivo de que las normas futuras vayan avanzando en lo que queda pendiente, que lamentablemente sigue siendo demasiado.

El RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, es una norma que podría calificarse de precipitada e insuficiente pero que difícilmente puede calificarse de innecesaria o banal. El preámbulo del RDL comienza exponiendo que la LO 3/2007 de 22 de marzo de 2007 (LOIE) fue un texto de notable relevancia, que pretendía conseguir la igualdad real entre hombres

y mujeres, pero que tuvo problemas de efectividad en el ámbito de las relaciones laborales, donde los avances han sido modestos. El RDL nace, pues, como una especie de complemento o actualización de la LOIE. Se presenta en el preámbulo como un texto dirigido a avanzar en la promoción de la igualdad laboral pendiente entre mujeres y hombres, señalando la necesidad de que ello se haga con la misma dimensión integral y transversal que inspiró la LOIE. Y es en este punto donde el preámbulo establece unas expectativas que no se cumplen en el articulado del RDL. En efecto, el texto que se presenta es, en general, correcto y adecuado en el plano de los objetivos generales, aunque insuficiente en algunos aspectos y demasiado puntual en otros. El objetivo de la transversalidad que pretende es, por tanto, bastante cuestionable. Por ejemplo, el RDL carece de una dimensión procesal que establezca garantías para el cumplimiento de las medidas que se proponen, ni siquiera para corregir los defectos en la tutela contra la discriminación por razón de sexo que desde la LOIE y hasta la fecha se han detectado. Falta claramente una reforma del procedimiento especial de conciliación en el art. 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, como también falta una revisión del procedimiento de oficio o de los sujetos legitimados. Son aspectos instrumentales pero fundamentales, que carecen de la fuerza mediática de otras medidas más vistosas pero que resultan, si cabe, más necesarias para garantizar la efectividad que se pretende. Tampoco la parte correspondiente a la reforma de la Ley General de Seguridad Social es lo extensa que debiera, dado que se limita a regular los nuevos permisos de nacimiento y de cuidado del lactante, prometiendo extensiones de duración de dudosa efectividad (la reciente historia está llena de estas promesas). No se soluciona en el RDL el problema de las lagunas de cotización, que bajo la regulación actual perjudica fundamentalmente a las carreras profesionales más precarias, o sea a las carreras profesionales de las mujeres. Tampoco se regula en el RDL 6/2019 de modo unificado y coherente la seguridad social de los trabajadores/as a tiempo parcial que, a fuerza de sentencias del TJUE en las que se destaca su carácter discriminatorio por razón de sexo, constituye actualmente un espacio complejo y parcheado, que sigue planteando problemas de adecuación a la normativa comunitaria¹. De hecho la reforma operada por el RDL en materia de trabajo a tiempo parcial se limita a una modestísima e innecesaria referencia en el art. 12.4.d a que debe “garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”, como si esta obligación no naciera directamente de la Constitución y como si el trabajo a tiempo parcial en su configuración actual no fuera una figura defectuosa en nuestro ordenamiento. Ni siquiera la reforma de la LISOS en materia sancionadora (que se limita en el RDL 6/2019 a una corrección puntual menor en materia de planes de igualdad) tiene la

¹ Por medio de Auto del TSJ de Castilla León de 18 de enero de 2018 se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE cuestionando la legalidad comunitaria del sistema de coeficiente de parcialidad que actualmente se aplica para el acceso a pensiones por parte de los trabajadores a tiempo parcial.

suficiente entidad como para terminar con la sensación de impunidad en materia discriminatoria que se advierte en el mundo laboral. Particularmente llamativo es que no se haya abordado siquiera el trabajo al servicio el hogar familiar. En fin, el RDL 6/2019 es una norma precipitada e insuficiente, que corrige aspectos bastante evidentes y que, previsiblemente, no será capaz de asegurar la efectividad en la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que pretende. Su mayor interés es su mera existencia, no por lo que altera efectivamente, sino por la llamada de atención que realiza respecto a la necesidad de que dicha alteración normativa se realice en algún momento.

El RDL 6/2019 parece surgido de la nada, pero en realidad cuenta con antecedentes de notable interés que en su gran mayoría se encuentran en el Registro de las Cortes Generales bajo la forma de proposiciones de ley para la igualdad entre mujeres y hombres, y a las que el RDL lamentablemente no ha prestado toda la atención necesaria. Algunas de ellas son las siguientes: (i) Proposición de ley para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres registrada en el Congreso el 24 de octubre de 2017 (BOCG de 10 de noviembre de 2017) por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG 11 de diciembre de 2018); (ii) Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva registrada en el Congreso el 27 de febrero de 2018 (BOCG de 2 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista; (iii) Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación registrada en el Congreso el 7 de marzo de 2018 (BOCG de 16 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG de 17 de enero de 2019); (iv) Proposición de ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento registrada en el Congreso el 3 de mayo de 2018 (BOCG de 7 de mayo de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem (v) Proposición de ley de tiempo de trabajo corresponsable registrada en el Congreso el 13 de noviembre de 2018 (BOCG de 16 de noviembre de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Estas numerosas proposiciones han ido planteando detalladamente interesantes soluciones a la desigualdad laboral entre mujeres y hombres. Respecto de algunas materias se han abierto incluso interesantes debates a partir de las enmiendas presentadas. Sin embargo, aunque en algunos aspectos el RDL 6/2019 recoge algunas materias de estas proposiciones, lo cierto es que ha adoptado las menos comprometidas y más evidentes. No se sabe bien si la modestia de algunos tratamientos en el RDL es fruto de que no correspondía hacer otra cosa por vía de RDL (hay que recordar que solo puede regular lo urgente y extraordinario de acuerdo con el art. 86 de la Constitución) o es más bien fruto de una hoja de ruta

demasiado precipitada. En todo caso, dadas las expectativas creadas y dado el extenso material pre-legislativo existente, el RDL deja cierta sensación de frustración. Incluso preocupa que, en el hipotético caso de que tras las elecciones se configurara un Gobierno favorable a la promoción de la igualdad de las mujeres y los hombres en el trabajo, se considerara ya cumplida por medio de este RDL la obligación que compete a los Poderes Públicos de promover la igualdad real entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE). El RDL 6/2019 crea cierta desesperanza en quien lo lee porque da la sensación de que las numerosas propuestas realizadas en las proposiciones de ley han sido una especie de espejismo. La precipitación del RDL, sus inexactitudes, imprecisiones y defectos, degradan de nuevo el tratamiento de la discriminación por razón de sexo. Da la sensación de que la preocupación por la efectividad no es real, y que no existen más iniciativas que las dirigidas a seguir en el ámbito de los grandes conceptos. Y, sobre todo, da la sensación de que esto es todo lo que cabe esperar.

Pero el contenido, insuficiente y precipitado del RDL 6/2019, no es el mayor de sus problemas. El principal reto al que se enfrenta es que resulta bastante difícil encontrar razones de extraordinaria y urgente necesidad susceptibles de justificar la utilización del RDL en los términos exigidos por el art. 86 de la Constitución Española. El párrafo tercero del preámbulo del RDL 6/2019 hace referencia a que la actuación por vía de RDL resulta necesaria y urgente porque “la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales”, como si la discriminación laboral por razón de sexo hubiera surgido o se hubiera detectado en los últimos días. Acto seguido, el preámbulo señala que una sociedad “moderna” como la española, enfrentada al reto de la “Revolución Industrial 4.0” no puede asumir más retrasos, sobre todo dada la infrarrepresentación femenina en las profesiones tecnológicas, por lo que las políticas públicas de igualdad “deben remover los obstáculos que impiden el acceso y desarrollo de las mujeres en los ámbitos de la ciencia, la investigación y la tecnología”. Llama la atención esta referencia a la ciencia y tecnología en relación a la inserción laboral de las mujeres que hace el preámbulo porque el RDL 6/2019 en su articulado no hace, lamentablemente, ninguna referencia a la lucha contra la segregación laboral, ni en general, ni referida específicamente al fomento de la inserción laboral femenina en los puestos de naturaleza tecnológica. Da la sensación de que la justificación de concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad en el preámbulo ha sido realizada por alguien que desconocía el contenido del RDL. Otros argumentos que se presentan también en el preámbulo son tan generales que resultan difícilmente admisibles y refuerzan la idea de que la justificación de extraordinaria y urgente necesidad se ha rellenado como si fuera una plantilla: se refiere en el cuarto párrafo del preámbulo que la persistencia de una situación no es óbice a que pueda regularse por medio de legislación de urgencia y que el carácter estructural de una situación no impide que constituya un supuesto de extraordinaria

y urgente necesidad. No se sabe bien si esta redacción es fruto de la resignación de quien no puede justificar lo imposible o si es mera consecuencia (otra vez) de la precipitación (tal vez de ambas). Y no solo la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad amenaza la pervivencia de este RDL, sino también la inminencia de una nueva composición del Parlamento que pueda conducir a que el RDL sea derogado o, más sencillamente, a que no se ponga en marcha el desarrollo de sus medidas más novedosas (planes de igualdad y permiso por nacimiento del padre, que tienen establecida una aplicación gradual).

En fin, las argumentaciones del preámbulo reflejan bastante bien el espíritu del RDL: el Gobierno con este texto muestra buena voluntad (si puede entenderse por tal la simple identificación de la existencia de discriminación por razón de sexo y la intención de hacer lo posible por erradicarla), aunque sin atreverse a establecer las medidas adecuadas y definitivas para luchar efectivamente contra la discriminación. La experiencia de casi doce años transcurridos desde la aprobación de la LOIE y de cinco proposiciones de ley registradas (dos de ellas con fase de presentación de enmiendas ya concluida) podía haber dado mucho más de sí. Hay, asimismo, una gran diferencia en la intensidad reguladora de los diferentes temas que se tratan: el permiso de nacimiento (en su versión de permiso del otro progenitor -o permiso de paternidad-) es la principal innovación, en volumen y detalle de tratamiento. Se diluyen en el RDL, sin embargo, temas de enorme importancia como la adaptación de jornada o los permisos parentales. Otros temas quedan en un espacio intermedio y algo decepcionante, como la discriminación retributiva, los planes de igualdad o incluso el llamado permiso para el cuidado del lactante (antiguo permiso de lactancia). Muchos temas relevantes, lamentablemente, son sencillamente inexistentes (tiempo parcial, organización del tiempo de trabajo, tratamiento procesal racional de los conflictos por conciliación de responsabilidades...).

Seguidamente se presenta un comentario crítico del contenido y alcance del RDL 6/2019. No es un estudio doctrinal al uso sino un comentario inmediato, lo que explica la fórmula expositiva y su estructura. Se presentan en epígrafes diferenciados los temas fundamentales del RDL: 1. Los planes de igualdad (art. 1 y 6 RDL 6/2019); 2. La discriminación retributiva (art. 2 RDL 6/2019); 3. El permiso por nacimiento de hijo (art. 2, 3, 4, 7 y DA única RDL 6/2019); 4. El permiso para el cuidado del lactante (art. 2, 3, 4 y 7 RDL 6/2019); 5. Otros permisos parentales (art. 2 y 3 RDL 6/2019); 6. El derecho a la adaptación de la jornada (art. 2 RDL 6/019); 7. La protección frente al despido (art. 2 RDL 6/2019); 8. La protección de la dependencia (art. 4 y 5 RDL 6/2019)

2. EXTENSIÓN DE LOS ÁMBITOS APLICATIVOS DE LOS PLANES DE IGUALDAD Y MANTENIMIENTO DE LOS PROBLEMAS PENDIENTES

La primera de las medidas que acomete el RDL es la reforma de los planes de igualdad. Un sumario de las nuevas medidas que establece es el siguiente: (i) La obligación de elaborar planes de igualdad se amplía a mayor número de empresas, porque deja de referirse solo a aquellas de más de 250 trabajadores para aplicarse a todas las que tienen más de 50 (art. 45 LOIE). Se establece un periodo transitorio para las empresas que hasta el momento no tenían esta obligación (un año desde la publicación de la ley para las empresas entre 150 y 250 trabajadores; dos años para las empresas entre 100 y 150 trabajadores; y tres años para las empresas entre 50 y 100 personas); (ii) Se crea un registro de planes de igualdad, como parte de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (art. 46.4 LOIE), en el que las empresas deberán inscribir sus planes de igualdad (art. 46.5 LOIE); (iii) Se establecen una serie de materias que tienen que ser objeto obligatorio de diagnóstico, teniendo este diagnóstico que ser negociado con la representación de los trabajadores en el seno de la comisión negociadora del plan de igualdad, para lo cual la empresa tendrá que facilitar la información documental necesaria (incluido el registro salarial al que se refiere el nuevo art. 28.2 ET). Estas materias que obligatoriamente deben formar parte del diagnóstico son las siguientes (art. 46.2 LOIE): *Proceso de selección y contratación; Clasificación profesional; Formación; Promoción profesional; Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres; Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; Infrarrepresentación femenina; Retribuciones; Prevención del acoso sexual y por razón de sexo;* (iv) La forma de los planes de igualdad queda inalterada porque se mantiene tal cual la redacción del actual art. 46.1 LOE, en el que se establece que los planes son un conjunto ordenado de medidas posterior a un diagnóstico, que debe contener objetivos concretos, estrategias, prácticas a adoptar así como sistemas eficaces de seguimiento y evaluación. La única diferencia es que el nuevo art. 46.2 LOIE establece que debe ser un conjunto ordenado de medidas “evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de mujeres y hombres”; (v) Se establece el desarrollo reglamentario del *diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso;* (vi) Se establece una corrección en el art. 7.13 LISOS a efectos de que se considere infracción grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad establecidos no solo en el ET y en los convenios (como establecía este precepto hasta ahora), sino también en la LOIE.

La ampliación del ámbito aplicativo de los planes de igualdad (al pasar la referencia de 250 a 50 trabajadores) que realiza el RDL 6/2019 parece una medida de interés, puesto que amplía el ámbito de los sujetos obligados y protegidos por la acción de los planes de igualdad. Y sin duda sería así si los planes de igualdad fueran efectivamente mecanismos efectivos para la identificación y corrección de la discriminación en las empresas. Sucede, sin embargo, que los planes de igualdad son, en demasiadas ocasiones, textos no adaptados a la situación concreta de cada empresa. Lamentablemente son demasiado frecuentes los planes de igualdad estandarizados, demasiado parecidos unos a otros, no solo en relación a empresas de similares características, sino en relación a la empresa contratada para realizarlos. En principio, la necesidad de que los planes de igualdad sean negociados (como ha recordado el TS, por todas, en STS de 13 de septiembre de 2018, Rec. 213/2017) debiera servir para reforzar el carácter específico y concreto de los planes de igualdad, pero lo cierto es que las similitudes entre planes surgen incluso entre los planes negociados.

El nuevo art. 46.2 LOIE establece que los planes deben contener medidas “evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, con lo que añade poco a lo que ya establece el inalterado art. 46.1 LOIE² respecto a cuales deben ser los criterios para la elaboración de un plan de igualdad. Para reforzar la necesidad de que los planes diagnostiquen bien, establezcan medidas concretas y tengan mecanismos de monitorización hubiera sido más efectivo que se estableciera de modo más claro y rotundo. Ciertamente, el actualmente vigente art. 46.1 LOIE ya está formulado en modo imperativo pero sus referencias están realizadas de modo no demasiado comprometido.

Un aspecto interesante del RDL 6/2019 en relación con los planes de igualdad es que establece los contenidos obligatorios que todos deben contener (art. 46.2 LOIE). De este modo se pretende evitar que los planes terminen funcionando como una especie de bufet libre en el que se escogen los temas más convenientes, sin que necesariamente coincidan con los más necesarios. Sucede, sin embargo, que algunas de las referencias a estas materias de tratamiento obligatorio en los planes de igualdad resultan demasiado ambiguas e imprecisas. Así, por ejemplo, en lugar de “Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres”, debiera haberse establecido un apartado separado para la igualdad retributiva, y no una simple referencia a la auditoría salarial (aunque ésta sea su expresión). Asimismo, en lugar de “Ejercicio corresponsable de los derechos de

² Art. 46.1 LOIE: *1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo./ Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.*

la vida personal, familiar y laboral” debiera haberse establecido otra fórmula más clara y concreta, que incluyera expresamente la adaptación del puesto de trabajo y de las condiciones del mismo. Habrá que esperar al desarrollo reglamentario al que hace referencia el art. 46.6 de la LOIE según redacción dada por el RDL 6/2019 para saber el alcance que deben tener los planes de igualdad en relación con el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación.

El registro de los planes de igualdad que prevé el RDL 6/2019 es un mecanismo interesante para la publicidad y conocimiento general de los planes de igualdad, pero es improbable que el registro pueda cumplir una función de garantía de la correcta ejecución de los planes de igualdad. Sería necesario que se estableciera algún mecanismo de control de su adecuación, ya fuera en el momento del registro o en algún otro anterior o posterior. El control de calidad anterior al registro podría producirse durante la elaboración del plan de igualdad, si durante su elaboración se contara con la intervención de organismos públicos como el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Es innecesario señalar que esta opción requeriría un nivel de implicación mayor por parte de tales organismos, cuya actuación debiera venir facilitada por una legislación que estableciera competencias más concretas y también por un mayor volumen de inversión. Por cierto, queda pendiente una reforma normativa del Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades que refuerce sus competencias, que asegure su neutralidad respecto al Gobierno y que incremente la calidad técnica de sus actuaciones. Podría también establecerse un sistema de control de calidad del plan de igualdad simultáneo al registro, por parte de la Autoridad Laboral encargada del mismo o por derivación a órganos especializados como el Instituto de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, aunque en este caso probablemente nos encontraríamos con similares problemas a los que se acaban de describir. La intervención en el control de los planes de igualdad por parte de la Autoridad Laboral encargada del registro de los convenios y acuerdos colectivos³ sería tan improbable como el control de legalidad básico que teóricamente debieran realizar y que, de hecho, nunca se produce. La previsión que establece actualmente el art. 90.6 ET de que en caso de duda acerca de posibles contenidos discriminatorios en los convenios colectivos se solicite asesoramiento del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades tampoco suele utilizarse, por lo que es improbable que empiece a utilizarse para el caso del registro de los planes de igualdad. Otra posibilidad sería que la Inspección de Trabajo pudiera detectar planes de igualdad inadecuados. Sucede, sin embargo, que no se prevé

³ Art. 90.5 ET. *Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.*

ninguna sanción en la LISOS para el caso de incorrecta realización de un plan de igualdad por lo que la Inspección de Trabajo no tiene capacidad para levantar acta de infracción cuando algún plan de igualdad no se adecua a la realidad de la empresa. Ninguna de estas posibilidades ha sido incorporada por el RDL 6/2019, por lo que previsiblemente los planes de igualdad seguirán siendo un espacio liberado del control de adecuación y, por tanto, en buena parte inefectivos.

Otra cuestión de gran importancia que queda sin resolver en el RDL 6/2019 es el de las sanciones efectivas en materia de planes de igualdad. El actual marco sancionador es notablemente impreciso. Poco resuelve la reforma que establece el RDL 6/2019 del art. 7.13 LISOS incorporando una referencia expresa a la LOIE. Debiera establecerse un marco coherente de sanciones en el que se diferenciara entre incorrecta elaboración de un plan de igualdad (cuando no se adecuara a la realidad de la empresa o no se regularan adecuadamente los contenidos mínimos), incorrecto cumplimiento de lo establecido en la norma o convenio respecto a los planes de igualdad (cuando concurrieran defectos formales o de procedimiento en la elaboración del plan de igualdad, incluyendo la falta de registro), y falta de cumplimiento de lo establecido en los planes de igualdad (cuando no se cumplieran los compromisos, los plazos, los seguimientos y las adaptaciones). Las referencias actuales en el art. 7.13 LISOS⁴ y en el art. 8.17 LISOS⁵ resultan claramente imprecisas.

En el RDL 6/2019 se intenta incorporar la obligación de que los planes de igualdad sean negociados, pero no se hace con la suficiente contundencia, de modo que al final da la sensación de que la negociación se refiere tan solo al diagnóstico. En efecto, en la redacción que se propone en el RDL 6/2019 del art. 46 (en dos ocasiones) parece que solo debe negociarse el diagnóstico cuando debiera ser objeto de negociación todo el plan de igualdad (incluyendo medidas concretas y, sobre todo, medidas de monitorización y control). Estas menciones del art. 46.2 LOIE conforme al RDL 6/2019 de que solo debe ser objeto de negociación la fase de diagnóstico podría legitimar que el resto de actuaciones (medidas y sistemas de seguimiento y monitorización) fueran consideradas de competencia empresarial exclusiva, lo que claramente ni promovería la corrección de la desigualdad en las empresas ni favorecería la implicación de los representantes de los trabajadores en la configuración de las políticas de igualdad en la empresa.

⁴ Art. 7.13.LISOS:(Constituye infracción grave) *No cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.*

⁵ Art. 8.17.LISOS (Constituye infracción muy grave) *No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.*

3. LA LUCHA FORMAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE TRABAJO DE IGUAL VALOR Y EL ACERCAMIENTO A LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA

El RDL 6/2019 realiza pocas modificaciones normativas con relación a la igualdad retributiva, lo que resulta llamativo porque en este ámbito existen dos extensas proposiciones de ley registradas, una de ellas (la registrada el 24 de octubre de 2017 por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem) con la fase de presentación de enmiendas ya concluida. Lo más llamativo de ambas proposiciones era su transversalidad real. Tenían como principal objetivo la efectividad de la igualdad retributiva y, al efecto, se detenían en aspectos instrumentales y complementarios dirigidos a asegurar su eficacia. La transversalidad del RDL 6/2019 es, sin embargo, bastante limitada en esta materia. Sus contenidos son los siguientes: (i) El RDL establece la reforma del art. 9.3 ET a efectos de que, en caso de nulidad por discriminación “salarial” (sic) el trabajador tenga derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor; (ii) Se modifica el art. 22.3 ET que incorpora una referencia expresa a la necesidad de que la definición de grupos profesionales se base “en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”; (iii) Se establece asimismo una definición de trabajo de igual valor. El art. 28.2 ET conforme a la redacción aportada por el RDL 6/2019 establece lo siguiente: *Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.* (iv) Se establece el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir informes anuales sobre el registro salarial previsto en el art. 28.2 ET (art. 64.3 ET) y se incluye una expresa referencia a que entre las tareas de vigilancia de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que corresponde a los representantes de los trabajadores se incluya la materia “salarial” (sic) (art. 64.7.a ET) (v) se establece la obligación de que todos los empresarios lleven un registro con los valores medios de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. El acceso a este registro por parte de los trabajadores se puede hacer por medio de la representación legal de los trabajadores; (vi) Se establece la presunción de existencia de discriminación retributiva cuando en las empresas con al menos cincuenta trabajadores el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un 25% o más, tomando como referencia el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas. El empresario deberá incluir en el registro salarial

una justificación de que la eventual diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de la persona trabajadora.

Lo más llamativo del nuevo artículo 28 ET es la insistencia en utilizar como referencia las percepciones estrictamente salariales, olvidando que la igualdad retributiva entre mujeres y hombres se refiere a todo tipo de percepciones. Así se establece expresamente en el art. 28.1 ET primer párrafo (inalterado por el RDL 6/2019) y en el art. 4 de la Directiva 2006/54. En el RDL 6/2019 se hace referencia a que este registro “salarial” debe contener valores medios de los salarios, de complementos salariales y de percepciones extrasalariales, lo que solo en parte sirve para corregir el defecto de su denominación, porque una referencia extensiva a cualquier tipo de retribución, en los términos establecidos en el art. 28.1 primer párrafo ET y en el art. 4 de la Directiva 32006/54 hubiera sido, sin duda, más adecuada. De cualquier modo resulta interesante que por medio de este registro, finalmente la normativa española se acomoda a la recomendación de transparencia retributiva de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014. Debe señalarse, sin embargo, que el RDL 6/2019 en esta materia no va a situar a España, precisamente, entre los países más avanzados en materia de transparencia retributiva. De hecho el RDL 6/2019 ha optado por un sistema relativamente cómodo de información a los representantes de los trabajadores por medio de su acceso a un registro. Pero los trabajadores no pueden acceder directamente a dicho registro, sino solo a través de sus representantes, lo que hace que la transparencia desaparezca en las empresas sin representantes y, por tanto, en todas las que tienen menos de diez trabajadores (que son las que mayoritariamente dan empleo en nuestro país). De otro lado, el sistema de información a los representantes incluso en las empresas en las que éstos existan, no garantiza suficientemente que los datos lleguen a los trabajadores/as afectados. En definitiva, el sistema de transparencia retributiva configurado presenta deficiencias importantes. En la proposición de ley para la igualdad retributiva registrada el 24 de octubre de 2017 se establecía un sistema de información retributiva desglosada que debía estar en las nóminas de los trabajadores y que por tanto era inmediatamente accesible para estos. Debe recordarse que la transparencia plena en los datos promediados es un elemento fundamental porque permite establecer los indicios que permiten invertir la carga de la prueba y hacer que sea el empresario el que justifique la diferencia.

El registro salarial que se establece por el RDL 6/2018 tiene un problema adicional de no escasa trascendencia: no se ha previsto ninguna sanción específica para el caso de incumplimiento, por lo que la falta de existencia del mismo o su elaboración defectuosa no tiene más sanción que la correspondiente a las infracciones leves conforme a lo establecido en el art. 6.7 LISOS⁶. Se echa en falta, asimismo, la previsión de un desarrollo reglamentario para la determinación del contenido

⁶ Art. 6.7 LISOS: (Son infracciones leves) *Cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales.*

exacto de la obligación de registro porque es demasiado general e imprecisa la información de los “valores medios” (¿medias o medianas?) que debe contener. Tampoco se entienden bien los parámetros de referencia para dicho promedio, que el RDL 6/2019 refiere a “grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”. Ciertamente el sistema de acotamiento es complicado dada la variedad de sistemas de clasificación profesional, pero pretender que el asunto se solucione por medio de una referencia general a los trabajos de igual valor no es demasiado realista. La complejidad de los parámetros de comparación requería de un desarrollo reglamentario que el RDL no ha querido contemplar, con lo que está legitimando cualquier opción empresarial en su realización lo que presumiblemente conllevará que se consideren como trabajos de igual valor a efectos del registro salarial aquellos más favorables a la empresa. Teniendo en cuenta que no se han configurado sanciones efectivas, y que no se prevén mecanismos para controlar la corrección de los datos, el registro más que un beneficio para los trabajadores puede ser un obstáculo difícil de salvar en las reclamaciones por discriminación retributiva.

También puede originar problemas la redacción que incorpora el RDL 6/2019 del art. 9.3 ET, en tanto en cuanto señala que en caso de nulidad por discriminación salarial el trabajador tendrá derecho a la “retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor”. Probablemente lo que pretendía el RDL era garantizar la retribución más alta a quien ganaba un proceso por discriminación retributiva, pero con la formulación utilizada no se consigue necesariamente este efecto porque parece legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja.

Salvo los defectos señalados y aunque se echa de menos una batería de medidas efectivamente transversal e intensa en todos los ámbitos (particularmente en materia procesal) lo cierto es que muchas de las alteraciones que propone el RDL 6/2019 en materia de lucha contra la discriminación retributiva son interesantes: el concepto de trabajo de igual valor que se propone es adecuado, como también lo es la referencia expresa a la necesidad de que la definición de grupos profesionales se base “en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones”. También es de notable interés la presunción de existencia de discriminación retributiva (a efectos de determinación de indicios) cuando el porcentaje diferencial de las retribuciones percibidas sea superior al 25%, aunque se queda corto de nuevo en lo que guarda relación con el parámetro de referencia porque aplica esta presunción tan solo al conjunto de la masa salarial o a la media de las percepciones satisfechas. La presunción hubiera sido de mayor utilidad si se hubiera referido también a las percepciones dentro de grupos profesionales o de otros niveles inferiores en la clasificación profesional. Pero ello requería una mayor implicación normativa en la determinación de los parámetros de referencia que el RDL no ha querido asumir ni en este momento ni por vía de desarrollo reglamentario.

4. EL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO DE HIJO Y SUS PROBLEMAS DE ADECUACIÓN

El permiso por nacimiento de hijo es uno de los aspectos del RDL 6/2019 que ha suscitado mayor interés mediático. Dentro del nuevo concepto de permiso de nacimiento se encuentra el antiguo permiso de paternidad (o del otro progenitor), cuya ampliación hasta tener la misma duración que el antiguo permiso de maternidad (16 semanas con carácter general) ha sido destacado como el principal contenido del RD 6/2019, al menos en los medios de comunicación. Debe decirse, en todo caso, que la equiparación a 16 semanas que opera el RDL entre los antiguos permisos de maternidad y paternidad no se hará efectiva hasta 2021, aplicándose hasta entonces un complejo entramado de aumento progresivo que diferencia entre el tramo obligatorio de seis semanas y el restante⁷, y que también establece peculiaridades para el permiso de adopción⁸. El efecto inmediato es que, a partir de la entrada en vigor del RDL 6/2019 el permiso para el otro progenitor asciende a ocho semanas, aumentándose en dos respecto a las seis hasta ahora establecidas. Ahorraré al lector la exposición detallada de este periodo transitorio, particularmente porque recuerda demasiado el compromiso de ampliación a cuatro semanas del permiso de paternidad que contenía la LO 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIE) y que tardó diez años en hacerse efectivo (el permiso de paternidad de cuatro semanas se estableció con efectos desde el 1 de enero de 2017).

Curiosamente, el cambio de nombre a “permiso de nacimiento”, que es lo que más llama la atención desde una perspectiva estrictamente jurídica, apenas ha trascendido en las informaciones difundidas por los medios, que, por cierto, en sus crónicas han seguido haciendo referencia al permiso de paternidad. La equiparación en la duración de los antiguos permisos de maternidad y paternidad tiene, como se sabe, una función estricta de fomento del reparto de responsabilidades. Por ello si no se disfruta se pierde. Esta es la razón por la que no tiene carácter transferible. Bajo esta concepción, que es la única que justifica la figura, la función del cuidado del menor es secundaria. El cambio de nombre a “permiso

⁷ Desde la entrada en vigor del RDL 6/2019 el permiso de nacimiento diferente a la madre biológica será de 8 semanas, dos de ellas obligatorias; A partir de 2020 la duración total será de doce semanas, siendo las cuatro primeras obligatorias; en 2021 se producirá la equiparación total por medio del reconocimiento de dieciséis semanas total, seis de ellas obligatorias (DT 13 ET y DT 9 EBEP). La DT 13 ET establece precisiones transitorias particulares para el caso de fallecimiento de la madre y transferencia al padre que, sin embargo, no se contemplan en la DT 9 EBEP.

⁸ Para el permiso de adopción la DT 13 ET establece un sistema de ampliación gradual del mismo que también daría lugar a la equiparación en 2021, pero que hasta entonces se disfrutaría en torno a periodos obligatorios de seis semanas para cada sujeto beneficiario, y a un periodo restante global que podría ser distribuido libremente por estos, e incluso acumulado en uno solo de ellos. De este modo el objetivo de la intransferibilidad quiebra ostensiblemente en el régimen transitorio del permiso de nacimiento por adopción, dado que es más que previsible que esta bolsa de horas de libre distribución entre adoptantes termine recayendo en la mujer si se trata de una unidad familiar heterosexual.

de nacimiento” que realiza el RDL 6/2019 es discutible precisamente por esta razón: si se hiciera expresa referencia al permiso de “paternidad” (que, por cierto, es la terminología mayoritaria en los países de la Unión Europea y es también la terminología usada en la propuesta de Directiva de 2017) se reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad. El cambio terminológico a “permiso de nacimiento” del RDL da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término “paternidad” nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin plantearse la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el “permiso de nacimiento” terminaría siendo “disfrutado” en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual. La terminología usada en el ámbito de la prestación de seguridad social es, si cabe, más criticable: el capítulo VI del título II LGSS que contiene las antiguas prestaciones de maternidad y paternidad tras el RDL 6/2019 se llama “Nacimiento y cuidado de menor”.

La unificación conceptual en el nuevo permiso de nacimiento se refleja en el art. 48.4 ET; en el art. 49. a, b, c y d del RDL 5/2015, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); y en el art. 4.3 (y otros) de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA). Las diferencias entre ellos son pocas y de escasa trascendencia en el fondo. Por ejemplo, el permiso de nacimiento del otro progenitor en el EBEP se trata en el mismo apartado de la adopción; y en LET el permiso de nacimiento opera a modo de remisión y es considerablemente más breve. Dadas las similitudes en las páginas que siguen se hará referencia preferentemente al art. 48.4. ET en el bien entendido de que, salvo que se señale lo contrario y con las lógicas salvedades motivadas por la diferente estructura de los textos de referencia, el RDL 6/2019 establece básicamente lo mismo para EBEP y LETA. El art. 48.4 ET regula en su primer párrafo el permiso de nacimiento para la madre biológica con una duración de 16 semanas, seis de ellas obligatorias post parto. En su segundo párrafo el art. 48.4 establece el permiso de nacimiento para el progenitor distinto de la madre biológica con una duración total también de dieciséis semanas e incluso con un periodo de disfrute obligatorio similar durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. La equiparación en la denominación tiene como objetivo reforzar el objetivo de la corresponsabilidad, eliminando el título por el que se ejerce (madre o padre). El permiso de nacimiento del RDL 6/2019 surge, pues, con relación al hecho físico del parto, constituyendo un derecho de igual configuración para la madre biológica y para el otro progenitor. Es una configuración en principio interesante, pero que presenta algunas fisuras

importantes, como más abajo se expone. Con relación a la adopción el RDL 6/2019 establece una regulación diferenciada del permiso de nacimiento, que se regula en el art. 48.5 ET y que se extiende, como hasta ahora, a la guarda con fines de adopción y al acogimiento. También para el supuesto del art. 48.5 ET se prevé una suspensión o permiso de dieciséis semanas para cada adoptante (o ejercitante de guarda o acogimiento), de las cuales seis resultan de disfrute obligatorio.

La estructura y forma de disfrute del permiso de nacimiento es lo más relevante en el RDL 6/2019 porque se configura como un permiso fraccionable (art. 48.4 ET): el permiso de nacimiento de la madre biológica debe disfrutarse por ésta durante las seis semanas obligatorias post parto. El resto del tiempo puede disfrutarse o bien durante cuatro semanas anteriores al parto o bien durante semanas completas de modo continuado o discontinuo con posterioridad al cumplimiento de las seis semanas obligatorias y hasta el cumplimiento de doce meses de edad del menor. El disfrute de cada periodo debe comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días. Las mismas características tiene el permiso de nacimiento cuando es titularidad del otro progenitor. En el caso de adopción, guarda y acogimiento también se configura la misma posibilidad de disfrute fraccionado por semanas completas desde el cumplimiento de las seis semanas obligatorias inmediatamente posteriores a la resolución judicial o administrativa hasta el cumplimiento de doce meses posteriores a la fecha de dicha resolución (art. 48.5 ET). Se mantiene la posibilidad de anticipación de cuatro semanas en las adopciones internacionales (art. 48.5 ET), y también la ampliación en la duración de la suspensión, tanto en nacimiento como en adopción, guarda y acogimiento en caso de menor discapacitado o parto, adopción, acogimiento o guarda múltiple (en similares términos a los actuales).

Lo más relevante en el nuevo permiso por nacimiento es la posibilidad de fraccionamiento por semanas completas que establece el RDL a partir del cumplimiento de las seis semanas obligatorias posteriores al parto (la misma regulación se extiende al permiso de adopción, guarda y acogimiento) tanto en el caso de disfrute por parte de la madre como en el caso del otro progenitor. Es un sistema complejo que requerirá de alteraciones importantes en los sistemas de control y, a tales efectos, el RDL 6/2019 añade una nueva DT, la 32, al texto de la LGSS para establecer su abono a posteriori en tanto en cuanto se lleven a cabo los correspondientes desarrollos informáticos. Pero ese, seguramente, es el menor de sus eventuales problemas aplicativos, como seguidamente se expone. En todo caso, es, sin duda, una innovación de gran relevancia pero que puede presentar un importante problema de adecuación a la Directiva 92/85. Dado que con relación al padre (o al otro progenitor) no existe hoy por hoy regulación por parte de la Unión Europea⁹ su aplicación no presenta dudas de acomodación. Pero con relación a

⁹ El permiso de paternidad se encuentra tan solo en una propuesta de Directiva de conciliación de responsabilidades presentada por la Comisión Europea y por el Parlamento Europeo el 26 de Abril de 2017. COM(2017) 253 final.

las madres el art. 8 de la Directiva 92/85 establece que el permiso de maternidad correspondiente a la madre debe consistir en, al menos, catorce semanas “ininterrumpidas”. La redacción del art. 8.1 de la Directiva 92/85 es la siguiente: *1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.* La cuestión que se plantea es si la posibilidad de fraccionar el permiso de nacimiento de disfrute materno a partir de las seis semanas obligatorias post parto que permite el RDL 6/2019 cumple o no con lo establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85.

En principio, el único país europeo que actualmente admite la posibilidad de fraccionamiento del permiso de maternidad antes de que se cumpla el periodo mínimo de catorce semanas establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85 es Islandia¹⁰ que, por cierto, no está obligada por la Directiva 92/85 porque no forma parte de la Unión Europea. Ningún otro país de la Unión Europea tiene establecidos mecanismos de interrupción del permiso de maternidad similares al que ha introducido España por medio del RDL 6/2019¹¹. España tiene otro mecanismo de interrupción del permiso de maternidad: en caso de nacimiento de hijo prematuro o que debe ser hospitalizado con posterioridad al parto se admite también la interrupción del permiso de maternidad una vez transcurrido el plazo obligatorio de las seis semanas obligatorias post parto. Podría entenderse que la posibilidad de fraccionamiento en semanas completas del RDL 6/2019 no vulnera el art. 8 de la Directiva 92/85 porque el fraccionamiento es una mera posibilidad y la trabajadora no pierde su derecho al disfrute continuado si esa es su voluntad. Desde esta perspectiva la posibilidad de fraccionamiento establecida por el RDL 6/2019 parecería una mejora respecto a lo establecido en la Directiva 92/85. Y aunque ciertamente esta interpretación es plausible, no puede obviarse el hecho de que la formulación del RDL 6/2019 podría conducir a que la trabajadora fuera compelida a retornar anticipadamente al trabajo y a colocar el resto del permiso en las fechas que mejor convinieran a la empresa. Adicionalmente, la posibilidad de disfrute interrumpido del RDL 6/2019 puede dificultar el control por parte de la Inspección de Trabajo de que se respeta el derecho al disfrute de todo el permiso de maternidad. En definitiva, la garantía del carácter ininterrumpido del permiso de maternidad que establece el art. 8 de la Directiva 92/85 no es un requisito caprichoso, incomprensible y rígido, sino una prescripción justificada dirigida a que la trabajadora no se encuentre forzada a renunciar a su permiso de maternidad. En un contexto de alta precarización del trabajo de las mujeres y de cierta estigma-

¹⁰ European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non Discrimination, *Measures to address the challenges of work-life balance in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, 2015*, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3631-reconciliation>, pág. 63

¹¹ Vid supra pág. 59 ss

tización de los trabajadores que ejercitan sus derechos de conciliación por parte no solo de la empresa sino también del resto de compañeros/as, la posibilidad de fraccionamiento del permiso de maternidad entendida como “libre elección” de la trabajadora puede no ser tal. En el caso de interrupción del permiso de maternidad por ingreso hospitalario del menor con posterioridad al parto la posibilidad de interrupción forzada del permiso de maternidad por parte del empresario es menor porque requiere un supuesto de hecho muy concreto, pero si el fraccionamiento se configura como una posibilidad supuestamente libre e incondicionada para la trabajadora puede terminar suponiendo un recorte de derechos.

El sistema flexible que el RDL 6/2019 establece de seis semanas obligatorias post parto (o post resolución) y diez semanas posteriores con posibilidad de fraccionamiento por semanas completas hasta que el menor cumple doce meses se completa con la posibilidad de disfrute a tiempo parcial del permiso de nacimiento (tanto de madre como de otro progenitor, y también en caso de adopción, guarda y acogimiento). El gran problema es que la posibilidad de disfrute del permiso de nacimiento a tiempo parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida al 100% al complementarse el salario parcial con la prestación de maternidad parcial) no constituye un derecho de padre/madre sino una mera posibilidad condicionada al acuerdo con el empresario. Si en lugar de haberse establecido en el RDL 6/2019 el cuestionable sistema de permiso fraccionado se hubiera establecido el derecho de la trabajadora o trabajador al disfrute parcial del permiso de nacimiento (tal y como sucede en buena parte de países europeos) sin necesidad de que llegara a acuerdo con el empresario se hubiera evitado el problema suscitado por la interrupción del permiso de maternidad. Y ello porque nada impediría un permiso combinado con trabajo a tiempo parcial en cómputo anual. Por supuesto, también admitiría el tiempo parcial en cómputo diario, semanal o mensual. Todo ello incrementaría la flexibilidad en su disfrute y evitaría los problemas de adecuación a la Directiva 92/85 que se han descrito más arriba.

De gran interés es la obligatoriedad que establece el RDL 6/2019 de que todos los sujetos que acceden al permiso de nacimiento (madre y otro progenitor), de adopción, de guarda y acogimiento disfruten obligatoriamente de seis semanas post parto o post resolución de adopción, guarda o acogimiento. Es difícil, sin embargo, que esta obligación se cumpla si no es la voluntad del sujeto supuestamente obligado, dado que tampoco hay prevista ninguna sanción. En todo caso, es previsible que aumente el volumen de sujetos hombres que disfruten del antiguamente llamado permiso de paternidad, y no precisamente por el hecho del carácter obligatorio de las seis semanas sino porque la ampliación en la duración del permiso puede hacer que valga la pena solicitarlo.

El nuevo sistema configurado por el RDL 6/2019 tiene otras consecuencias: de un lado, desaparece la posibilidad de que tras las primeras seis semanas la madre

pueda transferir al padre el resto de su permiso de maternidad. Hace bien la norma en insistir en la intransferibilidad del padre a la madre, pero no se acaba de entender demasiado que se prohíba con la misma determinación la transferencia de la madre al padre, que era una peculiaridad del sistema español que, a mi entender, favorecía la corresponsabilidad y el fomento de la alteración de roles. De otro lado, el cambio de nombre va a requerir ajustes de todo tipo en todas las partes de ordenamiento. El RDL lo intenta, y por ello está plagado de ajustes puntuales cuya única finalidad es la sustitución terminológica de los permisos de maternidad y paternidad por los nuevos permiso de nacimiento y de adopción. Estos cambios terminológicos cruzados son muy numerosos en el RDL, que termina dando una falsa sensación de gran volumen de cambios normativos. Los cambios puramente terminológicos son los siguientes: art. 11.1 y 2 –ampliación en la duración de los contratos formativos-; art. 37.3.b ET –desaparición del antiguo permiso de nacimiento de dos días-; art. 45.1.d ET –causas de suspensión-; art. 53.4 y art- 55.5 ET –causas de nulidad automática del despido-; DA 22 ET y art. 7 EBEP –aplicación al personal laboral en las Administraciones Públicas-; art. 49 a, b y c EBEP –aplicación en la Administración Pública-; art. 42.1.c LGSS –elenco de prestaciones de seguridad social-; art. 177, 178, 179, 180, 181 y 182 –prestación de maternidad del régimen general-; art. 318 LGSS –prestación de maternidad del RETA-; DA primera LGSS –prestación de maternidad en regímenes especiales-; art. 4.3 g y h, art. 11. 2 y 5, 16.1.d, 16.3, 26.1.b, 38 y 38.bis LETA. En este listado hay carencias evidentes (por ejemplo, nada se corrige en el art 108 LRJS con relación a la nulidad del despido), que teóricamente debieran quedar resueltas por la DA única del RDL 6/2019, que establece que todos los permisos y prestaciones de maternidad y paternidad quedan equiparados a “los permisos y prestaciones por nacimiento”. Es evidente, pese a este precepto, que los problemas que van a plantearse son numerosos porque hasta ahora el permiso de maternidad y el de paternidad han tenido un tratamiento sustancialmente diferente. Lo más claro es que el permiso de nacimiento va a ser difícil de coherencia con el RD 295/2009, de 6 de marzo que hasta ahora ha sido el desarrollo reglamentario de maternidad y paternidad, por lo que en tanto en cuanto surja un nuevo desarrollo reglamentario la situación puede ser complicada. La suspensión/prestación por maternidad es una situación antigua, con numerosas referencias cruzadas en todo tipo de normativas (por ejemplo, en la ley de prevención de riesgos laborales) y con una doctrina jurisprudencial voluminosa que va a ser difícil de reconducir al nuevo permiso/prestación de nacimiento. Innecesario resulta señalar asimismo las dificultades que se van a generar cuando se trate de conectar el permiso de nacimiento español con lo establecido en la Directiva 92/85, cuya finalidad estrictamente preventiva de la mujer choca con la finalidad mixta del nuevo permiso de nacimiento.

5. EL PERMISO PARENTAL PARA EL CUIDADO DEL LACTANTE: EL REFORZAMIENTO PARCIAL DE LA CORRESPONSABILIDAD

Otro cambio importante que acomete el RDL 6/2019 es el del antiguo permiso de lactancia que ahora pasa a llamarse “para el cuidado del lactante” en el 37.4 ET. Una regulación similar (con algunas precisiones que se señalan a continuación) se contiene en el art. 48.f EBEP. La regulación que hace de esta situación el RDL 6/2019 es la siguiente: (i) El permiso (o reducción, ver *infra*) para el cuidado del lactante se configura como un derecho totalmente individual correspondiente a cada uno de los beneficiarios, por lo que puede duplicarse en atención al mismo menor causante. Se establece la misma posibilidad de limitación de su ejercicio por parte de la empresa si dos trabajadores de la misma acceden por el mismo sujeto causante que existe para la excedencia.; (ii) Se mantiene su duración hasta la edad de nueve meses del hijo y su contenido (media hora de reducción o una hora de interrupción), aunque si se disfruta por ambos puede ampliarse en tres meses más de reducción de jornada (hasta el decimosegundo) en cuyo caso uno de los progenitores tendrá derecho a una prestación que compense la reducción de jornada. El otro podría mantener el derecho a la reducción de jornada desde los nueve meses hasta los doce de edad del hijo pero ésta no sería retribuida. En el art. 48.f EBEP la duración el permiso para el cuidado del lactante es de doce meses por lo que no se aplica el mecanismo de diferenciación en dos fases (permiso primero; y prestación después) del art. 37.4 ET.

El cambio de nombre del antiguo permiso de lactancia al actual permiso para el cuidado del lactante del RDL 6/2019 tiene gran interés porque reconoce la naturaleza de permiso parental de esta situación, tal y como en su momento estableció el TJUE en su sentencia de 30 de septiembre de 2010, C-104/09 (Asunto Roca Alvarez). Habría sido de agradecer, sin embargo, que el RDL 6/2019 hubiera sido más riguroso en la utilización del nuevo nombre porque aparecen diferentes conceptos a lo largo de todo su articulado, como si hubieran sido diferentes las personas encargadas de la redacción: por ejemplo, en el art. 48.f EBEP se hace referencia a un permiso “por lactancia de un hijo menor” (no para el cuidado del lactante); el capítulo VII del título II LGSS que regula la nueva prestación que da cobertura al nuevo permiso se llama “Corresponsabilidad en el cuidado del lactante” y su primer artículo (el art. 183 LGSS) hace referencia a una “prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante”. De otro lado, el art. 4.3.g LETA menciona el “ejercicio corresponsable del cuidado del lactante” para hacer referencia a esta situación. Las diferencias terminológicas confunden todavía más un marco normativo que ya es, de por sí, bastante complejo. La propia naturaleza de la situación de lactancia es muy confusa en el art. 37.4 porque el término “reducción de jornada” en ocasiones aparece como una opción opuesta a la interrupción o ausencia de una hora y en otras ocasiones aparece como la defi-

nición general que engloba tanto la reducción de media hora como la interrupción de una hora. Así, el art. 37.4 ET señala en su tercer párrafo que *La “reducción de jornada”¹² contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras....* Más adelante la DA 19 ET conforme a la redacción dada por el RDL 6/2019 establece que el salario relevante a efectos de determinación de la indemnización por despido se refiera todos los supuestos de “reducción de jornada” por conciliación, incluyendo el del art. 37.4 ET. La naturaleza jurídica de esta figura podía haberse resuelto de modo expreso y hubiera evitado este tipo de confusiones.

La titularidad estrictamente individual del permiso para el cuidado del lactante es un cambio de notable interés porque de este modo el permiso deja de ser transferible, como lo era hasta ahora. Efectivamente, bajo la regulación anterior del art. 37.4 ET, era solo uno el progenitor que podía disfrutarlo por el mismo sujeto causante, lo que provocaba el efecto de que lo disfrutara mayoritariamente la madre. No ayudaba demasiado el hecho de que no fuera admisible ni siquiera el reparto del mismo entre los dos posibles beneficiarios. La sentencia dictada en el asunto Roca Alvarez obligó a España a hacer que este permiso dejara de ser de titularidad prioritariamente femenina por cuanto ello perpetuaba roles de cuidado, pero la transposición de dicha sentencia al ordenamiento español por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no fue demasiado afortunada porque hizo el permiso accesible para cualquiera de los dos progenitores pero requiriendo, aparentemente al menos, que ambos trabajaran. Ello motivó que se presentara una cuestión prejudicial por eventual concurrencia de discriminación indirecta por razón de sexo, dado que es más probable que las mujeres sean las que no trabajen e impidan con ello el acceso del padre¹³. Redacción tan defectuosa motivó diferentes interpretaciones judiciales en torno a su alcance cuando uno de los progenitores no trabajaba, aunque solo en pocas ocasiones se reconoció que el derecho al permiso existía aunque el otro no trabajara¹⁴. El RDL termina con esta situación y establece permisos para el cuidado del lactante iguales, individuales e intransferibles, lo que merece una valoración positiva.

Lo más novedoso del permiso para el cuidado del lactante es que da lugar a una prestación de seguridad social (solo para uno de los progenitores) entre el mes noveno y el duodécimo de edad del hijo, si ambos progenitores lo han disfrutado hasta entonces “con la misma duración y régimen” (art. 183 LGSS). Se configu-

¹² El entrecomillado es mío.

¹³ El Auto del TJUE de 21 de marzo de 2018, C-252/17, asunto Vadillo González, inadmitió la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo social número 2 de Cádiz porque consideró que no quedaba probada la mayor afectación femenina en el caso planteado, pero no entró a resolver si, en el caso de que dicha prueba se hubiera presentado, la norma hubiera sido constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

¹⁴ STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2018, Rec. 7001/17.

ra por tanto como un premio por la corresponsabilidad. Esta prestación del mes noveno al duodécimo solo admite la reducción de jornada de media hora y no la interrupción de la jornada por una hora que también prevé el art. 37.4 ET para el cuidado del lactante hasta nueve meses. La prestación consiste en la percepción proporcional correspondiente a la reducción tomando como referencia el 100% de la base reguladora (art. 185 LGSS). La prestación no tendrá gran relevancia para sus eventuales beneficiarios porque media hora diaria durante tres meses se asimila aproximadamente a la retribución correspondiente a 33 horas de trabajo, algo menos de una semana de trabajo. Sin embargo es un coste que, en términos globales, tiene su importancia, sobre todo en el contexto actual de déficit, por lo que plantea el dilema de si su coste (aunque sea bajo) justifica su existencia. Es muy probable que el permiso para el cuidado del lactante no requiera de los mecanismos de promoción que requieren otros permisos de ausencia total, como por ejemplo el antiguo permiso de paternidad. A fin de cuentas es una reducción o interrupción diaria de aplicación sencilla y que plantea escasa resistencia. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que es muy probable que la adición de tres meses sea disfrutada por la madre ya que solo da lugar a una prestación, con lo que la finalidad del reparto se difumina.

En fin, lo que se plantea es si no hubiera sido más adecuado sencillamente aumentar a doce meses la edad del hijo que da derecho al permiso para el cuidado del lactante (como ya se establece en el EBEP), puesto que el carácter retribuido del mismo nunca hasta ahora ha sido planteado como un coste inasumible por el empresariado, dado que básicamente requiere ajustes de organización pero no genera incremento de costes. Ello permitiría permisos iguales de verdad, hasta los doce meses de edad del hijo, y no permisos hasta nueve meses de edad del hijo para uno (generalmente el padre) y hasta los doce meses del hijo para la otra (generalmente la madre). De otro lado, había problemas de fácil solución en la regulación del permiso para el cuidado del lactante que quedan sin resolver: no se comprende por qué el permiso diario se reduce a la mitad cuando se toma al principio o al final de la jornada (reducción de jornada), lo que implica una penalización en su ejercicio difícilmente justificable. También es muy cuestionable que el RDL 6/2019 no haya establecido la posibilidad de acumulación del permiso para el cuidado del lactante como un derecho del beneficiario, y no como una mera posibilidad condicionada al convenio o al acuerdo con el empresario. En definitiva, y a salvo el cambio de nombre, la corrección de los defectos del actual permiso de lactancia hubiera sido probablemente más efectiva y considerablemente menos costosa (no solo en términos de coste de la prestación sino también en términos de coste de la gestión) que el actual permiso/prestación para el cuidado del lactante.

6. CORRECCIONES PUNTUALES A OTROS PERMISOS PARENTALES

Los cambios que el RDL 6/2019 opera en otros permisos parentales son de muy escasa entidad: Efectivamente, permanecen inalterados en el fondo tanto el art. 37.5 ET (permiso y reducción de jornada por hospitalización del neonato) como el art. 37.7 ET (derecho a la determinación horaria de permiso para el cuidado del lactante, permiso o reducción por hospitalización del neonato y reducción de jornada), produciéndose tan solo por medio del RDL 6/2019 la introducción del lenguaje inclusivo por medio de la referencia a “personas trabajadoras”. El cambio terminológico hubiera tenido su importancia si se hubiera aprovechado la ocasión para introducir el lenguaje inclusivo en todo el texto del ET y del EBEP, o al menos en los artículos que modifica el RDL 6/2019, pero al no ser así, la simpleza de la alteración en los artículos 37.5 y 37.7 hace pensar en todo lo que podía haberse hecho y que sigue sin hacerse. Se echa en falta, por ejemplo, que se elimine la referencia a la reducción de jornada “diaria”, que se introdujo por medio de la Ley 3/2012 de reforma del mercado de trabajo y que redujo ostensiblemente la capacidad del trabajador para escoger su forma de disfrute. Resulta sorprendente, asimismo, que no se haya eliminado (o al menos corregido o suavizado) la referencia que también introdujo la Ley 3/2012 a que los convenios colectivos pudieran establecer criterios para la concreción de la reducción de jornada. La normativa debiera haber sido particularmente meticulosa con la regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos o dependientes porque es una posibilidad de ajuste más conveniente que los permisos en tanto en cuanto no produce la exclusión del trabajo y, si no se otorga la suficiente flexibilidad a los trabajadores en su configuración y disfrute, se puede producir el efecto de que tengan que recurrir a las ausencias.

Con relación a la excedencia por cuidado de hijos y familiares el RDL 6/2019 modifica la redacción del art. 46.3 ET de una manera sorprendente: Se amplía la duración de la reserva del puesto de trabajo hasta los 18 meses si son los dos progenitores los que disfrutan de la excedencia “con la misma duración y régimen”. Pretende ser una medida para el fomento de la corresponsabilidad y termina siendo una medida casi absurda: la excedencia, que supone la pérdida de la retribución, no se reparte entre hombres y mujeres por medidas como ésta, sino fundamentalmente por razones económicas (la menor retribución femenina es la causante de su disfrute feminizado). Es muy cuestionable que el reparto se produzca por un incremento en la duración de la reserva del puesto de trabajo cuando, además, el TS ha reconocido que el derecho efectivo y directo al reingreso, sin necesidad de que deba esperarse a que exista vacante adecuada, se mantiene durante todo el tiempo de la excedencia por cuidado de hijos y familiares¹⁵.

¹⁵ STS de 21 de febrero de 2013, Rec. 740/2012.

7. EL LIMITADO DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA

El nuevo art. 34.8 ET que introduce el RDL 6/2019 es tan interesante como inquietante. Debe valorarse positivamente que se haya realizado una regulación tan minuciosa, que menciona muchas posibilidades de adaptación y que las configura como un derecho de las personas trabajadoras con hijos de hasta doce años solo condicionadas, al menos en principio, a su carácter razonable y proporcionado en relación con las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas o productivas de la empresa. El derecho al retorno a la situación original puede producirse de modo anticipado al momento inicialmente previsto si existe causa justificada. Son todos ellos contenidos muy positivos.

El tercer párrafo es el que suscita inquietud cuando establece un procedimiento meticuloso de concesión que parece más desconfiado que garantista y que refuerza la malévol pero generalizada percepción de que los beneficios por cuidado de dependientes serán previsiblemente objeto de abuso en perjuicio de la empresa y del resto de trabajadores por parte de trabajadores (generalmente trabajadoras) sin demasiados escrúpulos. La evitación de la estigmatización de quien hace uso de sus derechos, olvidando la máxima de que *qui suo iure utitur neminem laedit* (quien hace uso de su derecho no daña a nadie), debiera haber sido el eje fundamental en la configuración de una nueva cultura del cuidado pero el actual art 34.8 ET no lo ha hecho así. En lugar de sospechas y prevenciones debiera haberse establecido con claridad que si el ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores afecta a la situación de otros trabajadores la responsabilidad no debe ser de quien los ejercita, sino de una inadecuada organización del tiempo de trabajo en la empresa, que es responsabilidad de la empresa.

El procedimiento para la adaptación que establece el art. 34.8 ET es el siguiente: primero, los “términos de su ejercicio” se establecerán, en primer lugar, en el convenio colectivo de modo que se garantice “la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo”. No hay nada que objetar al hecho de que los convenios fijen cauces para la determinación de las soluciones proporcionadas y razonables a las que hace referencia el propio art. 34.8 ET, pero la ausencia de discriminación (que, por cierto, obliga a todos los sujetos sin necesidad de que se mencione expresamente) no es lo único que debe respetar el convenio colectivo. El derecho a la conciliación es un derecho de dimensión constitucional de las personas (por todas, STC 26/2011, de 14 de marzo) y, por tanto no puede quedar eliminado o distorsionado por la negociación colectiva. Quiere decirse que la persona trabajadora debe tener derecho a la adaptación en términos de derecho individual si es razonable y proporcionada, en relación con sus necesidades y las de la empresa. Por ello no pueden ser admisibles condicionantes que de modo general, y sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, pudieran establecer los convenios colectivos. Piénsese, por ejemplo,

en que el convenio estableciera plazos que impidan la cobertura en situaciones de fuerza mayor; o que estableciera cambios de turno u horario estrictos y cerrados; o que prohibiera que se afecten determinados servicios o tramos horarios. Segundo, el art. 34.8 ET establece que en defecto de convenio la empresa negociará con la persona durante un periodo máximo de treinta días, al término de los cuales, aceptará la propuesta, presentará una alternativa o se negará a ella. Solo en este último caso de negativa (y no en el caso de que el empresario aporte una alternativa “que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora”) deberá el empresario presentar por escrito las razones objetivas en que se basa su decisión.

El RDL hubiera establecido una mejor regulación del derecho a la adaptación de la jornada si sencillamente hubiera establecido que las personas con dependientes tienen derecho a solicitar adaptaciones razonables y proporcionadas teniendo en cuenta sus necesidades y las de la empresa y que el empresario debiera “tomarlas en consideración” (terminología usada en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales) debiendo justificar la no aceptación y ofreciendo alternativas en un plazo no superior, por ejemplo, a quince días. No era necesario, entiendo, que se mencionara ni el convenio colectivo (que siempre puede tratar el tema de la conciliación si lo desea) ni un plazo de “negociación” con el empresario de 30 días (al término de los cuales probablemente la persona trabajadora ya no necesita la adaptación). Mucho más relevante hubiera sido una referencia a la necesidad de que la organización del tiempo (y los tiempos) de la empresa y de las personas trabajadoras se realizara con carácter global, teniendo en cuenta no solo las necesidades de conciliación sino también las necesidades formativas (por cierto, también esta cuestión necesita de una reforma coherente en el texto estatutario) y tomando en consideración que la organización del tiempo de trabajo de todas las personas trabajadoras es una materia de prevención de riesgos laborales (esta naturaleza tiene la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de ordenación del tiempo de trabajo) que obliga a la consideración de los riesgos psicosociales, las necesidades de los trabajadores sensibles y, por cierto, también la situación especial de las madres en situación de embarazo, maternidad y lactancia (la Directiva 92/85, de 19 de octubre, de maternidad también es una Directiva preventiva). El carácter de comentario de norma del presente trabajo no permite en este momento entrar en la obligada transposición que, en materia de protección de la lactancia, queda pendiente después de las sentencias del TJUE dictadas en los asuntos Otero Ramos (STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/17) y González Castro (STJUE de 19 de septiembre de 2018, C-41/17). Por cierto, está pendiente de resolución por el TJUE una cuestión prejudicial remitida por Auto del Juzgado de lo Social 33 de Madrid de 29 de mayo de 2018 por la que se planteaba que la regulación española que no reconoce un verdadero derecho de adaptación podría contravenir la normativa de la UE. Tal vez la reforma operada por el RDL 6/2019 la haga ya innecesaria porque, con todos sus defectos, lo cierto es que la regulación propuesta por el RDL 6/2019

configura un derecho de adaptación a favor de la persona trabajadora. En todo caso, la organización del tiempo de trabajo no puede seguir tratándose en España con el mismo carácter puntual y estigmatizante de antaño, sino que requiere una visión dinámica y flexible de carácter bidireccional.

8. LA ACOMODACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO SIN CAUSA EN EMBARAZO Y MATERNIDAD

El RDL 6/2019 hace dos referencias a la protección frente al despido discriminatorio: (i) El RDL incorpora un segundo párrafo en el art. 14.2 ET en el que establece que el despido sin causa de la trabajadora embarazada será nulo desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de permiso de nacimiento; (ii) Se establece mediante la corrección del art. 53.4.c ET y del art. 55.5.c ET que la calificación de despido nulo procede en el caso de despido sin causa con carácter automático hasta los doce meses desde el nacimiento del hijo (si no hubiera otra causa de nulidad automática de mayor duración). Con anterioridad el periodo cubierto por la nulidad automática duraba hasta los nueve meses desde el nacimiento; (iii) El RDL incorpora una nueva frase en el quinto párrafo del art. 53.4 ET en la que se establece que *Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.*

La reforma operada por el RDL en esta concreta materia de protección frente al despido tiene claramente el carácter de urgencia que justifica la utilización del RDL y es de notable trascendencia. Efectivamente, tras la STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, dictada en el asunto Porras Guisado, el ordenamiento español (o al menos la interpretación que del mismo había hecho el TS) requería de una reforma urgente para acomodarse al ordenamiento de la UE. Como se sabe, en Porras Guisado se estableció que en caso de despido de embarazada debe constar la razón por la que el concreto puesto de trabajo de la misma es el que debe ser objeto de amortización en un despido colectivo¹⁶. La cuestión prejudicial que condujo a esta STJUE se planteó porque, tras la STS de 15 de marzo de 2016, Rec. 2507/2014 (ratificada por numerosas sentencias posteriores) el TS estableció que en la carta de despido individual posterior al despido colectivo no era necesario que constara más causa que la general que justificaba el despido colectivo. Si los motivos de la

¹⁶ En el segundo apartado del fallo de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto Porras Guisado se establece lo siguiente: *El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, "siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido".* (el entrecomillado es mío)

amortización concreta del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada no constan, se vulnera la prohibición de despido sin causa de la trabajadora embarazada establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85. Esto es lo que señaló el TJUE en la sentencia dictada en el asunto *Porras Guisado*. Con posterioridad a la misma, el TS estableció que, en caso de despido de embarazada debía constar la causa de la amortización de su puesto de trabajo¹⁷, aunque lo hizo solamente con relación a los puestos de trabajo de las trabajadoras embarazadas y sin derogar la doctrina establecida en la STS de 15 de marzo de 2016 sobre el contenido de las cartas de despido. La reforma operada por el RDL en el art. 53.4 ET es de gran trascendencia porque establece la necesidad de que en todos los despidos individuales (y no solo de las trabajadoras embarazadas) se especifique la causa de la amortización concreta del puesto ocupado por la persona afectada. Es un precepto general y neutralizador de la doctrina establecida por la STS de 15 de marzo de 2016 que no solo sirve para trasponer la STJUE dictada en el asunto *Porras Guisado* para el despido de las trabajadoras embarazadas, sino que termina con los problemas de indefensión (y por ello de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva) que se produjeron con la nefasta doctrina del TS.

Otra reforma interesante operada por el RDL 6/2019 es la que se refleja en el art. 14.2 ET, que establece la aplicación de la calificación de nulidad automática a la rescisión contractual sin causa de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba desde el inicio de su embarazo. De esta manera se neutraliza la doctrina del TC y del TS que, hasta el momento, había establecido que la protección automática de la calificación de nulidad establecida en el art. 55.5.a. ET no se aplica a la rescisión contractual durante el periodo de prueba¹⁸. Con esta interesante reforma normativa el RDL 6/2019 establece que a partir de ahora el empresario deberá tener causa justificada para rescindir el contrato de la embarazada durante el periodo de prueba, sin que sea relevante la falta de conocimiento de la gestación que pudiera alegar.

La valoración que merecen las reformas introducidas por el RDL en materia de protección contra el despido es la más positiva de todo el texto. También el incremento en la duración del periodo de protección automática por medio del despido nulo de los nueve hasta los doce meses desde el nacimiento que establece resulta de gran interés porque incrementa el periodo de tiempo de protección.

¹⁷ SSTS de 3 de abril de 2018, Rec. 762/2017; y de 26 de junio de 2018, Rec. 1398/2016.

¹⁸ STC 3773/2011, de 10 de octubre; y STS de 18 de abril de 2011, Rec. 2893/2010.

9. LA RECUPERACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESTATAL AL CONVENIO ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE CUIDADORES NO PROFESIONALES

Los contenidos que el RDL 6/2019 dedica a las situaciones de dependencia son los siguientes: (i) Se modifica la DA 14 LGSS a efectos de que se recupere el convenio especial que otorga protección de seguridad social a los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia en los términos establecidos en el RD 615/2007, de 11 de mayo. Ello significa que la cuota del convenio especial del cuidador no profesional es a cargo del Estado. El nuevo convenio financiado por el Estado tendrá vigencia desde el 1 de abril de 2019 (DT 31 LGSS). (ii) Se prorroga por diez años más el Fondo de Apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del sistema de autonomía y atención a la dependencia, añadiéndose a su largo nombre “y de los servicios sociales”. Este Fondo se creó por medio de la DA 61 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 con una vigencia de diez años. El RDL se limita a establecerlo de nuevo, una vez concluida su vigencia, por otro periodo de diez años. Hay otros cambios menores en dicho Fondo, como la referencia específica a las entidades que pueden percibirlos (“entidades del tercer sector de acción social, empresas de economía social y cualesquiera otras entidades y empresas”), que en realidad ya estaban comprendidas en el concepto anterior de empresas establecido en la norma que lo creó. Por lo demás, no se establecen compromisos de dotación de dicho Fondo diferentes de los que se puedan establecer por medio de Ley de Presupuestos, por lo que su virtualidad queda bastante reducida.

La protección de la dependencia operada por el RDL 6/2019 se limita, pues, a restablecer los derechos e instituciones que regían con anterioridad a los recortes lo que merece ciertamente una valoración positiva, aunque resulte inevitable echar en falta un paso más en la implicación de los Poderes Públicos. Es tanto lo que queda pendiente que sería imposible exponerlo en este momento, pero al menos existe la esperanza de que una norma posterior, más meditada y menos precipitada, otorgue un tratamiento completo y coherente a la cuestión de la dependencia. Con relación a la efectividad de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo es difícil desprenderse del miedo que suscita el hecho de que el modesto RDL 6/2019 haya dado un precipitado carpetazo a una igualdad entre mujeres y hombres que requiere de un compromiso mucho mayor por parte de los Poderes Públicos para ser verdaderamente efectiva.

LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL LIQUIDADOR FRENTE A RECLAMACIONES SALARIALES DEL TRABAJADOR*

JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD

*Profesor Titular de Universidad (Acreditado a Catedrático) de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado-Suplente del TSJ de Aragón
Universidad de Zaragoza*

EXTRACTO **Palabras clave:** Sociedad en liquidación; protección salarial; liquidadores; acción judicial

El pago puntual del salario es un derecho laboral del trabajador que se percibe con normalidad ante un funcionamiento empresarial ordenado y mercantilmente normalizado. Sin embargo, la fase final de la existencia de una empresa puede traer consigo el incumplimiento de aquella obligación, ante la inobservancia de las exigencias legales para una liquidación regular. La cancelación de la sociedad en el Registro Mercantil conlleva la imposibilidad de actuación procesal contra la empleadora. Se abre entonces la vía para que el acreedor laboral pueda repetir contra los liquidadores sociales la cuantía de los salarios adeudados. Todo ello se hace en unas circunstancias de gran incertidumbre y desconocimiento técnico, no abordadas doctrinalmente, hasta ahora, y que hacen preciso un estudio jurisprudencial para dar respuesta a cuestiones relevantes en torno a la competencia objetiva; a los presupuestos de la acción judicial y a las obligaciones legales trasgredidas por el liquidador susceptibles de imputación de responsabilidades.

ABSTRACT **Key Words:** Company in liquidation; protection of the salary; liquidators; judicial action

The punctual payment of the salary is a labor law of the worker that is perceived with normality before an orderly and commercially normalized business operation. However, the final phase of the existence of a company may entail the breach of that obligation, given the failure to comply with the legal requirements for a regular settlement. The cancellation of the company in the Mercantile Registry entails the impossibility of procedural action against the employer. This opens the way for the labor creditor to be able to repeat against the social liquidators the amount of the salaries owed. All this is done in circumstances of great uncertainty and technical ignorance, not addressed doctrinally, until now, and that require a jurisprudential study to respond to relevant issues around objective competition; to the budgets of the judicial action and to the legal obligations transgressed by the liquidator susceptible of imputation of responsibilities.

* Artículo elaborado en el seno del proyecto de investigación “del derecho de la crisis económica a la recuperación del empleo: la experiencia judicial aplicativa de la reforma laboral española (DER 2017-85148-P)”. Ministerio de Economía y Competitividad.

ÍNDICE

1. ELEMENTOS OBJETIVOS PARA LA ACCIÓN JUDICIAL DEL TRABAJADOR FRENTE AL LIQUIDADOR SOCIAL Y DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 367 DE LA LSC
 - 1.1. Fundamento de la reclamación judicial, naturaleza jurídica, y presupuestos de la demanda por responsabilidad individual del liquidador
 - 1.2. Diferencias con la responsabilidad objetiva del artículo 367 LSC
 - 1.3. Órgano jurisdiccional competente para accionar frente al liquidador por parte del trabajador.
2. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL POR IMPAGO DE SALARIOS AL TRABAJADOR, COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE DILIGENCIA DEL LIQUIDADOR Y DE OTRAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS
 - 2.1. La asunción y satisfacción de deudas sociales en el período de liquidación, incompatibles con la obligación de pago puntual del salario
 - 2.2. Desaparición de la empresa sin culminar su liquidación
 - 2.3. El incumplimiento de obligaciones contables por parte del liquidador y su incidencia en el impago de salarios
3. CONCLUSIONES

1. ELEMENTOS OBJETIVOS PARA LA ACCIÓN JUDICIAL DEL TRABAJADOR FRENTE AL LIQUIDADOR SOCIAL Y DIFERENCIAS CON LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 367 DE LA LSC

1.1. Fundamento de la reclamación judicial, naturaleza jurídica, y presupuestos de la demanda por responsabilidad individual del liquidador

Ninguna estudio doctrinal ha elaborado hasta el momento la protección del trabajador en empresas en situación de liquidación. Se trata de un periodo societario que transcurre desde el acuerdo de disolución de la sociedad hasta su cancelación en el Registro Mercantil. Es, por lo tanto, el momento final de la vida del empleador y, coetáneamente a este último, el de la extinción del empleo que depende de la empresa, cuya actividad económica está próxima a su culminación.

Versa, por lo tanto, sobre un momento de la marcha empresarial que provoca especial inquietud en el trabajador, al coincidir con un periodo final de su actividad laboral de la empresa y el inmediato paso por la situación de desempleo o por el comienzo de una nueva experiencia profesional que genera singular incertidumbre. Es, por consiguiente, un preaviso al trabajador para un cambio importante en su vida activa, lo cual es objeto de preocupación patente, tratándose, por ello, de un hito temporal en el que sus intereses deben gozar , a mi juicio, de una particular

protección. Así, la empresa le cierra sus expectativas laborales, pero no por ello queda desactivado su derecho de actuación procesal frente a quien debe pilotar una clausura ordenada, respetando, en todo momento, las garantías que, para tal finalidad, le otorga nuestro ordenamiento jurídico, si bien desde la vertiente mercantil del conocimiento normativo, parámetro complejo en el que debe moverse nuestra doctrina laboralista.

Es, precisamente, a una norma mercantil a la que hay que acudir para entender el significado de lo que es una sociedad de capital en liquidación, en concreto, al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), cuyo artículo 371.1 lo define como un periodo posterior al acuerdo de disolución de la sociedad, cuya finalidad es el cobro de los créditos pendientes y pago de las deudas de la empresa (artículo 385 de la LSC)¹, y el reparto del remanente final entre los socios en proporción a su aportación al capital social (art. 392.1 de la LSC).

Para la ejecución de dicha tarea de liquidación, la Ley determina que sean los liquidadores quienes la efectúen (art 375 de la LSC), siendo de aplicación a estos las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo (el capítulo segundo del título décimo de la LSC) .

El reenvío de la responsabilidad de los liquidadores a la de los administradores debe circunscribirse a lo preceptuado, para tal fin, en el artículo 241 de la LSC, que establece “ *quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*”, bajo la rúbrica “ *acción individual de responsabilidad*”.

La acción ejercitada por el trabajador, que motivaría la legitimación pasiva de liquidador, se basaría, en su caso, en el artículo 236 LSC, precedido del título “presupuestos de responsabilidad”, y en donde se dice que “ *1. Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo* ” y su número 2 : “ *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General*”.

Realizada la cancelación de la sociedad en el Registro Mercantil, los liquidadores seguirán respondiendo ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo (art 397 LSC).

¹ Muñoz Pérez, AF.: “El régimen de responsabilidad civil de los liquidadores en las sociedades de capital”, *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales* / coord. por Gemma Patón García, Bosch, 2014, p. 173.

Se está, en esta ocasión, ante una responsabilidad por daño, derivada de un acto propio de los liquidadores que exige culpa o negligencia, y la relación causal entre este comportamiento y el daño causado, cuyo contenido puede ser equivalente al de los salarios que, como crédito, estén pendientes de percibir por el trabajador de la sociedad en liquidación, si bien puede ser distinto, pues es una acción de resarcimiento por daños, dirigida a obtener una indemnización, cuya cuantía final puede ser coincidente o no con la de dichas remuneraciones debidas².

En virtud de esta acción individual de responsabilidad interpuesta por el trabajador, los liquidadores sociales responderán, solidariamente, frente al trabajador, en su condición de acreedor social, del daño que causen por actos contrarios a la Ley, o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, la cual se mensura de modo objetivo con arreglo al estándar o patrón de comportamiento, de la que debe observar un ordenado empresario (art. 225 LSC)³. En este sentido, el liquidador se convierte en el verdadero empresario o representante de la empresa, del mismo modo que era el administrador antes de la disolución de la sociedad de capital, o del propietario, en el caso de empresas individuales. La doctrina jurisprudencial (Sala Primera del Tribunal Supremo)⁴ la configura como una acción resarcitoria para la que están legitimados los terceros (y entre ellos los trabajadores de la empresa liquidada) que exige una conducta o actitud -hechos, actos u omisiones- de los liquidadores contraria a la Ley o a los Estatutos, o carente de la diligencia de un ordenado comerciante -bastando la negligencia simple-, que dé lugar a un daño, de tal modo que el trabajador, como ente perjudicado ha de probar⁵, frente a dicho representante como legitimado pasivo, y que el acto se haya realizado en concepto de liquidador y que exista un nexo causal entre los actos u omisiones de éste y el daño producido al trabajador, derivado del impago del salario por la sociedad en liquidación a la que representa⁶.

Analizando más detenidamente el contenido de los artículos 241 y 236 de la LSC, para que la acción individual pueda dirigirse contra el liquidador de forma hábil, es necesario que concurra:

En primer lugar, un daño o lesión directa en los intereses de quien deriva dicha responsabilidad, es decir, que no afecte de modo genérico al interés colectivo del ente social en liquidación, sino a una persona o entidad concreta (el trabajador);

² Candelario Macías, MI.: “A vueltas sobre los presupuestos necesarios para delimitar la responsabilidad de los liquidadores sociales: a raíz de la STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/244730)”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, N.º. 4, 2013, p. 18

³ Rivas Ferrer, V.: “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Sociedades* num. 38/2012, p. 103.

⁴ Sentencia núm. 741/1999, de 21 septiembre. RJ 1999\7230 ; Sentencia núm. 56/2001, de 30 enero. RJ 2001\1683 y Sentencia núm. 1062/2001, de 19 noviembre. RJ 2002\355, entre otras.

⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 138/2002 de 25 febrero. RJ 2002\1908 y Sentencia núm. 741/1999 de 21 septiembre. RJ 1999\7230.

⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 1093/2002 de 14 noviembre. RJ 2002\9762.

además, ha de tratarse de un daño o perjuicio resarcible, daño lógicamente distinto del que pueden producir los liquidadores a la sociedad o a otros acreedores sociales, con un contenido no mensurable. Ahora bien, la cuantificación de los perjuicios a los trabajadores no pueden ser superiores al patrimonio de la sociedad liquidada⁷.

Es preciso que en la acción judicial entablada por el trabajador frente a liquidador, se acredite la existencia real de ese daño, no por meras conjeturas o hipótesis de eventuales y futuros riesgos o peligros⁸, sino con realidades concretas y con recurso a medios probatorios que, de modo directo o indiciario, acrediten su autenticidad⁹.

A su vez, tampoco ha de ser mecánicamente coincidente con una “deuda” (aunque en el caso del daño que se causa al trabajador, con su impago salarial, así lo sea), porque se trata de un daño emergente sujeto a indemnización, primero, porque la propia LSC habla de “daño” (art 236.1) o “acto lesivo” (artículo 236.2) y no de pago de deudas; segundo, porque de otro modo se desnaturalizaría la propia esencia de las entidades societarias capitalistas, y la misma LSC cuida de especificar, en su artículo 1.2.º que los socios “no responderán personalmente de las deudas sociales”.

En segundo término, se requiere una conducta negligente en el desempeño de su cargo por los liquidadores, la cual puede ser leve. De ese modo, y según se desprende del artículo 237 de la LSC, no responderá el liquidador que pruebe que no intervino en la adopción y ejecución del acto o acuerdo lesivo (pudo hacerlo un apoderado de la sociedad en liquidación u otro trabajador), desconociendo su existencia, ni aquél que conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a él.

Por último, ha de darse una precisa y comprobada relación causal, deducida del artículo 1.107 del Código Civil ; esto es, que el daño se produzca como consecuencia de actos realizados por los liquidadores (no por la sociedad en liquidación) que sean “contrarios a la Ley o a los estatutos” o que se lleven a cabo “incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”, como se desprende del artículo 236.1 LSC, especie de celo o esmero que el artículo 225.1 LSC, se encarga de explicitar como la diligencia de un ordenado comerciante, o “de un representante leal” (art 226 LSC)¹⁰.

⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 264/2011 de 18 abril. RJ\2011\4255.

⁸ Lo que no acontece si la deuda salarial es inexistente en el momento de la liquidación, aunque se devengue con posterioridad y antes de la cancelación registral. SAP Cádiz (Sección 5ª), sentencia núm. 260/2017 de 22 mayo. JUR 2017\184281.

⁹ Llebot Majo, JO.: *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid : Civitas, 1996, p. 43.

¹⁰ No obstante, también se tiene en cuenta, para modular la responsabilidad del liquidador, la inacción del trabajador, cuando omite instar el concurso necesario de la sociedad en liquidación , ante la pasividad del liquidador. SAP A Coruña (Sección 4ª), sentencia núm. 89/2018 de 12 marzo. JUR 2018\130159.

No se requiere que en la conducta lesiva, concretada en impago de los salarios, se constate malicia, abuso de facultades o negligencia grave, bastando para fundar esa responsabilidad las conductas que sean llevadas a cabo por los liquidadores sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, con incumplimiento de los deberes inherentes a él, diligencia que no es otra, como ya se ha dicho, que la de un “ordenado empresario y un representante leal”¹¹.

1.2. Diferencias con la responsabilidad objetiva del artículo 367 LSC

Por el contrario, la posibilidad de reclamar deudas salariales por parte del trabajador, contemplada en el art. 367 de la LSC supone una sanción civil directa contra los administradores, sustituidos en fase de liquidación por los liquidadores, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de promoción de disolución de la sociedad o de adopción por parte de los accionistas de las medidas alternativas a dicha disolución. En dicho precepto se configura una responsabilidad solidaria de aquellos respecto de las obligaciones sociales ex lege, y cuasi-objetiva, para los casos de situación de insolvencia de la sociedad que evita los graves problemas que plantea la acreditación de los presupuestos necesarios para que prospere aquella acción de responsabilidad social o individual por daño, analizada y prevista en los artículos 236 y siguientes de la LSC, entablada por el trabajador en reclamación de las deudas salariales de la empresa.

El fundamento de la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas contraídas por la sociedad frente al trabajador reposa en la protección y tutela de cualquier acreedor social. Se añade así al patrimonio social el propio de los administradores que incumplen la obligación legal establecida de instar la disolución, constituyendo común objeto de acción de los trabajadores, como acreedores que son, para la satisfacción de las obligaciones sociales contraídas.

El presupuesto de la obligación de responder para los administradores tiene un carácter autónomo e independiente del que dimana la obligación para la sociedad, de forma que sanciona su incumplimiento, consistente en la no convocatoria de la Junta General para adoptar el acuerdo de disolución, o en su caso, no instar judicialmente la misma en los plazos previstos por la norma, permitiendo la continuidad de una sociedad incurso en causa disolución, con la consiguiente apariencia creada para terceros, como el trabajador, de solvencia y regularidad patrimonial, lo cual no debería ser un motivo de falsa alarma, con ocasión de los impagos salariales.

Contrariamente a lo establecido en los arts. 236 y 241 de la LSC, atribuible a los incumplimientos de los liquidadores, la del artículo 367 no es una responsabilidad fundada en el daño, sino que la responsabilidad solidaria nacida del

¹¹ Gross Brown, S.: “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule”, *Revista de Sociedades* núm. 37/2011, p. 315.

art 367 de la LSC, para los administradores, queda al margen de la acreditación del hecho dañoso y la existencia de criterio de imputación idóneo, bastando el incumplimiento del deber legal de disolución impuesto, cuando concurra alguna de las causas previstas para ello. Tampoco queda subordinada la responsabilidad de los administradores a la insuficiencia patrimonial de la sociedad deudora, ya que la disolución ni altera los créditos contra la sociedad ni prejuzga la solvencia de la misma¹².

Partiendo pues de este fundamento, los presupuestos que han de concurrir para su prosperabilidad son: a) Que el trabajador acredite su condición de acreedor frente a la sociedad a cuyo administrador pretende demandarse por deudas salariales de aquélla b) La condición de administrador de la persona a la que se deriva c) Incumplimiento por su parte de convocatoria de Junta General o en su caso solicitud judicial de disolución cuando concurra alguna de las causas del artículo 363 de la LSC .

El primero de los requisitos no ofrece dificultad alguna siendo múltiples las posibilidades de las que puede derivar la existencia de un crédito salarial frente a la sociedad. Es probable que haya habido ya reclamaciones extrajudiciales. El segundo tampoco, siendo de fácil prueba, mediante la oportuna documental, la condición de administrador de la persona frente a la que se acciona, bien por la oportuna certificación registral, bien por la escritura pública de nombramiento, aunque no estuviera inscrita, que pruebe la identidad del administrador al tiempo de generarse los impagos salariales.

Sin embargo, el tercero, por tratarse de un hecho negativo, cual es el incumplimiento de la obligación de convocar en el plazo legal la Junta para que adopte el acuerdo de disolución, o en su caso, la solicitud de disolución judicial, no podrá acreditarse de forma directa, si bien para ello el trabajador podrá remitirse a la falta de constancia de los acuerdos correspondientes en el Registro Mercantil, produciéndose así un desplazamiento de la carga de la prueba¹³ que obligue al administrador a acreditar que la sociedad no se encontraba en causa de disolución o que, a pesar de la falta de constancia en el Registro Mercantil, cumplió con sus obligaciones de convocatoria de la Junta o de solicitud judicial.

El carácter sancionador que se viene sosteniendo en el artículo 367 de la LSC exime, sin embargo, al trabajador, a diferencia de lo que acontece en el artículo 241 de la LSC, de la prueba del daño y de la de la relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el referido daño, porque la doctrina ha venido sosteniendo que esta acción no está basada en el daño o perjuicio directo que el incumplimiento de las obligaciones de los administradores haya podido ocasionar al trabajador, en su condición de acreedor social, sino en la sanción de carácter

¹² Emparanza, A.: “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”. *Revista de Derecho Mercantil*, num. 281/2011, p. 22.

¹³ STS de 5 de octubre de 2004.(Sala Primera). (RJ 2004/6225).

civil que se impone como consecuencia del incumplimiento. También como consecuencia de ello y correlativamente a la responsabilidad que define, debe permitirse al administrador que pueda quedar exonerado de responsabilidad cuando, a pesar de producirse un incumplimiento de las obligaciones legales, acredite no haber intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo, desconozca su existencia, o conociéndola, haya hecho todo lo conveniente para evitar el daño o se haya opuesto expresamente a aquél¹⁴., lo que debiera acreditarse ante el trabajador.

El Tribunal Supremo, que en un principio exigía un perjuicio a los acreedores para hacer responsables a los Administradores, cuando se ejercía únicamente la acción de responsabilidad por deudas consagrada en la artículo 367 de la LSC¹⁵, fue modificando su posición, no aludiendo ya a la exigencia de perjuicio sino a la prueba de la concurrencia de la causa de disolución y del incumplimiento del deber de los Administradores¹⁶.

La STS de 21 de septiembre de 1999, Sala Primera¹⁷, se refirió a las diferencias entre la acción individual de responsabilidad del actual art. 241 de la LSC y la acción derivada de la sanción del su artículo 367, insistiendo en el carácter indemnizatorio de la primera que sin embargo no tiene la segunda. Línea que se consolidaría con la STS de 30 de octubre 2000¹⁸, que sostuvo expresamente que *“no se requiere, por lo tanto, ni nexa causal entre el crédito y la inactividad de los Administradores, ni otra negligencia de éstos que la que valora o toma en cuenta la propia normal legal”*. En el mismo sentido, la de 31 de mayo de 2001¹⁹ (todas ellas de la Sala Primera), insiste que *“está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del Administrador cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en el plazo de dos meses la Junta(...)”*.

La STS de 20 de julio de 2001²⁰ resumió la doctrina de la Sala Primera del Alto Tribunal, señalando que *“se rechaza su identificación con la fundada en negligencia de los arts. 133 a 135 LSA (hoy 236 y 241 de la LSC) por no ser necesaria ni una relación de causalidad entre la omisión de los Administradores y la deuda, ni una negligencia distinta a la prevista en el propio precepto”*. En ese mismo sentido, desarrollando esta distinción, la STS de de 23 de abril del 2004²¹ afirmaba, frente a la acción derivada del art. 135 LSA (hoy 241 LSC)., “... ”

¹⁴ Alonso Espinosa, FJ.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Cuadernos Civitas, 2006, p. 43.

¹⁵ STS, Sala Primera, sección 1ª, Sentencia núm. 651/1997 de 15 julio. RJ 1997\5609.

¹⁶ STS, Sala Primera, sección 1ª, Sentencia núm. 308/1998 de 3 abril. RJ 1998\1910.

¹⁷ STS Sala Primera, sección 1ª, Sentencia núm. 741/1999 de 21 septiembre. RJ 1999\7230.

¹⁸ STS Sala Primera, sección 1ª, Sentencia núm. 977/2000 de 30 octubre. RJ 2000\9909.

¹⁹ STS Sala Primera, sección 1ª, Sentencia núm. 539/2001 de 31 mayo. RJ 2001\3448.

²⁰ STS Sala Primera, sección 1ª, Sentencia núm. 749/2001 de 20 julio. RJ 2001\6863

²¹ STS Sala Primera, Sección 1ª, Sentencia núm. 316/2004 de 23 abril. RJ 2004\3568.

Mientras que la acción ex art. 262.5 (hoy 367 LSC) no requiere ninguna culpa en el Administrador ni relación de causalidad alguna con el daño, basta el hecho objetivo del incumplimiento de las obligaciones que la LSA impone específicamente al Administrador social (obligación de convocar Junta para disolver) para que se desencadene el efecto sancionador.”

En la misma línea se mueve la STS de 16 de diciembre de 2004²² que señalan que: *“se trata de una responsabilidad carente de las notas conceptuales de la responsabilidad aquiliana y que no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción.”*

Se trata, pues, al fin, de una sanción civil. O si se prefiere, de una responsabilidad-garantía legal y no de una responsabilidad- indemnización por daños (propia del artículo 241 de la LSC). La sanción de la responsabilidad de los Administradores persigue provocar la eliminación de una situación anormal de gravedad y peligros para los intereses de los trabajadores y de indemnizar a éstos por los daños causados.

No obstante, es evidente que se trata de una sanción que puede acumularse a la eventual responsabilidad por daños prevista en el artículo 241 de la LSC. De modo que, ante un supuesto concreto, se aplicarían simultáneamente los dos regímenes (STS de 18 de septiembre 2003²³ y 23 de febrero de 2004²⁴. Sala Primera). Los Administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales (entre los que se encuentra el trabajador) por los daños producidos en el patrimonio social o individual por el incumplimiento de sus obligaciones legales, cuando medie relación de causalidad entre su conducta y el daño (art. 236 y 241 de la LSC) y, además, se les impone, como sanción, la responsabilidad por las obligaciones y deudas de la sociedad (artículo 367 de la LSC).

La cuestión es si esa acumulación de acciones, o la exclusivamente tendente a depurar la responsabilidad objetiva mencionada en el artículo 367 de la LSC, es predicable también a la acción judicial entablada por el trabajador frente a los liquidadores.

La respuesta ha de ser negativa, por cuanto a esta última acción individual basada en la inexistencia de disolución de la sociedad de capital, cuando hay causa para ella, carecería de este último presupuesto básico, pues la liquidación de la sociedad requiere, como se ha dicho, el acuerdo previo de disolución instada por los administradores, por lo que los liquidadores reciben la sociedad sólo para su liquidación, cesando previamente los administradores, los cuales ya han instado la adopción del acuerdo de disolución por la Junta o por el Juez.

²² STS Sala Primera, Sección 1ª, Sentencia núm. 1219/2004 de 16 diciembre. RJ 2004\8215.

²³ STS, Sala Primera, Sección Única, Sentencia núm. 833/2003 de 18 septiembre. RJ 2003\6075.

²⁴ STS, Sala Primera, Sección 1ª, sentencia núm. 110/2004 de 23 febrero. RJ 2004\1138.

1.3. Órgano jurisdiccional competente para accionar frente al liquidador por parte del trabajador

El problema procesal que puede suscitarse es que para la reclamaciones judiciales frente a liquidador se está aplicando una normativa de carácter mercantil, para obtener una resolución judicial de tipo laboral, y ello podría generar diversos problemas procedimentales a la hora de tener que fiscalizar la jurisdicción social una recta aplicación de normas de contenido mercantil, lo que podría suscitar recelos respecto a la competencia objetiva, pues debían juzgarse en dicho orden jurisdiccional incumplimientos de esta última naturaleza, y no de índole social.²⁵

Estas sospechas, tuvieron su contestación en la STS de 28 de febrero de 1997²⁶, de la Sala Cuarta. El asunto tuvo su origen en una reclamación de responsabilidad del trabajador, por deudas sociales, frente al administrador de la mercantil (cuya responsabilidad, como se ha dicho, es idéntica al de los liquidadores), fundada en la omisión de obligaciones societarias, declarándose por la dicha Sala jurisdiccional la incompetencia del orden jurisdiccional social, ya que no se trataba de ventilar una cuestión prejudicial en la que haya de dilucidarse quién es el verdadero empresario (por ejemplo, casos de los arts. 42 y 44 ET), sino que estando perfectamente determinado que el empresario era la sociedad mercantil contratante, se pretendía reclamar responsabilidad frente al administrador de aquélla como algo subsiguiente y posterior al nacimiento de la responsabilidad laboral originaria, y no podía calificarse como prejudicial, según esta Sentencia, por cuanto que la declaración de la responsabilidad del administrador ni impedía ni condicionaba la pretensión principal.

La doctrina asentada por este fallo establecía que cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos, ajenos a ésta última, responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide, y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal. Continúa también, dicho criterio judicial, entendiéndose que para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador, primero, ha de establecerse la obligación de la empresa y, después, analizar si la conducta social del Administrador le hace responsable de aquella deuda, faltando, por lo tanto, el componente de «necesidad previa», propio de las cuestiones así calificadas. Al no tratarse de una cuestión previa o prejudicial, había de negarse la competencia del Orden Social

²⁵ Hurtado Cobles, J.: *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Atelier mercantil, 1998, pp. 115 y 116.

²⁶ RJ 1997\4220. Ponente Marín Correa, estableciendo que «evidentemente las deudas de la empresa son laborales, pero no así la del administrador único, que serán “societarias”, la determinación de esta responsabilidad no es “prejudicial”, sino posterior a la estricta y realmente laboral». Esto provoca que la responsabilidad frente al administrador haya de buscarse ante la Jurisdicción Civil y no ante la Social.

de la Jurisdicción, debiendo acudir, inicialmente, a la jurisdicción civil, es decir, planteando inicialmente la cuestión en el Juzgado de lo Mercantil, o en el de Primera Instancia, en aquellas demarcaciones territoriales en las que no exista aquél, para que estudie si se dan los requisitos que se establecen en la normativa mercantil, para que el liquidador pueda entenderse responsable de las deudas de la sociedad²⁷. En idéntico sentido, se pronunció también la STS, de la misma Sala Cuarta, de 21 de julio de 1998²⁸.

El hecho de que aquella corriente jurisprudencial negara la posibilidad de ventilar en el mismo orden jurisdiccional la responsabilidad de la sociedad y la de su administrador, de manera solidaria, en relación a las deudas sociales de contenido laboral, ha de interpretarse como un claro obstáculo para que el trabajador interponga su acción frente a la empresa insolvente y frente al liquidador ante la jurisdicción social. El motivo esencial de este reparo es que ello supondría el pronunciamiento de la jurisdicción social en relación al ámbito mercantil del derecho, lo cual rebasaría su competencia objetiva²⁹.

Esta postura jurisprudencial imperante desde entonces se había iniciado a raíz de los pronunciamientos de la doctrina judicial autonómica que, en sentido contrario al que entendió luego el Tribunal Supremo, asumía, en estos casos, la competencia del orden social, caracterizándola incluso como una cuestión prejudicial de la que debían conocer los Tribunales laborales cuando la deuda reclamada lo sea de tal carácter, aduciendo que la responsabilidad exigida al liquidador formaba un todo inseparable con el crédito laboral derivado de la previa existencia de un contrato de trabajo o de una relación de aseguramiento social entre el trabajador y la sociedad. Se trataría, entonces, de un conflicto individual promovido dentro de la rama social del Derecho, aunque el incumplimiento venga referido a normas mercantiles, siendo lo realmente determinante, para fijar la competencia objetiva, que la responsabilidad y la condena solidaria de los liquidadores se estuviera exigiendo para el cumplimiento de una obligación laboral³⁰.

Posicionamientos jurisprudenciales posteriores, abundaron definitivamente en la incompetencia de la jurisdicción social para la reclamación de créditos laborales, fundamentados en que el impago del crédito laboral, basada en incumplimientos mercantiles, y en la competencia del orden jurisdiccional civil, para que el trabajador tuviera que accionar allí sus pretensiones de reembolso. Se

²⁷ Otells Ramos M.: "La competencia objetiva", *Derecho procesal civil* / coord. por Manuel Otells Ramos, 2016, pp.183-184

²⁸ RJ 1998\6211.

²⁹ Nicolás Bernad, JA.: "La responsabilidad de los administradores sociales ante la Inspección de Trabajo", *RDS* 17/2002, p. 84.

³⁰ TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia núm. 733/1996 de 2 diciembre. RJCA 1996\2141.

trataba de la STS 18 junio 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)³¹. Versaba sobre un supuesto en el que la Dirección Provincial de la TGSS había derivado responsabilidad solidaria a unos administradores de una SL por deudas de la mercantil con la Seguridad Social, basando dicha derivación en una contravención del artículo 104 e), 104 f), 105.4 y 105.5 de la LSRL (falta de disolución de la sociedad, hoy aglutinados, todos ellos, en la artículo 367 de la LSC). Los administradores recurrieron la resolución administrativa de derivación de responsabilidad obteniendo Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jaén, declarando nula la resolución administrativa impugnada. La Sentencia del Juzgado se recurre al TS en interés de la ley por el letrado de la TGSS. El Alto Tribunal acoge las tesis de su Sala Cuarta contenidas en la mencionada Sentencia 28 febrero 1997, en el sentido de que para derivar responsabilidad a los entes unipersonales de las sociedades mercantiles por incumplimiento de la normativa mercantil (en el caso de autos frente a los administradores), es necesario verificar si concurre o no dicho incumplimiento ante la jurisdicción ordinaria, como paso previo para dictar la resolución administrativa de derivación. En esta STS de 18 junio 2002, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, razona en su FD 2º que “procede rechazar la tesis de la Tesorería General de la Seguridad Social, al no apreciarse que sea errónea la doctrina de la Sentencia, cuando declara la falta de competencia de la citada Tesorería para derivar la responsabilidad de la Sociedad a sus Administradores; y ello, de una parte, porque como refiere el Ministerio Fiscal todos los precedentes jurisdiccionales, Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1996, y sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1997, 28 de febrero de 1997 y de 21 de julio de 1998, han declarado, que la competencia para la derivación de la responsabilidad solidaria a los Administradores de una Sociedad corresponde a la jurisdicción civil, precisando esta última de 21 de julio de 1998: «y, para fijar estas responsabilidades es necesario un previo pronunciamiento sobre si concurren o no los supuestos de hecho que la Ley señala como determinantes del deber de disolver la sociedad, pronunciamiento que ha de ser realizado por los Tribunales competentes en materia mercantil, pues tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales(...). La responsabilidad derivada del incumplimiento de este deber de disolución del ente exige un previo conocimiento y pronunciamiento sobre la existencia de los condicionamientos legales determinantes o no de dicha obligación de disolución. Y, parece lógico que, al respecto, deba atribuirse a los Tribunales competentes en materia mercantil, el conocimiento de aquella cuestión principal de responsabilidad, en cuanto “tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales”. ... Concluye pues la jurisprudencia, declarando la incompetencia del Orden Jurisdiccional Laboral cuando se trata de la responsabilidad

³¹ (RJ 2002, 8616).

de los administradores, fundada en la omisión de los deberes societarios impuestos en el artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 367 LSC) y por ende la de los liquidadores, por ser coincidentes las obligaciones de éstos con respecto a las de aquéllos.

La competencia objetiva, en suma, para conocer de la acción judicial de los trabajadores frente a incumplimientos de los liquidadores, la tendrán los Tribunales de primera instancia de justicia, y no la jurisdicción social, con todos los inconvenientes que ello conlleva, tales como necesidad de postulación procesal con abogado y procurador (cuando el valor de lo reclamado supere los 2000 €), posibilidad de recurso ordinario ante las audiencias provinciales, que pueden revisar en profundidad lo actuado en primera instancia, al no ser un recurso extraordinario como la suplicación laboral, y la existencia real de costas procesales, por mor de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha de abogarse, de lege ferenda, por la vis atractiva de la jurisdicción social, en todo lo que concierne a reclamaciones salariales, con independencia de la materia jurídica a analizar en su trasfondo procesal. Cabría, a mi juicio, una reforma legal de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en los mismos términos redactados en el artículo 15.3 de la LGSS de 1994, por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

2. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL POR IMPAGO DE SALARIOS AL TRABAJADOR, COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE DILIGENCIA DEL LIQUIDADOR Y DE OTRAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS

2.1. La asunción y satisfacción de deudas sociales en el período de liquidación, incompatibles con la obligación de pago puntual del salario

La jurisprudencia, ha estudiado situaciones civiles en las que una sociedad mercantil, a cuyos liquidadores pretende demandarse por impagos de salarios, realiza la adquisición de determinados bienes y servicios, siendo aquéllos conscientes de la imposibilidad de pago.

Se trata de circunstancias en las que prosperaría la acción contemplada en el artículo 241 de la LSC pues, a mi juicio, la contravención legal consistiría en la falta de diligencia que debe observar un ordenado empresario, así como también a la hora de informarse responsablemente de la marcha de la sociedad, deberes estos impuestos por el artículo 225 de aquella Ley³².

³² Partiendo de los deberes de los administradores y de su incumplimiento Vid: Ribas Ferrer, V.: "Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital". *Revista de Sociedades* núm. 38/2012, p. 25.

Este comportamiento poco diligente ha llevado a la sociedad a asumir deudas de imposible cumplimiento en su etapa de liquidación, lo que ha ocasionado el correspondiente daño económico al proveedor de aquellos bienes y servicios, existiendo clara relación de causalidad entre aquella actuación y su pernicioso efecto, aunque cualquier negocio jurídico emprendido con terceros se acometa de forma imprudente, incluso por mera imprevisión³³.

Pueden existir situaciones en las que los liquidadores asuman deudas con el trabajador superiores al capital social de la sociedad a la que representan, pero ello no supone, a mi juicio, una conducta negligente capaz de generar la responsabilidad por daño que se está estudiando, pues no se trataría de una actuación del liquidador contra legem, pues no hay impedimento legal alguno para la asunción de deudas que superen dicho capital social³⁴.

Diferente cuestión se plantea cuando las deudas con el trabajador asumidas por la excesiva contratación de nuevos trabajadores, se contraen en una situación en la que el patrimonio social es escaso para soportar los costes derivados de tales obligaciones contractuales sobrevenidas. En tal caso, el acto imprudente del liquidador consistiría en comportarse con escasa diligencia, lo que se contrapone a las exigencias de un ordenado empresario, por lo tanto, existiría una transgresión legal de dicho deber de diligencia que se contempla en el artículo 225 de la LSC, de tal modo que comprometerse a un gasto que no puede pagarse con el activo social, representa en sí misma una conducta contraria a la diligencia debida, generadora, a su vez, de un daño patrimonial al trabajador³⁵, sin que la empresa aporte soporte económico alguno para el mantenimiento de las nuevas contrataciones, y sin que sean necesarias para la liquidación social (art. 384 de la LSC), lo que representa un perjuicio derivado de la reprochable actitud del liquidador y del que existe una relación de causalidad.³⁶ cuando, además, conoce la situación económica de la empresa al ser exigible a los liquidadores formar inventario y balance de situación en el plazo de tres meses desde la disolución de la sociedad (artículo 383 de la LSC)³⁷

Algún posicionamiento jurisprudencial, del que debe discreparse, llegó a admitir la acción individual, fundamentada en el artículo 241 de la LSC, a toda demanda de bienes y servicios realizada por los liquidadores de una sociedad que luego no se satisfacen (lo que aumentaría el pasivo, poniendo en riesgo los cumplimientos pun-

³³ STS de 9 de noviembre de 2002. (Sala Primera). (RJ 2002/10016).

³⁴ SAP Málaga (Sección Sexta) de 7 de octubre de 2009 (JUR 2010/95191).

³⁵ Alonso Espinosa, F.J.: "Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo", *Revista Lex Mercatoria*, N.º. 6, 2017, p. 7.

³⁶ SAP de Salamanca (Sección Primera) de 19 de enero de 2009 (JUR 2009/226.277).

³⁷ Beltrán Sánchez, E.: "Deber inicial de los liquidadores", *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Rojo Fernández Río, Coord.: Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 2650.

SAP Guipúzcoa (Sección 2ª), sentencia núm. 254/2017 de 24 octubre. (AC 2018/74).

tuales en materia de salario), sin valorar la posibilidad o no de pago de la empresa en el momento de realizar el correspondiente pedido o la previsión de ingresos por parte de los liquidadores para el oportuno cumplimiento con el acreedor³⁸, lo que se antoja excesivo, porque, a priori, no existe relación de causalidad entre adquisición e impago, sino se analizan las anteriores circunstancias, máxime cuando la sociedad disponga de patrimonio suficiente para cubrir el importe de lo adquirido en el momento de la compraventa, que se frustra al paralizarse el objeto social por circunstancias normales de retracción de la demanda del producto, cerrándose la fuente de financiación de una empresa de forma imprevisible, sin que tampoco se proceda por el trabajador por la vía del artículo 367, cuando la sociedad debió ser disuelta en tiempo y forma, sino por la del 241, ambas de la LSC³⁹.

Extrapolada esta opinión, avalada jurisprudencialmente, al supuesto de una acción judicial por parte del trabajador frente a los liquidadores, debe centrarse en aquellos supuestos de deterioro económico de la sociedad mercantil, con escasas posibilidades de cumplimiento puntual de los pagos, ante los cuales se contrata a nuevos trabajadores, con las consiguientes consecuencias de coste social que no resulta atendido, y cuya asunción no es necesaria para proceder a la liquidación social, motivo por el cual la favorable acogida de la demanda frente a liquidador podría prosperar por haber asumido un gasto cuyo pago resultaba imposible a priori, dándose los presupuestos de actuación antijurídica del administrador (comprometerse a un gasto inasumible) que ha causado un daño (impago a los nuevos trabajadores contratados, previsible en el momento de aquella contratación) con la consiguiente relación de causalidad entre aquel comportamiento poco diligente y su consecuencia indeseada. Todo ello, también sería predicable respecto de los antiguos trabajadores, si logran probar la relación de causalidad entre la nueva asunción de cargas laborales y la imposibilidad de pago de las existentes.

Podrían ejemplificarse supuestos de condena al liquidador en casos en los que la sociedad, siendo deudora de la mitad del patrimonio a sus trabajadores⁴⁰, continúa asumiendo costes, contratando a más trabajadores, comportamiento que los tribunales consideran como carentes de toda diligencia exigible al liquidador, con independencia de que sea consciente o no de la posibilidad de pago de los salarios que se devengarán con las nuevas contrataciones, en las circunstancias de endeudamiento actual de la sociedad, que ya revelarían una imprudencia tanto en la gestión como en la dirección de la empresa, y que son generadoras de un daño seguro al trabajador, en su condición de acreedor, por la previsible imposibilidad objetiva de pago futuro.

³⁸ La falta de abono de un servicio de transporte previamente contratado, en la STS de 11 de junio de 2001 (RJ 5663).

³⁹ SAP de Zamora (Sección Primera) de 25 de noviembre de 2011, (AC 2012/157).

⁴⁰ SAP de Ciudad Real (Sección Segunda), de 4 de febrero de 1998, (AC 1998/3419).

Otras circunstancias de falta de diligencia por parte del liquidador avalarían también la exigencia de responsabilidades a éste por parte del trabajador, al no aportar a la Inspección de Trabajo los documentos que se le requiere para la averiguación de su posible responsabilidad en los impagos salariales, previa denuncia del trabajador. Determinadas posiciones judiciales se han referido a la falta de colaboración procesal en juicio, equivalente, a mi juicio, a la obstrucción a aquella autoridad competente, al no aportar en él la documentación que se pide a los liquidadores, cuando la sociedad en liquidación deja impagado el crédito salarial, cuyo importe económico excede de la adecuada previsión económica, sin dar explicación alguna al trabajador, a la Inspección de Trabajo o al Juzgado.

Siendo dicho acreedor el trabajador, la falta de colaboración con la Inspección de Trabajo para la realización de su actividad inspectora previa, podría constituir, además, una infracción laboral por obstrucción, directamente imputable al liquidador⁴¹.

Otro acto del liquidador, que conlleva una contravención legal, es el pago preferente a determinados acreedores, en perjuicio del trabajador, bien con el propósito de que no cobre éste, mediante un vaciado deliberado de la tesorería de la empresa, para resultar luego insolvente frente a él, bien sustrayéndose a la prelación legal de créditos de los que puede gozar el trabajador, al amparo del artículo 1924 2º e) del Código Civil, concurriendo en ambas situaciones un comportamiento imprudente del liquidador incompatible con la diligencia que debe acompañar a cualquier empresario (artículo 225 de la LSC) o, incluso, un comportamiento cuasidelictivo cuando utiliza el dinero de la sociedad para sus fines particulares⁴², lo que explicaría que dicho gasto no apareciera, incluso, en la contabilidad de la empresa, como un derecho de crédito de ésta frente a él⁴³, con el que podría pagar, en su caso, al trabajador⁴⁴.

Así, la jurisprudencia ha mantenido⁴⁵ que la no liquidación en forma legal del patrimonio social, eligiendo la sociedad, a través de sus liquidadores, la preferencia en el pago de sus deudas fuera de aquel proceso liquidatorio, cuando la mercantil se encuentra en una situación de insolvencia, es susceptible de inferir a terceros,

⁴¹ Vid; art 50.2 LISOS, Ibidem, Nicolás Bernad, JA.: "La responsabilidad de los administradores sociales ante...", *cit*, RDS 17/2002, p. 91.

⁴² Situación estudiada en la SAP de Castellón de 28 de junio de 2013 (JUR 2013\279747). Así como quedarse con las cantidades destinadas a la ampliación del capital social de la sociedad en la SAP de Madrid (Sec. 28ª) de 3 de mayo de 2013 (JUR 2013\265029).

⁴³ Caso enjuiciado en la STS de 4 de julio del 2007. (Sala Primera). (RJ 2007/5581).

⁴⁴ O aumentándose su propia retribución, cuando la sociedad no paga las cotizaciones sociales. Véase, sino in extenso Melero Bosch, L y Navarro Frias, I.: "Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital. (Presupuestos de) la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en la fijación de sus retribuciones" *Revista de derecho de sociedades*, N° 40, 2013, pp. 234 y 240.

⁴⁵ STS de 4 de noviembre de 1999. (Sala Primera). (RJ 1991\8143).

como el trabajador, un daño directo por configurar una negligencia, que incluso se califica de grave, de los liquidadores en el cumplimiento de sus deberes legales.

En otras ocasiones, los liquidadores prefieren pagar una deuda no preferente a otra resultante de una obligación, que puede ser generadora de futuras responsabilidades pecuniarias, que evidenciaría una conducta negligente del liquidador motivadora de daño, en donde existe relación de causalidad. Tal es el supuesto de la falta de abono al trabajador de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo cuando la sociedad no ha suscrito la póliza de seguro obligatoria por convenio colectivo que cubre dicho riesgo, lo que daría acción al trabajador por el cauce del artículo: 241 de la LSC, si la empresa es incapaz de asumir las responsabilidades económicas, lo cual podría haberse previsto por el liquidador de la sociedad en liquidación con la contratación del seguro, convencionalmente obligatorio, incurriéndose en la conducta poco diligente, que trata de evitar el artículo 225 de la LSC.

En otros supuestos analizados judicialmente, la sociedad de capital, después de entrar en una situación de crisis, realiza distintas gestiones a través de sus liquidadores, con los distintos proveedores, para buscar una solución a las deudas civiles contraídas, solución que alcanza, efectivamente, con algunos de los acreedores, pero no con otros, produciéndose el cese de actividades de la empresa, propias de su objeto social, sin que la empresa hubiera sido formalmente liquidada con arreglo a lo previsto en la Ley. Se censura en estos casos que la solución «de facto» adoptada por los liquidadores, se sitúa dentro de la mala práctica, no por frecuente, justificada, de conducir a los acreedores de una sociedad con responsabilidad limitada, en trance económico grave, ya sean ignorantes de la situación, remisos o renuentes a «renegociar», a reducir la cuantía de sus créditos o flexibilizar sus condiciones de pago ante una situación de hechos consumados, al margen de las previsiones legales que en garantía de la «pars conditio creditorum» y del orden legal de prelación de créditos y del respeto a los privilegios de cada uno, según su especie, exigen el cumplimiento de normas sobre la disolución y liquidación de las sociedades de esta naturaleza que tienen carácter imperativo, en coordinación con la observancia de reglas que determinan las circunstancias para solicitar un posible concurso de acreedores⁴⁶.

No hay duda, de que habiéndose realizado el oportuno proceso liquidatorio, el trabajador hubiera cobrado los salarios impagados por la sociedad de forma preferente en relación con los acreedores a quienes prefiere pagar una sociedad a través de su liquidador, y que no gozan de la meritada preferencia en el cobro, por lo que es clara, en mi opinión, la relación de causalidad entre la contravención legal y el daño producido al trabajador ex art 236 de la LSC.

⁴⁶ STS de 22 de abril de 1994. (Sala Primera). (RJ 1994\3084),

En este mismo contexto, también podría prosperar este ejercicio de acción individual de responsabilidad por parte del trabajador, en aquellos supuestos de despatrimonialización, realizados en fraude de acreedores, mediante transmisiones de activos, por deudas no vencidas ni exigibles, a otras sociedades mercantiles, con las que mantienen relación los liquidadores, aunque tal venta se haga en ejecución del acuerdo de Junta General, si dicha reunión se hizo con la asistencia y sin la oposición de aquéllos⁴⁷, porque dicho comportamiento se entendería antijurídico y del mismo se derivaría un daño al trabajador, por cuanto que vería sus expectativas de cobro malogradas, mediante el apremio frente a un patrimonio empresarial que se ha distraído para el pago de unas deudas no vencidas, todo ello sin perjuicio de que dichas actuaciones podrían ser constitutivas de un delito de insolvencia punible, siendo perjudicado el trabajador⁴⁸.

Se trata, por lo tanto, de supuestos en los que la insolvencia de la sociedad, obtenida mediante la venta de activos para el pago de deudas no exigibles, causa una lesión directa en el trabajador⁴⁹, y está provocada por los actos de los liquidadores, aun cuando tal actuación fuera en sentido lato, ya que el artículo 236 de la LSC comprende tanto la acción como la omisión de aquéllos. En estos dos últimos casos, lo que los liquidadores han provocado es una necesidad de liquidación ordenada de la sociedad, para que el trabajador pueda cobrar sus créditos en esta última situación, obligación impuesta por el artículo 365 de la LSC, si bien, en este caso, la derivación de responsabilidad realizada por el trabajador debe hacerse por la vía del artículo 241 de la LSC, sin que se pueda acudir ahora a la del 367 (responsabilidad objetiva por falta de convocatoria de Junta para disolver, por parte de los administradores)⁵⁰, al haberse acordado ya la disolución de la sociedad.

Tampoco es preciso que exista una venta de determinados activos de la sociedad para el pago de deudas no exigibles, siendo suficiente cualquier despatrimonialización de la sociedad, generalmente realizada en favor de sociedades controladas por los liquidadores, con la finalidad de eludir el pago de las deudas con el trabajador, aunque aquellas deudas fueren exigibles⁵¹, mientras no gocen de preferencia en el pago.

Ahora bien, es preciso que el trabajador acredite un propósito de despatrimonialización en su perjuicio, sin que sea suficiente con una mera venta de activos a

⁴⁷ STS de 27 de octubre de 2006. (Sala Primera). (RJ 2006\8930).

⁴⁸ Cugat Mauri, M.: “Responsabilidades penales de los administradores en las Sociedades en crisis”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 15, 2005, p. 25.

⁴⁹ STS 11 de octubre de 1991 [RJ 1991, 6909] , 10 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8996] , 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003 [RJ 2004, 195] , 20 de febrero de 2004 [RJ 2004, 838]). (Sala Primera).

⁵⁰ STS de 24 de abril de 2006 (Sala Primera, JUR 183053).

⁵¹ SAP de Barcelona (Sección 15) de 10 de mayo de 2005 (JUR 2005/ 170.399). SAP Madrid (Sec. 28ª) de 26 de abril de 2013, en la que se resolvió, en esta última, respecto de un administrador que vendió los activos inmobiliarios de la sociedad sin contraprestación económica.

otra sociedad, y el correlativo impago de esta operación, aunque se trate de inmuebles de la sociedad vendedora, lo cual, por sí sólo, no es prueba de la colaboración de ambas sociedades en el propósito descapitalizador⁵².

2.2. Desaparición de la empresa sin culminar su liquidación

Tales comportamientos imprudentes de los liquidadores no sólo se limitan a la asunción que unos costes laborales que saben no va a poder satisfacer la sociedad a la que representan, sino al cierre paralelo de las instalaciones de la empresa sin proceder a la normal liquidación de la misma, o a solicitar, en caso de insolvencia, la declaración de concurso, comportamiento paralelo al de impago de salarios que cabe calificar de culposo⁵³, avalando así la acción judicial del trabajador frente al liquidador, con fundamento en el artículo 241 de la LSC⁵⁴, bien por créditos salariales de los nuevos empleados o de los antiguos⁵⁵.

Sobre ello, la jurisprudencia no siempre ha sido unánime, pues es preciso reparar en las concretas circunstancias que concurren en cada caso para analizar el comportamiento del liquidador y ver el grado de intencionalidad con el que se actúa, tendente al impago de futuras obligaciones salariales que se vayan devengando, actuación que se ha vislumbrado en supuestos tales como la contratación indiscriminada de trabajadores en situación de concurso voluntario, aunque luego se desista de éste, u otro tipo de pruebas de las que pudiera hacer acopio una posible inspección de trabajo, motivada por denuncia de los trabajadores, que revelen una pésima situación financiera de la sociedad mercantil en el momento de la contratación, aunque concurrieran situaciones de disolución y liquidación no inscritas en el Registro Mercantil, que demuestren que la disolución y liquidación se realiza de manera aparente y formal, nunca real con efectos frente a terceros, como el trabajador, actuaciones que suelen ir seguidas de la desaparición de la sociedad deudora del tráfico mercantil y la paralela activación de una nueva sociedad constituida por alguno de los socios de la anterior, en diferente domicilio social⁵⁶, lo que podría provocar que, además de la acción judicial contra los liquidadores por la vía del 241 de la LSC, pueda procederse también contenciosamente frente a ambas sociedades, argumentando procesalmente la existencia de una sucesión de empresas.

A sensu contrario, otras Sentencias insisten en que el mero cese de la actividad sin conocimiento de sus causas, y la desaparición de hecho de la sociedad en

⁵² STS (Sala Primera, Sección Primera) de 14 de marzo de 2008 (RJ 2008/4463).

⁵³ SAP de Tarragona (Sección 1ª), núm. 421/2017 de 30 noviembre (AC 2017/1738).

⁵⁴ SAP de Castellón (Sección Primera), de 16 de marzo de 2005 (JUR 15660).

⁵⁵ SAP de Valencia (Sección Séptima), de 10 de febrero de 1998 (AC 237).

⁵⁶ SAP de Gerona (Sección Segunda), de 25 de septiembre de 1998 (AC 199871808).

liquidación no lleva automáticamente la favorable acogida de la acción frente al liquidador, cuando no se acredita en la demanda judicial su actuación negligente, mediante su consciente actitud de dar de alta a trabajadores a sabiendas de imposible cumplimiento de sus deberes sociales de atención de deudas pendientes, previas a la liquidación⁵⁷.

.Circunstancia distinta se produce cuando el comportamiento negligente del liquidador nada tiene que ver con el resultado lesivo para el trabajador, producto de aquel incumplimiento legal, por lo que, fallando la relación de causalidad existente entre el acto de falta de diligencia y el daño, difícilmente se puede proceder contra el liquidador por la vía del artículo 241 de la LSC, a través de una demanda judicial por parte del trabajador⁵⁸, aunque aquel comportamiento imprudente sí pudiera tener trascendencia en relación a acreedores civiles, que hayan sido directamente perjudicados por su actuación.⁵⁹ . Tal es el caso de la falta de cumplimentación de determinados requerimientos administrativos para la válida entrega de la cosa vendida, como ocurre con la falta de atención de los relativos a la subsanación de deficiencias para la concesión de licencia municipal que, en caso que sea para la apertura de un negocio para el que previamente se han contratado a trabajadores, dejando insatisfechos sus salarios, sí podría entenderse producida la citada relación de causalidad, para proceder el trabajador judicialmente contra el liquidador, cuando la pasividad de éste, para regularizar las deficiencias advertidas por técnicos municipales, se ha producido de forma maliciosa y elusiva de responsabilidades⁶⁰, lo que provocaría el cierre del establecimiento y el daño , al ser imposible la generación de ingresos para pagar los salarios adeudados⁶¹.

También se entiende como negligente, y es conducta generadora de responsabilidad por daño, depurable por el trabajador, a través de la correspondiente acción judicial, la desviación de dinero de la sociedad a otra empresa propiedad del liquidador, entendiendo alguna decisión judicial que se vulnera el principio de imagen fiel que deben ofrecer las cuentas anuales⁶² y cuya distorsión sería responsabilidad

⁵⁷ SAP de Castellón (Sección Primera) de 2 de octubre de 1998 (AC 1998/2104).

⁵⁸ Por ejemplo, vicios constructivos en unas viviendas por parte de la promotora, en la STS de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1222), que facultarían el ejercicio de la acción individual a sus adquirentes de modo exclusivo, del mismo modo que la falta de entrega de un piso a cambio de otra vivienda, transmitiendo aquél a terceros en lugar de al acreedor (STS de 13-12-2004, RJ 1207/2004, Sala Primera).

⁵⁹ Así, compra de mercancías, que no se pagan al proveedor, pero que se destinan a su reventa para pagar a otros proveedores distintos a aquél en la STS de 30 de noviembre de 2001 (Sala Primera, RJ 9854).

⁶⁰ STS de 8 de noviembre de 2001 (Sala Primera, RJ 9291).

⁶¹ No obstante, los perjuicios derivados de la liquidación no pueden ser superiores al patrimonio de la sociedad liquidada. Ello implica que los salarios reclamados no podrán ser de mayor cuantía que el patrimonio social derivado de la liquidación STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 264/2011 de 18 abril. RJ/2011/4255.

⁶² SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección Cuarta) de 2 de junio de 2010 (JUR 2011/9215).

de este último, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, proceda en atención a la mencionada transferencia de fondos. También tendría relación con una desaparición de la sociedad sin una liquidación ordenada o ajustada a derecho⁶³.

Otra conducta antijurídica por parte del liquidador generadora de daño al trabajador es su dimisión unilateral al frente de la sociedad en liquidación, sin haber convocado Junta, con carácter previo, para su relevo al frente de la misma, habiéndola dejado en situación de acefalia, pues ello contravendría el deber de diligencia que debe presidir a la hora de gobernar la empresa, dejándola abandonada a su suerte⁶⁴, siendo, además, el cese inoperante a efectos de terceros⁶⁵, como el trabajador, produciéndole un daño directo a él, al no poderse dirigirse al correspondiente órgano de gobierno de la sociedad en liquidación, para regularizar las deudas que mantiene con el trabajador⁶⁶. Realmente, la sociedad no desaparece, pero sí lo hace de facto su órgano de gobierno y representación, dejándola a la deriva, en cuanto a la asunción de las obligaciones de liquidación, con cuyo producto, podría el trabajador cobrar su crédito salarial⁶⁷.

Puede ocurrir que no desaparezca la empresa objeto de liquidación pero sí los bienes que hayan sido susceptibles de embargo cautelar para el pago de los salarios de trabajador. Tal hecho, ha sido considerado por la jurisprudencia como de inobservancia de la diligencia debida del liquidador, en su condición de representante de la empresa en la que se hallan los bienes trabados, fomentando con su desaparición, por la vía del alzamiento, ocultación o cualquier otra de carácter imprudente, la imposibilidad de que el trabajador pueda cobrar la deuda con la realización de los bienes embargados, por lo que el daño se produce, siendo patente la relación de causalidad entre la acción u omisión del liquidador, contraviniendo legalmente sus deberes de diligencia, y el resultado lesivo, concretado en la imposibilidad de que el trabajador cobre su crédito salarial frente a la empresa, a través de la enajenación del patrimonio social embargado. Todo ello, sin perjuicio de que dicha actuación pueda ser considerada un delito de insolvencia punible, y de las responsabilidades en las que pueda incurrir el liquidador, en su condición de depositario de los bienes embargados por el trabajador, a las que hace referencia los artículos 627 y 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶³ Huerta Viesca, I.: La responsabilidad de los liquidadores por no liquidación en las Sociedades Anónimas, Diario La Ley, N° 7323, 2010, p. 2.

⁶⁴ Vázquez Cueto, JC.: “El nombramiento de los liquidadores de las sociedades de capital en el ámbito judicial y registral”, *Revista de derecho mercantil*, N° 298, 2015, pp. 99-146.

⁶⁵ Sánchez Calero, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, 2007, p. 537.

⁶⁶ STS de 4 de febrero de 1999 (JUR 1999/335, Sala Primera). Ibidem, Alcover Garau, G.: “Sociedad Acéfala y deberes de los Administradores”, *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 16/2001 1, p. 289

⁶⁷ López Ortega, R.: La cobertura de vacantes en el órgano de liquidación de las sociedades de capital por el cese o la separación de liquidadores, *Revista de derecho de sociedades*, N° 51, 2017, p. 225.

2.3. El incumplimiento de obligaciones contables por parte del liquidador y su incidencia en el impago de salarios

Existen sentencias, por otro lado, que califican de negligente la actuación del liquidador, previo análisis de un conjunto de actitudes y situaciones, que revelan, ciertamente, una actitud poco diligente, como la ausencia de libros de comercio oficiales, la existencia paralela de deudas salariales con los trabajadores, con la contratación paralela de más mano de obra, y el cese de actividad sin acudir a los procedimientos legales de liquidación, conjunto de situaciones que revelaría un comportamiento alejado de un ordenado comerciante ⁶⁸.

Otros comportamientos de los liquidadores han de ser analizados de forma conjunta, pues no consisten en una única acción, sino en un conjunto de ellas que revelan una actividad carente de cualquier diligencia mínimamente exigible. Consisten en supuestos en los que el liquidador gestiona la sociedad de una manera tan negligente, que crea una confusión entre el patrimonio de la sociedad y el suyo propio, con simultánea falta de presentación de las cuentas anuales en su totalidad, haciendo suya la facturación de la sociedad, llevando incluso dos contabilidades, una oficial y otra real que exhibe a su conveniencia a terceros. Estas situaciones avalarían también la exigencia de responsabilidad por daño a la que se refiere el artículo 241 de la LSC⁶⁹.

Son situaciones en las que el trabajador tiene una difícil tarea de prueba, pues tales irregularidades se ponen de manifiesto en relación a actuaciones iniciadas por la Agencia Tributaria, o por acreedores civiles mediante los oportunos requerimientos efectuados ante los tribunales ordinarios, pues no es competencia del trabajador ni de la Inspección de Trabajo descubrir las irregularidades contables de la empresa ni si la facturación de ésta va a parar a las manos particulares del liquidador, sin pasar por la tesorería de la sociedad, pues ello conllevaría una fiscalización contable, que escapa, a priori, de las capacidades del trabajador, y para lo cual debería contar con la representación de los trabajadores de la empresa, haciendo uso de las prerrogativas establecidas en el artículo 64.4.a) ET y de un estudio, por expertos, de la documentación contable de la que puedan hacer acopio, para tener un indicio sobre que el que sostener una futura acción judicial frente a liquidador.

Sin embargo, otras actuaciones de fiscalización contable que pueden ser descubiertas con facilidad por medio de la Inspección de Trabajo (bien por denuncia, bien por oficio del Juzgado de lo Social, a instancias, en ambos casos, del trabajador) no encajan en la exigencia de relación de causalidad incumplimiento-daño previsto en el artículo 236 de la LSC, achacable a los liquidadores. Se trataría, como práctica habitual, de la mera falta de presentación de cuentas anuales, o de su

⁶⁸ SAP de Alicante de 26 de julio de 1994 (AC 1994/1255).

⁶⁹ SAP de Asturias (Sección Quinta) de 16 de julio del 2002 (JUR 2002/253.189).

efectiva formulación y posterior presentación, pero conteniendo irregularidades en ellas, bien mediante existencia de operaciones no contabilizadas o con resultados distintos de los recogidos en las mismas, algo que la Inspección de Trabajo suele detectar contrastando la cuenta de pérdidas y ganancias depositada en el Registro Mercantil con la declarada a la Agencia Tributaria en impuesto de sociedades, existiendo opiniones judiciales contrarias a declarar la responsabilidad por daño explicitada en el artículo 241 de la LSC, al no haber relación aparente entre las irregularidades contables y la falta de pago de los salarios al trabajador al trabajador⁷⁰.

A propósito de la falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, como otro comportamiento antijurídico de los liquidadores que soslayaría el artículo 279 de la LSC, se cuestiona si tal omisión puede ser generadora de daño al trabajador. En este sentido, la LSC establece en su artículo 225 y 226 que los administradores (y por extensión del art. 375.2 LSC, los liquidadores) desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal; igualmente, en su artículo 236, que los mismos responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, entre los que se encuentra el trabajador con salario impagado, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. A su vez, prevé en su artículo 241 la acción individual de responsabilidad a favor de los terceros, como el trabajador, por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses, y se trata de vislumbrar si la falta de presentación de aquellas cuentas anuales, al margen de la responsabilidad administrativa frente al ICAC, establecida en el artículo 283 LSC, tiene algún grado de relación con el impago de salarios.

Es cierto que la jurisprudencia ha declarado que la calificación de la acción u omisión del liquidador como culpable o negligente es cuestión de derecho y, por tanto, revisable en cualquier instancia jurisdiccional⁷¹ en la que se plantee una acción judicial del trabajador en su contra. Ahora bien, por el contrario, la determinación del concreto comportamiento antijurídico que se achaca al liquidador es cuestión de hecho⁷² y, en consecuencia, ha de ser objeto de alegación y de prueba en las actuaciones judiciales del trabajador, sin perjuicio de su posterior revisión jurisdiccional si existen errores en tal apreciación.

Así, en lo que concierne a la falta de presentación de cuentas anuales en el Registro Mercantil y la insuficiencia de patrimonio social, son datos que, constatados como tales en demanda inicial frente a liquidador resultan insuficientes para fundamentar dicha responsabilidad y, en particular, la inexistente relación de

⁷⁰ SAP de Jaén de 8 de febrero de 2010 (JUR 2010 185.792).

⁷¹ STS 9 julio 1999 (Sala Primera, RJ 1999, 5967).

⁷² Juste Mencía, J e Igartúa Arregui, F.: “Deberes de los Administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”. *Revista de Derecho de Sociedades* num. 24/2005, p. 83.

causalidad entre una posible actuación del liquidador y el daño sufrido (impago al trabajador de los salarios) ⁷³.

De este modo, en los supuestos de acción judicial por impago de salarios, los liquidadores, efectivamente, pueden incurrir en responsabilidades, pero para ello es preciso, en el marco de la responsabilidad por daño al trabajador, como uno de los acreedores del artículo 241 LSC, que la obligación de pago, a final de mes, no hubiera coincidido, por ejemplo, con una situación de dificultades económicas de la sociedad, lo que entra en el ámbito de la normalidad comercial, sino más bien de crisis irreversible con acreditada falta de capital, lo que debe probarse en la vista oral correspondiente, así como la concurrencia de conocimiento suficientemente por los liquidadores de que la sociedad atravesaba, en su caso, por una fase de grave endeudamiento y descapitalización y no obstante llevan a cabo actividades laborales con los trabajadores de plantilla, conscientes de que no pueden hacer frente a las obligaciones salariales, sin adoptar medidas de saneamiento y reestructuración empresarial tales como suspensiones o despidos colectivos, movilidad, modificación de condiciones de trabajo o solicitud de aplazamientos en el pago de las cuotas, es decir, actuaciones que eliminen cualquier pensamiento de comportamiento negligente o desleal ⁷⁴. Además, el artículo 236 LSC no establece de modo automático que la responsabilidad de los liquidadores procede cuando la marcha de la sociedad no es próspera y se descapitaliza, y sí la favorece respecto a las actividades antijurídicas, o de inadecuada liquidación que puedan imputárseles en la fase final de la vida empresarial⁷⁵.

De este modo, la falta de presentación de las cuentas anuales al Registro Mercantil, tiene difícil prosperabilidad a favor del trabajador frente al liquidador incumplidor de esta obligación, pues si bien es cierto que la falta de depósito de cuentas anuales es una omisión a él reprochable porque supone desatender una obligación legal, no es menos cierto que dicha falta de diligencia no guarda relación alguna con el impago de salarios al trabajador⁷⁶, de tal manera que la desatención en el pago se podía haber producido igualmente aunque las cuentas hubieran sido depositadas puntualmente en el Registro Mercantil, pues tal exhibición pública sirve a los acreedores, como el trabajador, para saber la marcha de la empresa y traficar mercantilmente con ella si es de su interés, pero el trabajador, como acreedor societario, no está en disposición de escoger si tiene relaciones jurídicas con la sociedad, porque el pago del salario es una obligación legal consagrada en el artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores, que ha de cumplirse al margen de la

⁷³ En otros posicionamientos judiciales, tales irregularidades contables deben ir ligados a una liquidación anárquica. SAP Ourense (Sección 1ª), sentencia núm. 313/2017 de 1 septiembre. (AC 2017/1257).

⁷⁴ STS de 16 de febrero de 2004 (Sala Primera, RJ 2004, 648).

⁷⁵ STS de 7 de diciembre 2004. (Sala Primera, RJ 2004, 7914).

⁷⁶ STS de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006/3052); SAP de Tarragona (Sección Tercera) 11 de marzo 2005 (JUR 2005/170.189); SAP de Alicante (Sección Octava) de 22 de septiembre del 2011 (JUR

presentación o no de las cuentas anuales, si bien alguna sentencia insólita destaca que la falta de presentación de cuentas anuales supone un indicio gravísimo de fraude porque sitúa a la sociedad en el ámbito de la opacidad financiera frente a terceros, y condena al liquidador por la vía del artículo 241 de la LSC⁷⁷ pero, la verdad es que esa posible opacidad financiera no guarda relación con el impago al acreedor que, al margen del trabajador, es libre de elegir a su deudor, a sabiendas de que no ha presentado éste las cuentas anuales⁷⁸.

Por otro lado, tampoco guardaría relación de causalidad con el impago de salarios la obligación legal de formulación y llevanza de contabilidad oficial y, al igual que las cuentas anuales, tampoco su legalización en el Registro Mercantil (artículo 27 del CCom), a pesar de que, de conformidad con el artículo 25 y 28 del CCom, las sociedades, en su condición de empresarios, están obligadas a confeccionar un libro diario y otro de inventario y cuentas anuales, conteniendo, este último, el balance de sumas y saldos, que es un documento contable de indudable utilidad para cualquier prueba contable solicitada por el trabajador, al objeto de comprobar la situación económica de la empresa en un momento dado, actitud antijurídica de los liquidadores que tampoco acarrearía, a mi juicio, por sí sola, la responsabilidad prevenida en el artículo 241 de la LSC⁷⁹.

Excepcionalmente, han venido admitiéndose, como incardinables en la responsabilidad por daño prevista el artículo 241 de la LSC, los supuestos en los que aun habiéndose presentado las cuentas anuales, las mismas contienen pasivos ocultos, al no incluir en el balance de situación de dichas cuentas anuales algunos de ellos, así como ausencia de documentación contable y discordancias entre las cuentas presentadas y las declaraciones de impuestos, cuando existe relación de causalidad entre el pasivo ocultado y la declaración de la sociedad en concurso⁸⁰,

2012/8187); SAP de Toledo (Sección segunda) de 1 de septiembre del 2006 (2006/279535); SAP de Madrid (Sección 28) de 13 de noviembre 2009 (JUR 2010/70.998); SAP de Gerona (Sección Primera) de 23 de febrero de 2006 (JUR 2006/249997). En contra, admitiendo, erróneamente a mi juicio, la prosperabilidad de la acción del artículo 241 LSC, ante la falta de presentación de las cuentas anuales al Registro Mercantil, con paralelo cierre provisional de la hoja registral, Vid; SAP de Valencia (Sección Novena) de 4 de marzo del 2010 (JUR 2010/221963); también SAP de Jaén (Sección Tercera) de 14 de junio del 2005 (JUR 2005/233.845) y SAP de Madrid (Sección Décima) de 13 de mayo de 2004 (JUR 2004/246405).

⁷⁷ Como razona la SAP de Madrid (Sección 14) de 21 de octubre del 2004 (JUR 2004/297965).

⁷⁸ Salvo que dicha opacidad financiera pudiera perjudicar a un socio, en cuyo caso sí podría accionar éste último frente al liquidador, si tal comisión le ha generado un perjuicio, tal y como precisó la SAP de Sevilla (Sección Segunda) del 10 de septiembre del 2008 (JUR 2009/54585).

⁷⁹ Salvo que la omisión de estas obligaciones contables vayan acompañadas de pagos y cobros sin constancia alguna del orden seguido para aquellos, o del destino del dinero obtenido, sorteando así las obligaciones salariales preferentes. SAP Ourense (Sección 1ª), sentencia núm. 313/2017 de 1 septiembre. AC 2017\1257.

⁸⁰ Rodríguez Achútegui, E.: "Los liquidadores ante el concurso", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6/2009, p. 33.

que ha posibilitado, en su caso, que el trabajador no cobre sus salarios⁸¹. No obstante, la prueba judicial que ha de desplegarse contra el liquidador, sobre la base de los incumplimientos reseñados se antoja complicada.

También es cierto que la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de excluir la responsabilidad de los liquidadores en supuestos de desequilibrio patrimonial cuando por los mismos se adoptaron medidas para restablecer la sintonía entre el patrimonio contable y el capital social, o reflotar la empresa, sin que el simple hecho de resultar las mismas infructuosas sea razón suficiente para declarar su responsabilidad⁸². Pero, en el caso de resultado negativo, los Tribunales han venido exigiendo, para poder exonerarla, la demostración de una acción significativa para evitar el daño⁸³.

3. CONCLUSIONES

La posibilidad de desaparición empresarial sin haber culminado ordenadamente la liquidación de una sociedad de capital provoca, en la práctica, la imposibilidad de cobro de los salarios e indemnizaciones pendientes en favor del trabajador, por la segura insolvencia de la sociedad en liquidación.

El recurso al FOGASA plantea, como primer problema, la acreditación de la insolvencia empresarial y, tras ello, la limitación legal del artículo 33 ET en las cuantías salariales e indemnizatorias, en ocasiones, muy por debajo del crédito detentado por el trabajador frente a la empleadora.

Se hace necesario buscar responsables del pago de las deudas pendientes con acreedores sociales, como el trabajador, al margen del ente empresarial deudor, obteniendo como ventaja la posibilidad de cobrar la totalidad de lo adeudado y el consiguiente ahorro de los caudales públicos en manos del citado Organismo Autónomo. Tal derivación puede hacerse a cargo del liquidador de la sociedad de capital deudora, en su condición de último representante legal de esta, y a quien incumben los deberes de diligencia necesarios para proceder al cobro de las deudas y al pago de los créditos pendientes, de un modo ordenado y observando las preferencias en la satisfacción de créditos privilegiados como el salarial.

Del resultado de la línea de investigación seguida en el presente trabajo se extrae como obstáculo a la derivación pretendida la competencia objetiva que

⁸¹ STS de 14 de octubre 2010 (Sala Primera, RJ 2010/8866). No obstante, no es aplicable el artículo 241 LSC ante meras irregularidades contables que no guarden relación con el daño infligido al patrimonio del trabajador. SAP Barcelona (Sec. 15ª) de 22 de marzo de 2013 (AC 2013/960).

⁸² SSTs de 20 de julio de 2.001 (RJ 2001, 6865) y 4 de febrero de 2.009 (RJ 2009, 1364, Sala Primera).

⁸³ SSTs 28 de abril de 2006, 20 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6059), 1 de junio de 2009 (RJ 2009, 4315), entre otras.

tienen los Tribunales de Primera Instancia civiles y mercantiles, en detrimento de la Jurisdicción Social, en donde se exige una postulación y representación que hace que las costas procesales y las formalidades procedimentales a observar en tales juicios declarativos supongan un importante reparo disuasorio a la acción del trabajador. Conveniente sería, por lo tanto, la reforma legal que acogiera la vis atractiva de los Juzgados de lo Social, cuando han de reclamarse salarios e indemnizaciones cuyo origen fuera una relación laboral, en cualquier caso, con independencia del sujeto responsable y de la rama del ordenamiento jurídico a aplicar para su determinación.

Otro problema que se extrae de este estudio es la prueba desplegada por el trabajador en torno a acreditar la relación de causalidad entre la acción u omisión antijurídica o indiligente del liquidador y el daño a quien acciona, consistente en el impago salarial derivado de aquella. Se trata de demostrar la lesión de dicho derecho de crédito derivado del comportamiento del liquidador, algo que también se antoja complejo en algunas ocasiones y que avalaría un perfeccionamiento de normas sustantivas tendentes a apostar por la responsabilidad objetiva del liquidador frente al trabajador, cuando sus salarios e indemnizaciones no se abonan con la preferencia legal debida frente a otros créditos de la sociedad en liquidación. Versaría dicho cambio legal propuesto en la extensión de la responsabilidad objetiva a la que hace referencia el artículo 367 de la LSC al liquidador, ante tales inobservancias, sin necesidad de acreditar relación de causalidad entre incumplimiento y daño.

Todo ello, se hace sin perjuicio de una averiguación preliminar del patrimonio del liquidador, por parte del trabajador demandante, al objeto de determinar su solvencia económica que garantice la responsabilidad demandada. En caso contrario, no habrá más opción que acudir al resarcimiento parcial del FOGASA.

LA NUEVA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

EDURNE TERRADILLOS ORMAETXEA*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

EXTRACTO **Palabras Clave:** Contrato de interinidad, Administración Pública, proporcionalidad

El presente trabajo se enfoca a analizar la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en origen construida en torno a la posible vulneración del principio de no discriminación en materia de contratación laboral temporal en el sector público. Los vaivenes de la mencionada doctrina jurisprudencial justifican con creces la atención deparada a esta temática. El análisis echa en falta que el Tribunal se pregunte –sin perjuicio de que luego emplace a los tribunales internos a que adopten una decisión- por la razón completa que justifica la diferente indemnización prevista en los contratos indefinidos y en los contratos temporales de interinidad. Efectivamente, el TJUE explora esa razón en clave objetiva, formal y lineal, apelando a la distinta finalidad de una y otra indemnización, pero declina hacerlo valorando su utilidad en clave proporcional. Este trabajo emplaza al legislador español a actuar en materia de contratación temporal ya que son tantas las veces que ese Tribunal invoca la actuación del juez nacional, que la seguridad jurídica reclama una inminente actuación legislativa. Prueba de ello son los distintos fallos que se constatan en sede de los Tribunales Superiores de Justicia españoles. La última sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019, con voto particular, no anula las dudas respecto de si los principios que alumbran la regulación europea son asumidos por nuestro Alto Tribunal.

ABSTRACT **Key words:** interim contract, Public Administration, proportionality

The present work focuses on analyzing the recent doctrine of the Court of Justice of the European Union (CJEU), originally built around the possible violation of the principle of non-discrimination in the matter of temporary employment contracts in the public sector. The ups and downs of the aforementioned jurisprudential doctrine more than justify the attention given to this topic. The analysis lacks the fact that the Court asks - without prejudice to the fact that it then asks the domestic courts to adopt a decision - for the complete reason that justifies the different compensation provided for in permanent contracts and temporary interim contracts. In effect, the CJEU explores this reason in an objective, formal and linear manner, appealing to the different purpose of one and the other compensation, but declines to do so by assessing its utility in a proportional manner. This paper calls on the Spanish legislator to act on temporary hiring because there are so many times that the Court invokes the action of the national judge, that legal security demands an imminent legislative action. Proof of this are the various judgments found in the different levels of Spanish Courts of Justice. “The Supreme Court’s final judgment of January 13, 2019, with a private vote, does not cancel doubts as to whether the principles that enlighten European regulation are assumed by our High Court.”

* Proyecto de Investigación Coordinado MINECO (DER2017-83488-CU-4-R). AEI/CEDER. UE. Grupo UPV/EHU (GIU17/059).

ÍNDICE:

1. EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA DEL TJUE
 - 1.1. El Asunto Grupo Norte Facility
 - 1.2. El Asunto Montero Mateos
 - 1.3. El Asunto De Diego Porras
2. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE CONTRATOS INTERINOS SUSCRITOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE ESPAÑA
3. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”
 - 3.1. Una reforma legislativa que incorpore la duración inusualmente larga del contrato
 - 3.2. Una reforma legislativa que concilie nuestro ordenamiento jurídico con la cláusula 4 del Acuerdo marco
 - 3.3. Una reforma legislativa que observe medidas suficientes de prevención y sanción del “abuso de derecho”

1. EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA DEL TJUE

Tras las “sísmicas”¹ sentencias de 2016 sobre la indemnización correspondiente a los contratos temporales que comenzaron con el Asunto De Diego Porras I², los ríos de tinta que han surcado los campos doctrinales no han dejado de crecer. La doctrina De Diego Porras I instauró la equiparación entre la indemnización por la extinción del contrato de trabajo temporal a término y la del contrato indefinido en supuestos de despido por causas objetivas. Los tres fundamentos jurídicos que sustentaron esa doctrina fueron los siguientes: que la indemnización es una condición de trabajo, que en los casos de autos existía una diferencia de trato respecto de la indemnización contraria a la interdicción de discriminación entre trabajadores fijos y trabajadores temporales que predica la Cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Acuerdo marco)³, y que las razones objetivas que existían “por sí solas” no eran suficientes para justificar ese trato diferente. El amplísimo impacto que la tríada de sentencias ha tenido entre los Juzgados de lo social y TSJ españoles tampoco se ha quedado a la zaga⁴; como también se augura

¹ Beltrán de Heredia, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” <https://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/>

² STJUE 14 septiembre 2016 (C-596/15).

³ Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. DOCE L 175/43.

⁴ Véase Beltrán de Heredia, I. <https://ignasibeltran.com/2018/06/12/diego-porras-vs-monte-ro-mateos-grupo-norte-facility-ponencia/>

una altísima repercusión del último pronunciamiento del TS, de marzo de 2019 (Rec. 3970/2016).

La doctrina científica, en general, se ha mostrado bastante crítica respecto de la actuación de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales de suplicación ya que “la argumentación de la STJUE de 14 de septiembre 2016 dista mucho de ser precisa desde el punto de vista de técnica jurídica. El tribunal europeo incurre en una confusión entre las causas objetivas que justifican el despido objetivo del artículo 53 ET [...] y las circunstancias, objetivas también, que justifican la contratación temporal”⁵. La última STJUE de 21 de noviembre de 2018, conocida ya como De Diego Porras II, resuelve esta cuestión al declarar que “la finalización del contrato de interinidad de la Sra. De Diego Porras, debido a la reincorporación de la trabajadora sustituida, se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores” (apdo. 70).

Esa crítica se ha extendido también a la denuncia de vulneración del principio que prohíbe la eficacia horizontal de las directivas, dado que las sentencias del TJUE se pronunciaron en el marco de supuestos de hecho de contratación en el sector público y se han aplicado al sector privado⁶.

En otra línea crítica, Molina Navarrete calificó de acto de rebeldía la actuación de los tribunales menores frente al Tribunal Supremo, que no tendría la última palabra en este tema, así como una desconfianza certera ante el TC, quien pudiera haber resuelto la discusión al amparo del art. 14 CE⁷.

⁵ De la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina “de Diego Porras”, o de cómo, en ocasiones, “el sueño de la tutela multinivel produce monstruos”, *Revista de Información Laboral* n.º 7, 2018, *BIB 2018/11077*, apdo. IV. Tacha la misma autora de “sobreinterpretación” de la sentencia De Diego Porras, “aplicando la misma ... a supuestos que excedían de su inicial ámbito de aplicación, reducido a los contratos de interinidad en el ámbito de las Administraciones Públicas o, como mucho, a la contratación temporal por éstas”, apuntando incluso a una posible transgresión del principio de congruencia y del principio de defensa.

Las conclusiones provisionales del Grupo de Expertos sobre la STJUE 14.9.2016, Caso de Diego Porras, coincidieron en la confusión del TJUE entre razones objetivas de finalización de los contratos de duración determinada y la causa objetiva del art. 52 c) ET. Disponible en: <https://www.ceoe.es/es/contenido/actualidad/noticias/banez-recibe-el-informe-de-expertos-sobre-la-indemnizacion-de-los-contratos-de-interinidad-y-lo-remite-a-la-mesa-del-dialogo-social-para-la-agenda-integral-por-la-calidad-en-el-empleo>

⁶ De la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina “de Diego Porras”, *op. cit.*, apdo. III, lo que, al parecer de la autora, ha llevado a algunos TSJ a añadir al argumento de la interpretación conforme el principio de tutela antidiscriminatoria a las empresas privadas, principio que derivaría del art. 21 d) la Carta de Derechos Fundamentales de la UE; aunque “se pasa por alto, sin embargo, la circunstancia de que la temporalidad del contrato no aparece específicamente mencionada en dicho precepto entre las causas específicas de discriminación que enumera tras la genérica prohibición de “toda discriminación”. Por su parte, Boltaina Bosch, X., “Función pública. Trabajadores y funcionarios interinos vinculados a la cobertura de la plaza: totum revolutum sobre el derecho a indemnización”, *BIB 2018/11284*, cita, en esa línea equivocada, las STSJ PV 15-11—2016, que reitera 22-11-2016 / aplicación a contratos diferentes a los interinos: STSJ Galicia 30-11-2016 o Andalucía/Sevilla 5-7-2017.

⁷ Molina Navarrete, C., “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: preguntas, respuestas... y nuevas preguntas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º. 404, 2016, p. 181.

Como señala el auto del Tribunal Supremo de 25 octubre 2017⁸, la diferencia de trato debería haberse examinado entre los contratos temporales y el contrato de interinidad, también temporal: “no puede obviarse la extrañeza o perplejidad que puede causar el hecho de que, frente al resto de contratos temporales, el de interinidad no tenga prevista ninguna indemnización por extinción. Diferencia de trato que, sin duda, explica la aceptación por el legislador de que el fraude en la contratación temporal se concentra en las demás modalidades de contratación temporal, por no mencionar la plena conciencia del uso amplísimo de esta modalidad contractual en las Administraciones Públicas”⁹.

Recientemente se ha publicado la sentencia del TJUE “De Diego Porras II”¹⁰, que ha provocado otra vuelta de tuerca a la doctrina que empezó a cambiar con la sentencia Grupo Norte Facility aunque el cambio de doctrina se haga pasar como una evolución natural de la posición del Tribunal, con la inseguridad jurídica que conlleva esta práctica, cada vez más frecuente¹¹ o apuntándose, en la más reciente STS 13 de enero de 2019, que la STJUE De Diego Porras I partía de la redacción confusa de la cuestión prejudicial del tribunal remitente.

1.1. El Asunto Grupo Norte Facility

La STJUE del Asunto Grupo Norte Facility tiene su origen en unos hechos que se sustanciaron en el sector público y que dieron lugar a la presente sentencia¹².

La cuestión prejudicial fue elevada al TJUE por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia. Como hechos probados figuran que se celebró un contrato de relevo (12.6 ET) para prestar servicios con el recurrente que trabajó como peón de limpieza para sustituir a su madre, quien había accedido a la situación de jubilación parcial (reducción 75% de jornada y salario). Las partes acordaron

⁸ RJ/2017/4698.

⁹ De la Puebla Pinilla, A., “Principio y fin de la doctrina “de Diego Porras”, *op. cit.*, apdo. III.

¹⁰ STJUE 21 de noviembre de 2018, C 619/17.

¹¹ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ¿punto y final a la doctrina Porras? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, n. 46, 2018, p. 78. Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a las SSTJUE 5 de junio 2018: Caso Lucía Montero Mateos (Asunto C-677/16) y caso Grupo Norte Facility, SA (Asunto C-574/16)”, *Revista de Información Laboral*, n. 6, 2018, p. 99, critica que el cambio de doctrina no se motive específicamente.

¹² STJUE 5 junio 2018 (C-677/16). Deben tenerse también en consideración las Conclusiones de la Abogada General, 20 diciembre 2017 (C-574/16). Sobre esta cuestión, ampliamente, Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción del contrato de interinidad. Cambio de doctrina del Tribunal de Justicia Europeo”, *Temas Laborales* n.º 144, 2018, p. 191, quien opina que es más acorde con el Acuerdo Marco la decisión del TJ, en el sentido de aplicar el requisito de comparabilidad al tipo de trabajo desempeñado tenido en cuenta su cualificación; y no la postura de la Abogada General, quien realiza la comparación entre institucionales jurídico-laborales, como la indemnización por extinción del contrato de trabajo.

que el contrato finalizaría en la fecha en la que se produjo la jubilación total de la madre. El trabajador interpuso demanda por despido improcedente ante el Juzgado de lo social de Pontevedra que lo calificó, efectivamente, de improcedente. El TSJ Galicia elevó cuestión prejudicial ante el TJUE.

El TSJ planteó sus dudas ante el Tribunal de la UE en base a tres cuestiones: ¿existe una equiparación de la indemnización en supuestos de extinción de contratos temporales y en los casos de despido objetivo? La diferencia existente en el Derecho español en función de la duración temporal o indefinida del contrato, ¿constituye una diferencia de trato prohibida por el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE? Y la última, ¿los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también una indemnización más baja en comparación con la del despido objetivo?

Respecto del Derecho de la UE, el TJUE se dedicó a contrastar la cláusula 4, apdo. 1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 marzo 1999, los arts. 20 y 21 Carta Derechos Fundamentales de la UE y el Derecho español, concretamente, los art. 12, apdo. 6 y 7 ET, relativos a la jubilación parcial y al contrato de relevo; el art. 15.1 ET, referente a las causas de la contratación temporal; el art. 15.6 ET que postula los mismos derechos para los trabajadores con contratos temporales y los trabajadores con contratos indefinidos, con las sabidas excepciones; el art. 49.1 ET, concerniente a la extinción del contrato, el art. 52 ET, en materia de extinción en caso de existencia de “causas objetivas” y, finalmente, el art. 53.1 b) ET, acerca de la indemnización en caso de despido objetivo.

Es especialmente revelador el apdo. 38 de la sentencia en cuanto recuerda, citando su propia jurisprudencia, que el Acuerdo marco (cláusula 4) recoge un principio de Derecho social de la UE que no puede ser interpretado de manera restrictiva. Como en el caso De Diego Porras, el TJUE determina que la indemnización entra en la noción de “condiciones de trabajo” (apdo. 41 y ss). El Tribunal, en esa tarea de explorar si el trabajo que desempeñaban sendos trabajadores (jubilada parcial y relevista) son comparables, sostiene incluso que sí ya que ninguno de los dos requería formación alguna a fin de prestar los servicios en la empresa (apdo. 46 y ss).

El siguiente paso de comparación entre ambas situaciones era más difícil de establecer, en tanto que había que encontrar la razón objetiva que justificara la diferencia de trato en sede indemnizatoria. Y en este punto, el TJ no acepta cualquier motivo, sino que exige “razones transparentes” como por ejemplo –y esto es importante porque la justificación aportada por el gobierno español se modifica en comparación con la esgrimida en la sentencia De Diego Porras¹³– un objetivo legítimo de política social (apdo. 52): conseguir un alto índice de empleo, pongamos por caso.

¹³ Relacionando las críticas y reprimendas que desde España se dirigieron contra la doctrina De Diego Porras I, con la actual actuación del TJUE a acoger por completo las tesis del Gobierno

Respaldándose en los argumentos del Gobierno español, que, como acabamos de apuntar, mudan y son más sustanciosos en comparación con los expuestos en el caso De Diego Porras¹⁴, el TJUE en primer lugar recupera su propia jurisprudencia, y recuerda que las razones objetivas que avalan una diferencia de trato deben venir justificadas por la existencia de elementos precisos y concretos “a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto” (apdo. 54). De ahí que a continuación atiende a la distinta finalidad de sendas indemnizaciones: por una parte, en el caso de la indemnización de los contratos temporales, aquella descansaría en prevenir el empleo temporal excesivo y reforzar la estabilidad en el empleo; y, en el caso de los contratos indefinidos, se trataría de compensar la frustración de las expectativas legítimas de un trabajador respecto de la continuidad de la relación laboral. Para el TJ, esta comparación asimétrica no puede dar lugar sino a la conclusión (apdo. 56) de que el contexto de la finalización de un contrato de relevo y un contrato indefinido es distinto.

Por esta razón no se atiende a la tercera y última cuestión prejudicial, que indaga acerca de si los objetivos de política social que legitimaron la creación de la modalidad contractual de relevo, justifican también una indemnización inexistente en comparación con la del despido objetivo. La Abogada General, al haber entendido que los casos de la jubilación parcial y el relevista no atendían a situaciones comparables, respondió a la segunda cuestión “firmando que la diferencia de trato indemnizatorio en la extinción de un contrato de relevo de duración determinada o indefinida se justificaría por las razones de política social propias del contrato de relevo, el facilitar la integración en el mercado laboral y consolidar la financiación de la Seguridad Social española “unos objetivos legítimos de política social”, dado que la figura sería “considerablemente menos atractiva” si no se aceptara la posibilidad de un contrato de relevo de duración determinada”¹⁵. Estamos de acuerdo con el fallo de esta sentencia, al no parecer que existieran abusos en la situación de origen, aunque nos parece que el TJ debería haber recalado en el principio de política social que ampara los contratos de relevo de duración determinada: el hecho de tratarse de situaciones comparables, al contrario de lo que entendió la Abogada General, no exoneraría al TJ de realizar ese análisis en clave de proporcionalidad, dado que la desigualdad entre situaciones comparables exige preguntarse por su justificación—véase su propia jurisprudencia (apdo. 54, ya citado).

español, aunque refiriéndose a e otras sentencias del Tribunal europeo, véanse Monereo, J.L./Ortega Lozano, P.G., “La doctrina europea de la “no” discriminación de los empleados públicos temporales: ¿readmisión o indemnización en despidos ilegales”, *Revista de Información Laboral* n. 9, 2018, p. 29.

¹⁴ Véase el apdo. 50 de la STJUE citada.

¹⁵ Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación de la doctrina de *Diego Porras* sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales. Editorial*, nº 6, 2018, p. 574.

1.2. El Asunto Montero Mateos

La cuestión prejudicial fue elevada al TJUE por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, lo que motivó el pronunciamiento del TJUE de 5 junio 2018 (C-576/16)¹⁶. Este caso es bien distinto al del asunto Grupo Norte, ya que se trataba de la extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante en el sector público, que había comenzado en marzo 2007, con fecha de finalización en septiembre de 2016. La trabajadora había prestado servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de Agencia Madrileña de Atención Social de la Conserjería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Juzgado de lo Social interrumpió el procedimiento dado que entendió que existía una razón objetiva vinculada a la organización de la empresa, no imputable a la trabajadora, y que explicaría que ésta tenía derecho a que se le concediera la indemnización del 53 ET; con el argumento adicional de que el fin del contrato supuso un perjuicio para la trabajadora.

Al igual que en el caso Grupo Norte Facility, el Juzgado interpela al Tribunal UE sobre la no equiparación de la indemnización en supuestos de extinción de contratos temporales y en supuestos de despido objetivo, y por ello pregunta si tal diferencia existente en el Derecho español constituye una diferencia de trato prohibida por el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, en concreto por su Cláusula 4, apartado 1.

Huelga detallar qué preceptos del Derecho de la UE en cuestión fueron analizados, así como su debido contraste con el ordenamiento jurídico español, sin perjuicio de que en este caso estaríamos ante un contrato de interinidad, por lo que no procede la invocación de las normas jurídicas relativas a la contratación a tiempo parcial. En esta sentencia, no obstante, se presta también atención al RD 2720/1998, especialmente a los arts. 4.2 (identificación factores) y 8 (causas de extinción).

Tras examinar que dado que el contrato de trabajo de la Sra. Montero Mateos preveía que este finalizaría cuando adviniera un acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación con carácter definitivo a un tercero tras un proceso selectivo del puesto que ella ocupaba temporalmente, el TJUE considera que esta Sra. tiene la condición de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 3, apdo. 1 del Acuerdo marco (apdo. 43); y sin perjuicio de la orientación que suministrará después al juzgado remitente, en el célebre apdo. 64 de la sentencia¹⁷.

Posteriormente, como en la anterior sentencia (Grupo Norte Facility), el TJUE comienza el examen comparativo declarando que nos encontramos ante una indem-

¹⁶ De nuevo, repárese también en las Conclusiones AG, 20 diciembre 2017 (C-677/16).

¹⁷ Véase más abajo.

nización que debe ser entendida como condición de trabajo (apdo. 48). Asimismo, señala que la situación de la trabajadora interina es perfectamente comparable con la de un trabajador fijo (apdo. 52 y ss). Al contrario de lo que hiciera la Abogada General, para quien esa diferencia de trato serviría para descartar que estemos ante situaciones comparables, al TJ le interesa aquélla para considerar que se trata de una circunstancia objetiva habilitante del trato distinto, “a pesar de que es una causa que a duras penas cabe reconducir a los planteamientos generales que el TJUE viene haciendo sobre el particular”¹⁸. Al preguntarse si además existe una razón objetiva que dé amparo a dicha diferencia, constatada en la indemnización, el Tribunal, a diferencia del razonamiento operado en el caso Grupo Norte Facility, aunque como también lo hizo el TJUE de De Diego Porras I, pone en duda si esa diferencia de trato responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto –poniendo como ejemplo un objetivo legítimo de política social (apdo. 55). Sin perjuicio de que el TJ haga suyos los argumentos del Gobierno español en el sentido, ya analizado en la anterior sentencia de Grupo Norte, de que existen diferentes razones que justifican la extinción de un contrato de trabajo indefinido y temporal, y que en el caso de los contratos temporales la causa está prevista, mientras que en los indefinidos, no lo está, con todo para el TJUE “En el caso de autos, la Sra. M.M. no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo” (apdo. 64).

Ciertamente sorprende el tenor de este apartado cuando hemos hecho hincapié en que en la misma sentencia, el Tribunal califica el contrato como de duración determinada. Si el análisis del TJUE se ha efectuado partiendo de esta premisa (compruébense, de nuevo, los apdo. 43 y ss de la misma), y como se puede observar, se apunta más tarde a la conclusión contraria, aunque la decisión última le corresponda tomar al juzgado remitente, la lógica de la sentencia parece difícil de entender. La reciente sentencia del caso de De Diego Porras II, de 21 de noviembre, que se pregunta sobre la posible falta de medidas efectivas para combatir el abuso de derecho en el campo de los contratos de interinidad¹⁹ al hilo de las cuestiones

¹⁸ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 79. En ese mismo sentido, Preciado Domènech, C.H., “Comentario de urgencia a las SSTJUE 5 de junio 2018...”, *op. cit.*, pp. 100 y 104.

¹⁹ Además, con Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 572, la Sentencia Montero Mateos ha añadido una reserva que suscita dudas y que crea inseguridad jurídica al introducir esos dos factores a los que se ha hecho referencia. Para el autor “esa recalificación no la impone el Acuerdo marco, es una de las opciones de su cláusula 5 de contratos temporales, que no ha tenido lugar en este

prejudiciales elevadas por el Auto del TS, puede ser útil a efectos de entender qué ha ocurrido desde De Diego Porras I a II²⁰.

Los pronunciamientos del TJUE han sido recibidos por la doctrina²¹ como un inicio de cambio respecto de la doctrina instaurada por la sentencia De Diego Porras I, como el comienzo de una saga de sentencias de nuestros tribunales, pero también del TJUE, que no va a tener un fin a corto plazo (son muchas las cuestiones prejudiciales pendientes de resolver). No obstante, la doctrina jurisprudencial introducida por la sentencia Grupo Norte no es tan nueva. La doctrina²², haciéndose eco de la STJUE Regojo Dans²³, observó que “la Directiva [contratos de duración determinada] es contraria a la posibilidad de que una normativa nacional autorice [...], la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para cubrir plazas vacantes, sin indicar plazos concretos para la conclusión de estos procesos selectivos y excluyendo toda posibilidad para este personal de obtener la indemnización del perjuicio sufrido, en su caso, como consecuencia de tal renovación”.

Ahora bien, la recepción de una sentencia como la Montero Mateos, que introduce dos factores jurídicos indeterminados para decidir sobre la naturaleza fija o no fija del contrato, así como la decisión por parte del juez nacional en torno a la indemnización que a uno u otro le corresponde en atención al Derecho nacional, no ha provocado sino que aquélla sea desigual; por no mencionar las sesudas interpretaciones hermenéuticas que está conllevando por parte de estos mismos tribunales nacionales y que analizaremos más adelante. Pero veamos a continuación en qué términos se pronuncia la reciente sentencia De Diego Porras II.

caso, ni está prevista en el art. 15 ET, no alcanzándoles la presunción de su apartado 3, en cuanto no se ha plantado [*sic*] que hubiera en el caso un fraude de ley”. Preconizando también que el TJUE optara por la vía de condicionar este asunto desde la cláusula 5 de la Directiva, Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 83.

²⁰ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 81, advirtió ya una suerte de “tránsito” desde la temporalidad lícita de la sentencia de Diego Porras I, a la ilícita de la sentencia Montero Mateos.

²¹ Rojo Torrecilla, “Montero Mateos y Grupo Norte, punto final o “nuevos capítulos de un largo serial”?? <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/06/tjue-sentencias-lucia-montero-mateos-y.html>. En el mismo sentido, Beltrán de Heredia, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” <https://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/> para quien “En todo caso, creo que es importante insistir que la corrección doctrinal del TJUE no nos resuelve el problema de la temporalidad (casi nos deja como estábamos...)”.

²² Cruz Villalón, J., “Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas Laborales* n.º. 139/2015, p. 39, Miranda Boto, J.M., “El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos”, *Aranzadi*, BIB 2018/8759, nota 58, para quien “el caso Mascolo dio indicaciones clarísimas de lo que después recogerían las sismicas sentencias de septiembre de 2016”.

²³ STJUE 9 julio 2015, asunto C-177/14. De todas formas, el autor últimamente citado también rescata la STJUE 26 nov. 2014, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros.

1.3. El Asunto De Diego Porras II

Es sabido que esta sentencia tiene origen en el caso De Diego Porras, que fue resuelto por el TSJ Madrid confirmando el derecho a la percepción de una indemnización de 20 días a una trabajadora interina por sustitución del Ministerio de Defensa. Esta persona había disfrutado de varios contratos de interinidad entre 2003 y 2005, cuando fue contratada en sustitución de una liberada sindical. En 2012, al reincorporarse la persona a la que sustituía, la Administración citó a la trabajadora para formalizar la documentación relativa a la finalización de su contrato, sin que hubiera existido encadenamiento de contratos temporales.

Tras la sentencia del TSJ Madrid, el Ministerio, disconforme con la resolución, interpuso un recurso de casación y el Tribunal Supremo, a través de un auto de 25 de octubre de 2017 formuló una petición de decisión prejudicial ante el TJUE, que se tradujo en el planteamiento de tres cuestiones prejudiciales, que se dispusieron en torno a la cláusula 4 y 5 del Acuerdo Marco. Las siguientes:

- 1) ¿La cláusula 4 del [Acuerdo Marco] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?
- 2) Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de doce días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?
- 3) De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de doce días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?»

El Derecho español analizado coincide con el examinado en las anteriores sentencias aunque en referencia al Derecho de la UE, esta vez el Tribunal se detiene especialmente en el cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», que establece que:

«1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte [...] necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán “sucesivos”;
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.»

Vistos los enunciados anteriores, procede precisar que el fallo de esta sentencia establece la no oposición entre el Derecho UE y la legislación española. Sin embargo, habida cuenta del criterio interpretativo que permite al TJUE orientar al órgano jurisdiccional nacional remitente, que será el que finalmente deba decidir en un sentido u otro, son especialmente interesantes dichas orientaciones.

Para empezar, el TJ declara que la Sra. De Diego Porras tiene la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco dado que su contrato de trabajo preveía que finalizaría cuando adviniera un acontecimiento determinado, a saber, la reincorporación de la trabajadora sustituida a su puesto de trabajo. No parece importarle al TJ la doctrina de la Sentencia Montero Mateos y los factores que introdujo respecto de supuestos de hecho en los que la relación laboral fuera inusualmente larga, tal como fue el caso de la Sra. De Diego Porras y cuyas orientaciones parece olvidar en esta sentencia²⁴. Sin embargo, el TJ recupera la doctrina Montero Mateos para sugerir, sin perjuicio de que la última decisión la tenga el TS, que para llevar a cabo el juicio comparativo entre un contrato indefinido y este contrato de interinidad, se cumple el requisito de tratarse de situaciones comparables.

²⁴ En el mismo sentido, Rojo Torrecilla, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/11/interinos-y-demas-temporales-nunca.html> (apdo. 4).

Por consiguiente, a continuación, en esta sentencia (apdo. 63) el TJUE delega en el tribunal remitente, la decisión de determinar la posible comparación entre situaciones, esto es, si cuando la trabajadora fue contratada por el Ministerio de Defensa mediante un contrato de duración determinada, la Sra. De Diego Porras se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo, citando, ahora sí, la sentencia *Montero Mateos*. No obstante, el TJ se sirve del criterio interpretativo de orientar al TS en el sentido de anunciar la comparabilidad entre ambas situaciones (apdo. 64)

También recupera el TJ su propia doctrina a la hora de comprobar si existe una razón objetiva que justifique que el vencimiento del término por el que se celebra un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores; no otra que la finalidad de la indemnización en los supuestos de contratación indefinida (apdo. 66 y ss). Y no pone objeción alguna en volver a eludir la doctrina *Montero Mateos* en lo relativo a los dos factores que sugieren la presencia de un contrato indefinido —esto es, la imprevisibilidad de la finalización del contrato y su duración inusualmente larga— para concluir —citando ahora la sentencia *Montero Mateos*, en una suerte de doctrina jurisprudencial del “espiguelo”—, que en el caso de los contratos de interinidad, las partes conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término.

En estas circunstancias, el TJ, como lo hiciera en las sentencias *Grupo Norte* y *Montero Mateos*, considera que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida (apdo. 74). Pero tampoco ahora se pregunta si esa razón objetiva es también proporcional en el triple sentido señalado. Por eso, el Tribunal transita y da un paso más hasta preguntarse si hay oposición entre nuestro Derecho y el UE en materia de prevención del abuso en la contratación temporal.

En primer lugar, recuerda que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros la tarea de identificar las medidas par prevenir el abuso (apdo. 86). Se insistirá, entonces, que es el legislador, y no los tribunales, a quien compete esa labor.

La ponderación de la naturaleza de las medidas contra el abuso vuelve a emerger en la Sentencia *De Diego Porras II* cuando el Tribunal recuerda que “corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco

(sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C184/15 y C197/15, EU:C:2016:680, apartado 36 y jurisprudencia citada). Pero, en vez de emplazar al Estado a que realice esa compleja operación, emprende la vía de la interpretación del Derecho español, invocando a los jueces internos a que realicen dicha tarea (apdo. 89).

Tal como se anunciaba más atrás, el TJ recupera la posibilidad de emplear el criterio orientativo (apdo. 93 y ss), y tras declarar que una medida nacional como la exigencia de una indemnización al finalizar un contrato no parece constituir una «medida legal equivalente para prevenir los abusos», en el sentido del Acuerdo Marco, ya que “tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”, el Tribunal indica que “esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia”. Recuérdese que la distinta finalidad de la indemnización en un contrato temporal y en un contrato indefinido justificaba la existencia de una razón objetiva que amparara la diferencia lícita y, por ende, que avalara la indemnización diferente en el caso Montero Mateos. Ahora, sin embargo, esa razón se sirve al objeto de evaluar la rectitud de una medida legal para prevenir los abusos en la contratación temporal.

Sin perjuicio de lo anterior, la conclusión del TJ no pasa por declarar el antagonismo entre nuestro Derecho y el de la UE, sino que llega a la conclusión contraria no sin antes matizar que ello será así “si no existe, en Derecho español, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente” (apdo. 100). De nuevo, por tanto, cambia su posición de emplazar al legislador a valorar si la legislación española se alinea con el efecto útil de la Directiva, ya que no le corresponde dictaminar sobre el Derecho interno, y llama al Tribunal Supremo a realizar esa labor.

2. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE CONTRATOS INTERINOS SUSCRITOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE ESPAÑA

Las recientes y comentadas sentencias del TJUE están empezando a tener un notable y heterogéneo impacto en nuestros TSJ, no sólo por lo que se acaba de indicar, sino también por la propia doctrina fluctuante del TS en torno a la naturaleza

de los contratos indefinidos no fijos en el sector público²⁵, “institución que contiene un evidente oxímoron que revela su naturaleza intrínsecamente patológica, de imposible normalización legislativa como una figura de contratación habitual de las Administraciones, pese a que son miles los empleados públicos que hoy en día se encuentra en dicha situación”²⁶. Habrá que estar atentos a lo que sucede tras la reciente sentencia del TS de 13 de marzo de 2019.

La primera sentencia de la cual deseamos dar noticia es del TSJ de Castilla León²⁷. Lo primero que llama la atención de la misma es que califica el itinerario seguido por el TJUE desde las sentencias de 2016 hasta estas dos últimas de 2018 como “progresión lógica de razonamiento” (FJ 2). Esta vez también se trata de un supuesto de contratación temporal en el sector público. Como en el caso de De Diego Porras I, en esta ocasión también se concertó un contrato de interinidad. Al cabo de siete años y medio, se procedió a la extinción del contrato de trabajo de la recurrente por finalización del contrato, al amparo del art. 49.1 b) ET (Antecedentes de Hecho, n. 2).

La sentencia del TSJ es digna de ser analizada ya que el ponente realiza una auténtica labor de exégesis, de la cual destacaremos que la indemnización del art. 53 ET (despido objetivo) habrá de abonarse a los trabajadores con contratos de interinidad siempre que concurren dos requisitos (simultáneamente): que la causa pactada no consista en una fecha cierta, o un hecho o acontecimiento que permita determinar la fecha de extinción desde el inicio del contrato; y que en el momento de la extinción el contrato, éste haya superado la duración de tres años (plazo admisible y normal para esta modalidad contractual) (FJ 5).

En opinión de ese Tribunal, la doctrina del TJUE, aplicada al caso de la sentencia arroja como resultado que se proceda el abono de la indemnización de 20 días ex art. 53.1 ET “porque la fecha de finalización era imposible de determinar cuando se suscribió el contrato [FJ 4: existe “imprevisibilidad” puesto que la mera referencia a la cobertura de la plaza es totalmente insuficiente para que la trabajadora pueda conocer la fecha en el contrato llegaría a su fin”]; y el mismo se prolongó de forma inusualmente larga, hasta alcanzar los siete años y medio. Respecto de la condición de trabajadora temporal vs. trabajadora indefinida no fija, el TSJ no decide sobre la cuestión, ya que no se planteaba en el recurso (FJ 5), aunque también respecto de esta cuestión, realiza un ejercicio de sesudo análisis.

²⁵ Por todos, véase Rodríguez Escanciano, S. “La jurisprudencia reciente sobre el “trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Trabajo y Derecho* 47/2018.

²⁶ STSJ CyL 11 junio 2018, JUR 2018\172792, FJ 7.

²⁷ STSJ Castilla-León, Valladolid 11 junio 2018, citada.

De este criterio beben varias sentencias de los distintos TSJ y Juzgados de lo social²⁸, pero también se encuentran pronunciamientos que reconocen una indemnización de 8 días²⁹.

Es también del TSJ Madrid, otra sentencia³⁰ basada en un nuevo caso acaecido en el sector público. Se trata de otro pronunciamiento que aborda la cuestión relativa a la “duración imprevisible e inusualmente larga” del contrato de interinidad, donde se reconoce la indemnización de 20 días en virtud de la STS 28 de marzo de 2017³¹ porque entiende que se trata de un contrato indefinido no fijo. A partir del análisis de esos dos factores presentes en el supuesto de hecho en el que se sustenta la sentencia, y de compartir gran parte de la exégesis que realizó el TSJ de Castilla-León, no obstante añade que “la conversión del contrato en indefinido es la sanción tradicional que nuestro ordenamiento ha establecido cuando se constata el abuso en la contratación temporal, exista uno o sean varios los contratos firmados”. Por consiguiente, aplica la doctrina de la STS 28 marzo 2018 y reconoce la indemnización de 20 días ex 53.

Pero no acaban ahí los variopintos pronunciamientos de nuestros tribunales, y en muchas ocasiones no se reconoce ninguna indemnización aunque las razones que se encuentran detrás de esos fallos son también diversas. Algunas veces aún existiendo una duración inusualmente larga, se declara la inexistencia de irregularidad alguna o no se hace por efectuarse una nueva contratación con la persona interina sin solución de continuidad³². Este último es el caso de la sentencia del

²⁸ Véase la lista de sentencias que se han acogido a este criterio en <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

²⁹ STSJ Andalucía\Sevilla 25 de octubre 2018 (rec. 3737/2017): extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de interino por vacante calificado como indefinido no fijo (concurriendo las notas de fin imprevisible y duración inusualmente larga – pues ha permanecido en esta situación durante más de 8 años).

Rechaza la aplicación de la STS 28 de marzo 2018, porque, en virtud de la STS 2 de abril 2018, los indefinidos no fijos no pueden ser calificados como “no temporales”. El importe de 8 días (ex art. 49.1.c y DT 8º ET) es el resultado de aplicar la doctrina “Huétor Vega” y la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 766/2016).

En términos similares, SSTSJ Andalucía\Sevilla (2) 5 de diciembre 2018 (rec. 4313/2017; y rec. 4099/2017).

Se sigue a Beltrán de Heredia: <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

³⁰ JUR\2018\236463.

³¹ Para Beltrán de Heredia, I., <https://ignasibeltran.com/2018/07/02/extincion-de-contratos-temporales-y-doctrina-montero-mateos-dos-nuevas-reacciones-tsj-madrid-y-tsj-pais-vasco/>, se sigue un planteamiento distinto al del TSJ de CyL. A mi entender, la TSJ CyL no entró a valorar la naturaleza del contrato por resultar incongruente con la demanda, conclusión que esta sentencia del TSJ Madrid no comparte (FJ 11).

³² De nuevo <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

TSJ Madrid³³. En esta ocasión se trataba de una trabajadora indefinida no fija desde 23/11/2009 cuyo contrato finalizó por cobertura de vacante. En la instancia se le reconoció a la autora la indemnización de 20 días, tras considerar que la relación laboral era de indefinida no fija, por aplicación de lo dispuesto en el art. 70.1 Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y siguiendo la jurisprudencia iniciada por la STS de 28 de marzo de 2017³⁴. A la actora se le había adjudicado una plaza en el mismo proceso selectivo que motivó el fin del contrato que disfrutaba, por lo que el TSJ entiende que ningún perjuicio se le ha ocasionado al no haber perdido su trabajo ni su antigüedad y haberse mantenido la unidad del vínculo. La doctrina del único fundamento jurídico de la sentencia establece que “No es de aplicación al presente supuesto la normativa relativa al despido colectivo [y no se reconoce indemnización alguna], porque no hay tal al no haber procedido a la amortización de ningún puesto de trabajo sino, precisamente, a la cobertura de las vacantes conforme a los principios de mérito y capacidad”³⁵.

Por fin, la no existencia de una duración “inusualmente larga” parece confirmarse como criterio que impide el reconocimiento de cualquier indemnización. Siendo cierto que aunque este criterio esté presente, los TSJ no siempre reconocen una indemnización al trabajador que finalizó su contrato de interinidad, ni la reconocen en cuantía igual, sin embargo, su ausencia aleja las posibilidades de tener derecho a una indemnización³⁶.

3. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

El TJUE ha rectificado su doctrina en 2018 lo cual supone un giro radical respecto de la sentencia De Diego Porras I. En efecto, en la sentencia De Diego Porras I España no fundamentó su posición en la distinta finalidad de la indemnización en los casos de contratación temporal e indefinida, sino en la naturaleza temporal o indefinida de los contratos; así como en la expectativa de estabilidad de los segundos (apdo. 48 de la sentencia. Por otro lado no se pretende traer a colación la posible influencia de las innumerables voces que se alzaron en contra de la doctrina De Diego Porras y que condujeron a la “insólita” declaración del

³³ S. de 26-6-2018, R. 56/2018.

³⁴ Véase la lista de sentencias que se han acogido a este criterio en a <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

³⁵ Otras sentencias con pronunciamientos parecidos a éste en <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

³⁶ De nuevo, véase la lista de sentencias que se han acogido a este criterio en a <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-doctrina-del-tjue-sobre-contratos-temporales-de-montero-mateos-a-de-diego-porras-2/#20montero53>

presidente del TJUE advirtiendo de un posible error por parte de los jueces que sostuvieron la doctrina Porras.

En efecto, en la sentencia De Diego Porras I, España no fundamentó su posición en la distinta finalidad de la indemnización en los casos de contratación temporal e indefinida, sino en la naturaleza temporal o indefinida de los contratos; así como en la expectativa de estabilidad de los segundos (apdo. 48 de la sentencia). Por otro lado, no se pretende traer a colación la posible influencia de las innumerables voces que se alzaron en contra de la doctrina De Diego Porras y que condujeron a la “insólita”³⁷ declaración del presidente del TJUE advirtiendo de un posible error por parte de los jueces que sostuvieron la doctrina Porras.

En cualquier caso, sólo por las veces que el tribunal europeo, en las sentencias del 2018, ha invocado al juez nacional para que analice el caso en concreto, creemos que se impone una respuesta legislativa. Sea por unas razones como por otras, el TJUE, aunque haya declarado la no oposición de nuestro Derecho con el Derecho de la UE, ha dejado una serie de señales a lo largo de sus “obiter dicta” que ponen en jaque los fallos de las sentencias. Ya vía la cláusula 3 del Acuerdo, que define al trabajador con contrato de duración determinada, ya vía la cláusula 4 que indaga en las razones objetivas que amparen la desigualdad entre las indemnizaciones que operan en unos y otros contratos, ya, por último, vía las dudas diseminadas por el tribunal acerca de la *suficiencia* de las medidas eficaces de prevención y sanción del abuso en el ordenamiento español (cláusula 5 del Acuerdo), lo cierto es que la respuesta legislativa no puede esperar más. Lo anterior, a pesar de que la STS de marzo de 2019 asegure que en España la sanción ante al abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas del art. 15 ET.

3.1. Una reforma legislativa que incorpore la duración inusualmente larga del contrato

En primer lugar el TJ, en la sentencia Montero Mateos, devolvía el caso a los tribunales nacionales con la advertencia de que el contrato podía ser el de un trabajador fijo. Quizás por lo anterior, las Salas de los distintos TSJ han comenzado a aplicar dicha doctrina de modo dispar, tanto respecto del montante de la indemnización como de la condición de trabajador indefinido no fijo. Desde nuestro punto de vista, en lo que se refiere a los contratos de tan larga duración, muy frecuentes en el sector público, la indemnización de los 20 días no se ajustaría a lo previsto en la nueva doctrina del TJ porque en el contrato de la Sra. Montero, por ejemplo,

³⁷ Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 76.

entendemos que, quizás tras la pertinente reforma legislativa, su relación debería convertirse en la de trabajadora indefinida no fija³⁸.

La disconformidad apreciada entre, por un lado, la figura del trabajador con contrato de duración determinada de conformidad con la cláusula 3 del Acuerdo y, por otro, un contrato como el de la Sra. Montero Mateos hace dudar de la compatibilidad entre nuestro Derecho y el de la UE en lo que se refiere a los trabajadores indefinidos no fijos, trabajadores temporales de acuerdo con la doctrina del TS³⁹, como se recordará. No obstante la duda sobre la consonancia entre los ordenamientos comunitario y español aflora también en relación con la cláusula 5 del Acuerdo Marco porque dicha práctica es demasiado habitual en nuestro mercado laboral, tal y como se comprobará más adelante.

En efecto, el TJUE de la sentencia Montero Mateos considera que esta Sra. tiene la condición de “trabajador con contrato de duración determinada”, en el sentido de la cláusula 3, apdo. 1 del Acuerdo marco (apdo. 43); y al mismo tiempo orienta al juzgador remitente, en el célebre apdo. 64 de la sentencia, a calificar su relación de indefinida.

Entendemos que el TJUE pretende exponer que es difícil extender el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” a un contrato cuya causa de extinción se encuentra bastante indeterminada “ab initio”, y tiene una duración tan extensa. Con la situación kafkiana que se deriva de que, conforme a la doctrina TS, este trabajador tiene el carácter de temporal, por tratarse de un contrato que formalmente, posee naturaleza temporal al encontrarse sujeto al regreso del titular de la vacante, por ejemplo, o a las causas de extinción enumeradas en el art. 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre sobre contratos de duración determinada. Es cierto que ese mismo reglamento señala que en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica. Como también lo es que, en el caso de los contratos de interinidad, no rige la regla de conversión de los trabajadores en trabajadores indefinidos no fijos que mandata la Disp. Adicional 15.1 ET). Efectivamente, desde un punto de vista formal, el trabajador interino será temporal conforme a la legislación española (y doctrina TS). La duda reside en si esa condición de temporalidad coincide con la descripción de las causas de la temporalidad del Acuerdo europeo; en concreto, si las causas recogidas en el art. 8.1 c) RD 2720/1998 se corresponden con “la producción de un hecho o acontecimiento determinado”, causa de extinción señalada por el Acuerdo europeo. Pero también –y esto es lo importante a la luz de la sentencia Montero Mateos- con

³⁸ En este sentido, Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 575, para quien a fin de evitar abusos en el uso del contrato de interinidad por parte de las Administraciones públicas, debería haberse utilizado la cláusula 5 del Acuerdo marco, en vez de la utilizada por el TJ, la 4.1.

³⁹ STS (ud) 2 abril 2018 (RJ 2018, 2102).

las exigencias de la doctrina Montero Mateos, que leídas a contrario, reclaman la previsibilidad de la finalización del contrato y que la duración no sea “inusualmente larga”. Las causas descritas por el RD 2720/1998 debería recoger, por tanto, esas dos condiciones que el TJUE de Montero Mateos emplaza al tribunal a examinar.

Entendemos que la previsibilidad está incluida en la lista del apdo. c) del art. 8.1 c) del RD citado, pero nuestro ordenamiento jurídico no aprueba en relación con la duración de esos contratos de interinidad en el ámbito de las Administraciones Públicas. Incluso, conociendo la posibilidad de que, en el ámbito privado, la negociación colectiva introduzca limitaciones a la duración de los contratos temporales (art. 8.2 RD), en el ámbito de la función pública, esta herramienta no sería idónea, por la lectura conjunta de los artículos 37.1 c)⁴⁰ y 37.2 e)⁴¹ del EBEP.

Desde mi punto de vista, la Disp. Adic. 15.1 del ET, relativa a la aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, debería aplicarse también a los contratos de interinidad. Además de por razón de lo señalado más atrás, por el hecho de que el apdo. 64 de la Sentencia Montero Mateos indicó que “incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Debería ser por tanto la calificación de trabajador indefinido no fijo la sanción ordenada por la norma. Y así, en primer lugar, la Disposición indicada debería cambiar su rótulo para que su enunciado recogiera la aplicación de los límites de duración del contrato de interinidad. Y si el trabajador no superara los procedimientos de cobertura de plaza por los méritos antes indicados, la relación laboral se extinguiría y se debería indemnizar al trabajador conforme al despido objetivo.

La nueva doctrina del TJUE, aplaudida en algunos extremos por parte de la doctrina⁴², ha traído como consecuencia que la causa objetiva de despido prevista en el art. 53 ET se empiece a aplicar a los contratos temporales por parte de nuestros tribunales, al igual que a los contratos indefinidos. En realidad, esta posibilidad existía ya antes, dado que el tenor del art. 15.6 ET es muy explícito cuando dispone que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida; y, sobre todo, porque la doctrina De Diego Porras I respecto de la naturaleza de la

⁴⁰ Dicho apartado prevé la negociación colectiva respecto de las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso al empleo público.

⁴¹ Este apartado excluye de la negociación colectiva la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público.

⁴² Beltrán de Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: “de Diego Porras” vs “Grupo Norte Facility” y “Montero Mateos”, *Aranzadi*, BIB 2018\11078, quien opina que “esta corrección era necesaria, especialmente porque, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, era importante que se mantuviera la distinción entre la extinción por cumplimiento del término de la extinción por causas objetivas sobrevenidas”.

indemnización como condición de trabajo ha resultado indemne en las sentencias del TJUE dictadas en 2018. Lo negativo resulta ser que en muchos de los casos de contratación laboral en el sector público vistos en las sentencias de los TSJ españoles, la causa de extinción (“condición objetiva” en terminología del Acuerdo marco, cláusula 3) no puede subsumirse en una “causa objetiva” que motive aplicar la indemnización de 20 días conforme al art. 53 ET ya que no pueden confundirse condiciones y causas. Lo positivo de esta última doctrina es que, a partir de ahora, los tribunales españoles disponen de más factores para examinar la existencia o bien de un contrato temporal o bien de un contrato indefinido no fijo, en el caso del sector público; por lo menos hasta que se pronuncie el legislador y a pesar del fallo de la citada STS 13 marzo de 2019.

3.2. Una reforma legislativa que concilie nuestro ordenamiento jurídico con la cláusula 4 del Acuerdo marco

En segundo lugar, clama una reforma legislativa que concilie nuestro ordenamiento con la cláusula 4 del Acuerdo marco, ya que desde nuestro punto de vista, los vaivenes del Tribunal europeo, incluso la STS de 2019 citada, con su voto particular, han demostrado que no está clara la existencia y entidad de esas “razones objetivas” que justificarían la diferencia de trato entre unos trabajadores y otros. Mientras que la sentencia De Diego Porras I no las halló en nuestro ordenamiento, por lo menos, no eran suficientes “por sí solas” para declarar su existencia, en las dos primeras sentencias de 2018, la misma razón ha servido, por un lado, a la Abogada General para declarar la existencia de situaciones comparables, y, por otro lado, al TJUE para integrar la razón objetiva que postula la desigualdad lícita; y finalmente, al TJUE De Diego Porras II, para dudar de la utilidad disuasoria de la indemnización como causa de prevención del abuso en la contratación temporal⁴³.

Ya se ha indicado que el Acuerdo marco (cláusula 4) recoge un principio (igualdad de trabajo y no discriminación) del Derecho social de la UE que no puede ser interpretado de manera restrictiva⁴⁴. Es doctrina del TJUE, que recogen las sentencias que hemos analizado, que la diferencia debe venir amparada por una justificación objetiva, cuyo análisis pasa por realizar un examen de ésta en clave de proporcionalidad y de utilidad. En el caso De Diego Porras I, al no comprobarse la existencia de una razón objetiva suficiente, se declaró la oposición del Derecho español con el Derecho UE. La conclusión de este Tribunal, en 2016,

⁴³ Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción...”, *op. cit.*, p. 195, entiende que la finalidad de la indemnización por terminación del contrato temporal debería compensar el sacrificio de no contar con expectativas de un empleo estable. Mientras no se haga, habría un trato menos favorable para este tipo de trabajadores, contrario a la cláusula 4, apdo.1 del Acuerdo marco.

⁴⁴ Apdo. 38, STJUE Grupo Norte y jurisprudencia citada allí.

ante la argumentación del Gobierno español –la diferencia entre los contratos temporales e indefinidos radica en su duración y en la expectativa de estabilidad de la relación laboral⁴⁵- fue que “el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos, y, por tanto, no puede constituir una “razón objetiva”, en el sentido de la cláusula 4, apdo. 1 o 4 del Acuerdo marco” (apdo. 47). Y no podía hacerlo porque tachar esa justificación de objetiva “privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada” (apdo. 47).

Sin embargo, entendemos que en dos de las otras sentencias de 2018 (Grupo Norte y Montero Mateos) faltaría preguntarse si la razón objetiva que ampara esa diferencia, cuya argumentación es distinta de la esgrimida en De Diego Porras I, por resultar también dispar la argumentación del Gobierno en esta ocasión, y que se tradujo en el binomio “disuadir la contratación temporal y potenciar la contratación estable”, permite además alcanzar el objetivo perseguido⁴⁶. Podríamos agregar incluso que si el objeto específico de la indemnización por despido constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida en las sentencias post Diego Porras I, parece contradictorio que la imprevisibilidad de la finalización de algunos contratos y de su duración, inusualmente larga⁴⁷, “puede acompañar también a algunos contratos temporales bajo determinadas circunstancias”⁴⁸.

⁴⁵ Apdo. 48 de la sentencia De Diego Porras.

⁴⁶ Para Rojo, *op. cit.*, “También podría argumentarse, a mayor abundamiento, que la temporalidad provoca “per se” una situación de desigualdad jurídica y económica de un importante número de trabajadores con respecto a quienes gozan de estabilidad laboral, algo que requiere de una mayor protección por parte del legislador”. Esta es también la tesis defendida por el magistrado Carlos Hugo Preciado en la ponencia presentada en las XXVIII jornadas de Derecho Social, organizadas en 2017. En ese sentido, Pérez Rey, J., “Debates con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 83. Últimamente, Sepúlveda Gómez, M., “La indemnización por extinción...”, *op. cit.* p. 193, añade a esa posición que “en suma la decisión e ofertar un contrato indefinido o temporal queda en la órbita del poder de dirección y organización del empresario”.

⁴⁷ De la Puebla Pinilla adelantaba que la remisión al juez nacional realizada por el TJUE “puede generar nuevas incertidumbres, principalmente en el ámbito de la contratación temporal en el sector público” a diferencia del ámbito privado donde las modalidades de contratación temporal, salvo el contrato de interinidad, cuentan con límites máximos de duración, “lo que impide la valoración por los tribunales sobre si se ha prolongando excesivamente o no la contratación temporal”. En ese mismo sentido, Boltaina Bosch, “Función pública. Trabajadores...”, *op. cit.*, para quien “el TJUE traslada a cada juez o tribunal español la responsabilidad de decidir si realmente tal interinidad prolongada es correcta o no”.

⁴⁸ Palomeque López, M.C., “La doctrina europea...”, *op. cit.* p. 12.

3.3. Una reforma legislativa que observe medidas suficientes de prevención y sanción del “abuso de derecho”

A continuación procede la interpelación acerca de si, conforme a los datos estadísticos del sector privado, por ejemplo⁴⁹, la política de contratación temporal española cumple o no el efecto disuasorio de la contratación temporal que se pretende. Cualquiera que se asome a los índices de temporalidad española o a la tasa de temporalidad, advierte, sin ningún esfuerzo, que imponer una indemnización a la finalización de, si no todos, muchos contratos temporales, no ha tenido efecto disuasorio alguno sobre la contratación temporal; menos aún en el sector público⁵⁰ donde, además, se disculpa de cualquier indemnización al empleador público. Aunque tampoco creemos que igualar las indemnizaciones en sendos contratos sea la solución⁵¹.

El Auto del TS de 2017 avanzaba ya que “no es menos cierto que esta indemnización no tiene el mismo efecto en lo que atañe a los contratos de interinidad, ya que su finalización no da lugar a una disminución del personal”; de suerte que en los contratos de interinidad el objetivo disuasorio de la indemnización no tendría sentido. Como tampoco lo tiene en el supuesto de los contratos de relevo. Ya se ha indicado que en el caso de Grupo Norte, la justificación de la diferencia de trato podría obtenerse de la explicación de la finalidad del contrato de relevo, que atiende a un objetivo de política social; aunque también se ha hecho notar la falta de argumentación por parte del TJ, presencia que, sin embargo, se anota en las Conclusiones de la Abogada general. Pero en los casos en que la duración de un contrato temporal es inusualmente larga y su finalización, imprevisible, la clave no debe estar en buscar razones objetivas y proporcionales que justifiquen la indemnización, ya que en esos casos los límites naturales de lo temporal se arrumban y emerge el abuso. Está claro que también en el sector público deben tener cabida los contratos temporales pero tenemos dudas respecto de la exclusión absoluta de los límites que contiene la Disp. Adic. 15.2 ET, que puede dar lugar a ciertos abusos; abuso en cuanto supone de exceso de los límites naturales⁵², *usuales* o comunes de lo que ha de entenderse por “temporal”.

⁴⁹ Por todos, Cruz Villalón, J., “Volatilidad en la afiliación: causas y medidas”, El País, 4 octubre 2018 https://elpais.com/economia/2018/10/04/actualidad/1538673261_725686.html

⁵⁰ Concretamente, el 26,8% en el 2017, según los últimos datos de este indicador hechos públicos por la oficina estadística europea Eurostat, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_statistics/es

⁵¹ Para Beltrán de Heredia, I., “Contratos temporales e indemnización por cumplimiento del término: “de Diego Porras” vs “Grupo Norte Facility” y “Montero Mateos”, *Aranzadi*, BIB 2018\11078, “el incremento de la indemnización podría convertirse en una medida para disuadir de forma drástica el uso fraudulento de los contratos temporales. Y, probablemente, el incremento de la indemnización podría ser una de ellas. En este sentido, desde el punto de vista de política legislativa, la doctrina *«de Diego Porras»* era una oportunidad (o pretexto) para alcanzar este objetivo”.

⁵² http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDYwsLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGV-Bqm1aYk5xKgB-Pb9sNQAAAA==WKE. Además, véase el art.7.2 Código civil.

En tercer lugar, por tanto, el legislador español no puede soslayar actuar en materia de contratación laboral temporal por las dudas sembradas por el TJUE acerca de si el ordenamiento español contempla *suficientes* medidas eficaces de prevención y sanción del “abuso de derecho” en ese campo.

La reciente actuación del TJ, en la sentencia de 21 de noviembre de 2018, se explicaría en clave posibilista: el Tribunal, al no introducirse en el terreno de apuntar siquiera el criterio interpretativo que deberían emprender los jueces internos y que les llevaría a buscar la existencia de una razón proporcionada que justifique la diferencia en el abono de la indemnización que figura en el ordenamiento español cuando termina una relación laboral de duración determinada en el sector público bajo determinadas condiciones de imprevisibilidad y duración inusual, ha optado por elevar la sospecha de que la desproporción detectada podría ser causa de un abuso en la contratación. Ahora en palabras de la Sentencia De Diego Porras II, citando su propia jurisprudencia, “La cláusula 5 del Acuerdo Marco no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco”.

La Sentencia Montero Mateos, a través del criterio interpretativo que le llevó a sugerir que la relación de esa trabajadora podría ser indefinida en lugar de temporal, vino a esbozar la existencia de un abuso cuya apreciación –aunque por emplazamiento al tribunal remitente– ha confirmado la STJUE De Diego Porras II⁵³.

En la secuencia de sentencias del TJUE, por tanto, y aunque la jurisprudencia se haya construido “por relatos”, se ha comprobado que la última sentencia de este Tribunal ha emplazado al juez nacional para que resuelva el dilema de si el ordenamiento español contiene o no las medidas suficientes para prevenir el abuso en la contratación temporal que mandata la cláusula 5 del Acuerdo; aunque con unas orientaciones muy claras⁵⁴. y Además, como se señalaba más arriba, la nego-

⁵³ Por otro lado, consideramos adecuada esta “sanción” de calificar al trabajador inicialmente temporal en trabajador indefinido no fijo, ya que ello se produce “cuando no concurra un motivo objetivo, razonable y proporcionado para no extender de manera universal el resultado de la plena conversión en indefinido”, que es lo que sucede en España desde el momento en que los empleados públicos deben someterse a un procedimiento de selección conforme a los criterios de mérito y capacidad. Coincidimos en esto con Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, n.º. 113, 2018, p. 93.

⁵⁴ De conformidad con el apdo. 91 de la STJUE De Diego Porras II, “El Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación (y jurisprudencia citada). De ahí que la sentencia continúe (apdo. 92) señalando que “una medida como la controvertida en el litigio principal, que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el cual dichos contratos fueron celebrados, no forma parte, a primera vista, de una de las categorías de medidas destinadas a evitar los abusos y a las que se refiere la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco”. Y concluirá (apdo. 95) señalando que “esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de

ciación colectiva de la función pública no tendría espacio para contemplar dichas medidas. Por ello, creemos que el legislador es quien debe optar por confrontar principios del Derecho social, como el principio de igualdad y no discriminación entre los trabajadores del sector público, por un lado, y, por otro, la creación de empleo estable, por ejemplo, y/o las particularidades e intereses de la Administración pública (art. 103 CE). Con ello queremos aclarar que la seguridad jurídica se alcanzará más plenamente si actúa el legislador, a quien corresponde la tarea de realizar esa ponderación, por entrar en juego la política de empleo que persigue⁵⁵.

Seguramente la circunstancia tan especial que se da cuando el empleador es una administración pública, por los intereses que lo avalan, pueda justificar algunas diferencias entre el empleo público y el empleo privado. De todos modos, el TJUE ha tenido ya ocasión de manifestar que el interés público, vinculado, en sí mismo, a las modalidades de contratación de los trabajadores fijos, no justifica siempre esas diferencias de trato aunque consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo⁵⁶.

Pero si la Directiva sobre el trabajo de duración determinada se proyecta también a este sector, es evidente que le será aplicable su efecto útil⁵⁷ y las medidas preventivas que eficazmente combatan el abuso en este tipo de contratación. Y la percepción de que se permite cierto abuso en la contratación pública no retrocede⁵⁸,

contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia”.

⁵⁵ Para Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 572, la sentencia Moreno Mateos “debe dar lugar a reconocer que los trabajadores interinos están en una situación comparable con los demás trabajadores temporales y que nada justifica, salvo razones presupuestarias no amparables, la exclusión de la indemnización prevista para ellos”.

⁵⁶ Por lo pronto, se quiere dar noticia de la STJUE 25 julio 2018, STJUE 25-7-2018, caso Vernaza Ayovi. El TJUE ha debido resolver si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos ex art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la cláusula 4 con respecto a los indefinidos no fijos y temporales. La cuestión prejudicial fue cursada por el JS n.º.2 Terrasa (auto 26-1-2017). La doctrina que se deriva de aquella expresa que el derecho de readmisión es condición de trabajo (apdo. 31). Además el Tribunal de la UE indica que el trato diferenciado está justificado por “consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración [que] implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo” (apdo. 46). Pero, como otras veces, rescata también la doctrina de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida justificadora de la diferencia de trato (apdo. 39). Véanse Monereo, J.L./Ortega Lozano, P.G., “La doctrina europea de la “no” discriminación...”, *op. cit.*, p. 28 y ss.

⁵⁷ Trayendo a colación el efecto útil de la Directiva, se recordará también que las partes que suscribieron el Acuerdo marco, en su Preámbulo, expresaron que “reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”.

⁵⁸ Para Rojo Torrecilla, el TJUE de De Diego Porras II sólo ha entendido parcialmente la segunda cuestión prejudicial, es decir en lo relativo a considerar la indemnización como una medida destinada a prevenir o evitar abusos en la contratación temporal, pero no en aquello referente a que

y menos ocurre ante casos tan desmedidos como el de la Sra. Montero; o en otros todavía más descomedidos conocidos en la práctica contractual de las administraciones públicas españolas⁵⁹. De nuevo en palabras de la sentencia De Diego Porras II “ En consecuencia, aun cuando el tribunal remitente constatará que el abono de la indemnización contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores constituye una medida destinada a evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, el hecho de que la concesión de esta indemnización se reserve a los casos de finalización de los contratos de trabajo de duración determinada distintos de los contratos de interinidad solo puede menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco “si no existe, en Derecho español, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que corresponde verificar al tribunal remitente”.

En conclusión, nuestra legislación en materia de contratación temporal debe ser reconsiderada tanto por la vía de la cláusula 4 del Acuerdo Marco como por la vía de la cláusula 5 del mismo. Por la primera porque resulta que el legislador (a través del Gobierno español, en su actuación en sede del TJUE) no logra identificar si con el establecimiento de diferencias en el abono de la indemnización al finalizar un contrato u otro se consigue alcanzar el objetivo propuesto por la norma española, en comunión con el Acuerdo Marco. Por la vía de la prevención del abuso en la contratación temporal, porque las estadísticas son tercas y porque ni siquiera la regla del encadenamiento de contratos del art. 15.5 ET opera en materia de contratos de interinidad, y, en mi opinión, debería también aplicarse, con la modificación oportuna de la legislación..

sea así también cuando se trate de un único contrato <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/11/interinos-y-demas-temporales-nunca.html>

⁵⁹ Otra vez con Rodríguez-Piñero, M., “La rectificación...”, *op. cit.*, p. 572, esa duración tan larga del contrato de la Sra. Mateos no va en contra la letra del Acuerdo marco pero sí contra su espíritu.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REDES SOCIALES: ¿ES POSIBLE SANCIONAR AL TRABAJADOR POR PUBLICACIONES DE CONTENIDO PRIVADO AJENAS AL TRABAJO?*

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

Profa. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y SS

Universidad de Valencia

EXTRACTO **Palabras Clave:** Libertad de expresión, poder empresarial, sanción laboral, redes sociales

El presente trabajo analiza una cuestión que en los últimos años ha comenzado a plantearse en la realidad no solo de nuestras relaciones laborales sino en general en las de todos los países desarrollados. Se trata de la repercusión que en la relación laboral comienzan a tener las conductas privadas de los trabajadores en tanto que usuarios de redes sociales. Lo especial de los casos que se van a estudiar en las páginas que siguen es que no estamos ante conductas privadas pero de incidencia laboral, esto es, los supuestos ya conocidos de publicaciones en redes sociales que implican un incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En los casos que se serán objeto de análisis la característica común será que el trabajador lleva a cabo una actividad en sus redes sociales privadas que resulta por completo ajena al contrato de trabajo y a la empresa. Se plantea si la empresa, alegando su derecho a que su imagen o prestigio no se vean dañados, está legitimada para ejercer su poder disciplinario frente a determinadas publicaciones, comentarios o incluso opciones de “me gusta” de la persona trabajadora en sus redes sociales privadas. Estudiándose, caso de responder que sí a esta pregunta, la cuestión de en qué términos sería posible admitir ese ejercicio de la potestad sancionadora empresarial.

ABSTRACT **Key words:** Freedom of expression, corporate power, labour sanction, social networks

This paper examines an issue that in recent years has begun to arise in reality not only of our labour relations but in general in all the developed countries. It is the impact on the employment relationship begin to conduct private workers so that users of social networks. The special cases that will be studied in the pages that follow is that we are not against private conduct but labour incidence, that is, already known cases of publications on social networks that involve a breach of the obligations inherent in the employment contract.

In cases where it will be subject to analysis the common feature will be the worker carries out an activity in their private social networks that is completely unrelated to the employment contract and the company. Arises if the company, claiming their right to that their image or reputation is not damaged, is entitled to exercise its disciplinary power against certain publications, reviews or even options to ‘like’ the working person on their networks social private.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto: “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” -DER2017-83488-C4-3-R-.

ÍNDICE

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL
2. INFORMACIONES AJENAS AL TRABAJO PUBLICADAS EN REDES SOCIALES PRIVADAS Y SANCIONES EMPRESARIALES: TRES EJEMPLOS RECIENTES
 - 2.1. Like en Facebook a una página antisemita: declaración de despido procedente
 - 2.2. Humor negro en Facebook: declaración de despido procedente
 - 2.3. “Deseo delictivo” en Twitter: decisión empresarial de despido
 - 2.4. Las redes sociales y la frontera entre faceta laboral y faceta privada del trabajador
3. REDES SOCIALES PRIVADAS DEL TRABAJADOR Y PODER DISCIPLINARIO EMPRESARIAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD IDEOLÓGICO-RELIGIOSA COMO LÍMITES ABSOLUTOS
4. LOS PROTOCOLOS DE USO DE REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTA EMPRESARIAL PARA EL EJERCICIO DEL PODER CONTROL
5. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL

Según la consolidada doctrina constitucional, como es sabido, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para la persona trabajadora de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano ni puede entenderse que la empresa en el ejercicio de la libertad que le reconoce el art. 38 CE quede legitimada para limitar de manera injustificada sus derechos fundamentales y libertades públicas. De este modo, lo que se ha venido a reconocer es que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en “la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél”; por ello, “cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales”¹.

¹ STC 41/2006, de 13 de febrero; STC 342/2006, de 11 de diciembre; y, STC 125/2007, de 21 de mayo.

En relación concretamente con el derecho a la libertad de expresión que el art. 20 CE reconoce a todos los ciudadanos², el TC ha considerado además que dado que este tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones y dado que se trata de un concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor, ha de entenderse que comprende también “la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”. No obstante, matiza la doctrina constitucional, “la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, sino que debe conciliarse, cuando se ejerce en el marco de una relación de trabajo, con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa”³. En este sentido, en su reciente sentencia 89/2018, de 12 de octubre, recuerda el TC que el principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo actúa como condicionamiento impuesto por la relación laboral en el ejercicio del derecho constitucional. Ahora bien, “ni dicho principio, ni tampoco el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador pueden servir en ningún caso para limitar indebidamente derechos fundamentales (por todas, STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6), dada su posición preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, que, en cuanto “proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona” (art. 10.1 CE) y fundamento del propio Estado democrático proclamado en el art. 1 CE (entre otras, STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 4), operan como límites infranqueables que el empresario no puede rebasar en ejercicio de su poder de dirección. De modo que, frente al ejercicio de un derecho fundamental, solo otro derecho fundamental o interés constitucionalmente relevante puede ser opuesto como límite”⁴.

La aplicación de la doctrina constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria, ha llevado a delimitar tradicionalmente un espacio de legalidad relacionado

² Art. 20 CE: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”

³ STC 181/2006, de 19 de junio.

⁴ En relación con esta sentencia es importante destacar que el TC ha considerado que un elemento determinante para ponderar el alcance del derecho fundamental de libertad de expresión es el referido al sujeto frente al que se ejerce porque cuando se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, “el ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente”. Así, según señala el TC, cuando concurre un contexto de debate útil para la formación de la opinión pública, debe entenderse que este “cualifica el contenido y el alcance de la libertad de expresión, que adquiere entonces, “si cabe, una mayor amplitud que cuando se ejerce en otro contexto”, y deviene “especialmente resistente, inmune a la restricciones que es claro en otro contexto habrían de operar”. De ese modo, recuerda la STC 88/2018, la jurisprudencia constitucional ha destacado que “el máximo nivel de protección se produce cuando dicho derecho se ejerce en relación con personas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones”.

con el ejercicio por parte de las personas trabajadoras de su derecho de libertad de expresión en el marco de la relación laboral, en el entendido de que no cualquier manifestación crítica o negativa puede ser considerada como conducta sancionable por parte de la empresa. En este sentido, se ponderan siempre las circunstancias de gravedad, contexto o publicidad para determinar que no cualquier exceso verbal puede conllevar la sanción máxima porque quedaría amparado por la libertad de expresión en su vertiente de crítica o reproche⁵, puntualizándose que excede del ámbito de esta libertad lo que puede considerarse injuria o calumnia respecto del empresario o la actividad empresarial cuando se atenta contra su dignidad, honor o su prestigio⁶.

Hoy por hoy si hablamos de libertad de expresión no podemos desconocer la revolución que para la realidad de las relaciones personales y de la comunicación entre las personas han supuesto las redes sociales⁷, cuya utilización las ha universalizado absolutamente y les confiere un elemento de difusión que no resulta equiparable a ningún otro conocido hasta este momento porque, aunque implique la publicidad de la opinión o mensaje que se expone tal y como ha ocurrido a través de medios de comunicación convencionales, la inmediatez con la que se expande una publicación en redes sociales a través de lo que se denomina efecto viral, hace que su transmisión se produzca en tiempo real y con alcance global⁸.

No cabe duda de que las relaciones de trabajo también se han visto afectadas por el impacto que las redes sociales tienen en la relación de comunicación entre las personas. De hecho, son ya numerosos los trabajos que encontramos en la doctrina laboralista que han analizado este impacto⁹, llegando a la conclusión, en

⁵ SSTSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2016, Rec. 191/16 y de 25 de abril de 2017, Rec. 7769/16.

⁶ STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2014, Rec. 2941/14.

⁷ A julio de 2018 según el estudio *Digital in 2018: Q3 Global Digital Statshot* realizado por las empresas *We are Social y Hootsuite*, <https://hootsuite.com/es/pages/digital-in-2018>, las cifras son: Facebook contó con cerca de 2.196 millones de usuarios activos en un mes; Whatsapp tiene más de 1.500 millones de usuarios activos en un mes; Instagram tiene más de 1.000 millones de usuarios activos en un mes; Twitter cuenta con más 336 millones de usuarios activos en un mes; LinkedIn cuenta con 294 millones de usuarios activos en un mes y más de 500 millones de usuarios registrados; Snapchat cuenta con más de 255 millones de usuarios activos en un mes; Pinterest tiene más de 200 millones de usuarios activos en un mes.

⁸ En este sentido, como señala Díez Bueso, L., “La libertad de expresión en las redes sociales”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 27, p. 14, [www.uoc.edu/idp], la difusión de los mensajes en red es mucho mayor que a través de otros canales más convencionales. Como consecuencia, la emisión de mensajes inapropiados por aquella vía no jugará a favor del emisor si se constata que usó la red con la intención de dar mayor publicidad a su mensaje. No obstante, si se produce una mayor difusión por haberse utilizado la red y, como resultado, un efecto más dañino que si el mensaje se hubiera difundido por otros canales, la valoración de este dato será igual que si idéntica difusión y perjuicio se hubieran producido a través de los medios convencionales.

⁹ Entre otros, Cardona Rubert, M^a. B., “La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, Núm. 52, 2010, p. 67 y ss.; Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso social”, *RGDT*, n.º 39, 2014, p. 355 y ss.; Del Rey Guanter, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales», en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Controversias*

relación con el tema que aquí nos ocupa, de que el uso de las redes sociales plantea diferentes problemas prácticos entre los que encontramos los relacionados con la información que los trabajadores publican en las mismas y que directa o indirectamente puede ser relevante para la empresa y susceptible de alterar la opinión que ésta hasta ese momento tenía sobre el trabajador en cuestión, siendo cada vez más frecuentes los conflictos planteados al respecto¹⁰.

Por otra parte, son también numerosas las resoluciones de los Tribunales en las que se aborda la cuestión de la repercusión laboral del uso de las redes sociales por parte de las personas trabajadoras. Se trata de sentencias en las que se resuelven temas relacionados con el uso de las redes sociales privadas en tiempo de trabajo; con la utilización por parte de la empresa de las redes sociales como herramienta para comprobar por el contenido de las mismas incumplimientos del trabajador; o, en fin, con el uso de las redes sociales con la finalidad de manifestar críticas relacionadas con la empresa o las condiciones de trabajo¹¹. En relación precisamente con estas últimas conductas, como regla general, los Tribunales advierten que el uso de las redes sociales, como por ejemplo Facebook, implica tanto “publicidad como constancia escrita” y ello conlleva que la que “confección premeditada” del mensaje pueda llevar a sanciones más graves que las aplicables cuando el mismo no es “fruto de la fluidez de una intervención verbal” sino que alcanza “un plano mucho más trascendente”¹². Se considera que las redes sociales se utilizan por parte de los trabajadores “a sabiendas de la difusión que habitualmente tienen los comentarios”¹³. Y, en fin, se viene a señalar que la rápida y extensa difusión de los comentarios vertidos a través de un perfil de Facebook es determinante a la hora de valorar, aplicando la jurisprudencia más antigua del TS, que los límites

vivas del nuevo Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2016, p. 305 y ss.; Ferrando García, F., “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, RTSS, CEF, Núm. 399 (junio 2016), pp. 37-68; Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, Revista de Información Laboral num.7/2016 parte. BIB 2016/4160; y, Talens Visconti, E., “Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales”, Trabajo y Derecho, nº 23, 216, p. 66-79.

¹⁰ En este sentido, Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y...”, cit., pp. 358-359, que indica que son controversias que surgen por el uso de las redes y que se relacionan con una posible transgresión de la confianza empresarial debido a la utilización de las redes sociales, pero en este caso, el abuso de la confianza empresarial que se imputa al trabajador proviene de un comportamiento muy diferente y se relaciona con la información que voluntariamente, el trabajador ha querido reflejar en ella -incluyéndola él mismo en su perfil- o ha tolerado su difusión -permitiendo que otras personas la incorporen-.

¹¹ Véase en esta materia el amplio estudio jurisprudencial de Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y...”, cit., p. 359 y ss.; y, NORES TORRES, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., pp. 8-11.

¹² STSJ de Murcia de 26 de abril de 2017, Rec. 1240/2016. Sobre la cuestión de la expresión verbal o escrita y su incidencia sobre el derecho de libertad de expresión, véanse, Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., p. 14; y, Talens Visconti, E., “Aspectos jurídicos sobre los comentarios...”, cit., p. 7.

¹³ STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2016, Rec. 300/2016.

de la libertad de expresión deben determinarse en función tanto del análisis de las expresiones utilizadas, como de la finalidad perseguida y los medios en que aquéllas se producen, de modo que, sólo resulten sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y lo sean en proporción a la entidad del mismo¹⁴.

Ha destacado la doctrina que entre los problemas que con más frecuencia se encuentran en la práctica relacionados con la información publicada por los trabajadores en redes sociales cabe reseñar dos. Por una parte, se viene comprobando que la información reflejada en una red social puede servir como forma de controlar las falsas situaciones de Incapacidad Temporal. Y, por otra, el conflicto a veces se suscita por la trascendencia social que se puede atribuir a ciertas opiniones o reflexiones de carácter personal incluidas por el trabajador en su propio perfil personal, formuladas con ánimo ofensivo o despectivo y que, incluso, podrían influir negativamente en la imagen que la empresa en cuestión tiene en el mercado de bienes y servicios, y por tanto, sobre el nivel de aceptación que hasta ese momento presentaba entre consumidores y usuarios¹⁵.

Pues bien, el presente trabajo pretende analizar una nueva realidad relacionada con los efectos que sobre la relación de trabajo comienzan a tener las expresiones o manifestaciones que las personas trabajadoras publican en sus redes sociales privadas fuera de su tiempo de trabajo y respecto de cuestiones ajenas al mismo, es decir, conductas que quedan totalmente al margen de su relación laboral. Lo cierto es que planteado en estos términos, en principio, podría entenderse que no habría cuestión jurídico-laboral alguna que presentar como problemática porque nos habríamos situado no solo fuera de la relación contractual sino exclusivamente dentro de la esfera privada de la persona trabajadora.

No obstante, parece que la realidad no permite llegar a esta conclusión tan fácilmente, porque son cada vez más los supuestos en los que una manifestación ajena al trabajo publicada por el trabajador en redes sociales trae como consecuencia la reacción empresarial sancionadora. Se trata de supuestos que resultan sin duda alguna socialmente reprobables, ya que la referencia, manifestación o expresión concreta que publica la persona trabajadora en su red social resultaría desde un punto de vista objetivo o, mejor dicho, desde un punto de vista general, claramente ofensiva, humillante, vejatoria, discriminatoria... , pero lo cierto es que no alcanza ni se refiere directamente a aspecto alguno relacionado con la relación de trabajo que se desempeña. Para entender exactamente de lo que estamos hablando, lo mejor es acudir a ejemplos reales de la afirmación precedente. Así, se analizarán

¹⁴ STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2017, Rec. 2275/2016.

¹⁵ Selma Penalva, A., "La información reflejada en las redes sociales y..." cit., p. 359; y, Ferrando García GARCÍA, F., "Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad..." cit., p. 60 y ss., que analiza la información reflejada en lo que denomina "la red social delatora" como base del ejercicio del poder disciplinario.

seguidamente tres casos en los que la actividad privada sin trascendencia laboral de los trabajadores en sus redes sociales ha tenido graves implicaciones en este plano.

2. INFORMACIONES AJENAS AL TRABAJO PUBLICADAS EN REDES SOCIALES PRIVADAS Y SANCIONES EMPRESARIALES: TRES EJEMPLOS RECIENTES

La forma de actuar por parte de las empresas que en los últimos tiempos se está detectando ante las manifestaciones de carácter no laboral y absolutamente impredecibles publicadas por sus trabajadores en sus redes sociales privadas se concreta en la imposición de la sanción más grave, esto es, el despido disciplinario. Así ha ocurrido en los tres supuestos que seguidamente se detallan y que se utilizarán para aportar ejemplos prácticos de una realidad que implica el control indirecto por parte de la empresa de la actividad privada del trabajador en redes sociales. El primero de los casos que se presentan ha tenido lugar en Bélgica y los otros dos en nuestro país. Hay que señalar en todo caso que las circunstancias concurrentes en los tres no son idénticas y, de hecho, a mi entender, tal y como señalaré más adelante, esas diferentes circunstancias podrían suponer una diferente calificación de la decisión empresarial sancionadora. Aun así, desde mi punto de vista, es importante reparar desde un principio en lo peligroso de aceptar esta reacción empresarial frente a la actividad privada de sus trabajadores en redes sociales asumiendo la procedencia de una sanción impuesta por una acción completamente ajena a la empresa y a la relación de trabajo.

2.1. Like en Facebook a una página antisemita: declaración de despido procedente

El primer caso que nos va a servir de ejemplo de la realidad a la que hemos hecho referencia lo encontramos en la sentencia de la *Cour du travail de Liège* de 24 de marzo de la 2017¹⁶, en la que se declara la procedencia del despido de un trabajador porque se considera justificado que la empresa rescindiera el contrato alegando como causa de esta decisión que el trabajador había marcado con un “me gusta” una publicación antisemita en su perfil de Facebook. En su resolución el Tribunal de Lieja va a entrar a valorar las concretas circunstancias que se dan en el supuesto que se le plantea y que son las siguientes:

¹⁶ Cour du travail de Liège (3e ch.) – Arrêt du 24 mars 2017 – Rôle n° 2016-AL-94.

- La empresa es una asociación sin ánimo de lucro que tiene como objetivo impulsar y mejorar el centro de la ciudad de Lieja y la integración social.
- El trabajador ostenta un cargo relevante en la empresa cual es el de contable que depende directamente del director de la empresa.
- A finales del año 2013, la empresa comprobó que el trabajador había publicado en su muro Facebook varios enlaces a artículos relacionados con el controvertido cómico francés Dieudonné, condenado en Francia por antisemitismo.
- Tras esta comprobación la empresa y el trabajador se reunieron y éste asumió, admitiendo que por su posición jerárquica en la empresa era influyente para el resto del personal, un compromiso por escrito consistente en que durante todo el tiempo que permaneciese como trabajador de la misma no volvería a colgar ninguna publicación semejante en ninguna red social ni en cualquier otro medio de comunicación y que asimismo eliminaba todas las publicaciones de este tipo en su muro de Facebook.
- El 3 de abril de 2014, la dirección de la empresa comprobó que el trabajador había marcado en su muro de Facebook un “me gusta” a varias publicaciones antisemitas francesas y procedió a despedirlo el 18 de junio de 2014.

La sentencia de la *Cour du travail* de Lieja a partir de estos hechos declara que el despido se ajusta a derecho por varias razones. En primer lugar, porque, aunque es cierto que se trata solo de un “me gusta” y no de una publicación en su muro de Facebook, dado el conocido carácter antisemita de las páginas referidas no cabe duda de que con ello se puede ofender a la opinión pública y que con esa acción el trabajador no respetó el compromiso suscrito con la empresa. En segundo lugar, porque, si bien todos los empleados tienen derecho a la libertad de expresión, este no justifica un posible daño a la imagen de la empresa que no hay que olvidar que tiene por objeto entre otros la integración social, por lo que el hecho de que un directivo muestre posiciones intolerantes frente a los extranjeros es claramente perjudicial. Finalmente, porque no cabe duda de que los hechos revisten la gravedad suficiente para ser causa de despido dado que el trabajador había ya sido advertido con anterioridad y se había comprometido a no volver a hacerlo.

En este supuesto, desde mi punto de vista, cabe destacar que la empresa ha seguido un procedimiento de actuación que le ha permitido alcanzar una resolución favorable en un caso en el que no parece que hubiera sido fácil llegar la misma conclusión si no se hubiera producido una secuencia de hechos como la que se ha descrito. Digo esto porque hay que tener en cuenta que, según los datos que aparecen en la sentencia, la empresa no contaba con un protocolo de uso de redes sociales que contemplase límites por lo que al uso de redes privadas de los trabajadores se refiere. Sin embargo, el modo de actuar en dos fases claramente delimitadas de advertencia previa y de sanción posterior, ha permitido que la sentencia declare la procedencia del despido en base al compromiso que voluntariamente

adquiere el trabajador tras esa fase previa. Es clave pues este compromiso para poder acreditar la desobediencia por parte del trabajador y considerar la gravedad de la infracción que justifica la gravedad de la sanción. En definitiva, es clave que, tal y como ocurre en los supuestos de control empresarial de herramientas de comunicación que se ponen a disposición del trabajador para su prestación laboral, se haya procedido previamente a informar al mismo sobre los límites que cabe aplicar en el uso de sus redes privadas en aras a evitar daños para la imagen, prestigio o la propia actividad de la empresa.

2.2. Humor negro en Facebook: declaración de despido procedente

El segundo de los ejemplos que vamos a analizar es el de una sanción impuesta por actividad privada en redes sociales que se ha producido en España. Se trata del caso resuelto por la sentencia del Juzgado de lo social nº 2 de Palma de Mallorca de 28 de febrero de 2018, Núm. 74/18. De nuevo, la importancia que en el caso tienen las circunstancias en las que se llega a la decisión empresarial de despedir al trabajador, hace que sea importante partir de los hechos se declaran probados en la sentencia y que son los siguientes:

- El trabajador publicó en Facebook unos comentarios e imágenes que la propia entidad Facebook eliminó horas más tarde de su publicación al considerarlos inapropiados informándole de dicha acción - a) una fotografía de un grupo de niños muertos aparentemente por utilización de gases y armas químicas bajo el título “mannequin challenge en Siria” b) un niño de raza negra mutilado concretamente sin piernas dibujando con una tiza en el suelo piernas bajo el título, traducido, “todo el mundo tiene un sueño” y c) una fotografía de un grupo de mujeres con velo islámico en un grupo de música en la que se hace referencia a los atentados terroristas islamistas cometidos en París.
- En su perfil de Facebook el trabajador se identificaba expresamente como “trabajador en Primark”.
- Mediante el examen de publicaciones sociales en el que se controlan las publicaciones realizadas en el dominio Primark, la empresa detecta que distintos usuarios -entre ellos una usuaria con miles de seguidores- están participando en los foros para que no se compre en Primark. Estas publicaciones de diferentes usuarios referencian en la conducta mantenida por un empleado de la compañía -concretamente el trabajador en sus redes sociales-, y ante estos hechos la empresa procede a acceder a los perfiles públicos de éste en su red social Facebook, observando primero que los únicos rasgos identificativos que aparece en el perfil del trabajador resulta ser su nombre y su condición

empleado de Primark en Palma, y observando a continuación el contenido a que se ha hecho alusión. La consecuencia fue que al menos al principio una usuaria aludía a como la empresa puede tener este tipo de empleados, siendo que dicha usuaria posee miles de seguidores, y que varios de los mismos, participando en los foros de las aplicaciones, se pronuncian incluso sobre su negativa a comprar en la citada tienda al permitir este tipo de conductas, lo cual interpreta la empresa como una campaña lanzada contra Primark. Luego, aún sin entrar en el alcance que dicha publicidad haya tenido y la extensión que haya tenido, es evidente que la conducta del trabajador llega a ser conocida del público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante eventuales clientes.

- La empresa procede al despido del trabajador por los siguientes motivos detallados en la carta de despido: “Consecuentemente, en cuanto Usted se identifica como empleado de Primark, los usuarios que han accedido a su perfil han mostrado rechazo a sus publicaciones e imágenes, publicando en Twitter comentarios contra nuestra empresa, solicitándose que no se acuda a nuestro centro y no se compren nuestros productos, debiendo tener presente el fuerte impacto negativo que se ha generado sobre la compañía, en tanto en cuanto una de las usuarias que ha sido más activa en contra de sus publicaciones tiene más de 10,9 K seguidores (...). Ante los hechos anteriormente descritos, esta Dirección considera que su comportamiento determina un incumplimiento muy grave y culpable de sus obligaciones laborales, de conformidad con lo dispuesto en el II Convenio Colectivo de Primark Tiendas SLU, siendo constitutivo de Falta laboral muy grave de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Primark Tiendas SLU, tipificada en el artículo 31.B).3, en su modalidad pluscualificada “3. La desobediencia a las órdenes de los superiores en cualquier materia de trabajo. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio para la empresa, podrá ser considerada como falta muy grave”, en el artículo 31.C).2, que resulta de aplicación, “(...), deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas (...),” y en el artículo 31 .C).12, “Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”, así como con la tipificación ofrecida por el artículo 54.2.b) y d) del Estatuto de los Trabajadores “La indisciplina o desobediencia en el trabajo” y “La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

La sentencia que comentamos declara la procedencia de este despido asumiendo que: “en el presente caso estaríamos ante un incumplimiento contractual consistente en desobediencia con un evidente y notorio perjuicio para la empresa, así como ante la pérdida de confianza en la persona del trabajador, por lo que debe considerarse que la calificación del despido ha de ser la de procedente, por cuanto

la medida adoptada por el empresario es proporcionada en atención a las condiciones concurrentes y a las expresiones y contenidos proferidos, aparte del medio empleado. Lo que conlleva, en consecuencia, a la desestimación de la demanda”. Para llegar a esta calificación se tiene muy en cuenta en la sentencia que la que la empresa tiene una política en materia de uso de redes sociales, que, entre otras, concreta: “(...) las responsabilidades de los usuarios, así como el establecimiento de unas buenas prácticas cuando se accede a redes sociales en las que se trata temas relacionados con Primark, su actividad o sus empleados, o en las que es posible identificar fácilmente al usuario como empleado de Primark, (...). La empresa respeta el derecho a la intimidad de sus trabajadores. Sin embargo, la empresa debe velar también por su reputación y porque se salvaguarde en todo momento la confidencialidad de la información de la empresa. Por tanto, insta a sus empleados que utilicen este tipo de páginas de Internet a que: (...) velen por que en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”.

En mi opinión, la declaración de procedencia del despido podría cuestionarse desde un punto de vista subjetivo partiendo del dato de que no es el trabajador el que provoca directamente con sus publicaciones el daño a la imagen de la empresa sino la difusión de la campaña que inician otros usuarios de las redes sociales a modo de “venganza” o “represalia” pública frente a las lamentables publicaciones del trabajador. Quiero decir con ello que, a mi entender, *a priori* la causa del despido podría no ser ajustada a derecho en este supuesto porque podría considerarse que no se ha probado ni la desobediencia del trabajador, ni la transgresión de la buena fe, ni el abuso de la confianza, en los términos del art. 54 ET. No obstante, resulta absolutamente clave en este caso un hecho que puede condicionar la anterior afirmación y que no es otro que la existencia en la empresa de un protocolo de uso de redes sociales que el trabajador conoce porque ha sido informado de su existencia, habiendo firmado un documento que así lo acredita. De este modo, creo que es importante en este supuesto partir de la concurrencia de tres importantes circunstancias que resultan jurídicamente relevantes a efectos de la calificación del despido:

- a) La primera y absolutamente determinante es la referida a la identificación del trabajador como trabajador de la empresa en su red social.
- b) En segundo lugar, la existencia en la empresa de un protocolo de uso de las redes sociales que el trabajador conocía y había asumido mediante la firma de un documento informativo por el que se comprometía a no atentar contra la libertad de las personas.
- c) Y, en tercer lugar, el daño probado que sufre la imagen y el negocio de la empresa por el impacto que tuvo la difusión viral del ejercicio del derecho de libertad de expresión por parte del trabajador a través de lo que él asume como “humor negro”.

A mi modo de ver, en este contexto es posible alcanzar la conclusión que sostiene la sentencia que comentamos, aunque es interesante destacar que la empresa, dado el difícil encaje de la conducta del trabajador en las causas de despido disciplinario que regula el art. 54 ET, ha negociado con posterioridad a esta resolución una modificación del convenio colectivo de empresa, que actualmente en su art. 32.C). 20 expresamente tipifica como falta muy grave: “La publicación o difusión de comentarios vejatorios o contrarios a la dignidad de las personas o derechos fundamentales realizados por los empleados en medios o redes sociales, cuando se identifiquen como empleados de Primark o utilizando el nombre de la compañía”¹⁷.

La reflexión que puede hacerse tras analizar un caso como este debería ir más allá de las concretas circunstancias del mismo para responder a la pregunta de cuál debiera haber sido la calificación del despido si no hubiera existido ese protocolo de uso de redes. O, dicho de otro modo, si hubiera sido causa de despido disciplinario el daño causado a la imagen de la compañía simplemente con la referencia a la empresa en el perfil privado del trabajador mediante la publicación en la red social de la información del lugar de trabajo. Creo que en ese supuesto hubiera sido más complicado para la empresa acreditar la concurrencia de la desobediencia o la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza. El único elemento para que la empresa justificase su sanción sería el relacionado con la identificación como trabajador en la red privada, pero ciertamente, como veremos más adelante, esto es algo muy común y extendido entre los usuarios de las redes sociales por lo que, a mi juicio, quizá no hubiera bastado para acreditar de manera suficiente el incumplimiento grave y culpable que exige el art. 54.1 ET por la falta de nexo causal directo entre el daño a la empresa y la conducta del trabajador, dado que éste no habría sido informado de la existencia de límite alguno en cuanto al manejo de sus redes privadas ni en cuanto a la posible reacción sancionadora de la empresa en relación con lo publicado en las mismas.

2.3. “Deseo delictivo” en Twitter: decisión empresarial de despido

El tercero de los supuestos que pueden citarse como ejemplo se ha planteado en España y se refiere al caso de una ciudadana que en su cuenta personal de la red social Twitter decide publicar, y cito literalmente, que desea para la “perra asquerosa” de la política Inés Arrimadas una “violación en grupo”¹⁸.

En esta publicación de Twitter ni hay identificación personal de la ciudadana como trabajadora de la empresa, ni aparece referencia alguna a la empresa en la que

¹⁷ Resolución de 8 de agosto de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU, BOE núm. 201, de 22 de agosto de 2017.

¹⁸ Puede verse la noticia y los detalles de la extinción contractual en <https://www.elmundo.es/cataluna/2017/09/05/59aec7c7e2704e67698b467f.html>

se prestan servicios, por lo tanto, por decirlo de manera clara, nadie sabe cuando accede a esta impresentable publicación cuales son las referencias laborales de la persona en cuestión. La publicación se convierte en viral en muy poco tiempo. Dos días después, la empresa Tinsa, que es la empresa en la que presta servicios la trabajadora, publica el siguiente tuit: “Tinsa ha tenido conocimiento de esta mañana de unos comentarios vertidos en pasado 3 de septiembre por una trabajadora temporal de Tinsa en su cuenta personal de Facebook [...] Tinsa quiere expresar su total repulsa a los inaceptables comentarios manifestados [...] por esta persona que ya ha dejado de trabajar para la compañía.

En este caso, a mi entender habría que valorar varias circunstancias a la hora de calificar el “despido” de la trabajadora y entrecomillo el despido porque, con la referencia de la publicación en prensa, parece que se trata de una trabajadora a la que la ETT para la que trabajaba le comunica sin más una extinción del contrato temporal por fin de obra. Las circunstancias que creo que deben tenerse en cuenta en un supuesto como este son dos principalmente:

- a) En ningún caso la ciudadana que publica el inaceptable tuit se identifica como trabajadora de la empresa.
- b) Como consecuencia de lo anterior, no consta que esta empresa ni la ETT que contrató a la trabajadora hayan sufrido perjuicio alguno ni en su imagen ni en su actividad comercial a raíz del tuit, es decir, no se ha iniciado una campaña viral semejante a la que hemos analizado en el ejemplo anterior.

En este contexto, la decisión de la empresa usuaria de comunicar a la ETT que ya no quería que la trabajadora continuase prestando servicios en su empresa y la consiguiente extinción del contrato por obra por parte de la ETT deben considerarse, a mi juicio y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 55.5 ET, como constitutivas de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, puesto que el único motivo del despido es la publicación en la cuenta privada de twitter de la trabajadora de un comentario desprovisto de alcance laboral alguno –cuestión distinta desde luego es la sanción penal correspondiente que, según se ha publicado, ya se ha impuesto a la trabajadora como autora de un delito contra la integridad moral tipificado en el art. 173 CP¹⁹-. No cabe duda de que esto es así, porque queda claro

¹⁹ https://elpais.com/ccaa/2018/01/09/catalunya/1515497783_739330.html. En relación concretamente con el discurso del odio, la reciente STEDH de 17 de julio de 2018, *Asunto Mariya Alekhina y otras contra Rusia*, ap. 222, ha señalado que: “De forma parecida, este Tribunal indica que la Recomendación de Política General n° 15 del ECRI sobre la lucha contra el discurso del odio declara que, a efectos de considerar si una expresión supone incitación al odio, son esenciales los siguientes elementos con el fin de evaluar si existe o no riesgo de que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación: (a) el contexto en el que se utiliza el discurso del odio en cuestión; (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso del odio para ejercer influencia sobre los demás; (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado; (d) el contexto de los comentarios específicos; (e) el medio utilizado; y (f) la naturaleza de la audiencia”. En el ámbito penal es desde luego en el que las redes sociales están siendo el instrumento de expansión de lo que se conoce como delitos de odio

que es la empresa usuaria la que, de manera voluntaria, decide publicar a través de Twitter su decisión de extinguir el contrato. Y con esa publicación ofrece además la prueba de su motivación, que no es otra que la de actuar vía laboral ante la inaceptable publicación de la trabajadora que, recordemos, ni la ha subido en la cuenta de twitter de la empresa, ni se refiere a ella o a la relación laboral de la trabajadora, ni, en fin, se ha hecho con identificación de la trabajadora como tal. Es más, como se ha indicado antes, en este caso ni siquiera hay despido propiamente dicho porque la trabajadora prestaba servicios a través de ETT y se trata de una extinción del art. 49.1.c) ET. No obstante, visto el tuit de la empresa, resulta obvio que no se trata de tal extinción sino de una sanción de despido a raíz del tuit de la trabajadora²⁰.

2.4. Las redes sociales y la frontera entre faceta laboral y faceta privada del trabajador

Para mí, tal y como ya he dicho anteriormente, es absolutamente necesario que se analice de manera muy estricta la concurrencia de causa de despido disciplinario desde la perspectiva laboral en supuestos como los analizados. Si se acepta que una reacción empresarial como cualquiera de las descritas se ajusta a derecho porque las manifestaciones de un trabajador en su red social privada son impresentables, el problema que se plantea es desde luego muy complejo porque se refiere a la valoración del contenido de los mensajes publicados por el trabajador y será difícil, primero, delimitar qué contenidos son o no susceptibles de ser controlados; y, segundo, no caer en algunos casos en una suerte de «represalia laboral preventiva» utilizando el daño a la imagen de la empresa como motivo suficiente para sancionar al trabajador.

Desde luego, lo que no puede cuestionarse es que la herramienta de comunicación en estos casos es absolutamente determinante para que se haya llegado a la sanción empresarial. Quiero decir con ello que, tal y como hemos visto que nuestros Tribunales vienen advirtiendo, el uso de Facebook, de Twitter, o de cual-

que se definen, según Tamarit Sumalla, J. M., “Los delitos de odio en las redes sociales”, en González Jiménez, A. (coord.), «Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes», IDP, Revista de Internet, Derecho y Política, Núm. 27, p. 19, UOC, como aquellos que suponen la realización de una conducta delictiva mediante la cual el autor expresa un mensaje de odio o discriminación hacia un grupo social. Una característica esencial de esta clase de delitos es que la víctima es seleccionada por el autor como consecuencia de una adscripción social que lo vincula a un determinado grupo. Es esa adscripción, derivada de su origen nacional o étnico u otras circunstancias relacionadas con su identidad, como el género o la orientación sexual o la ideología, la que convierte a la víctima en un objetivo atractivo para el autor. Asimismo, el grupo social al que, desde la percepción del autor, está vinculada la víctima directa es destinatario del mensaje discriminatorio y víctima indirecta del hecho.

²⁰ Un caso muy semejante se produjo en EEUU también por la publicación de un tuit supuestamente humorístico pero de contenido racista. Sobre el mismo, y sobre otros casos similares, véase el reportaje de The New York Times Magazine en <https://www.nytimes.com/2015/02/15/magazine/how-one-stupid-tweet-ruined-justine-saccos-life.html>

quier red social online, es el elemento que confiere a los inaceptables mensajes publicados una difusión de tal magnitud que provoca –otra cuestión que es que la justifique– la reacción empresarial. Hace unos años –pero no tantos–, los mismos trabajadores podían hacer las mismas “bromas” o tener los mismos “deseos” absolutamente reprobables, pero esa poco edificante faceta personal no se conocía más allá de su estricto ámbito privado y no tenía implicaciones en el ámbito laboral desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario empresarial.

Hoy por hoy, como se ha puesto de manifiesto²¹, es cada vez más difícil dibujar la línea que separa lo público de lo privado en nuestra vida y en consecuencia en nuestro trabajo. De ahí que las conductas que resultan ajenas al mismo puedan repercutir negativamente sobre el vínculo laboral, dado que el nivel de exposición pública en el que actualmente se desarrolla la vida privada de las personas es tal que resulta a veces complicado no confundir ambos planos. De hecho, por ejemplo, esa exposición pública de la vida privada en redes sociales es utilizada por las empresas como herramienta en los procesos de selección de personal y así la información que se publica en las redes puede tener efectos positivos o negativos en función del perfil de persona trabajadora que busca la empresa²². En este sentido, se ha sugerido incluso que para los futuros trabajadores sería interesante abrir en

²¹ Como indica Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., p. 75, no cabe duda de que el uso de las redes diluye la frontera entre lo público y lo privado y esa confusión plantea dudas sobre la legitimación del empresario para utilizar la información a efectos disciplinarios.

²² En este tema son sumamente interesantes las conclusiones que expone el Informe 2016 Infoempleo-Adecco “Redes sociales y mercado de trabajo”, que puede encontrarse en <https://www.adeccorientaempleo.com/webwp/wp-content/uploads/2017/02/Informe-2017-Empleo-y-Redes-Infoempleo-Adecco-2.pdf>. - El uso de las redes sociales como medio para reclutar candidatos ha aumentado un 12% en el último año, y acumula ya un crecimiento total superior al 30% desde la primera edición de este Informe, en 2011. Cada vez son más las compañías que, siendo conscientes de que no hay mejor candidato que el que ya es fan de tu marca, sigue tus actualizaciones y encaja con la cultura de la empresa, utilizan sus perfiles en RRSS encontrar a futuros empleados; - La red social más utilizada por las empresas españolas para reclutar talento es, un año más, LinkedIn, plataforma a la que recurre el 74% de los reclutadores que hace uso de las redes sociales para encontrar candidatos. Le siguen Facebook, que es la red social utilizada por cuatro de cada diez de los profesionales encuestados; y Twitter, que en 2016 reduce de forma extraordinaria el número de profesionales que acuden a ella cuando necesitan aumentar su plantilla, cayendo de un 45% en 2015 hasta el 22% en este último año; - El 97% de los responsables de Recursos Humanos, al ser preguntados por los medios de intermediación laboral que utilizarán en un plazo de dos años, afirma que los portales web de empleo serán el canal principal. Le acompañarán en el proceso los contactos personales (96%) y las redes sociales (95%). Las webs corporativas y la promoción interna seguirán también formando parte de las herramientas que emplearán las empresas para reclutar candidatos, según la opinión del 94% y el 93% de los seleccionadores, respectivamente; - El 86% de las empresas consulta las redes sociales de los candidatos preseleccionados antes de tomar una decisión de contratación. Tanto las empresas como los candidatos son cada vez más conscientes de la importancia que tiene cuidar la imagen que se proyecta en la Red, conocida también como identidad digital. Durante este último año el 55% de los profesionales de RRHH encuestados ha reconsiderado su decisión de contratación después de consultar los perfiles en redes de algún candidato preseleccionado; el 36% lo ha hecho empeorando su decisión. Además, tan sólo un 21% de las empresas ha seleccionado a un candidato por su actividad en las redes sociales, un porcentaje que sube hasta el 33% cuando se trata de desestimar la candidatura de un aspirante a un puesto de trabajo por la imagen que proyecta en sus perfiles. Sobre el uso de las redes sociales en esta fase de selección, véase Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., pp. 71-72; y, Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., pp. 4-5.

redes sociales al menos dos perfiles distintos; uno, más profesional y de acceso abierto, en el que aunque se pueda dar a conocer la faceta privada del trabajador se limite la información que se expone; y, otro, de carácter personal, con acceso limitado solo a determinados usuarios, en el que se incluyan contenidos de carácter lúdico, familiar, humorístico...²³. En todo caso, no podemos perder de vista que, aun con este nivel generalizado de exposición pública de la vida privada, el TEDH nos ha recordado en la importante sentencia *Barbulescu*²⁴:

- Que toda persona tiene derecho a una vida privada, lejos de la injerencia no deseada de otros.
- Que sería demasiado restrictivo limitar la noción de “vida privada” a un “círculo íntimo” en el que cada uno pueda vivir su vida personal como quiera y excluir completamente al mundo exterior de este círculo.
- Que el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, garantiza un derecho a la “vida privada” en sentido amplio, que incluye el derecho a realizar una “vida privada social”, es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social.
- Y, que el mencionado derecho consagra la posibilidad de comunicarse con otros para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes.

Al hilo de estas afirmaciones creo que para poder delimitar el ámbito de actuación de la empresa en relación con las publicaciones de contenido no laboral que los trabajadores en sus redes privadas es necesario analizar sobre todo dos temas. Por una parte, el relativo a las redes sociales privadas y el poder disciplinario empresarial. Y, por otro, el relacionado con la reciente práctica consistente en la implementación de protocolos de uso de redes sociales en las empresas en los que se incluyen referencias a los límites de actuación de los trabajadores en caso de que los mismos se identifiquen como tales en sus redes sociales privadas.

²³ Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., p. 76.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Caso *Barbulescu contra Rumania*. Sentencia de 5 septiembre 2017. TEDH 2017/6. Además véanse las sentencias citadas en la misma: *Smirnova contra Rusia* (JUR 2003, 162895), núm. 46133/99 y 48183/99, ap. 95, TEDH 2003-IX; *Niemietz contra Alemania* (TEDH 1992, 77), 16 de diciembre de 1992, ap. 29, Serie A núm. 251-B; *Bigaeva contra Grecia* (TEDH 2009, 61), núm. 26713/05, ap. 22, 28 de mayo de 2009; y *Özpinar contra Turquía* (TEDH 2010, 103), núm. 20999/04, 19 de octubre de 2010.

3. REDES SOCIALES PRIVADAS DEL TRABAJADOR Y PODER DISCIPLINARIO EMPRESARIAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD IDEOLÓGICO-RELIGIOSA COMO LÍMITES ABSOLUTOS

Sin entrar aquí a analizar las diferentes clases de redes sociales²⁵, según se ha señalado, el eje central sobre el que se articulan las redes sociales gira en torno a la creación de espacios generados con los datos personales cedidos por los sujetos con el objetivo de construir su propia identidad digital o perfil y ponerlo a disposición de terceros. Con ello se convierten en auténticos escaparates virtuales en los que el control de la información es muy limitado, pues una vez facilitada la misma, se desconoce dónde, cuándo y por quién puede ser vista y utilizada, con qué fines y durante cuánto tiempo²⁶.

Es cierto que la configuración de privacidad de la red queda en manos del usuario y que este puede decidir restricciones de acceso²⁷. No obstante, el hecho de que la red social esté configurada como privada puede no ser jurídicamente relevante porque la fragilidad de este entorno configurado como privado queda patente cuando no es posible controlar la redifusión de una publicación por parte los usuarios que el trabajador ha agregado como receptores del mensaje. De este modo, por ejemplo, la doctrina judicial no acepta el argumento de la privacidad en los casos en los que el trabajador ha publicado en sus redes sociales la información de contenido laboral que después ha sido conocida por la empresa que ha sancionado la conducta en supuestos de acceso público²⁸. Ahora bien, tampoco acepta que atente contra el derecho de intimidad del trabajador el uso de una publicación del mismo en su red social privada cuando siendo la misma de acceso restringido cuenta con dos mil usuarios aceptados por el trabajador²⁹. En definitiva, tal y como se ha puesto de manifiesto³⁰, parece que puede considerarse que desde el momento en el que el trabajador decide incluir tal información en su perfil, exponiéndola

²⁵ Véase sobre este tema, Campuzano Tomé, H., “Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI”, *Actualidad Civil Jurisprudencia* Núm.1/2011 (1ª quincena enero), p. 1-14.

²⁶ *Ibidem*, p. 6.

²⁷ En esta materia, véase, además del trabajo de la cita anterior, Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., p. 5, que desarrolla los diferentes niveles de privacidad y señala que generalmente, se permite al usuario que escoja entre mantenerlo en abierto o cerrado y que también caben distintas opciones intermedias en la configuración.

²⁸ STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2014, Rec. 491/2014.

²⁹ SJS de Zaragoza de 21 de febrero de 2018, Proc. 396/2017.

³⁰ Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y...”, cit., p. 369. Para Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., p. 20, habrá que ver cuáles son las condiciones de uso de la red social que tiene el titular de la cuenta o, en otras palabras, cómo ha configurado la misma, si es de acceso público, de acceso limitado, de acceso restringido, etc., y cómo ha accedido la empresa a ella, por medios lícitos o no.

públicamente, él mismo está renunciando al posible carácter íntimo o particular que pudiera querer atribuírsele.

A mi entender, lo que ocurre en el caso de las publicaciones privadas en redes sociales de los trabajadores es que en realidad en muchas ocasiones no nos estamos moviendo estrictamente en el terreno del ejercicio del poder de vigilancia y control empresarial sino directamente en el del ejercicio del poder disciplinario, ya que el acceso a la información, como hemos visto, no se produce generalmente vulnerando el derecho de intimidad del trabajador. La cuestión por tanto en supuestos como los que estamos analizando aquí se centra en muchas ocasiones en delimitar la legitimación empresarial para sancionar al trabajador por una conducta no laboral que implica el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión.

Planteado en estos términos desde luego no cabe duda de que al estar ante una conducta privada del trabajador, como regla general, debe considerarse, por una parte, que el ejercicio del poder disciplinario empresarial será absolutamente excepcional³¹; por lo que, solo será posible que el mismo pueda ejercerse, cuando se pruebe de manera fehaciente el daño que la publicación del trabajador en sus redes sociales ha provocado a la empresa y que se concretará, fundamentalmente, en pérdida de imagen o de prestigio, lo que puede repercutir lógicamente en sus beneficios económicos³²(a). Por otra parte, será condición *sine qua non* para que pueda sancionarse al trabajador que haya sido informado de las consecuencias que en el ámbito laboral puede tener su actividad privada (b). Y, finalmente, que, incluso acreditado el daño, el ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión que implique a su vez el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa debe ser un considerado un límite absoluto a la posible reacción empresarial sancionadora (c).

a) En primer lugar, en relación con la constatación del daño, creo que no es posible mantener en estos casos la doctrina jurisprudencial que no lo considera imprescindible respecto de los incumplimientos laborales³³. Y ello porque no nos

³¹ En este sentido, como señala en su ya clásico trabajo Goñi Sein, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, Civitas, p. 261, el poder de dirección empresarial, y en su caso las facultades disciplinarias, no pueden alcanzar a las actividades extralaborales, que precisamente por desarrollarse al margen de los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y por estar amparadas en derechos constitucionales de rango fundamental, quedan fuera del radio de acción de los poderes empresariales.

³² En este sentido, Sala Franco, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, 1999, Civitas, p. 227; Rodríguez Escanciano, S., “El poder de control empresarial en un contexto productivo tecnológicamente avanzado”, en AAVV (Coord. López Balaguer, M.), *Descentralización productiva y transformaciones del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 220, que señala que, desde luego, cualquier actuación empresarial punitiva exige que la conducta extralaboral se pruebe, pues no se puede actuar con base en meras sospechas. Y una vez acreditada tal conducta, el empresario sólo está legitimado para intervenir cuando el comportamiento del trabajador pueda repercutir nocivamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo o sobre los intereses de la empresa.

³³ Por todas, STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009: “La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una

situamos aquí en este ámbito sino exclusivamente en el ámbito privado. Creo por ello que lo que no será posible en ningún caso es que la empresa actúe de manera preventiva frente a una manifestación privada del trabajador reprochable -por utilizar una expresión neutra-, esto es, para evitar un daño futuro a su imagen o incluso para iniciar una campaña con la finalidad de publicitar una buena imagen empresarial de cara a la opinión pública. En este sentido, sería posible trasladar aquí, adaptando su aplicación obviamente, la misma exigencia que se contempla por lo que se refiere a la reacción empresarial de cierre patronal frente al ejercicio del derecho fundamental de huelga³⁴. Es decir, limitar el ejercicio del poder disciplinario única y exclusivamente a la reacción defensiva de la empresa frente al daño cierto que la publicación del trabajador ha provocado a la empresa en forma normalmente de campaña viral de deterioro de su imagen o prestigio, puesto que, como hemos visto, el principal efecto derivado del uso de la red social es el relacionado con la inmediatez e universalidad de su difusión y es un hecho, tal y como se ha considerado³⁵, que para las empresas actualmente su «imagen pública» es absolutamente esencial y que muchas veces incluso la opción de consumo de los consumidores se hace depender precisamente de esa imagen creada a partir de la información/ opinión que pueda aparecer, entre otros medios, en las redes sociales.

b) En segundo lugar, también será necesario que, al igual que se exige por lo que se refiere al uso de las herramientas de comunicación puestas a disposición del trabajador para el desarrollo de la prestación laboral, se haya procedido a informar al trabajador de la exigencia de límites en el uso de sus redes sociales privadas siempre y cuando éste se haya identificado en las mismas como tal. A mi modo de ver, si en el ámbito laboral se ha entendido que la procedencia de la imposición de una sanción al trabajador depende en estos casos de que se cumpla, entre otros, con el requisito de la información sobre el control³⁶, esta exigencia debe trasladarse con

parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados³⁷.

³⁴ STS de 14 de enero de 2000, Rec. 2478/1999; y STS -CA- de 6 de mayo de 2008, Rec. 964/2005.

³⁵ Del Rey Guanter, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión...», cit., pp. 310-311. Aunque el profesor Del Rey se refiere en este trabajo a manifestaciones vinculadas al trabajo, creo que es posible desde luego trasladarlas al tema que aquí se analiza. Si hablamos de cifras, según el *Estudio anual de redes sociales 2018*, Iab Spain, https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-redes-sociales-2018_vreducida.pdf: un 81% de los usuarios de redes sociales declara ser fan/seguidor de marcas a través de Redes Sociales: 8 de cada 10 usuarios siguen marcas a través de Redes Sociales (niveles muy parecidos a 2017), y de este un 39% declara hacerlo con intensidad (mucho/bastante).

³⁶ Recordemos que en la sentencia *Barbulescu*, cit., se establecía que «El Tribunal entiende que para ser considerada como previa, la advertencia del empleador debe darse antes de que comience la actividad de supervisión, y con mayor motivo, cuando la supervisión implica también el acceso al

mayor motivo si cabe al ámbito privado. Si en aquél se ha considerado concurrente una expectativa de privacidad, es obvio que en éste esa expectativa es absoluta y no, como decíamos antes, por el modo de configuración de la privacidad de la red social en cuestión, sino porque el contenido de la publicación en nada debería afectar a la empresa, puesto que es ajeno tanto a la relación laboral con el trabajador como a aquélla y a su negocio. De este modo, esa información al trabajador en relación con las posibles consecuencias laborales de su actividad en redes sociales privadas será esencial para determinar, en su caso, que haya acontecido el incumplimiento del deber de la buena fe contractual o el abuso de confianza como infracción a sancionar, en el entendido de que este solo podrá acreditarse ante “la quiebra de la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o ante la vulneración del deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe”³⁷.

En este sentido, como decíamos antes, será determinante por tanto la identificación del trabajador como tal en su red social. Esa identificación podrá ser expresa en la descripción de su perfil, lo que es práctica común de los usuarios de redes sociales; podrá, por otro lado, deducirse sin lugar a dudas de las imágenes o informaciones publicadas³⁸; o podrá, en fin, ser obvia por tratarse de un personaje público o de un trabajador de cierta relevancia pública en la empresa (portavoz, gerente, RRPP...) cuya vinculación a la misma sea conocida de hecho por la opinión pública³⁹. En síntesis, a mi modo de ver, de todo lo dicho cabría extraer una doble conclusión:

contenido de las comunicaciones de los empleados. Las normas internacionales y europeas van en esta dirección y exigen que la información se comunique al interesado antes de que sea objeto control”. En el mismo sentido, el TS en la reciente sentencia de 8 de febrero de 2018, Rec. 1121/2015 reseña especialmente la importancia de la información al trabajador: “Recordemos que en la empresa demandada existe una concreta normativa empresarial «de los sistemas de información» y de «política de seguridad de la información» del Grupo Inditex, que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales. Tengamos también en cuenta -reproducimos redacción de la propia sentencia recurrida- que los empleados del Grupo Inditex, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de su empleados, respetando en todo caso las legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado, por lo que el actor era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados”.

³⁷ STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009.

³⁸ Por ejemplo en la SJS de Zaragoza de 21 de febrero de 2018, cit., se considera que el hecho de que el trabajador aparezca en la fotografía que provoca su despido con el uniforme de la empresa es suficiente para identificarle como tal y para acreditar el daño a la imagen de la misma.

³⁹ No hay que olvidar que la doctrina jurisprudencial considera que los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas (STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009).

- Que el empresario no está legitimado para ejercer su poder disciplinario frente a publicaciones de contenido no laboral del trabajador en sus redes sociales privadas.
- Que esta regla general podrá ser excepcionalmente superada cuando concurren dos requisitos. Uno, que el trabajador haya sido previamente informado de las posibles medidas disciplinarias que podrán aplicarse si, identificado como tal en sus redes sociales, se demuestra que sus publicaciones han generado un daño real a la empresa. Y, dos, que éste se acredite de manera fehaciente por parte de la empresa para constatar así la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza.

c) No obstante, sí creo que es importante señalar que en todo caso un hay límite que no podrá nunca rebasarse en el ejercicio del poder disciplinario empresarial, esto es, ni aunque pudiese acreditarse un daño frente a la empresa en forma de campaña viral. Se trata del límite relacionado con las manifestaciones del trabajador en redes sociales que impliquen el ejercicio legítimo del derecho del mismo a su libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción en el marco del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que garantiza el art. 16 CE⁴⁰. Hay que recordar que la doctrina del TC avala que este derecho fundamental comprende no sólo el “derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”, sino también, en su dimensión externa, “el derecho de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos” (STC 120/1990, de 27 de junio).

Las palabras de la clásica STC 20/1990, de 15 de febrero, son totalmente trasladables al año 2018 en relación con el tema que nos ocupa porque en esta resolución el TC viene a concluir que “por reprobables que sean los términos con que el autor expresa sus propias opiniones [...] han sido emitidas en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por el recurrente.[...] La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto

⁴⁰ En este sentido, como indica Rodríguez Escanciano, S., “El poder de control empresarial en un contexto productivo...”, cit., p. 221, en todo caso, como excepciones que son, deberán ser interpretadas restrictivamente, sin perder nunca de vista que ni el estado civil del trabajador, ni la orientación o conducta sexual, ni los embarazos o abortos, ni mucho menos sus creencias o actuaciones políticas, religiosas o sindicales, pueden ser objeto de control empresarial con repercusión positiva o negativa en su relación laboral, por cuanto, además de atentar contra su intimidad, colisionarían con el principio de no discriminación.

a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquélla de toda efectividad”.

Creo que, aplicando la doctrina constitucional al tema que nos ocupa, en los casos en los que la conducta del trabajador en sus redes privadas -por impresentable que sea- implique el ejercicio legítimo de estos derechos no será posible asumir la legitimidad de una reacción empresarial sancionadora ni siquiera aunque pudiese la empresa acreditar un daño cierto a su imagen o a su negocio⁴¹.

Lo cierto es que en todo caso en relación con el uso de redes sociales, tal y como propuso la doctrina hace ya algunos años⁴², sin duda, el diseño y establecimiento de políticas formales en el ámbito de las empresas podrían minimizar los riesgos para éstas. De esta manera los empleados dispondrían de directrices formales sobre el uso y abuso de las redes sociales, que facilitaría el conocimiento y valoración de sus actuaciones con carácter previo a su realización. Pues bien, hoy por hoy, como analizaremos en el siguiente epígrafe, los expertos recomiendan no solo que las empresas cuenten con protocolos de uso de redes sociales sino también, en relación directa con el tema que aquí nos ocupa, la inclusión en estos protocolos de previsiones que aludan tanto a la actividad de los trabajadores en las redes corporativas como a su actividad en las redes privadas, incluso cuando no se trate de actividad laboral⁴³.

⁴¹ Imaginemos, por recurrir a un ejemplo que en los tiempos que corren no sería nada extraño -y tampoco lo era en los años noventa porque coincide en lo esencial con el recurso de amparo que resolvió el TC en la sentencia 20/1990-, un comentario en Facebook o un tuit del trabajador identificado como tal a favor o en contra de los nacionalismos que pudiese generar una oleada de mensajes contra la empresa por tener en su plantilla a un trabajador que comulga o no con las convicciones de los usuarios que inician la campaña viral para atacar a la empresa. O, lo que tampoco sería raro actualmente, una campaña contra una empresa iniciada a raíz de una publicación en la red social de un trabajador respecto de temas religiosos.

⁴² En este sentido, señala Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., p. 70, que, sin duda, el diseño y establecimiento de políticas formales en el ámbito de las empresas podrían minimizar los riesgos para éstas. De manera que los empleados dispondrían de directrices formales sobre el uso y abuso de las redes sociales, que facilitaría su conocimiento y valoración de sus actuaciones con carácter previo a su realización.

⁴³ En este sentido, Del Rey Guanter, S., “La empresa hiperconectada y el futuro del trabajo”, Conclusiones y recomendaciones del Informe “El impacto de la empresa hiperconectada y de las redes sociales en la organización del trabajo, en la gestión de los recursos humanos y en las relaciones laborales”, Contribución a la Conversación 3 “La organización del trabajo y la producción”, Cuatrecasas, Instituto de Estrategia Legal en Recursos Humanos, Marzo, 2017, “https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ro.../ro.../wcms_548601.pdf”, que incluye un decálogo de recomendaciones a la política empresarial y laboral sobre los medios telemáticos y las redes sociales, con una primera recomendación: Proactividad.- Todas las empresas deberían disponer de una política interna sobre el uso de los medios telemáticos y de las redes sociales en la empresa. Los conflictos y la litigiosidad que plantea la utilización de internet, del correo electrónico y de las redes sociales por los trabajadores se verían acentuadamente reducidos si el empresario instaura unas normas claras al respecto. La ausencia de pautas y la permisividad en el uso inapropiado de estos instrumentos (tanto aquellos propiedad de la empresa como los del propio trabajador) para fines particulares no sólo resulta perjudicial para la

4. LOS PROTOCOLOS DE USO DE REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTA EMPRESARIAL PARA EL EJERCICIO DEL PODER CONTROL

Aunque se reconoce sin duda que la facultad de control y disciplina empresarial no se extiende al uso de redes personales de los empleados, como se ha dicho antes, actualmente se comienza a recomendar a las empresas que en aquellos casos en los que estos se identifiquen como tales o cuando puedan hacer referencia en sus redes privadas a productos de la empresa, se establezcan reglas precisas sobre los límites de la utilización del nombre de la empresa en esos contextos privados⁴⁴.

De este modo, cada vez son más las empresas que incluyen las citadas reglas en sus políticas de uso de redes sociales. Ya hemos visto, en el segundo supuesto que se resumía como ejemplo, que la empresa Primark había incluido en su protocolo de uso de redes sociales una expresa referencia a la actividad privada en redes sociales de sus trabajadores cuando sea posible identificarlos en las mismas con la empresa. Es más, tal y como vimos, la información individual que la empresa ofrece sobre esta previsión a los trabajadores y el compromiso que los mismos suscriben en esta materia, fue determinante en la sentencia que hemos comentado para declarar la procedencia del despido –recordemos que, según la política de uso de redes sociales de esta empresa, se insta a los trabajadores en su actividad en redes sociales “cuando es posible la identificación como empleado de Primark” a velar “porque en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”; y también que incluso en el actual convenio de empresa se incluye como infracción muy grave “la publicación o difusión de comentarios vejatorios o contrarios a la dignidad de las personas o derechos fundamentales realizados por los empleados en medios o redes sociales, cuando se identifiquen como empleados de Primark o utilizando el nombre de la compañía”-. Por otro lado, también en el primero de los ejemplos expuestos sobre el despido por el *like* en Facebook, resulta clave el documento que el trabajador firma asumiendo la obligación de obviar comportamientos similares en su actividad en redes sociales.

La inclusión de límites como los citados se puede encontrar actualmente en los protocolos de uso de redes aplicables en muchas empresas. A modo de ejemplo podríamos citar algunos según el nivel de restricciones impuesto por lo que a las redes privadas se refiere.

En primer lugar, utilizando un sistema de recomendaciones de uso, encontramos empresas en las que, tras reconocer que “nuestros empleados son libres de tener cuentas en las redes sociales que quieran y, a título personal, deberían ser

eficiencia en el trabajo, sino que dificulta acentuadamente la sanción disciplinaria de las irregularidades y faltas en las que se puede incurrir por los empleados. Lo anterior también debe ser predicado cuando los representantes de los trabajadores accedan a estos medios con fines representativos.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 12.

libres de comentar lo que quisiesen”, se indica que “dado que utilizan el nombre de nuestra empresa, por ejemplo en la descripción de su perfil, para darse cierta notoriedad y ganar solvencia en sus opiniones, nuestros empleados deberían poner al menos cierta coherencia a su actividad y evitar poner la empresa en un aprieto o conflicto por un comentario desafortunado y, lógicamente, intentar no autoproclamarse portavoces de la compañía, dejando claro que hablan a título personal”⁴⁵.

En segundo lugar, aconsejando también a los trabajadores, otras empresas indican al trabajador identificado como tal: “adopta una postura acorde con la que de forma habitual mantienes con tus clientes y colaboradores, y coherente con el cargo y las responsabilidades que ostentas en la organización” y “respeta siempre a tu audiencia y haz que tu comportamiento en las conversaciones en las que participes sea ejemplar en el trato en todas las situaciones. Ten especial cuidado con las apreciaciones relacionadas con política, religión, ética o aspectos de similar sensibilidad”⁴⁶. Otra fórmula que se utiliza en forma de recomendación pero con fijación de límites es la que consiste en recomendar a los empleados cuando publiquen información u opinión como tales “respecto, buen juicio y sentido común y cuidado con la información que se comparte”, prohibiendo, por una parte en estos casos en los que hay identificación, informaciones confidenciales de la empresa o la emisión de opiniones que se puedan atribuir a la empresa y requiriendo “autorización previa a tu superior para subir imágenes de nuestras instalaciones o de eventos relacionados con la empresa”; y, por otra, cuando no la hay y se actúe en nombre propio, que no se utilice la condición de empleado o ninguna otra referencia que pueda atribuir el contenido publicado a la empresa⁴⁷.

Yendo un paso más allá, otras empresas condicionan directamente la libertad de expresar opiniones libremente “a que en sus perfiles los trabajadores no indiquen que trabajan para la empresa”, ya que, en el caso de indicarlo, se prohíbe que comenten aspectos relacionados con la empresa o su política, exigiéndose que cualquier actividad en línea asociada con el trabajo sea discutida y aprobada por adelantado por un «gerente de línea». Es más, estableciendo prohibiciones directas, se establece que, incluso si no están identificados como miembros del personal de la empresa, determinados trabajadores -personal editorial y personal de áreas políticamente sensibles- “no deberán apoyar a ningún partido o causa política”⁴⁸.

⁴⁵ Pavan B.; Velasco, JJ; Jiménez, F.; Gonzalo, M.; Acevedo, I., *Las mejores prácticas en redes sociales para empresas: guía y casos de éxito*, Hipertextual, Movistar, <https://hipertextual.com/pdf/practicas.pdf>.

⁴⁶ Código de uso de las redes sociales para las empleadas y los empleados del Grupo Banco Sabadell, Versión 1.0 de enero de 2.011 Autor: Banco de Sabadell, SA, https://www.grupbancsabadell.com/.../redes_sociales/codigo_uso_cast.

⁴⁷ Código de Conducta de BBVA. Trabajamos por un futuro mejor para las personas, https://accionistaseinversores.bbva.com/...content/.../vext-bbva-codigo_de_conducta.

⁴⁸ Personal use of social networking and other third party websites (including blogs, microblogs and personal web-space), BBC, www.bbc.co.uk/guidelines/editorialguidelines/.../personalweb/. En

En fin, se trata tan solo de algunos ejemplos que sirven para ilustrar el interés de las empresas por proteger su imagen, su reputación, su prestigio y su propio negocio de la incidencia que pueda tener el uso privado de las redes sociales por parte de los trabajadores incluso cuando éste no tiene relación alguna con el trabajo. Y es que, como se advierte en consideración que suscribo⁴⁹, “la empresa socialmente responsable lo es en todos los planos: como «empleadora» como dispensadora de un producto o servicio, como «ambientalmente» sostenible, como institución social y «ciudadana» fundamental, etc. Especialmente cuando por la forma de propagación de la información y opinión es tan capilarizada y extensiva como en las redes sociales, en la que aquella propagación se desarrolla entre particulares y es aún más difícil su parcelación desde la perspectiva de la «corporate social responsibility»”.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La principal conclusión que podemos apuntar tras el estudio realizado es que debe interpretarse de manera absolutamente restrictiva el efecto sancionador sobre las conductas no relacionadas con el trabajo que el trabajador lleve a cabo en sus redes sociales privadas. Y ello porque se trata de una limitación del derecho fundamental de libertad de expresión del trabajador ejercido en el ámbito de la vida privada. En este sentido, cabría apuntar como regla general que no será posible admitir en ningún caso que esa conducta tenga ninguna repercusión laboral cuando concurren dos circunstancias:

1. Que el medio de comunicación sea privado de la persona trabajadora, esto es, que se trate de una red social privada.
2. Que el trabajador no sea identificado como tal en su red social.

Cuando concurren ambas circunstancias, a mi juicio, no podrá entenderse ajustada a derecho ninguna decisión empresarial de sancionar determinada conducta del trabajador por reprobable que esta sea socialmente –independientemente, claro está, de que esa conducta pueda tener relevancia jurídica en otros órdenes de la jurisdicción como el civil o el penal–.

esta empresa los límites si el trabajador se identifica como tal son absolutamente estrictos: • No debe participar en actividades en Internet que puedan llevar a la BBC a mala fama; • Debería actuar de manera transparente; • No debe usar Internet de ninguna manera para atacar o abusar de sus colegas; • No debe publicar comentarios despectivos u ofensivos en Internet.

⁴⁹ Del Rey Guanter, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión...», cit., p. 311.

Para que se pudiese considerar de manera excepcional que la empresa está legitimada para sancionar estas actuaciones del trabajador sería necesario que concurriesen dos circunstancias simultáneamente:

1. Que el trabajador haya sido previamente informado de las posibles medidas disciplinarias que podrán aplicarse si, identificado como tal en sus redes sociales, sus publicaciones generan un daño real a la empresa.
2. Que la empresa acredite de manera fehaciente ese daño para justificar a su vez la posible transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza por parte del trabajador.

En todo caso, a mi modo de ver, si la publicación del trabajador en su red social implica el ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión (art. 10 CE) en relación con el derecho de libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE) estaremos ante un límite total al ejercicio del poder disciplinario empresarial y ello incluso aunque se haya constatado el daño a la empresa.

LA TRASCENDENCIA DE LA DISPONIBILIDAD HORARIA DEL TRABAJADOR EN EL CONTEXTO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Prof. Contratada Doctora (Acreditada a TU) de D^o del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo¹

EXTRACTO **Palabras clave:** Tiempo de trabajo; disponibilidad horaria; desconexión digital; negociación colectiva

En la llamada “cuarta revolución industrial” se ha producido una proliferación de los llamados “trabajadores atípicos” y, de manera muy significativa, de los “falsos autónomos”. Este fenómeno se agudiza en relación con la prestación de servicios a través de plataformas digitales, hasta el punto de que ha sido cuestionada su propia condición de “trabajadores”. En este contexto, es muy importante el análisis de los “indicios de laboralidad”, sobre todo, la determinación y actualización de conceptos clásicos como la dependencia y la ajenidad, respecto de los cuáles será básica la delimitación de qué es tiempo de trabajo y de qué no lo es. Este paradigma se vuelve más complejo en este tipo de trabajos digitalizados, en los que existen dos aspectos del tiempo de trabajo que van inevitablemente unidos entre sí. Por un lado, la flexibilidad extrema de la jornada laboral que radica en el hecho de que el trabajador deba estar “conectado”. Y, como consecuencia de lo anterior, un “nuevo” derecho a la “desconexión digital”, con las implicaciones que acarrea esto sobre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Siguiendo las resoluciones del Parlamento y de la Comisión Europea, ha de descartarse el “contrato de cero horas” como alternativa viable. En definitiva, habrá que atender a los últimos pronunciamientos del TJUE en su protección sobre el derecho al descanso al hilo de la interpretación de la disponibilidad horaria como tiempo de trabajo y, por tanto, como indicio de laboralidad.

ABSTRACT **Key words:** Work time; time availability; digital disconnection; collective bargaining

In the so-called “fourth industrial revolution” has been produced proliferation of so-called “atypical workers” and, in a very significant way, of “false self-employed workers”. This is a phenomenon that is becoming more acute in relation to the provision of services through digital platforms, regarding their condition of “workers” which has already been disputed. In this context, it is very important to analyze the “signs of work”, above all, the determination and updating of classic concepts such as dependence and alienation, as well as the definition of what is considered working time and what it is not. This paradigm becomes more complex in this type of digital working, in which, apart from other specific issues, there are two aspects of working time that are inevitably linked together. On the one hand, the extreme flexibility of the working day that lies in the fact that the worker must be “connected”. And, as a consequence of the above, a “new” right to “digital disconnection”, involving the right to conciliation of personal, family and work life. Following the resolutions of the Parliament and the European Commission, the “zero hours contract” should be discarded as a viable alternative. In short, we must address the latest pronouncements of the ECJ that protect the right to rest on the basis of the interpretation of time availability as working time, and, therefore, as a sign of work.

¹ Trabajo en el marco del Proyecto de investigación del MINECO, ref. DER2017-83488-C4-2-R, “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”.

ÍNDICE

1. EL EMPLEO POSTCRISIS: LAS RELACIONES LABORALES DIGITALIZADAS
2. ANÁLISIS DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD EN EL CONTEXTO DIGITAL
3. EL DEBER DE ESTAR “CONECTADO” O EL TIEMPO DE TRABAJO
4. EL DERECHO A LA “DESCONEXIÓN” O EL TIEMPO DE NO TRABAJO
5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: ¿TRABAJOS DECENTES?

1. EL EMPLEO POSTCRISIS: LAS RELACIONES LABORALES DIGITALIZADAS

Los cambios tecnológicos están en el mismo origen del Derecho del Trabajo, no obstante, los últimos cambios y avances en la robotización de los procesos productivos, incorporando máquinas o, más bien, algoritmos informáticos aplicados a la misma prestación de los servicios, han desembocado en la denominada digitalización de la economía. Se trata de un fenómeno que se caracteriza por la tecnificación de todos los ámbitos productivos y de todos los sectores de actividad².

Su rápido desarrollo se conecta con los mismos factores que la identifican. En primer lugar, dos de ellos simultáneamente interrelacionados entre sí, como son la globalización de la economía que, a su vez, llega a todos los rincones, lo que implica que se extiende de manera universal y deja en el limbo a aquéllos que no pueden acceder a la formación necesaria para incorporarse a ese nuevo mercado laboral. Y, finalmente, todo esto se asienta en la “hiperconectividad”, la rapidez –casi inmediatez– en las comunicaciones y la transmisión de información que se han expandido por todos los sectores, modificando las formas de demandar los productos³. Por consiguiente, será recomendable apostar por una solución integral y global que abarque ámbitos y unidades funcionales convergentes en los distintos Estados, siendo de interés sobresaliente las resoluciones judiciales que atienden a ámbitos amplios –no sólo las nacionales– y que puedan aportar cierta unificación de criterios en el contexto de la economía globalizada.

En efecto, el impacto de la crisis económica se ha caracterizado por una generalización de la reducción de costes en los procesos empresariales y su directa repercusión sobre los derechos de los empleados, que al igual que en los propios hábitos de consumo, encontrarán trabajo antes los que resulten más baratos de “costear”. Es decir, la escasez de puestos de trabajo ha hecho que los trabajadores se conciban, en parte, como un medio productivo equiparable a cualquier otro y al que impregnar

² Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, n.º. 138, 2017, pp. 14-19.

³ Cremades Chueca, O., “Apuntes sobre los riesgos jurídico-laborales del *Bring Your Own Device (BYOD)*”, en AA. VV., *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2018), pp. 455-467.

de la atractiva política del *low cost*⁴. En aras de ese objetivo del fomento del abaratamiento del producto, crece singularmente el fenómeno del “cybertariado”⁵ que se refiere a la diminuta dimensión de los lugares de trabajo, dispersos en distintas ubicaciones del mundo, entorno a la periferia de los múltiples “productores finales”.

La tradicional concepción civil basada en la bilateralidad del contrato de trabajo, no resulta plausible a pesar del automatismo de algunas legislaciones nacionales de perpetuar los esquemas clásicos⁶. En esta línea, se ha constatado que los mercados laborales menos regulados, como el inglés, son los más propicios para que se propaguen estas nuevas formas de prestación de servicios, acrecentando las desigualdades entre los denominados trabajadores “insiders” y los “outsiders”, según se encuentren amparados o no por las garantías de derechos que ofrecen las normas laborales a los trabajadores por cuenta ajena⁷.

Según mantiene la OIT, en su informe inicial para la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo⁸, la mano de obra virtual representará una parte muy importante del empleo mundial en el futuro más inmediato. En concreto, entre un 20% y un 30% de la población en edad laboral en la Europa de los quince y en Estados Unidos, percibe algún tipo de ganancia por su cuenta. De ellos, un 15% - y en aumento -utiliza plataformas digitales para obtener ingresos⁹.

La expansión de las nuevas formas de empleo surgidas en torno a la economía colaborativa, en el contexto de la digitalización y la *gig economy*, han transformado las relaciones laborales de nuestro entorno para siempre. Esta nueva realidad –o ya no tan nueva- que demanda profesiones más tecnológicas, sólo será sostenible desde la perspectiva de la protección social, si se pone freno a la proliferación de trabajos atípicos a los que han dado cobijo.

⁴ Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones...”, p. 32. Acertadamente el Profesor Cruz se refiere al traslado de costes productivos, incluso, al propio consumidor.

⁵ Beltrán De Heredia Ruiz, I., “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”, Ponencia en *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*, 8 y 9 de marzo de 2017. Se puede encontrar en https://www.academia.edu/35855236/BELTRAN_I_2018. Economía%ADa de las plataformas platform economy y contrato de trabajo - Ponencia XXIX Jornades Catalanes de Dret Social marzo18 - Pendiente de publicaci%C3%B3n (fecha consulta 19-11-2018).

⁶ Cruz Villalón, J., “Presentación. La permanente complejidad de las relaciones triangulares de trabajo”, *Temas Laborales*, n.º. 56, 2000, pp. 1 y ss.

⁷ Sobre la “deregulation”, Wedderburn, K. W., “Deregulation and Labour Law in Western Europe” *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 1, 1998 (6), pp. 135-137. La critican sin paliativos, Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood’s Employment Law*, 13. Ed. Oxford University Press (Oxford, 2017), pp. 9 y ss; resalta sus efectos, Bogg, A., ““Individualism” and ‘collectivism’ in collective labour law”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 72-108.

⁸ OIT, diciembre 2017. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf (fecha consulta 20-11-2018).

⁹ Datos del informe *Independent work: choice and gig economy*, McKinsey Global Institute, octubre, 2016. <https://www.mckinsey.com/global-themes/employment-and-growth/independent-work-choice-necessity-and-the-gig-economy>; (fecha consulta 20-11-2018).

Lo cierto es que puede afirmarse que con la “cuarta revolución industrial”¹⁰ se han instalado en los ordenamientos jurídicos de manera preocupante, en tanto que generan importantes quiebras en los derechos sociales, lo que implica una ruptura abismal respecto del anterior nivel de cohesión social. Se ha producido una “subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y de éste a las políticas (macro) económicas”¹¹.

Esa “deslocalización” del tejido productivo que lleva aparejada la digitalización, se ha utilizado por el empleador con el objetivo principal de aumentar la competitividad empresarial, lo que provoca el adelgazamiento de los derechos laborales. La causa fundamental de este deterioro es la propia externalización de parte del objeto social o de actividades con las que guarda una estrecha relación, de manera que junto a esa empresa principal, prolifera un mercado laboral circundante con formas de ocupación precaria y trabajo sumergido¹².

La OIT, en su informe sobre la pobreza y el empleo en el mundo, llama la atención sobre la proliferación de los llamados “trabajadores pobres”, más aun en los países desarrollados, a la vez que pone de manifiesto el continuo aumento de la desigualdad de ingresos, lo que supone un desarrollo “inadecuado” de las estructuras empresariales y destaca la necesidad de que existan “interlocutores sociales fuertes” que puedan contribuir a mejorar “la rendición de cuentas de las políticas gubernamentales”¹³.

Por su parte, la Resolución del Parlamento sobre empleo precario¹⁴ ha puesto el foco en el incremento de relaciones laborales atípicas¹⁵, con la consiguiente desprotección e inestabilidad que llevan apareja en el ámbito de los derechos sociales. Incluso afirma que “de continuar esta tendencia, bien puede suceder que los contratos típicos se apliquen únicamente a una minoría de trabajadores”. Es decir, han proliferado tanto los denominados “trabajadores periféricos” que amenazan

¹⁰ Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, Ed. Debate (Barcelona, 2016), sobre los desafíos de la innovación tecnológica en la época actual y su impacto en las estructuras sociales y la propia idea del “ser humano”.

¹¹ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, n^o. 9, 2017, p. 867.

¹² Kahale Carrillo, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa y las actividades descentralizadas*, Aranzadi-Thomson Reuters (Pamplona, 2011), p.41.

¹³ OIT, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Transformar el empleo para erradicar la pobreza”, 2016. www.ilo.org. (fecha consulta 20-11-2018).

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.*

¹⁵ En los últimos 10 años las formas típicas de empleo han descendido del 62 % al 59%. En concreto, los contratos indefinidos a tiempo completo representan un 59 % del empleo total en la Unión, el empleo autónomo con empleados un 4 %, el trabajo independiente un 11 %, el trabajo a través de empresas de trabajo temporal un 1 %, el trabajo de duración determinada un 7 %, los períodos de prácticas y de formación un 2 %, el trabajo marginal a tiempo parcial (menos de 20 horas a la semana) un 9 % y el trabajo permanente a tiempo parcial un 7 %. Considerando, letra B), Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.*

con desplazar las relaciones laborales consideradas “normales” hasta ahora, las que disfrutaban de una jornada completa y por tiempo indefinido¹⁶.

En realidad, el concepto de “trabajador precario” carece de una definición unívoca y, más bien, se caracteriza por su contraposición respecto del “trabajador típico” que, según la Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio, está formalizado en contratos indefinidos y por tiempo completo o tiempo parcial regular y voluntario. Las formas de empleo “atípicas” o “flexibles” se han propagado en los nuevos sectores de actividad, de forma que engloban el trabajo ocasional, el de temporada, el trabajo a la carta, el que se presta por medio de relaciones de trabajo externalizadas o el trabajo por cuenta propia dependiente, tan frecuente a través de las plataformas digitales¹⁷.

De manera que, si bien el trabajo precario no es una consecuencia ineludible del trabajo atípico, sí suele acompañarlo, tal y como pone de manifiesto la propagación de la precariedad laboral y social actualmente en Europa. En orden a procurar un empleo que proporcione “recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuada”, el Parlamento Europeo llama a los interlocutores sociales a desarrollar sus funciones de representación colectiva respecto de todas las relaciones de trabajo y, especialmente, sobre las atípicas.

Para alcanzar ese objetivo, de manera simultánea, ha de llevarse a cabo una reinterpretación y adaptación de las notas clásicas de la laboralidad, y, al mismo tiempo, deben de remarcarse y definirse más claramente los límites entre el empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, dado el talante tradicionalmente proteccionista de la normativa laboral. Las evidentes consecuencias de esta inseguridad jurídica se manifiestan, por un lado, en la ausencia de certeza en la continuidad del empleo y en la falta de protección de los trabajadores que están en activo. Y, a la vez, en la proliferación de segundos empleos asociados a los trabajos *part-time*, la contratación de trabajadores a través de agencias de trabajo temporal, con el “contrato de cero horas” como exponente máximo de esa temporalidad, o la transformación en falsos *self-employment* frente a la expulsión total del mercado de trabajo¹⁸.

¹⁶ Sobre el concepto y definición de “trabajador atípico”, se refiere a factores de discriminación que llevan aparejados –“multidimensional”–, Cabeza Pereiro, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Laborum (Madrid, 2015), pp. 9-12.

¹⁷ Estudio de julio de 2016 titulado «Precarious employment in Europe: patterns, trends and policy strategies» http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU%282016%29587285_EN.pdf. (fecha consulta 20-06-2017). Ya se alegaba a esas formas de empleo como precarias en Sciarra, S., “New discourses in labor law: part-time work and paradigm of flexibility”, en AA. VV., *Employment Policy and the Regulation of part-time work in the European Union* Cambridge University Press (Cambridge, 2004), p. 21.

¹⁸ Grimshaw, D., Johnson, M., Keizer, A., y Rubery, J., “Chapter 11: The gornance of employment protection in the UK: how the state and employers are undermining decent standards”, en AA. VV. (Editores Piasna, A. y Myant, M.), *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*, European Trade Union Institute (ETUI) (Bruselas, 2017), p. 228.

Resulta indiscutible que el tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos más relevantes dentro de cualquier prestación de servicios, pues influye directamente en la organización vital de las personas. Delimitar y distinguir el tiempo de trabajo del tiempo de descanso es una constante en todos los ordenamientos jurídicos, incluso desde el mismo momento del nacimiento del Derecho del Trabajo como ciencia, tal y como constata que el Convenio n.º 1 OIT se refiriese a ese tema¹⁹.

Pues bien, hoy en día, respecto de las prestaciones de servicios que se llevan a cabo a través o utilizando medios digitales, la delimitación de qué es tiempo de trabajo y qué no lo es, también resulta muy importante, incluso más, dadas las dificultades que implica esa diferenciación. En efecto, a parte de otras cuestiones derivadas de éstas, existen dos aspectos del tiempo de trabajo especialmente relevantes en torno a estas nuevas realidades y que van inevitablemente unidos entre sí, como dos caras de la misma moneda, por un lado, la flexibilidad extrema de la jornada laboral que radica en el hecho de que el trabajador deba estar “conectado”. Y, como consecuencia de lo anterior, la ausencia regulatoria de un derecho a la “desconexión”, con las implicaciones que acarrea esto sobre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En definitiva, la disfuncionalidad de la protección jurídica que caracteriza a estas relaciones laborales atípicas o no estables, implica el aumento de las desigualdades sociales y el desarrollo del fenómeno de la pobreza laboriosa²⁰. Efectivamente, el desmantelamiento del principio de estabilidad en el empleo ha ido parejo a la imparable liberalización del mercado de trabajo, por eso hay autores que se cuestionan si el antídoto para recuperar la seguridad en el trabajo pasa por regular los contratos atípicos²¹.

2. ANÁLISIS DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD EN EL CONTEXTO DIGITAL

Las nuevas realidades posibles que alberga el fenómeno de la denominada “economía colaborativa” resultan extraordinariamente distintas²² –incluso con-

¹⁹ C001 - Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)

Convenio por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales (Entrada en vigor: 13 junio 1921) Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (28 noviembre 1919) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

²⁰ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrrer, M., “Trabajadores pobres y derecho del trabajo”, *Diario La Ley*, n.º. 7245, 2009, Editorial.

²¹ Fuchs, M., “¿Regular los contratos atípicos para convertirlos en instrumentos de la seguridad de trabajo?”, en AA.VV., *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Bomarzo (Albacete, 2009), pp. 103 y ss.

²² Rodríguez-Piñero Royo, M., “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, en AA. VV. *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* Bomarzo (Albacete, 2017), pp. 195-199.

trapuestas-, tanto que se ha observado una “fuerte ambivalencia intencionada” en su propia terminología²³.

La Comisión Europea, en su Comunicación sobre la “agenda europea para la economía colaborativa”²⁴ la define como “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”. Además, se refiere a los elementos centrales que la definen en torno a las tres categorías de agentes que implica. En primer lugar, los “prestadores de servicios...”, los propios clientes o “usuarios de dichos servicios” y, como elemento diferenciador, “los intermediarios que conectan” a ambos entre ellos a través de plataformas en línea, las “plataformas colaborativas”.

La descentralización empresarial y la globalización económica conllevan importantes dificultades para identificar al empresario real, así como el establecimiento de estructuras verdaderamente representativas de los intereses de los trabajadores²⁵. Esta dificultad se acrecienta respecto de los que prestan servicios a través de plataformas digitales a cambio de un precio que fijan éstas directamente con el cliente que contacta con ellas. Por lo tanto, quedan fuera de éste ámbito conceptual las actividades en las que diferentes particulares, de común acuerdo, comparten los gastos que conlleva una determinada circunstancia del día a día²⁶.

Desde la perspectiva laboral estricta, existen dos formas de trabajo típicas: el “crowdwork”, el trabajo colaborativo *on line*, y el “work on-demand via apps”, el trabajo bajo demanda via aplicaciones de móviles”. Con independencia de las diferencias intrínsecas de cada una de estas modalidades en cuanto a la especialización de los prestadores de los servicios o la propia duración de la tarea encomendada²⁷, el problema se plantea respecto de quiénes ponen a disposición de las plataformas digitales su tiempo y esfuerzo para desarrollar actividades que éstas le facilitan y en cuyo desenvolvimiento les supervisan. En estos casos, la controversia

²³ Trillo Párraga, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, Revista de Derecho Social, nº. 76, 2017, p. 70.

²⁴ Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm (fecha consulta 11-10-2018).

²⁵ Rodríguez Rodríguez, E., “La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales”, Revista de Documentación Laboral, nº. 107, 2017, pp. 47-73.

²⁶ Por ejemplo, *BlaBlaCar* u otros similares, en la que no existe enriquecimiento para nadie. Esas relaciones de “buena vecindad” o “benevolencia” escapan del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, tal y como claramente expone el artículo 1.3, d) ET, y así se han manifestado los Tribunales, por ejemplo: SSTSJ Galicia 26 octubre 2011, rec. 3136/2011; Andalucía/Sevilla 31 mayo 2012, rec. 2684/20.

²⁷ De Stefano, V., “La ‘gig economy’ y los cambios en el empleo y la protección social”, Gaceta Sindical: reflexión y debate, nº. 27, 2016, pp. 5-6.; sobre el mismo aspecto y con un riguroso análisis de estas cuestiones conceptuales, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”, Ponencia en *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*, 8 y 9 de marzo de 2017. *op. cit.*

radica en resolver cuál es la verdadera naturaleza del vínculo entre la plataforma digital y el prestador del servicio, es decir, delimitar si se trata de autónomos, por lo que desenvuelven su servicio con autonomía organizativa y siendo los únicos destinatarios de los riesgos y los frutos del trabajo realizado, o deberían considerarse trabajadores por cuenta ajena, es decir, bajo las directrices de la plataforma correspondiente que podrá ejercer su capacidad sancionadora en caso contrario.

En efecto, las abundantes innovaciones en las formas de trabajo atípico unidas a la proliferación de plataformas digitales que prefieren huir su verdadera condición de empleadores, reaviva el debate que se ha venido planteando al Tribunal de Justicia sobre la necesidad de delimitar conceptos como “relación laboral por cuenta ajena” o el de “trabajador”, a efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea. La numerosa jurisprudencia europea existente sobre estos temas ha dictaminado que esos conceptos –en especial, con relación al de “trabajador”– conforman una única definición inalterable y al margen de las legislaciones nacionales²⁸. Así lo estableció en uno de los primeros pronunciamientos sobre el tema, el asunto “Lawrie-Blum”²⁹, en el que definió al trabajador como “a toda persona que desarrolla, en beneficio y bajo la dependencia de otro, de forma remunerada, una actividad que no ha determinado ella misma, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”. Y se recalca que no será oponible a tal concepto la índole jurídica que une al trabajador con el empresario (Derecho Público o contrato privado), al igual que carece de interés para el concepto de trabajador a efectos de ejercer el derecho de libre circulación que el profesor esté en periodo de prácticas o que imparta un número reducido de horas a la semana.

Es decir, desde la Unión Europea se va a imponer el concepto material de trabajador “por cuenta ajena”, frente a las perspectivas formales, sin duda más restrictivas, sobre todo en atención a los objetivos de las normas europeas en

²⁸ STJUE de 11 de noviembre de 2002, *Danosa*, asunto C-232/09 (ECLI:EU:C:2010:674), sentencia que había determinado que la naturaleza *sui generis* de una relación laboral no puede tener consecuencias de ningún tipo en la condición de trabajador a efectos de Derecho de la Unión. En concreto declaró que “un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de ‘trabajador’ en el sentido del Derecho de la Unión”.

²⁹ STJUE de 3 de julio de 1986, asunto C- 66/85. (ECLI:EU:C:1989:226). La sentencia tiene por objeto la reclamación de una profesora británica, a la que se le impide acceder a un puesto de profesor en la escuela pública de Alemania por no tener dicha nacionalidad. La actora considera que se está infringiendo el art. 48 del Tratado de CEE, por no permitir la libre circulación de trabajadores. Por otro lado, el Estado alemán considera que es de aplicación la excepción que prevé dicho artículo a la libre circulación, al entender que se trata de un empleo en la Administración Pública. Finalmente, el TJUE concluye que la excepción que se alega de empleo público se debe tratar de forma restrictiva y sólo para actividades que supongan ejercicio del poder público. Para llegar a esa conclusión el tribunal debía primero resolver si la actora podía ser considerada trabajadora en el sentido del art. 48, a lo cual respondió afirmativamente.

materia de libre circulación de personas y trabajadores, o respecto de la seguridad social de los migrantes³⁰.

Según el Tribunal, la característica esencial para que pueda considerarse una actividad como laboral y, por tanto, calificarse a su prestatario como trabajador, será que una persona “durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, realice determinadas prestaciones, a cambio de las que recibe una retribución”, con independencia de la calificación jurídica de la relación contractual por los ordenamientos nacionales. Así, se ha estimado este concepto amplio para la aplicación efectiva de ciertas Directivas, como la relativa a las trabajadoras embarazadas³¹, los trabajadores computables a efectos de los umbrales del despido colectivo³² o trabajadores con contratos de duración determinada o contratados por una empresa de trabajo temporal, pese a su escasa retribución o duración³³. Es decir, no será determinante y mucho menos excluyente, a estos efectos, que se trate de un trabajo que se pueda calificar como “marginal o de escasa entidad” y, por tanto, podría ser extrapolable en el marco de las “microtarefas” ejecutadas en las plataformas.

Aunque el concepto de trabajador elaborado por el TJUE está muy delimitado a través de sus numerosas sentencias, es de destacar que existe la propuesta de reforma de la Directiva 91/533/CEE, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, COM/2017/0797 final - 2017/0355 (cod), recoge una definición del concepto de trabajador comunitario. En aras de alcanzar su objetivo primordial de establecer condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, el art. 2.1.a) señala que por el término “trabajador” se entiende a “una persona física que durante un periodo de tiempo determinado realiza servicios para otra persona, y bajo su dirección, a cambio de una remuneración”.

Por lo tanto, ante las “fronteras móviles” del Derecho del Trabajo, se puede afirmar que la jurisprudencia –y las propuestas normativas- se centra en la realidad objetiva, primando el hecho de que las prestaciones personales sean reales y

³⁰ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *op. cit.*, pp. 870.

³¹ STJUE de 20 de septiembre de 2007, *Sari Kiiski*, asunto C-116/06 (ECLI:EU:C:2007:536). Considera contraria a la Directiva 92/85/CEE la existencia de normativa nacional que excluye el embarazo como motivo para modificar un permiso parental previsto por la Directiva 96/34/CE, lo que en este caso conlleva la pérdida de derechos inherentes al permiso de maternidad.

³² SSTJUE de 9 de julio de 2015, *Balkaya*, asunto C-229/14 (ECLI:EU:C:2015:455), y de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, asunto C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743).

³³ STJUE de 17 de noviembre de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH versus Ruhrlandklinik gGmbH*, asunto C-216/15 (ECLI:EU:C:2016:883). Los trabajadores de empresas de trabajo temporal, cuyo concepto y ámbito se regularán por la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, con independencia del carácter lucrativo o no de la propia actividad empresarial. El TJUE estima que se trata de trabajador de ETT el personal de enfermería sin contrato de trabajo puesto a disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro.

efectivas. El propio Parlamento europeo se refiere a los “indicios específicos” que ya recogió la OIT, para determinar que nos hallamos ante una relación laboral³⁴. Del mismo modo han sido recogidos por la Comisión Europea, aunque insiste en la necesidad de individualización respecto de cada actividad para determinar si se trata de plataformas digitales o de provisión del servicio³⁵.

Esos “indicios”, con diversas variantes en la práctica, son la dependencia o subordinación a un tercero que dirige cómo se hace el trabajo, el aprovechamiento personal como contrapartida al esfuerzo realizado y la inexistencia de la asunción de riesgos financieros por parte de quién presta el servicio. Tal y como señala la Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo, ya en 2006, los indicadores mínimos de una relación laboral se relacionan directamente con la realización de una actividad bajo las instrucciones y el control de un tercero, la integración del trabajador en la empresa, el aprovechamiento por un tercero del beneficio del trabajo que personalmente realiza el trabajador, pero resulta fundamental que todo ello se desarrolle en un lugar y en un horario predeterminado, con cierta continuidad y duración, pero fundamentalmente que el trabajador esté sujeto a una mínima disponibilidad respecto del objetivo empresarial. A través de estos criterios se pretende garantizar la protección mínima que marca la propia OIT respecto de los trabajadores vinculados a través de una relación laboral.

Por lo tanto, la utilización de las nuevas tecnologías en el modelo de negocio no conlleva *per se* que la relación jurídica entre el que ocupa la titularidad empresarial y el prestador del servicio resulte directamente excluida del ámbito laboral. En concreto, sobre el transporte, un importante sector de los autores mantiene que la innovación tecnológica no es motivo suficiente para excluir a los prestadores del servicio de la categoría de trabajadores por cuenta ajena, es decir, mercedores de la aplicación de la normativa laboral. De hecho, debe compartirse la apreciación que le ha señalado la doctrina al legislador español sobre la oportunidad perdida de haber aprovechado la reciente modificación de la LETA para clarificar esta cuestión en nuestro ordenamiento³⁶.

Las consecuencias inmediatas de alejar del Derecho del Trabajo a los empleos surgidos en el entorno de las plataformas digitales son la inaplicación de las normas de derecho necesario y, en su caso, del convenio colectivo correspondiente. En efecto, aunque pueda afirmarse que se trata de trabajadores “ordinarios”, en la mayoría de los supuestos obligarán a la adaptación del Estatuto de los Trabajadores

³⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.* Y OIT, sobre el Programa de trabajo decente, <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>; (fecha de consulta 20-07-2018).

³⁵ Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final.

³⁶ Alfonso Mellado, C. A., Fabregat Monfort, G., Pardo Gabaldón, R., “Reformas urgentes en materia de trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 80, 2018, pp. 27-55.

y de la normativa laboral en su conjunto, a sus peculiares condiciones como su tiempo de trabajo y de descansos –vacaciones, permisos, horas extraordinarias, etc.–, lugar de trabajo, seguridad y salud laboral, percepción salarial o la propia potestad de control por parte del empleador³⁷. No obstante, se trata de la propia actualización de la normativa laboral a las nuevas formas de comunicación y, no tanto, innovaciones que justifiquen un nuevo concepto de esos aspectos básicos de la prestación laboral. Se puede afirmar que “se asiste a una subordinación jerárquica de corte clásico”³⁸, a pesar de que en la formalización jurídica del negocio se haya pretendido alejarse de las garantías del ordenamiento jurídico hacia los trabajadores.

En otras palabras, la calificación como laboral de la naturaleza del vínculo entre el trabajador y la plataforma no implica que las características del negocio se ajusten a las previstas en la regulación legal, pues puede tratarse de una verdadera relación laboral común, pero con otra apariencia fraudulenta. De manera que la teórica libertad del trabajador para aceptar o no los encargos que le llegan a través de la plataforma y que están retribuidos según un pacto previo con la misma, se aleja de la posibilidad de que se concierten a través de sucesivos contratos para obra o servicio determinado ya que constituyen una actividad habitual y continuada, lo que desvirtúa el objeto de ese tipo de contratos que está previsto para actividades que sean diferenciadas y autónomas dentro del normal desarrollo empresarial³⁹.

Para comprobar como encajan estos empleos “on line” de las plataformas digitales en los aspectos más concretos y problemáticos de la regulación actual, conviene analizar ahora esos regímenes, teniendo en cuenta las ópticas posibles que ofrece nuestra legislación en relación con el trabajo dependiente o *cuasi* dependiente.

Respecto del trabajador por cuenta ajena clásico, el que está incluido en el ámbito subjetivo del art. 1.1 ET, el primer escollo se podría presentar sobre la duración de la jornada de trabajo porque, según establece el artículo 34 del ET, no podrá superar unos límites máximos, no obstante, no se prevé un mínimo legal, más allá de la obligación de información por escrito al trabajador cuando superen una determinada duración. En la misma línea de dejar libertad a las partes, la distribución de la jornada será la que se pacte en convenio colectivo o en el propio contrato de trabajo. Ahora bien, en los contratos a tiempo parcial la ley exige

³⁷ Suárez Corujo, B., “The sharing economy: the emerging debate in Spain”, *Spanish Labour and employment Relations Journal*, 1-2. Vol. 6, 2017, pp. 30-41.

³⁸ Trillo Párraga, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 137.

³⁹ García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales: ¿Nuevas cuestiones y soluciones jurídicas desde la perspectiva del trabajo?”, en AA.VV., *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2018), pp. 189-216. Con abundantes citas jurisprudenciales al respecto: STS 15 julio 2009, recud. 3787/2008; SSTSJ Asturias 16 febrero 2001, rec. 2118/2000; Cataluña 13 abril 2007, rec. 2680/2007; País Vasco 31 marzo 2015, rec. 393/2015.

incluir, desde el momento de su conformación, “el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo” [artículo 12.4, a) ET], por lo que, en ausencia de previsión convencional, debe establecerse a través de un acuerdo entre el empresario y el trabajador en el propio contrato laboral⁴⁰.

Otro aspecto fundamental que hay que tener en cuenta en el ámbito de las relaciones laborales es que la retribución del trabajador debe establecerse “en la misma cantidad o a partir del salario mínimo interprofesional marcado legalmente” (artículo 27 ET). Se trata de un derecho irrenunciable y no podrá compensarse “porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador” (artículo 30). Por lo tanto, como señala la doctrina y la jurisprudencia, se consideran nulas las cláusulas por las que el trabajador renuncia a su remuneración en caso de que la empresa no le proporcione las horas de trabajo concertadas⁴¹.

A partir de estas premisas normativas, parece que el servicio que dispensan los empleados conectados a las plataformas digitales, caracterizado precisamente por prestarse “bajo demanda” –*on demand*–, se aleja de los cánones establecidos para encontrar cobijo en la legislación laboral clásica. En esa línea, se defiende como alternativa a este vacío legal, la creación de una relación laboral especial que se refiera en exclusiva a los trabajadores de las plataformas digitales⁴², haciendo uso de la potestad legislativa del artículo 2.1.2 ET para declarar “otros trabajos” como relaciones laborales especiales, a parte de las que enumera ese mismo precepto en el apartado anterior. No obstante, se trata de excepciones que vienen determinadas por las concretas circunstancias en las que se lleva a cabo la prestación o bien, el propio objeto de la misma, exigiendo una justificación proporcionada y objetiva, pues de lo contrario podría incurrir en una discriminación⁴³.

En los supuestos que nos ocupan, la única peculiaridad proviene de la forma que el empresario ha elegido para organizar la producción. No existe, más allá de esa “conexión” con la plataforma, otra diferenciación con una empresa “ordinaria” que establezca *ab initio* el horario de trabajo y el salario concreto, por lo que esto no legitima a las plataformas digitales a contar con un régimen concreto para sus empleados. De hecho, con una regulación especial se podría correr el riesgo de incurrir en competencia desleal, al privar de ese régimen específico a quién respeta

⁴⁰ STSJ I. Canarias/Las Palmas 22 junio 2016, rec. 373/2016.

⁴¹ Llama la atención sobre esta cuestión, García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.*, pp. 192-195. STSJ País Vasco 18 noviembre 2014, rec. 2005/2014.

⁴² Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017) TOL6.082.961, en concreto fijándose en la autonomía técnica a la hora de llevar a cabo el servicio o la prestación.

⁴³ Al respecto, García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.*, pp. 195-197, se refiere al artículo 14 CE como mínimo infranqueable.

la regulación laboral ordinaria y, por tanto, se ajusta a la legalidad vigente. Como advierte parte de la doctrina, ese desplazamiento de los sistemas tradicionales de regulación podría implicar una precarización de las condiciones laborales permanente e incluso que la destrucción de empleo “no digital” no consiga compensarse, ni a largo plazo⁴⁴.

Otra opción que se ha barajado para dar cobertura dentro de nuestro ordenamiento jurídico a estas nuevas realidades ha sido encuadrar a estos trabajadores en la modalidad de trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE). Como es sabido, se trata de una figura “intermedia”, de creación legislativa, cuyos derechos laborales aparecen minorados en comparación con un trabajador por cuenta ajena, pero cuya sujeción o dependencia económica de un empresario principal, le hace merecedor de un régimen jurídico propio. Su reducida repercusión en la práctica se debe precisamente a su indefinición y a los intensos requisitos legislativos que se imponen para formar parte de su ámbito subjetivo, sin que el trabajador, en realidad, deje de ser un autónomo o un trabajador por cuenta ajena, al uso⁴⁵.

Respecto a las plataformas digitales con empleados a su cargo, podría plantearse que el trabajador adquiriría esta condición cuando, además de desarrollar su trabajo de modo independiente y por cuenta propia, realiza su actividad de forma habitual (artículo 1.1 Ley 20/2007). Ahora bien, dentro de esas previsiones se encuentra la obligación de establecer “el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal” (artículo 14 Ley 20/2007 y arts. 4.2.d] y 6.2 RD 197/2009). Estas limitaciones sobre la determinación de la jornada laboral, aunque con posibilidades de flexibilizarla con posterioridad con ciertos límites, de nuevo contraviene la libertad horaria y la total disponibilidad del trabajador exigida por este tipo de empleador, defensores del *on-call work*.

Analizada la legislación vigente, se observan vacíos que podrían suponer un impedimento importante para ofrecer un refugio legalmente plausible a estos trabajos “on line”, al menos con su regulación actual. Dado que tampoco parece que se ajuste a derecho la idea de crear una relación laboral especial para este tipo de empleos, conviene realizar un análisis de los indicios de laboralidad típicos para determinar su verdadera naturaleza jurídica. Hay que tener en cuenta que debe

⁴⁴ Rodríguez Fernández, M^a. L., “Plataformas, *microworkers* y otros retos del trabajo en la era digital”, Contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos” en la Conversación II “Trabajo decente para todos”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548596.pdf (fecha de consulta 03-09-2018).

⁴⁵ Se ha tildado de “fracaso”, al haber únicamente unos diez mil inscritos en este régimen, a pesar de la proliferación de trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo que existen en el ámbito español de relaciones laborales, Todolí Signes, A., “El impacto de la “UBER ECONOMY” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* n.º. 3, 2015, p. 20.

realizarse su análisis de manera conjunta y sistemática, por lo que la inexistencia o gran debilidad de alguna de ellas no implica la falta de laboralidad si en conjunto están presentes las restantes.

Para los trabajos prestados en el ámbito de la economía digital el elemento del trabajo personal tiene mucha importancia. El hecho de que el trabajador pueda hacerse sustituir en la prestación del servicio puede ser determinante para calificar la relación como laboral o no. En Juzgado nº 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018⁴⁶, se discute si los trabajadores que realizan el transporte de los pedidos de la empresa Deliveroo (ROOFOODS SPAIN S.L.U.) son trabajadores autónomos o por cuenta ajena. Uno de los elementos a los que el Juzgado presta especial atención es a la facultad para subcontratar la prestación del servicio que figura en el contrato firmado por las partes. La cláusula 9 se dice: “9.- Subcontratación. El Proveedor podrá transmitir los derechos y obligaciones derivados del presente contrato, o subcontratar con terceros la ejecución de sus obligaciones derivadas del mismo. La empresa podrá transmitir sus derechos y obligaciones a terceros, siempre que el Proveedor y estos terceros acepten por escrito la vinculación al presente Contrato”. A pesar de esta redacción, el Juzgado considera que la eventual subcontratación es la excepción y no la regla -de la que además no se ha hecho uso nunca-, lo cual es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷. Así, el Juzgado considera que “no obsta a la existencia de dependencia antes referida, el hecho alegado por la demandada de que el trabajador pudiera subcontratar el trabajo por cuanto, de la prueba practicada ha quedado acreditado que la subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito”.

A similar conclusión llegó la Corte Suprema del Reino Unido, en el caso “Pimlico Plumbers v Smith”, en sentencia de 13 de junio de 2018⁴⁸. En este caso un trabajador prestaba servicios de fontanería para la aplicación Pimlico Plumbers, que establecía las condiciones de prestación del servicio. A tal efecto las partes firman un contrato en el cual se prevé la posibilidad de sustitución del trabajador. Dicha facultad, en la práctica, le fue atribuida de forma insignificante y limitada, pues, el sustituto debía ser también un miembro de la plataforma⁴⁹. Es

⁴⁶ Sentencia nº 244/2018.

⁴⁷ Destacan la STS de 20 de enero de 2015, rec. 587/2014; y la STS de 25 de enero de 2000, rec. 582/1999; la STS de 27 de noviembre de 2007, rec. 2211/2006. En sentido contrario, existen sentencias que no admiten mínimas o puntuales excepciones al carácter personalísimo, *vide* STS de 17 de junio de 2010, rec. 3847/2009.

⁴⁸ Judgment date: 13 Jun 2018; Neutral citation number: [2018] UKSC 29; Case ID: UKSC 2017/0053; Justices. Lady Hale, Lord Wilson, Lord Hughes, Lady Black, Lord Lloyd-Jones.

⁴⁹ Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Riders Take Eat Easy: son trabajadores por cuenta ajena (y nota al caso Pimlico Plumbers, UK)”, <https://ignasibeltran.com/2018/06/13/riders-take-eat-easy-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-y-nota-al-caso-pimlico-plumbers-uk/> (10/12/2018).

más, el Tribunal afirma que esta facultad es “el caso inverso de una situación en la que la otra parte no está interesada en la identidad del sustituto, siempre que el trabajo esté terminado”.

Por tanto, la doctrina tradicional conforme a la cual una esporádica o eventual facultad de sustitución del trabajador no implica que la prestación del trabajo no se desarrolle de manera personal, es aplicable al contexto de prestación de servicios para plataformas digitales.

Sobre las notas de la retribución, la ajenidad y la dependencia, puede afirmarse que las personas que responden a los encargos que le llegan a través de una determinada plataforma, la cual por contraprestación les transmite una parte de la cantidad abonada por el cliente, carecen de una organización empresarial propia y autónoma.

El caso paradigmático, y de los primeros en llegar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es el de los conductores de Uber⁵⁰. Desde sus comienzos argumenta que prescinde de trabajadores porque su objeto social se limita a la puesta a disposición de una plataforma virtual en a que los clientes puedan localizar a la persona concreta que le prestará el servicio, percibiendo por ello un porcentaje del precio que el recibe el prestador, lo que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de los tribunales nacionales, en diferentes sentidos⁵¹. También existen muchos estudios doctrinales que han examinado la naturaleza jurídica existente entre Uber y esos conductores urbanos⁵².

La cuestión ha llegado a la Gran Sala ya en dos ocasiones. La primera, en el asunto “Uber System Spain, S.L.”⁵³, reconoce que Uber ejerce “cierto control” sobre la actividad descrita y que no se limita a poner en contacto a los clientes con empresarios anónimos, es decir, se trata de un “servicio en el ámbito de los transportes”, por lo que “incumbe a los Estados miembro regular las condiciones de prestación de servicios de intermediación como los controvertidos en el litigio principal, siempre que se respeten las normas generales del Tratado FUE” (apartado 47). Y, recientemente, en el asunto “Uber France SAS”⁵⁴, tras reiterar que se trata

⁵⁰ Resulta tan ejemplificativa de este nuevo tipo de relaciones de producción que incluso se ha adoptado en nombre de “ubereconomía” para definir este tipo de actividades bajo demanda. Sobre la evolución y el concepto, Freedland, M. R., “Employees, workers and ‘the sharing economy’”. *Changing practices and changing concepts in The United Kingdom*, Spanish Labour and employment Relations Journal, N.º 1-2. Vol. 6, noviembre 2017, pp. 16-29.

⁵¹ Sobre esos pronunciamientos en EEUU, Brasil, Francia, Italia y España, GARCÍA RUBIO, M.ª A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.* 190-191.

⁵² Mercader Uguina, J., sobre “Work and platform economy”, en la revista Spanish Labour and employment Relations Journal, n.º. 1-2, vol. 6, noviembre 2017. También, Cavas Martínez, F., “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 406/2017, pp. 45-46.

⁵³ STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, asunto “Asociación Profesional Élite Taxi” contra “Uber System Spain, S.L.”.

⁵⁴ STJUE de 10 de abril de 2018, C-320-16, asunto “Uber France SAS” *versus* “Nabil Bensalem”.

de una actividad de transporte de personas, remitiéndose al pronunciamiento de diciembre de 2017, y por tanto, excluido del ámbito de aplicación de las normas y Directivas relativas a los servicios de la sociedad de la información (apartado 27). Es decir, esta prestación se caracteriza por una posición de subordinación y ajenidad del prestador del servicio respecto de Uber y no escapa del ámbito mercantil.

Como acreditan las actas de la Autoridad laboral deben cumplir unas concretas instrucciones e indicaciones a la hora de llevar a cabo el servicio, cuyas tarifas están predeterminadas por la aplicación -prohibiéndose, incluso, que acepten propinas- la cual puede “desactivados” si rechazan “demasiados viajes”, cuestión que determinará ella misma.-. Además, el usuario sólo puede contratar ese servicio de transporte a través de la plataforma, sin que el conductor pueda libremente decidir a quién lleva, sino que se limita a seguir las instrucciones que le llegan desde la aplicación. En este sentido, se constata la falta de autonomía en la organización y la ausencia de ajenidad en los medios productivos de mayor relieve y significado, como es la propia plataforma informática y no tanto el propio vehículo⁵⁵.

En efecto, sobre los indicios típicos de laboralidad, la retribución es uno de los indicios clásicos más claros, con independencia de que sea variable se considera integrada en el concepto de salario del artículo 26 ET. Es más, el hecho de que la cuantía final del monto salarial sea decisión de la empresa, se vincula a la potestad empresarial directamente, en tanto que será quién asume el riesgo y ventura del negocio. En la STS de 7 de noviembre de 2017, el Tribunal no reconoce como relación laboral la actividad que prestaban unos músicos para una Fundación catalana. Entre otros indicios considera que las cantidades recibidas eran en concepto de compensación por los gastos que les ocasionaban las actuaciones, negando por tanto que exista remuneración⁵⁶. También pueden existir casos dudosos cuando lo abonado se denomina como “igualada” y no como salario⁵⁷.

Por lo que respecta a las plataformas digitales, la jurisprudencia española ha destacado como un indicio de laboralidad que el cliente deba de pagar a la plata-

⁵⁵ Ginés I Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, *InDret*. Revista para el análisis del Derecho, n.º 1, 2016, pp. 20-25, analizando el informe de la Inspecció de Treball de Catalunya en su informe de 9 de marzo de 2015 y poniéndolo en relación con distintos pronunciamientos de las cortes de justicia estadounidenses sobre Uber.

⁵⁶ Rec. 3573/2015. Señala: “En conclusión: no existe relación laboral cuando una Fundación Musical compensa a los músicos por una parte de los gastos que su actividad genera (sin salario alguno), éstos poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos (no siendo sancionados si faltan), organizan su propia sustitución cuando su instrumento es imprescindible (para el ensayo o concierto) y aportan instrumental propio (cuyo mantenimiento soportan)”.

⁵⁷ STS de 12 de junio de 2012, rec. 1831/2011, se reconoce la relación laboral considerando que lo denominado como igualada no responde a la realidad, de acuerdo con estas consideraciones: “[...] fácilmente se advierte que no estamos ante una igualada, porque la retribución se ha pactado en función del tiempo de trabajo, sin la aleatoriedad propia de la igualada, y, de acuerdo con una previa determinación de ese tiempo que vincula a las partes; hay también prestación en el marco de la organización del empleador, algo por completo ajeno a la igualada”.

forma y no directamente al prestador del servicio⁵⁸. Si bien, no se trata de un criterio unánime. Así, el Juzgado nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018⁵⁹, que resolvió sobre la existencia de vínculo laboral entre los repartidores y la empresa Glovo (GLOVO APP 23, S.L.), llegó a una conclusión distinta a la del Juzgado de Valencia referida con anterioridad respecto de los repartidores de Deliveroo. En ambos casos, las empresas retribuyen al trabajador confeccionando ellas mismas las facturas que después envían al trabajador para su visado. En el ámbito del trabajador autónomo, será éste el que confeccione su factura, que remitirá al cliente para su abono. Sin embargo, para el juzgador madrileño no es determinante a los efectos de calificar el tipo de relación laboral. Únicamente incide en que el repartidor asume el riesgo y ventura de cada pedido, por lo que niega el carácter laboral de la relación. Esta problemática no aparece en el caso de Deliveroo, en el que el trabajador percibía su retribución independientemente del cobro por parte de la empresa.

En relación con la ajenidad, como nota de laboralidad, implica que el producto no es propiedad del trabajador en ningún momento, ni existe, por tanto, una transmisión del bien o servicio producido. En los trabajos consistentes en una prestación de servicios, la ajenidad implica que la ejecución del trabajo se realiza conforme a las exigencias y conveniencias del empresario. Tal y como ha señalado la jurisprudencia, lo importante es a quién pertenecen los medios imprescindibles y a quién repercuten los frutos principales⁶⁰.

Este es un argumento de peso para concluir que los repartidores no son trabajadores autónomos porque el medio principal para realizar la actividad (la app) les es ajeno. A este respecto es muy criticable la sentencia, ya mencionada, del Juzgado de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (Glovo) cuando afirma que “las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador”. Por otro lado, la misma sentencia relativiza la importancia de la aplicación informática considerando que es sólo una “herramienta a través de la cual la empresa oferta los recados”. A este respecto parece más acertada la conclusión a la que llega la sentencia del Juzgado de Valencia de 1 de junio de 2018, también referida con anterioridad, cuando afirma que “se ha probado, así mismo, que el trabajador, aun cuando aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa, la titular de la plataforma

⁵⁸ STS de 6 de octubre de 2010; rec. 3992/2010.

⁵⁹ Sentencia nº. 284/2018.

⁶⁰ STS de 24 de enero de 2018, rec. 3394/2015 resuelve sobre la condición de trabajador por cuenta ajena de un instalador de ascensores. Del mismo modo, STS de 6 de octubre de 2010, rec. 2020/2009, que discute sobre la relación laboral que une a los trabajadores con una empresa de doblajes de cine y televisión. En la misma línea, STS de 24 de junio de 2015, rec. 1433/2014, que en el hecho décimo reconoce que la empresa era “titular única, en exclusiva y con facultad de transmisión a terceros de todos los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido de las producciones audiovisuales realizadas [...]”.

virtual, con el nombre comercial “Deliveroo” en la que, a través de una aplicación informática -APP-, se organizaba la actividad empresarial”.

Finalmente, la nota de laboralidad referida a la dependencia, entendida como la subordinación al ámbito de dirección y control del empresario, supone la característica básica sobre la que pivotan la mayoría de los pronunciamientos judiciales relativos a esclarecer la naturaleza jurídica de la relación laboral los trabajadores “on line” de las plataformas digitales. Respecto a algunos trabajos tales notas de dependencia aparecen muy debilitadas al tratarse de prestaciones de servicios que gozan de amplia libertad en la ejecución de las mismas o que se rigen por exigencias deontológicas o profesionales. O visto de otro modo, cuando el trabajador carece de una organización empresarial propia, se entiende que se incluye en el ámbito organizativo de otra empresa. Un indicio de la existencia de ese círculo rector empresarial es el hecho de prestar los servicios en locales de la empresa o con medios de la misma. Otros indicios usados por la jurisprudencia son la asistencia a un centro de trabajo o lugar designado por la empresa, el sometimiento a un horario o el uso de uniformes, marcas o signos distintivos⁶¹.

En cuanto al poder de dirección (dirección funcional) que tiene la plataforma digital, es posible que la misma facilite instrucciones precisas al trabajador de cómo realizar el trabajo. Así sucede en el caso Deliveroo, en el que la empresa facilitaba al repartidor una extensa y detallada información de cómo debía realizar los repartos. El trabajador debía descargarse la aplicación en su teléfono móvil, formar parte de un grupo de la aplicación de mensajería Telegram, comportarse frente al cliente de acuerdo a unos códigos preestablecidos y acudir al lugar indicado por la empresa al inicio de los turnos, el denominado “centroide”.

Pero también es posible que la plataforma no sea tan exhaustiva en sus directrices y le permita al trabajador desempeñar su trabajo con más autonomía funcional. Este es el caso de Glovo, en el que el trabajador no tenía obligación de comenzar o finalizar su jornada en una determinada hora, no se le facilitaban instrucciones de cómo realizar el pedido, ni se le indicaban las franjas horarias a cubrir. Si bien, hay que matizar que se debía atender al cliente con la marca de Glovo y su atuendo, lo que se puede entender como una forma de instrucción en la ejecución del trabajo. Pues bien, aún en el supuesto de Glovo, no impide la calificación de la relación como laboral el hecho de que la dependencia funcional estuviera muy debilitada. Así ocurre también en el caso de los traductores -*vide supra* STS 16 de noviembre

⁶¹ Por ejemplo, la STSJ Madrid de 24 de marzo de 2014, rec. 1939/2013, sobre el Director de la Federación nacional de Karate, cuya ausencia de un control sobre su horario y actividades concretas, le sitúan al margen del art. 1.1. ET. O la STS 10 de julio de 2007, rec. 1412/2006, en la que se discute la relación laboral de los odontólogos que prestan servicios para una clínica dental, se destaca la ausencia de organización empresarial propia de cada trabajador, sin la cual no podrían prestar el servicio. Finalmente, en la conocida STS de 7 de noviembre de 2017, rec.3573/2015, en la que se constata que la ausencia de control y sanción y la carencia de dirección funcional, pues eran los propios trabajadores -unos músicos- los que se autoorganizaban -se convocaban por email a los ensayos-, impide calificar como relación laboral la mantenida con la concreta Fundación Musical.

de 2017-, en los que no existen indicaciones de cómo realizar su trabajo porque el mismo descansa plenamente en el elemento personal.

En cuanto al poder de control y sanción de que disponen las plataformas, algún autor ha señalado dos cuestiones muy relevantes. Primero, la gran capacidad de control y monitorización sobre el trabajador. Y segundo, la facultad de sancionar no desaparece por el hecho de no ejercitarse⁶². Así pues, las empresas digitales no necesitan controlar de manera exhaustiva la ejecución del servicio ya que los usuarios o clientes lo hacen por ellas. Un rasgo común en todos los servicios que ofrecen las plataformas digitales son los sistemas de puntuación o valoración del servicio que ponen a disposición del cliente.

3. EL DEBER DE ESTAR “CONECTADO” O EL TIEMPO DE TRABAJO

En efecto, el tiempo de trabajo es una de las instituciones que más se ha modificado tras la irrupción de las nuevas tecnologías en el mundo laboral. La ausencia de un concepto unívoco sobre qué es tiempo de trabajo⁶³ hace que se defina desde la vertiente negativa, es decir, todo el tiempo que es descanso no es tiempo de trabajo. Ahora bien, incluye una serie de acepciones que tienen que ver con la duración cuantitativa de la relación laboral, dentro de la que se incluyen los conceptos de jornada laboral, horario, descansos u otros conceptos de difícil configuración que tienen que ver con la flexibilidad y su evolución⁶⁴.

Tradicionalmente la jornada laboral deberá estar marcada por el empresario, respetando lo que se establezca en las normas legales y, en su caso convencionales, de aplicación. Siempre se ha considerado, por lo tanto, como uno de los aspectos fundamentales dentro de la esfera organizativa del empresario, a la vez que constituye uno de los indicios determinantes de las notas clásicas de la ajenidad y de la dependencia del trabajador respecto de las órdenes del empleador. Pues bien, los cambios tecnológicos y organizativos de las empresas y de las propias demandas del mercado, hacen imprescindible una lectura renovada de este paradigma, aunque no se trata de innovaciones en profundidad, dada la flexibilidad que ya ha alcanzado estas premisas legales en nuestro ordenamiento interno y europeo, tal y como lo ha recogido la jurisprudencia⁶⁵.

⁶² Todolí Signes, A.; “El trabajo en la era de la economía colaborativa, (...)”, *op. cit.*

⁶³ Alarcón Caracuel, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos (Madrid, 1988), pp. 14 y ss.

⁶⁴ Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*. Tirant lo Blanch (Valencia, 2018), p. 35 y ss.

⁶⁵ Cruz Villalón, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 83, 2018, pp. 33-41.

Los cambios tecnológicos introducidos por las empresas y que se han extendido a toda la sociedad en su conjunto, conforman la base para la proliferación de los contratos laborales atípicos. Esa ausencia de tipicidad viene dada, fundamentalmente, por la ausencia de un contrato de duración indefinida y a tiempo completo, más bien se caracterizará por todo lo contrario, la temporalidad extrema y la parcialidad o ausencia de exclusividad en la prestación laboral. Esto implica que la jornada laboral típica se haya sustituido por la flexibilidad máxima sobre el momento y el lugar en el que se presta el servicio. Esta situación se extiende por toda Europa⁶⁶ y provoca graves riesgos derivados de la ausencia de descanso real y una marginalización mayor de los trabajadores con condiciones más precarias, a la vez que se produce un incremento de la facultad de control del empresario⁶⁷.

En este contexto, conviene tener presente la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁶⁸. Esta norma vino a sustituir a la directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, que trae su causa del artículo 118^a del Tratado de Roma y se enmarca dentro del ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo. La Directiva se ha calificado de “extravagante” por la doctrina, ya que considera que combina exigencias mínimas, en el sentido de aproximar las legislaciones de los Estados miembros, y a la vez establece posibilidades muy importantes para que se pueda flexibilizar la normativa de tiempo de trabajo a nivel interno en cada país y adaptarla a sus necesidades “flexibilizadoras”⁶⁹.

En este sentido, resulta especialmente relevante y criticable la denominada “cara desprotectora”, más aún si se observa bajo el principio de transversalidad de género o *gender mainstreaming*. Se trata de previsiones de la propia Directiva sobre la posibilidad de prolongar la jornada de trabajo. Así, el artículo 17 enumera las excepciones a la regla general sobre el tiempo máximo de trabajo y admite cláusulas abiertas que se concretarán en cada caso, a través del pacto en la negociación colectiva, según el artículo 18. Esta remisión a la autonomía colectiva se completa en el precepto siguiente, en el que se matizan ciertos aspectos. Ahora bien, es el artículo 22 el que presenta un cariz más pernicioso al introducir la cláusula “opting out” típica de la regulación británica que en las “Working Time

⁶⁶ Estudio comparado de la situación de la flexibilidad del tiempo de trabajo en distintos países de Europa y Canadá, *vid.* Doomen, J., “On the labor Front: The Problem of the Fictitious Employee”, *Labor Law Journal*, 2016, pp. 484 y ss.

⁶⁷ Blasco Jover, C., “Trabajadores ‘transparentes’: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, ADAPT*, vol. 6, n.º. 3, julio-septiembre 2018, p. 32 y ss., sobre la diferente jurisprudencia entorno a la privacidad de las comunicaciones y las facultades de control del empresario sobre los medios productivos.

⁶⁸ Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE de 18/11/2003.

⁶⁹ Cabeza Pereiro, J., “Fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”, en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, (Albacete, 2007), p. 14.

Regulations”⁷⁰ contempla la posibilidad de superar el límite máximo de la jornada de trabajo pactada, siempre que exista un acuerdo expreso al respecto entre el trabajador y el empresario⁷¹.

Al mismo tiempo, esta norma europea presenta una “cara protectora”⁷² que se plasma en las definiciones amplias del ámbito subjetivo de aplicación (artículo 1.3: “a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE”) y en el propio concepto de tiempo de trabajo (artículo 2), en consonancia con la jurisprudencia al respecto, enfocada desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo⁷³. Según el artículo 2.1 se entenderá por tiempo de trabajo “todo período durante el cual el trabajador permanezca 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”.

En esta línea “protectora”, recientemente se han conocido las Conclusiones del Abogado General de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en julio de 2017, ante la demanda de conflicto colectivo del sindicato CCOO contra Deutsche Bank, con el objeto de que se aclare la obligación de dicha entidad de establecer un sistema de registro de la jornada efectiva que realiza su plantilla. Resultan muy interesantes porque recuerda que ese control horario se deriva del efecto útil de la Directiva 2001/88, cuya finalidad es la efectividad de la protección de los derechos de los trabajadores al descanso, incluidos los derivados del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales⁷⁴.

Ciertamente, el concepto de tiempo de trabajo se construye mediante la confluencia de tres elementos: la permanencia del trabajador en el trabajo; estar a disposición de las órdenes o indicaciones que pueda recibir del empresario; y que esté realizando las actividades o funciones que le son propias. En contraposición, el apartaado siguiente define el tiempo de descanso por oposición como “todo período que no es trabajo”. Tal interpretación ha sido refrendada por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que es tiempo de trabajo “el período que el trabajador permanece en el centro de trabajo

⁷⁰ Fueron aprobadas el 30 de julio de 1998. Desde entonces han sufrido diversas modificaciones, Rodríguez Rodríguez, E., “El sistema británico de representación de los trabajadores en el centro de trabajo tras los últimos cambios normativos”, *Temas Laborales*, n.º. 142, 2018, pp. 147-177.

⁷¹ En este sentido, *High Court en Baber and others v. RJB Mining Ltd.*, en “Working time. The 48 -hours week -enforcement and remedies”, *IDS Brief, Employment Law and Practice*, n. 634, april, 199, pp. 3 y 4. Análisis de la cuestión, *vide* FERNANDO GARCÍA, F. M., *Régimen jurídico del tiempo de trabajo en Gran Bretaña*, Comares (Granada, 2003), pp. 150-154.

⁷² Esta terminología: “cara protectora” y “cara desprotectora” de la Directiva 2003/88/CE, en Cabeza Pereiro, J., “Fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”, en AA. VV., *Tiempo de trabajo*, *op. cit.*, pp. 14-24.

⁷³ STJCE de 1 de diciembre de 2005, *Dellas*, asunto C-151/02.

⁷⁴ Conclusiones del Abogado general Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019, Asunto C-55/18; *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Detsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:87.

(...) en función de la obligación de dicho trabajador de mantenerse a disposición del empleador” y constituye “el factor determinante el hecho de que el trabajador esté obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y permanecer a disposición de éste”⁷⁵.

Ahora bien, se matiza que “para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición del empresario, éste trabajador debe encontrarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer a las instrucciones de su empresario (...) (y) calificar de periodo de descanso los desplazamientos cotidianos que los trabajadores deben realizar para desplazarse hasta los clientes (...) les impondría una carga desproporcionada y sería contrario al objeto de protección de seguridad y salud de los trabajadores que persigue la Directiva”⁷⁶.

Es decir, el tiempo de trabajo, por contraposición, va a abarcar todo aquel intervalo temporal que no pueda considerarse periodo de descanso. Sin embargo, en el actual modelo productivo caracterizado por la deslocalización empresarial y la digitalización en el proceso de oferta y demanda, el lugar de trabajo no va a ser siempre el mismo, ni tan siquiera tiene que por qué existir un centro de trabajo como tal. Es por esto que la doctrina llama a la actualización de esta noción del tiempo de trabajo⁷⁷ y, de la misma manera, se alzan voces reclamando un descanso efectivo⁷⁸, lo que se ha venido llamando “derecho a la desconexión” que constituye un nuevo reto para el legislador y los tribunales, y al que nos referiremos en el apartado siguiente.

Justamente, en esta senda de modernización sobre qué debe entenderse por tiempo de trabajo, resulta muy interesante el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el asunto “Matzak”⁷⁹. El régimen de guardias localizadas al que estaba sujeto el Sr. Matzak presentaba una característica específica que fue determinante de la conclusión alcanzada por el Tribunal de Justicia. Y es que el Reglamento que regulaba su actividad como bombero voluntario imponía la obligación de residir en un lugar que permitiese su incorporación al parque de bomberos en no más de ocho minutos, pues precisamente ese era el lapso de

⁷⁵ STJUE de 9 de julio de 2015, *Comisión contra Irlanda*, asunto C-87/2014.

⁷⁶ STJUE de 10 de diciembre de 2015, *Federación de Servicios Privados de CCOO vs Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A.*, asunto C-266/2014. (ECLI:EU:C:2015:578).

⁷⁷ Sáez Lara, C., “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, 130 (2015), 260. En el mismo sentido, un estudio muy actualizado y completo, IGUARDUA MIRO, M. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2018), 35-45.

⁷⁸ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘la desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, n.º. 138, 2017, pp. 276-280.

⁷⁹ STJUE de 21 de febrero de 2018, *Matzak*, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2018:82).

tiempo en el que debía presentarse en caso de ser llamado durante las guardias de localización⁸⁰.

Es decir, la restricción geográfica y temporal que impone el sistema de incorporación impuesto al Sr. Matzak durante la guardia localizada provoca la pérdida de los elementos distintivos del tiempo de descanso, pues merma de forma significativa la libertad de movimientos del trabajador, que no puede elegir su lugar de estancia durante los periodos de guardia, limitando de manera objetiva las posibilidades de dedicarse a sus intereses personales y sociales⁸¹. Puesto que las obligaciones que comportan restricciones muy relevantes, el Tribunal entiende que deben considerarse comprendidas en el ejercicio de las funciones laborales, de manera que se estima el elemento funcional característico de la noción de tiempo de trabajo⁸².

El Tribunal de Justicia entiende que este régimen tan estricto no solo impone sobre el trabajador la obligación de puesta a disposición característica de las guardias de localización, sino que además le obliga a permanecer presente físicamente en un lugar determinado por el empresario. Tal y como había señalado la sentencia *Tycó*⁸³, poco importa que éste no sea el centro de trabajo, pues debe hacerse una interpretación flexible de ese elemento de localización siempre que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y trabajando bajo sus instrucciones. Incluso señala que el empresario podrá determinar el lugar donde ha de realizarse la prestación del servicio de manera directa, si este se designa expresamente, o bien indirecta, a través de la imposición de un plazo de incorporación tan reducido que el trabajador se ve compelido a permanecer en las inmediaciones del centro de trabajo para poder cumplir sus obligaciones en caso de llamada.

Con anterioridad, en la sentencia *SIMAP* el Tribunal admitió que durante esas guardias concurre el elemento de subordinación propio de la noción de tiempo de trabajo, dada la obligación que pesa sobre el trabajador de estar localizable y disponible para ejecutar una prestación laboral en caso de necesidad implica su puesta a disposición del empresario. Ahora bien, durante las guardias localizadas el trabajador no está obligado a permanecer en el centro de trabajo, pudiendo organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales, lo que conduce al Tribunal a denegar su calificación como tiempo de trabajo y

⁸⁰ Al respecto *vide* Informe de la OIT, *Directrices sobre el trabajo decente en los servicios públicos de urgencia*, Ginebra (2018). Se recogen indicaciones sobre la jornada y descansos de trabajadores en situaciones de urgencia y se recomienda que cuando un trabajador que permanezca disponible fuera de su horario de trabajo habitual para prestar un servicio o en un lugar determinado, ese tiempo se contabilice como tiempo de trabajo.

Se puede consultar el documento íntegro en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/normativeinstrument/wcms_626554.pdf (fecha de consulta 03-10-2018).

⁸¹ *Matzak*: apartados 59 a 66.

⁸² *Matzak*: apartado 59.

⁸³ *Op. cit.*

considerar que se trata de un periodo de descanso⁸⁴. Esta doctrina ha sido matizada de forma importante en la sentencia *Matzak*, en la que por primera vez se considera tiempo de trabajo el periodo transcurrido por un trabajador en situación de guardia localizada⁸⁵.

Sin minusvalorar la relevancia de esta interpretación del Tribunal, lo cierto es que ha de compartirse la crítica doctrinal sobre el tratamiento paradójico del elemento locativo en este pronunciamiento⁸⁶. Por un lado, se produce un avance hacia la flexibilización del concepto de tiempo de trabajo, continuando la estela de *Tyco*. Tanto que se reconoce que el tiempo transcurrido en el domicilio particular puede ser tiempo de trabajo, sin necesidad de recurrir a las categorías de teletrabajo o trabajo a distancia, acogiendo los argumentos de las Conclusiones de la Abogada General que rechaza que el lugar de trabajo –el elemento locativo- sea el factor determinante del análisis, sin obviarlo, lo deja en un segundo término y centra su razonamiento en la calidad del tiempo de descanso afectado por la guardia de localización⁸⁷.

Pero, simultáneamente, la sentencia *Matzak* confirma el carácter prioritario del elemento locativo en la determinación del tiempo de trabajo, ya que hace depender de su propia ubicación y proximidad al mismo que una guardia de localización deba ser considerada tiempo de trabajo o no. Esta relevancia respecto del lugar de trabajo reproduce la doctrina clásica de la jurisprudencia del asunto *SIMAP*. En otras palabras, si bien la primera parte del pronunciamiento podría tener efectos positivos respecto del trabajador de las plataformas digitales, en tanto que flexibiliza el requisito de la presencia física para considerar que se está en tiempo de trabajo, la segunda conclusión referida a la guardia de localización en atención a la distancia del propio lugar de trabajo, casi desvirtuaría el efecto positivo antes señalado. En definitiva, el Tribunal retoma la senda marcada por otras cuestiones resueltas con anterioridad⁸⁸ y, de nuevo, considera que la Directiva 2003/88/CE, debe considerarse que integra el tiempo de puesta a disposición del trabajador, siempre que la referida disponibilidad le exija prontitud y le impida elegir libremente su ubicación durante ese tiempo. De nuevo, el elemento locativo cede ante

⁸⁴ STJUE de 3 de octubre de 2000, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) y Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana*, asunto C-303/98.

⁸⁵ Véase al respecto Gallego Montalbán, J., “¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo? (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018. Asunto *Matzak*, C-518/15)”, *Revista de Derecho Social*, 82 (2018) 133-141.

⁸⁶ Al respecto, un exhaustivo estudio sobre esta jurisprudencia, Martínez Yáñez, N., “Trazando los contornos del tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia”, en AA. VV., *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, Cinca, (Madrid, 2018), pp. 418-424.

⁸⁷ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 26 de julio de 2017, *Ville de Nivelles contra Rudy Matzak*, asunto C-518/15 (ECLI:EU:C:2017:619), apartados 57 y 58.

⁸⁸ Por todas, STJUE de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, asunto C-266/14 (ECLI:EU:C:2015:578).

la exigencia de responder rápidamente a la obligación laboral que le reclame, a pesar de que el trabajador no esté obligado a permanecer en las dependencias empresariales.

Otra cuestión diferente es que la retribución sea diferente en función de los servicios que preste. El Tribunal de Justicia incide, nuevamente, en la desvinculación entre la regulación europea del tiempo de trabajo y la determinación de su retribución, indicando que, aunque los Estados miembros pueden tener en cuenta la calificación de los tiempos como de trabajo o descanso a la hora de fijar su retribución, no tienen la obligación de hacerlo⁸⁹. Nada se dice del “efecto útil” de la Directiva. De hecho, pueden compartirse las reflexiones doctrinales que consideran discutible la interpretación del Tribunal de Justicia en este punto⁹⁰, pues de este modo cuantifica más barato ese tiempo de disponibilidad que el de trabajo efectivo, pero en ambas circunstancias el trabajador se encuentra en su jornada laboral y, por el contrario, no puede disponer libremente de su tiempo.

Para concluir, el concepto de tiempo de trabajo cobra una especial relevancia como indicio de laboralidad respecto de los prestadores de servicios en las nuevas empresas digitalizadas, no obstante, su delimitación frente al tiempo de no trabajo resulta aún más compleja por la ausencia de empresario físico. Lo cierto es que la jornada del trabajador que presta sus servicios para una plataforma debe de considerarse que abarca tanto el tiempo durante el que realiza servicios que le encomienda, como aquél en el que permanece a disposición de la digital pues en caso de no estar disponible cuando se le reclama, corre el riesgo de que le “desconecten” del sistema.

Por lo tanto, el tiempo de trabajo o de puesta a disposición, en estos casos constituye uno de los factores principales en los que se manifiesta la dependencia o subordinación digital⁹¹ y, en consecuencia, deberá de llevar aparejada la correspondiente retribución y protección social, como para cualquier otro trabajador. En esta línea, se ha mantenido la necesidad de prever fórmulas pactadas para compensar ese tiempo de disponibilidad digital⁹² o con intromisiones de menor envergadura, pero que exigen una conexión tecnológica y una respuesta inmediata, invadiendo

⁸⁹ *Matzak*: apartado 50.

⁹⁰ Así lo entienden Cabeza Pereiro, J., “Algunas reflexiones a la vista del asunto TYCO sobre el concepto de tiempo de trabajo”, *Derecho a las Relaciones Laborales*, n.º. 1, 2016, pp. 36-37. Y, Maneiro Vázquez, Y. “El desplazamiento de los trabajadores sin centros de trabajo habituales: tiempo de trabajo, pero ¿Al mismo precio? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2015, asunto 266/2014”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 394, 2016, pp. 177-178.

⁹¹ Casas Baamonde, M.ª. E., “Distribución de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º. 4, 2017, p. 6.

⁹² Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y Relaciones laborales*, n.º. 16, abril 2016, pp. 30-52.

el tiempo de descanso. De hecho, algún pronunciamiento se ha referido a esa compensación como horas extraordinarias⁹³.

En todo caso, parece que urge una adaptación de la norma comunitaria hacia una noción más flexible del tiempo de trabajo⁹⁴, en la misma línea que se recogen las mencionadas Conclusiones del Abogado General en el asunto sobre la obligatoriedad del control de jornada planteado por nuestra Audiencia Nacional⁹⁵. En estas Conclusiones se recalca que las normas nacionales y europeas persiguen ofrecer una protección efectiva al trabajador en materia de duración del tiempo de trabajo diario y semanal, pero también de los descansos diarios y semanales, relacionado con el respeto a la dignidad humana y, en consecuencia, objeto de protección amplia en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. EL DERECHO A LA “DESCONEXIÓN” O EL TIEMPO DE NO TRABAJO

Tradicionalmente la relación entre las nuevas tecnologías y las condiciones laborales se ha planteado desde una perspectiva positiva, en el sentido de que serían un medio para facilitar la conciliación de las obligaciones laborales y familiares. De hecho, el Parlamento Europeo, en marzo del año 2018, ha instado a los Estados miembro para que favorezcan las posibilidades de la flexibilidad en la organización laboral, (...) “de manera que se aproveche todo el potencial que ofrecen las nuevas tecnologías” (...) ⁹⁶.

No obstante, desde los primeros intentos de la instrumentalización del teletrabajo en aras de la compatibilidad de la vida laboral y familiar, se ha observado que propicia todo lo contrario para la trabajadora —el sesgo de género es prácticamente uniforme— que opta por ella, al suponer una fuerte atadura al rol social de cuidadora e implicar importantes quiebras en la protección de la seguridad y salud⁹⁷. De hecho, se critica la utilización fraudulenta que se hace del mismo por parte de un

⁹³ STSJ Castilla y León, de 3 de febrero de 2016, rec. 2229/2015. Este pronunciamiento sostiene que ante la ausencia de una regulación convencional que excluya o limite la realización de horas extraordinarias, ha de entenderse que el lapso temporal que el trabajador destina en su hogar a estar conectado a través de medios digitales a cuestiones referentes a su prestación laboral, responde a las características del concepto de tiempo de trabajo y, por tanto, al exceder del horario normal pactado, constituyen horas extraordinarias.

⁹⁴ Al respecto se comparte la idea manifestada, entre otros, por Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 329.

⁹⁵ Conclusiones del Abogado general Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019, Asunto C-55/18; *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Detsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:87.

⁹⁶ Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, *sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas*, *op. cit.*

⁹⁷ Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *op. cit.*, pp. 30-52.

perfil determinado de “nuevos” trabajadores cualificados – en estos casos, hombres, fundamentalmente- que se han beneficiado de esas posibilidades de flexibilización para poder incrementar su autonomía en la prestación de sus servicios, sin que ello responda a sus necesidades reales de conciliación⁹⁸.

Otro inconveniente es que parece que con la automatización de los instrumentos de trabajo la cotidianeidad en la utilización de los medios tecnológicos en las propias relaciones laborales, hace que resulte cada vez más difícil delimitar la jornada de trabajo y separar nítidamente el tiempo de descanso del hecho de “estar conectado” al trabajo. Se trata de la llamada tendencia al “well-being”, como el paso siguiente al “work-life balance” y el “work life management”. De esta forma se diluyen las fronteras entre lo profesional y lo personal, tanto que se promueve que ahora se integran y se confunden para eliminar el conflicto entre ambos aspectos de la vida⁹⁹.

Ahora bien, el pretendido equilibrio que defiende esa teoría se quiebra cuando el trabajador se va a considerar más productivo y, por lo tanto, más valioso en cuanto se muestre más “disponible” a las necesidades de la empresa en todo momento. Es decir, la “doble innovación tecnológica-organizativa” se sustenta, en gran medida, en que ahora el empresario goza de la posibilidad desmedida de la distribución irregular de la jornada, pero favoreciendo su incremento, en lugar de reducirlo¹⁰⁰.

En este contexto, conviene tener presente que ya el Convenio nº. 132 OIT, en relación con las vacaciones anuales¹⁰¹, se refería al derecho al descanso de “todo trabajador”. Ciertamente el tiempo de trabajo flexible puede contribuir a una mejor compatibilidad de la vida privada y la profesional, sin embargo, no parece muy acertado de cara al óptimo descanso y “desconexión” de las responsabilidades laborales, tal y como contempla la normativa internacional.

Por su parte, la Directiva 2003/88/CE, sobre la regulación específica del tiempo de trabajo y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los tiempo de descanso, en su interpretación por el TJUE reconoce, que el empresario tiene el deber de garantizar que el trabajador, en cualquier caso, o con cualquier tipo de relación laboral, debe atenderse su derecho al descanso efectivo¹⁰², aunque prescindiese de una definición concreta de qué debe entenderse por tal “descanso efectivo”. Tampoco lo recoge la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si

⁹⁸ Cabeza Pereiro, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, *op. cit.*, p. 86.

⁹⁹ Ushakova, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 192/2016, parte Estudios (BIB 2016/85593).

¹⁰⁰ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘la desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰¹ C132 - Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132); Convenio relativo a las vacaciones anuales pagadas (revisado en 1970); (entrada en vigor: 30 junio 1973); adopción: ginebra, 54ª reunión cit. (24 junio 1970).

¹⁰² Por todas, STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto Comisión frente Reino Unido (C-484/04).

bien, tal vez por ser más reciente cronológicamente, en su art. 31.2, especifica más al referirse al derecho a “períodos de descanso diarios y semanales”¹⁰³.

De hecho, en el ámbito interno, es conocido que el texto constitucional, dentro de los principios rectores de la política social y económica (art. 40.2 CE), encomienda a los poderes públicos garantizar “el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. Así, la LPRL contempla varios preceptos que imponen al empresario la obligación de establecer medidas de prevención relacionadas con el principio de adaptación del trabajo a la persona y no al contrario, lo que supone el deber de planificar y delimitar medidas concretas para garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁰⁴. Incluso algunos autores lo conectan con la necesidad de ofrecer al trabajador una formación preventiva en el uso razonable de las tecnológicas digitales¹⁰⁵.

Sin embargo, en nuestro país, la doctrina mayoritaria se ha manifestado bastante escéptica con la verdadera necesidad de regular *ex novo* un derecho concreto que garantice el clásico derecho al descanso. De hecho, se mantienen posturas ambiguas en tanto a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico preexistente a las posibilidades tecnológicas que permiten una extrema flexibilidad horaria. Bien porque se considera que se trata de aplicar las mismas reglas limitativas del exceso de tiempo de trabajo –jornada y disponibilidad horaria- existentes en la actualidad, pero con una interpretación extensiva teniendo en cuenta la desaparición del centro de trabajo físico como unidad de referencia (art. 1.5 ET)¹⁰⁶. O bien, se estima que, al tratarse de un derecho de titularidad individual, es su propio titular quien puede disponer de su ejercicio, es decir, el trabajador será quién podrá graduar y pactar como organiza su propia “conectividad”¹⁰⁷, aunque esto sería dudoso si se

¹⁰³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02). DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010. Texto revisado, por Acuerdo Internacional de 12 de diciembre de 2007 (Ref. DOUE-Z-2012-70012).

¹⁰⁴ Art. 14 y art. 16, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, BOE de 10 de noviembre de 1995. Así lo ha interpretado el TS, por todas, STS 16 de febrero de 2016, rec. nº. 250/2014.

¹⁰⁵ Se apoya para esto en la referencia del art. 29 LPRL, sobre los cambios organizativos y el deber de “colaboración” del trabajador, supeditado a las capacidades y a la formación del trabajador, pero también, a las órdenes recibidas Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 364. En la misma línea, sobre críticas a la regulación francesa del derecho a la desconexión, Cialti, P. H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más allá de lo que parece?”, *Temas Laborales*, nº. 137, 2017, pp. 172-180.

¹⁰⁶ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: ‘la desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *op. cit.*, pp. 258-261. Con un interesante análisis de la STS 379/2017, de 28 de abril, en relación con el asunto *TYCO*.

¹⁰⁷ Alemán Páez, F., “El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la ‘Loi Travail nº. 2016-1088’”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº. 30, 2017, p. 18.

tiene en cuenta el carácter de derecho necesario y la relación con la protección a la seguridad y salud en el trabajo que podría alcanzar esta materia¹⁰⁸.

Sea como fuere, la digitalización de la organización empresarial exige que una normativa estricta que delimite los tiempos de trabajo y descanso, así como respecto de las responsabilidades de conciliación entre las obligaciones familiares y laborales. Como reconoce la Comisión Europea en la interpretación sobre la Directiva 2003/88¹⁰⁹, conviene hacer frente y actualizar los desafíos de cambiar la organización del trabajo, teniendo en cuenta que la digitalización conlleva una mayor fragmentación del trabajo, tanto en la ubicación como en el tiempo de disposición. Es decir, “las nuevas formas de empleo, como el trabajo móvil basado en las TIC y el trabajo por carteras, ofrecen ventajas significativas para que los empleados organicen su tiempo de trabajo de forma flexible, aunque, al mismo tiempo, también implican peligros como un aumento del tiempo de trabajo”, por lo que se requieren medidas concretas que garanticen unas condiciones de trabajo “saludable”¹¹⁰ y con derechos laborales mínimos para todos los trabajadores. También la Estrategia Europea de la Salud y Seguridad en el Trabajo 2014-2020, se refiere a la necesidad de hacer frente a esos nuevos riesgos laborales¹¹¹.

Siguiendo estas indicaciones, existen recientes experiencias legislativas de ordenamientos nacionales¹¹² y de multinacionales que han empezado a construir acuerdos¹¹³ entorno a la regulación y reconocimiento del denominado “derecho a

¹⁰⁸ Igartua Miró, M^a. T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo...*, *op. cit.*, p. 363. La autora se muestra partidaria del carácter garantista de la norma francesa sobre el derecho a la desconexión, aunque lleve este derecho a la negociación colectiva como vía de regulación principal.

¹⁰⁹ Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), de 24 de mayo de 2017.

¹¹⁰ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT) y las diez prioridades de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de Trabajo de la Comisión para 2017, Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad, SWD/2016/0400 final, de 4 de octubre de 2017.

¹¹¹ *Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on an EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020*, Bruselas, 6 de junio de 2014, COM (2014) 332 final.

¹¹² Al respecto han proliferado estudios en nuestra doctrina tanto sobre la norma francesa al respecto, como sobre la italiana o el proyecto legislativo alemán sobre el estrés laboral y la conectividad, ya del año 2014. Incluso cabe destacar como la globalización ha hecho que este “nuevo” derecho también se haya previsto en normas de países asiáticos cuyo derecho al descanso se concibe de manera muy diferente –incluso opuesta– a como se hace desde los ordenamientos europeos. Al respecto, *vide* Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: la desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *op. cit.*; Argüez Valenzuela, L., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital”, en AA. VV., *La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia*, Cinca, (Madrid, 2018), pp. 402-405.

¹¹³ Es el caso de la empresa Volkswagen, respecto a la hora límite para recibir emails del trabajo; o la empresa IBM que ha dejado de controlar los días de vacaciones de sus empleados al considerar que es mejor dejarles libertad para que ellos mismo se organicen. Sobre estos casos fuera de España,

la desconexión tecnológica”. Finalmente también en nuestro ordenamiento, con la adaptación de la normativa al Reglamento Europeo de Protección de Datos¹¹⁴, se ha producido el reconocimiento expreso del renombrado derecho desde el 7 de diciembre de 2018, fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales¹¹⁵.

En efecto, se trata de una norma con un importante Título X que bajo la rúbrica “garantía de los derechos digitales” recoge una serie de medidas que suponen importantes modificaciones en el ET, pero también en el EBEP¹¹⁶. Por lo que interesa en este trabajo, la “estrella mediática”¹¹⁷ se recoge en la Disposición Final 13^a que introduce un nuevo art. 20 bis en el ET de cuyo tenor literal se desprende el reconocimiento del derecho de los trabajadores “a la desconexión digital”, junto a la “intimidación en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador (...) y uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización” que se ejercerá según “la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Si bien se trata de una normativa innovadora que pretende actualizar la regulación de las relaciones laborales a la realidad, presenta ciertas carencias que difuminan estas buenas expectativas. Por un lado, respecto del precepto elegido para ser introducido, el art. 20 ET, es decir, en relación directa con los límites del poder directivo empresarial, por entender que éste queda sujeto a esa limitación en el tiempo de trabajo. Sin embargo, debe compartirse la crítica de la doctrina sobre la clamorosa ausencia de la incorporación de este nuevo derecho al elenco del art. 4 ET¹¹⁸, pues debería especificarse su carácter individual, además del colectivo.

Ushakova, T., “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *op. cit.* Sobre el convenio colectivo de la empresa AXA, la primera que introdujo estas cláusulas en nuestro país, estupendo estudio de Taléns Viscoti, E.E., “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, n.º. 4, 2018, pp. 204-206.

¹¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE de 4 de mayo de 2016, con entrada en vigor en los EEMM en mayo de 2018.

¹¹⁵ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales. BOE de 6 de diciembre de 2018. Entra en vigor el día 7 de diciembre, según la DF 16^a.

¹¹⁶ Al respecto, como siempre, una análisis ortodoxo y exhaustivo, en el Blog del Prof. ROJO TORRECILLA, E., “Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantías de los derechos digitales. Notas al título X”, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/12/los-derechos-digitales-laborales-en-la.html>; (fecha consulta 07-12-2018).

¹¹⁷ *Op. cit.*

¹¹⁸ Con la calificación de “decepcionante”, un estudio en profundidad y centrado en el papel de la negociación colectiva al respecto de los derechos digitales en el ámbito laboral, BAYLOS GRAU, A., “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley Protección de datos Personales y garantías de los derechos digitales”, *Revista de Derecho Social –editorial-* (en prensa). Un adelanto más sintético en el Blog. del mismo Profesor, <http://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html>;

Así, se ha desperdiciado la posibilidad de otorgarle la primacía de los derechos fundamentales del trabajador a su intimidad¹¹⁹ y, a la vez se desprecia la consideración individualista del art. 18.3 CE sobre la capacidad del trabajador para gestionar sus datos, en lugar de entregarle ese poder al empresario, como si se tratase de un instrumento de gestión empresarial más¹²⁰. Y, sobre el propio contenido, se echan en falta las referencias a los derechos de conciliación, que sí aparecen entorno a los empleados públicos [art. 14, letra j) bis EBEP]¹²¹.

Es cierto que el art. 88 LOPDP señala que el contenido esencial del derecho de desconexión digital es “garantizar fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. Por lo tanto, más allá de los límites temporales y espaciales que se derivarán para la empresa, a través de la regulación de este derecho tendrá que preservarse la intimidad y la conciliación de la vida personal con el trabajo. Y, para alcanzar ese objetivo, el papel de la negociación colectiva tendrá un papel protagonista, hasta el punto que el art. 91 LOPDP conecta, de forma directa, el ejercicio de estos derechos digitales con “lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

No obstante, ese importante papel que se otorga a la negociación colectiva, deviene invisible, prácticamente, en relación con las situaciones de especial riesgo, como son las derivadas del trabajo a distancia y la conocida afección de la “fatiga informática”. Precisamente sobre estos casos, el art. 88 LOPDP remite el desarrollo del tema a una “política interna” en la que los representantes de los trabajadores se limitan a ser consultados, pero será el empresario el que unilateralmente implemente esas “acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de la fatiga informática”. Pues bien, de esta manera el empleador será el que determine el verdadero alcance de los derechos digitales de estos trabajadores por lo que se ha afirmado por la doctrina que se ha “neutralizado” el avance que, en este campo, podría haber supuesto la alabada norma¹²².

De tal forma que la duda se puede presentar sobre la posibilidad de reclamación individual por un trabajador como derecho subjetivo a la desconexión digital,

¹¹⁹ Goñi Sein, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento de Protección de Datos de 2016”, *Revista de Derecho social*, n.º. 78, 2017, pp. 25-29.

¹²⁰ Miñarro Yanini, M., “Impacto del Reglamento de Protección de Datos en las relaciones laborales: un –pretendido- cambio cultural”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 423, 2018, p.6.

¹²¹ Así lo señala en la entrada correspondiente de su blog el Prof. Rojo Torrecilla, E., “Los derechos digitales laborales en la Ley Orgánica 3/2018...”, *op. cit.*

¹²² Baylos Grau, A., “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley Protección de datos Personales y garantías de los derechos digitales”, *Revista de Derecho Social –editorial-*, *op. cit.*

cuando no exista un pacto colectivo –estatutario o extraestatutario– que recoja esta posibilidad, realidad más que plausible en el contexto de los trabajadores de las plataformas digitales, tanto por su ausencia de reconocimiento como trabajadores por cuenta ajena, pero, sobre todo, por la volatilidad de este tipo de trabajos, lo que dinamita la posibilidad de implicación y organización colectiva¹²³. Ahora bien, nada debería impedir que se acuda a un pacto individual para su regulación y, como tal, pueda seguir la vía procesal oportuna. Es decir, se trata de una oportunidad que tienen la empresa y el trabajador de adaptar su jornada, pero que va mucho más allá de las clásicas premisas de la reducción de jornada o cambio de turno, típicos problemas suscitados sobre los derechos de conciliación, en el marco del art. 34.8.2 ET.

Queda esperar a su implementación práctica y esperar la correcta aplicación por los agentes sociales, desde el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se encuentra el propio derecho al descanso y a la misma “desconexión” con sus obligaciones laborales, a parte del mismo ocio¹²⁴. Como ha manifestado para de la doctrina¹²⁵, toda esta discusión sería innecesaria si, en realidad, se cumplieren las normas ya existentes en el ordenamiento sobre el tiempo de trabajo y sus imitaciones. Mientras tanto, esperemos que la negociación colectiva consiga avanzar en esta materia, más allá de unas simples “buenas prácticas”.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: ¿TRABAJOS DECENTES?

El incremento de la descentralización productiva durante los años de crisis económica ha producido en Europa un “resquebrajamiento de la cohesión social”¹²⁶, tal y como reconoció de manera implícita el Presidente de la Comisión Europea, J. Juncker, cuando el 9 de septiembre de 2015, en su discurso ante el Parlamento Europeo, anunció la creación de un “Pilar Europeo de Derechos Sociales”¹²⁷. Esto es, retomar un crecimiento basado en el empleo, la igualdad y los derechos sociales,

¹²³ Rodríguez Rodríguez, E., “El desmantelamiento de los derechos colectivos de representación de los empleados a través de plataformas digitales”, en AA. VV., *XXVIII Congreso anual de la AEDTSS. 50º aniversario de la Asociación, Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Cinca, (Madrid, 2018), pp. 1-20.

¹²⁴ En juego no está sólo la cultura del ocio, como critica acertadamente en su crítico y exhaustivo trabajo sobre el tema, Vallecillo Gómez, M^a. R., “El derecho a la desconexión ‘novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso”, CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social, n^o. 408, 2017, p. 167 y ss.

¹²⁵ El mismo título de este magnífico trabajo lo dice todo, Miñarro Yanini, M., “Impacto del Reglamento de Protección de Datos en las relaciones laborales: un –pretendido- cambio cultural”, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹²⁶ Aparicio Tovar, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 79, 2017, p. 250.

¹²⁷ Ramos Quintana, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 77, 2017, pp.19-42.

como había enunciado apenas un año antes, el 15 de julio de 2014, cuando resultó elegido Presidente¹²⁸.

Finalmente, el 17 de noviembre de 2017, se aprobó el Pilar Europeo de Derechos Sociales, según la propuesta de la Comisión Europea de 26 de abril¹²⁹ que recoge el Consejo¹³⁰. Lo cierto es que este documento quedó limitado a una reafirmación y reordenación de los derechos sociales ya contemplados en la UE, alejándose de su pretendido carácter reivindicativo de derechos sociales, para circunscribirse a compilar una serie de principios enunciados genéricamente y, más bien, dirigidos a los Estados miembro como un recordatorio¹³¹. Su escasa virtualidad ha resultado decepcionante ante las esperanzas depositadas en él como cauce para frenar los abusos que ha supuesto la política mercantilista de las instituciones comunitarias sobre el derecho del trabajo. A pesar de esto, la doctrina¹³² destacó que, si bien la Confederación Europea de Sindicatos también ha criticado la escasa virtualidad de este documento como reacción frente a la reducción de derechos sociolaborales, presentaron una propuesta sobre la adopción de un “Protocolo Social Europeo” sobre la función de los interlocutores sociales y los derechos colectivos de los trabajadores, como garantes de esos objetivos sociales¹³³.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en el Programa de trabajo de la Comisión para 2018¹³⁴, se proclama como un objetivo principal derivado del Pilar Europeo de Derechos Sociales, una “unión de normas sociales”. Ahora bien, reconoce que “queda mucho por hacer si queremos garantizar la justicia social y los derechos laborales sean elementos característicos del mercado común”. Insiste en la propuesta de crear una Autoridad Laboral Europea que garantice la información a los trabajadores de sus condiciones laborales¹³⁵. Propone

¹²⁸ “Un nuevo comienzo para Europa: mi agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático”, en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-546_es.htm; (Fecha de consulta: 20-011-2018).

¹²⁹ Comisión Europea, “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”, COM (2017) 251 final.

¹³⁰ Secretaría General del Consejo de Europa, “Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales”, 13129/17. Bruselas, 20 de octubre de 2017. DG B 1C.

¹³¹ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo ha manifestado la necesidad de una “hoja de ruta” de derechos sociales, ante las exceptivas que había levantado la adopción del Pilar social y que no parece que finalmente se cumplan.

¹³² Blog. Prof. Antonio Baylos Grau, “Por un Protocolo Social Europeo (Ante la cumbre de Goteburgo y el Pilar Social Europeo)”, <http://baylos.blogspot.com.es/>; fecha de entrada: 16 de noviembre de 2017. Fecha de consulta: 20-11-2018.

¹³³ ETUC Resolution on Fixing the Social Foundation “ETUC Statement on the need for a Social Protocol”. Adoptado en la reunión de su Ejecutiva el 25 y 26 de octubre de 2017.

¹³⁴ COM (2017), 650 final. Estrasburgo, 24 de octubre de 2017.

¹³⁵ Cruz Villalón, J., “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, *Fundación Alternativas*, Madrid (2003).

“modernizar los sistemas de seguridad social, teniendo en cuenta las nuevas formas de trabajo para colmar las lagunas, de manera que toda persona que trabaja, independientemente de su situación de empleo, pueda contribuir y tener acceso a una cobertura social”. Pues bien, desde la prudencia, se puede afirmar que a estos objetivos parece responder la reciente propuesta de Directiva “relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”¹³⁶.

En este contexto, toma especial interés la Carta de Derechos Fundamentales y su limitación del tiempo de trabajo y de la jornada, como condiciones de trabajo dignas (art. 3.1). Es decir, regularizar los derechos de estos trabajadores “atípicos” y reconocérsele sus derechos plenos como trabajadores que son y, de la misma manera, insistirse en el género como una circunstancia específica de discriminación y donde la pobreza de los trabajos precarios es todavía mayor¹³⁷.

Hay que, valorar, al menos brevemente, la posibilidad que ha introducido la pionera legislación francesa para dar cobertura a estos trabajadores de la *gig economy*. En concreto, impone obligaciones de responsabilidad social a las plataformas que establezcan las características de la prestación del servicio y fijan su precio, a la vez que a los trabajadores se les permitirá el ejercicio –limitado- de derechos de acción colectiva. El fundamento último de esta normativa es que el legislador duda de que se trate de trabajadores independientes hasta que alcancen un determinado volumen de negocio de la plataforma. Mientras no lleguen a esas cifras fijadas por la norma, el empresario –la plataforma digital- tendrá que hacerse cargo de determinadas cotizaciones sociales. Se trata de una normativa con ciertas paradojas y limitaciones que podría acabar produciendo un efecto *boomerang* en lugar de ofrecer una verdadera equiparación de derechos entre todos los trabajadores¹³⁸.

Efectivamente, desde el punto de vista de nuestro régimen jurídico, en tanto que parece que puede descartarse el encuadramiento de estos “prestadores de servicios” en el régimen de actual de autónomos y en el de TRADES, se presenta la duda de determinar las responsabilidades de Seguridad Social de la plataforma derivadas de su rol de empresario¹³⁹. Algún autor ha defendido la necesidad de instrumentalizar la relación jurídica con la Seguridad Social mediante un “sistema especial de Seguridad Social para los proveedores que presten sus servicios a través

http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-9MHBXo.pdf. Fecha de consulta: 20-11-2018.

¹³⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo “relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea”, presentada por la Comisión Europea, Bruselas, 21 de diciembre de 2017, COM (2017) 797 final.

¹³⁷ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas...”, *op. cit.*, p. 869.

¹³⁸ Ley n^o. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016. Al respecto, en profundidad, Cialti, P. H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más allá de lo que parece?” ..., *op. cit.*, pp. 170-185.

¹³⁹ Hay que recordar el acta de Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de la comunidad valenciana al respecto de las deudas de “Deliveroo” respecto de los *riders*, en tanto que se consid-

de plataformas digitales”, ya sean clasificados como trabajadores por cuenta ajena o como autónomos¹⁴⁰. Sustenta esta propuesta en las circunstancias especiales que presentan, tales como la indeterminación de la jornada, incluso del momento en que se va a prestar el servicio, o la dispersión geográfica de los trabajadores y la enorme volatilidad de la platilla. Considera que estos problemas podrían atajarse con una regulación concreta y específica que permitiera dar cumplimiento a los actos de encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación. Como ejemplo, se propone el sistema especial que se reconoce para los trabajadores fijos discontinuos que prestan sus servicios en empresas de estudio de mercado y opinión pública¹⁴¹.

No obstante, son varios los argumentos que se pueden esgrimir en contra de la necesidad de crear ese régimen especial. Hay que tener en cuenta que el Sistema de Seguridad Social español se basa en un sistema de reparto y solidaridad, por lo que apartar del Sistema a un colectivo que irá en aumento, como son los trabajadores de las plataformas digitales, podría ocasionar una fuerte pérdida de potenciales ingresos para la colectividad y sostenimiento del mismo. Pero, además, se trata de un régimen esencialmente contributivo, de manera que es necesario abonar cotizaciones cuando se trabaja para poder generar derechos de pensiones futuras y garantizar una cobertura del sistema de protección social para estos trabajadores en la misma escala que para el resto de los trabajadores¹⁴².

En realidad, no existe ningún impedimento en las prestaciones que se realizan para las plataformas digitales que no estén presentes en otros ámbitos, como el propio de autónomos, siendo la única diferencia en estos casos que la empresa es una plataforma digital, por lo que también cuenta con otros medios más inmediatos para corroborar esos aspectos que podrían resultar más problemáticos por la inmediatez en la variación¹⁴³. Por lo tanto, debe huirse de la especialidad para los trabajadores de plataformas, también en relación al régimen de la Seguridad Social y de la protección social, en general. Deberán garantizarse los mismos derechos para estos que para los trabajadores de empresas que no son plataformas. Ahora bien, resulta acertada la línea marcada por la Ley 6/2017 sobre la mejor adecuación de las obligaciones de cotización a la realidad y fluctuación del volumen de actividad e ingresos de los trabajadores autónomos¹⁴⁴.

eran trabajadores por cuenta ajena. *Vid.* <https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-delivero-son-laborales-y-no-autonomos/>

¹⁴⁰ Hernández Bejarano, M., “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 192, 2016, (BIB 2016\85594) 15-16.

¹⁴¹ (O. 6-11-1989, BOE de 15 de noviembre de 1989).

¹⁴² Suárez Corujo, B., “The sharing economy: the emerging debate in Spain”, *op. cit.* pp. 38-41.

¹⁴³ García Rubio, M^o. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales...”, *op. cit.*

¹⁴⁴ En especial, DD.AA. 4^a y 5^a, DF primera.Dos, DF segunda.Dos y Tres de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (BOE de 25 de octubre de 2017).

En definitiva, en el actual mercado globalizado, el mayor riesgo, sin duda, es la capacidad adaptiva de este instrumento jurídico a las necesidades del trabajo nacido en la esfera de la *gig economy*. No resulta difícil adivinar las posibilidades legitimadoras de las relaciones laborales surgidas en torno a las plataformas digitales que justamente buscan dar cobertura a una relación laboral sin horarios, sin salarios mínimos, sin cobertura social, ni derechos colectivos. Se pretende legalizar los falsos *self-employed* que prestan sus servicios bajo fórmulas de trabajo *on demand*. Esta liberalización de los derechos laborales resulta muy peligrosa¹⁴⁵, al basarse exclusivamente en el pago por resultados, obviando el resto de los derechos mínimos que deben garantizarse en toda prestación de servicios que se presta bajo notas de dependencia y subordinación.

La alternativa a esto sería acabar resignándose al peligroso contrato “de cero horas” –*zero hours contract*–, ilegal en España y otros países de la Unión, pero existente en el Reino Unido¹⁴⁶. Este tipo de contrato se caracteriza por la libertad de las partes, tanto del empresario para requerir los servicios del trabajador, como de éste a la hora de aceptarlos, sin que se establezca una cantidad de trabajo mínima garantizada, ni ningún requisito formal, con independencia de que su pueda tratar de un contrato por tiempo completo o por tiempo parcial. En definitiva, se trata de llevar a sus máximas consecuencias la flexibilidad en el ámbito de las relaciones laborales¹⁴⁷. Por este motivo resulta muy criticable en la esfera de los laboristas europeos, aunque una corriente de los estudiosos ingleses destaca su virtualidad para dar cabida a aquellos trabajadores esporádicos, como los jóvenes que están estudiando, las personas que tienen bajo su cuidado a dependientes, o, en general, quienes quieren trabajar de manera puntual y para realizar un servicio concreto¹⁴⁸.

Pues bien, se comparte la postura del Parlamento Europeo que advierte de las dudas que le plantea sobre si es ajustada a derecho y al carácter protector de las normas laborales, por lo que la descarta como una posibilidad válida. Este organismo se ha referido a esta modalidad de contratación laboral específicamente al señalar que “una propuesta de Directiva marco sobre condiciones de trabajo decentes en todas las formas de empleo habría de establecer límites con respecto al trabajo bajo

¹⁴⁵ También Ginés I Fabrellas, A. y Gálvez Durán, S., “Sharing...”, cit., p. 39, desaconsejan su incorporación, y en caso de introducirse, reclaman mecanismos de garantía.

¹⁴⁶ <https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/zero-hour-contracts>. Fecha de consulta: 18-04-2018.

¹⁴⁷ Un magnífico estudio al respecto, Esteve-Segarra, A., “Zero Hours contracts: Hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 82, 2018, pp. 40-58.

¹⁴⁸ Como se ha constatado en las recientes estadísticas, la mayoría de estos trabajadores son menores de veinticinco años. Datos en: <https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/zero-hour-contracts>.

demanda” y, en concreto, va más allá, al afirmar que “no deberían permitirse” los contratos de cero horas, dada la “extrema incertidumbre que implican”¹⁴⁹.

En conclusión, estas nuevas empresas organizadas en plataformas digitales y cuya forma de negocio se caracteriza por el “trabajo bajo demanda”, no constituyen, por sí mismas, diferencias que justifiquen la inviabilidad del régimen actual de relaciones laborales, más allá de las necesarias adaptaciones que serán necesarias para todo tipo de trabajadores, tanto desde la perspectiva de los derechos laborales, como la reformulación de sus consecuencias respecto de la protección social que estos generan y que son reconocidos por los sistemas de Seguridad Social.

No se trata, de negar que las plataformas digitales conforman un modelo de negocio en auge, todo lo contrario. Como se estima que la digitalización del mercado de trabajo no ha hecho nada más que empezar, las normativas nacionales deberían regular los derechos y obligaciones que amparan estas prestaciones de servicios, para no llegar a un punto de no retorno y desmembración de los derechos laborales mínimos, como lo es, sin duda, el derecho a conocer la jornada laboral y el derecho a descansar –completamente- de las obligaciones laborales. En otras palabras, paremos este “juego de las sillas”¹⁵⁰ para combatir la pobreza y conseguir la igualdad de oportunidades –y derechos- para todos¹⁵¹.

¹⁴⁹ European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095(INI)); y reiterando su opinión sobre la prevención de los contratos de cero horas, European Parliament resolution of 4 July 2017 on working conditions and precarious employment (2016/2221(INI)). También la Resolución del Parlamento P8_TA-PRO V (2018)0242 “Respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de duración determinada”, de 31 de mayo de 2018.

¹⁵⁰ Doomen, J., “On the labor Front: The Problem of the Fictitious Employee”, *op. cit.*, p. 489.

¹⁵¹ Referencia de la política europea de empleo para el año 2019. www.europarl.europa.eu/factsheets/es. Fecha de consulta: 10-10-2018.

EL CONTROL DE LA PRESTACIÓN LABORAL A TRAVÉS DE FÓRMULAS DE VIDEOVIGILANCIA: EL CONCRETO SUPUESTO DEL TRABAJO DOMÉSTICO*

OLGA LENZI**

Personal Investigador en Formación
Universitat de València

EXTRACTO **Palabras clave:** Videovigilancia, derechos fundamentales, intimidad, protección de datos, trabajadoras domésticas

Las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información han tenido un profundo impacto en las relaciones laborales. La video vigilancia constituye un común método de control de la prestación laboral, no obstante, afecta derechos fundamentales de los trabajadores, tales como la intimidad personal y familiar, la propia imagen y la protección de datos personales. El incremento de estos nuevos instrumentos ha dado lugar, por un lado, a discordantes e interesantes pronunciamientos de tribunales tanto europeos como nacionales y, por otro lado, a la adopción de nuevas normativas en materia de protección de datos, con expresa referencia a su tratamiento en el ámbito laboral. Sin embargo, hasta el momento, nada se ha dicho de los múltiples conflictos que podría generar la instalación de estos sistemas de control en el supuesto específico del trabajo doméstico, precisamente por las características que éste reúne.

ABSTRACT **Key words:** video surveillance, fundamental rights, intimacy, data protection, domestic workers

The new information and communication technologies have had a profound impact on labor relations. Video surveillance provides an ideal way for employers to control the work performance of employees, however, this affects some of their fundamental rights, such as personal and familiar intimacy, own image and data protection. The rise of these new instruments has led to, on the one side, discordant and interesting legal rulings both from european and national courts and, on the other side, the adoption of new regulations on data protection matters, with explicit reference to its treatment in the work sphere. Nevertheless, so far, nothing has been said about the numerous conflicts that may arise when installing these systems to control the performance of domestic workers.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación MINECO, con título “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R).

** Personal Investigador en Formación “Atracció de Talent”. Miembro del Instituto de Derechos Humanos (IDHUV) y del grupo de investigación “INCLUSIVE”, ambos de la Universitat de València.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL USO DE CÁMARAS PARA EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN LABORAL
 - 2.1. Los discordantes pronunciamientos del tribunal constitucional
 - 2.2. La reciente y garantista jurisprudencia del TEDH: las sentencias Barbu-lescu II y López Ribalda
3. EL NUEVO MARCO REGULADOR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
4. UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA VIDEO VIGILANCIA DE LA PRESTACIÓN LABORAL DES-EMPEÑADA POR LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en las sociedades más seguras de la historia¹ a costa de nuestro perenne sometimiento a control. La seguridad, como uno de los principales pilares de la sociedad capaz de contribuir al desarrollo pleno de los individuos², conjugada con el desenfrenado avance de las nuevas tecnologías informáticas y digitales, nos ha acercado, ahora más que nunca, a la distópica obra “1984” de George Orwell.

Cierto es que las nuevas tecnologías han optimizado múltiples aspectos de nuestra cotidianeidad, pero también lo es que desconocemos su grado de penetración en nuestras vidas privadas.

Un ejemplo por excelencia de esta incierta situación lo encontramos en el ámbito del trabajo, en el cual las nuevas tecnologías se han implantado de forma definitiva en las relaciones laborales, dando lugar a una profunda transformación de la realidad productiva³. Por un lado, es evidente, que su progresiva introducción ha contribuido a la reducción de costes y ha agilizado tanto la ejecución de la actividad productiva como la gestión empresarial, pero, por otro lado, ha ocasionado incontables dudas para una legislación laboral cuyo origen se remonta a mediados del siglo pasado, período que ni de lejos preveía tal revolución tecnológica en el mundo del trabajo⁴.

¹ De Lucas, J.: “El miedo en las sociedades más seguras de la historia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2009, n. 64.

² La seguridad como base de la libertad y la igualdad. Así dispuesto en el Preámbulo de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

³ Cardona Rubert, M^a. B.: “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2003, n. extra 1, p. 157.

⁴ Gude Fernández, A.: “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2015, n. 20, p. 2.

El imparable desarrollo de la tecnología disponible, la digitalización y la miniaturización han incrementado considerablemente las oportunidades que ofrecen los dispositivos de grabación y de sonido⁵. A modo de ejemplo, en los últimos años, los tradicionales circuitos cerrados de televisión (CCTV) se han visto reemplazados por sistemas de vigilancia IP al ofrecer, éstos últimos, importantes ventajas como, por ejemplo, la posibilidad de controlar de forma remota, incluso desde internet, así como verificar, a posteriori, lo sucedido en el lugar o lugares video vigilados⁶.

Probablemente, en la actualidad, las cámaras de video vigilancia constituyen el medio más común de fiscalización de la prestación laboral. Este mecanismo que ofrece la posibilidad de instalar diversas modalidades de dispositivos en el centro de trabajo con el objetivo de controlar, con un menor esfuerzo del empresario y de manera más incisiva y efectiva, los servicios prestados por los empleadores, ha suscitado numerosos problemas jurídicos que han puesto en jaque valores tan importantes como son la libertad o la dignidad del trabajador.

Si bien la cuestión de la video vigilancia empresarial ha sido ampliamente tratada por la doctrina científica en los años recientes⁷, mi propósito en las siguientes líneas es el de destacar los principales problemas que pueden surgir a la hora de buscar el justo equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales del trabajador en el supuesto específico del trabajo doméstico.

Para ello, en primer lugar, se iniciará con un análisis de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ambos protagonistas en la ardua tarea de lograr el adecuado equilibrio entre el uso de las nuevas tecnologías y el debido respeto de los derechos fundamentales del individuo. Seguidamente, se hará un breve comentario acerca del nuevo marco regulador del derecho a la protección de datos e, in fine, se tra-

⁵ Grupo del artículo 29 sobre protección de datos (GTA).: “*Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara*”, adoptado el 11 de febrero de 2004.

⁶ Goñi Sein, J. L.: *La Videovigilancia Empresarial y la Protección de Datos Personales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 16.

⁷ A título meramente indicativo y no exhaustivo: Goñi Sein, J. L.: *La Videovigilancia Empresarial...*, op. cit.; Desdentado Bonete, A., Muñoz Ruiz, A. B.: “Trabajo, videovigilancia y controles informáticos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, n. 39; Gude Fernández, A.: “La videovigilancia en...”, op. cit.; Valdés Dal-Ré, F.: “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, *Revista de derecho social*, 2017, n. 79; Preciado Domenech, C. H.: “La video vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, *Revista de derecho social*, 2017, n. 77; de nuevo, Goñi Sein, J. L.: “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, *Revista de derecho social*, 2017, n. 78; Cabeza Pereiro, J.: “El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, *Temas Laborales*, 2018, n. 141; Chacartegui Jávega, C.: “Videovigilancia en el lugar de trabajo y ‘expectativa razonable de privacidad’ según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda contra España)”, *Revista de Derecho Social*, 2018, n. 83; entre muchos otros.

tarán de destacar los problemas que puede generar el uso de la videovigilancia en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

2. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL USO DE CÁMARAS PARA EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN LABORAL

No acorde al elevado uso de las cámaras de video vigilancia en el ámbito empresarial, esta práctica no cuenta con una legislación clara en, prácticamente, ningún país europeo y, como no podía ser de otra manera, España no es una excepción a la regla.

El art. 20.3 LET establece que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad...”. Este precepto se limita a indicar, por un lado, que las medidas de vigilancia y control deberán circunscribirse a aquellos aspectos que guarden relación directa con el trabajo y, por otro lado, que toda verificación deberá respetar la dignidad del trabajador, reconocida constitucionalmente en el art. 10.1 CE y presente en todos los derechos fundamentales del individuo, incluidos los derechos a la intimidad y autodeterminación informativa -arts. 18.1 y 4 CE respectivamente-.

Aunque la reiterada doctrina del TC ha venido afirmando que “la celebración de un contrato de trabajo no puede implicar en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce” (STC 88/1985, de 19 de julio), el art. 20.3 LET nada sugiere, más allá de lo dicho, sobre las garantías con las que el empresario puede hacer uso de dichas herramientas para el control laboral. De modo que, ante este vacío, los tribunales -de forma más o menos homogénea- han jugado un papel de vital importancia en la determinación de los criterios interpretativos para la conciliación de los derechos en colisión.

2.1. Los discordantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional

La STC 98/2000 es la primera de la saga de pronunciamientos del TC relativos a la instalación de cámaras de video vigilancia como mecanismo fiscalizador de la prestación laboral⁸. Esta sentencia, también conocida como el caso “Casino La Toja”, tiene su origen en la instalación de un sistema de grabación de imágenes y

⁸ Digo primera porque si bien la STC 37/1998, de 17 de febrero, enjuicia la filmación de un piquete de huelga por parte de unos agentes de la policía, ésta no tiene como cuestión de hecho el específico supuesto de grabación de imágenes como mecanismo fiscalizador de la prestación laboral.

sonido en determinados puestos de trabajo (las dependencias de caja y en la ruleta francesa) de una empresa dedicada a los casinos y los juegos de azar. En concreto, la controversia nace a partir de la complementaria instalación de unos micrófonos, al ya existente circuito cerrado de televisión, con el objetivo de grabar las conversaciones que pudieran producirse en dichas instalaciones alegando motivos de seguridad. En consecuencia, ante el incumplimiento de la obligación de solicitar el informe previo al Comité de empresa y la negación de la empresa de retirar la instalación, el demandante agotó todas las vías de la jurisdicción ordinaria y promovió recurso de amparo por reputar vulnerado el derecho a la intimidad personal de los trabajadores, consagrado en el art. 18.1 CE.

El TC, al entrar en el fondo del asunto, parte recordando que el derecho a la intimidad, como derecho derivado de la dignidad de la persona, debe ser garantizado incluso en el centro de trabajo⁹. El pronunciamiento evoca el art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen para justificar como intromisión ilegítima del derecho a la intimidad “el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”, al igual que “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”. Sin embargo, se preocupa por destacar que éste en ningún caso es un derecho absoluto, de modo que al desarrollarse en el marco de una organización empresarial que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente -como son el derecho a la propiedad y la libertad de empresa, arts. 33 y 38 CE, respectivamente- éste puede ceder ante el poder de dirección del empresario, quien es habilitado por el art. 20.3 ET.

En este sentido, concluye el Tribunal que habrá que atender no solo al lugar del centro de trabajo en el cual se instalan los sistemas audiovisuales de control – considerándose, en todo caso, lesivo del derecho a la intimidad la instalación de estos sistemas en los lugares de descanso o esparcimiento como pueden ser los vestuarios, aseos, comedores y análogos –sino también a otros elementos de juicio como, por ejemplo, si la instalación se ha realizado de forma indiscriminada y masiva, si los sistemas son visibles u ocultos, la finalidad pretendida con dicha instalación o si existen razones de seguridad que justifiquen la misma. En virtud de ello, afirma que para verificar si las modulaciones del derecho a la intimidad son

⁹ Frente a lo defendido en la sentencia recurrida de lo social, éste Tribunal enfatiza que “no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo” (FJ 6º).

las “indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección” habrá de estar al resultado de aplicar el principio de proporcionalidad a cada caso en concreto (FJ 7º).

Finalmente, para este supuesto de hecho, el Tribunal termina por declarar que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no es una causa suficiente para justificar la instalación de los aparatos de audición y grabación, y afirma, sin analizar el supuesto a partir del principio de proporcionalidad, que inevitablemente se trata de una “actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET” (FJ 9º), reconociendo la vulneración del derecho a la intimidad del demandante.

La siguiente sentencia dista de la anterior de tan solo unos pocos meses y, a pesar de la cercanía temporal, se ha afirmado que la misma ha retrocedido de varios pasos¹⁰. El 10 de julio del 2000, el TC dictó la STC 186/2000, fallando diversamente del pronunciamiento recién analizado. En el presente caso, la dirección del economato de la empresa decidió contratar a una empresa de seguridad para instalar, de modo oculto, un circuito cerrado de televisión que enfocase, únicamente, las tres cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías, a raíz de un llamativo descuadre en los rendimientos de una determinada sección. Las cintas de video grabadas fueron reveladoras, ya que probaron las irregularidades cometidas por algunos trabajadores a la hora del cobro de artículos a sus clientes, dando lugar a la sanción de dos de ellos y al despido de otro. Éste último, tras ver desestimadas todas sus demandas en jurisdicción ordinaria, acudió al TC e instó un recurso de amparo por considerar violado su derecho a la intimidad *ex art. 18.1 CE*.

El TC en su pronunciamiento reitera la necesidad de que las resoluciones judiciales busquen “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente de su libertad constitucional” y subraya que toda limitación de un derecho fundamental habrá de hacerse “en la medida de lo estrictamente imprescindible (...) y teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad” (FJ 6º).

En base a este criterio, el Tribunal termina por desestimar el amparo ya que, en el presente caso, a diferencia del anterior, la existencia de unas fundadas sospechas justificaba la instalación oculta de los sistemas de grabación de imagen. Éste elemento fue la causa motivadora de dicha decisión, concluyendo que la medida era justificada -al existir sospechas razonables de la comisión de graves irregularidades por parte del trabajador-, idónea para la finalidad pretendida por la empresa -al posibilitar la verificación de la comisión de dichas irregularidades-, necesaria -al servir de prueba- y, por último, equilibrada -pues no se trató de una medida invasiva, sino que se limitó a una zona determinada y por un tiempo relativamente corto-, obviando la importancia que pudiese tener la obligación

¹⁰ Cabeza Pereiro, J.: “El necesario cambio...”, *op. cit.*, p. 20.

previa de comunicar al Comité de empresa y a los trabajadores afectados sobre la instalación de las cámaras¹¹.

La tercera sentencia da paso a una etapa de cambio. El TC en la STC 29/2013 enjuicia la grabación no consentida ni informada a los trabajadores de un organismo público (la Universidad de Sevilla) a través de cámaras de video vigilancia situadas en vestíbulos y zonas de paso. Las grabaciones fueron utilizadas por la empresa como medio de prueba para justificar la sanción del recurrente en amparo por tres faltas muy graves: faltas reiteradas e injustificadas de puntualidad en la entrada al trabajo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza e inasistencias.

Este pronunciamiento, en comparación con las anteriores sentencias, aborda la cuestión del uso de cámaras de video vigilancia desde un enfoque bien distinto, esto es, a partir de la tutela constitucional del derecho a la autodeterminación informática, *ex art* 18.4, no apartado 1, como se había hecho hasta el momento. El Tribunal parte de la premisa de que las imágenes grabadas en soporte físico constituyen un dato de carácter personal que se integra en el artículo 18.4 CE¹² ya que este derecho cubre “todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo” (FJ 5º).

Para respaldar la argumentación, el Tribunal se apoya en la doctrina establecida en la STC 292/2000, de 30 de diciembre, la cual sienta la diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal. En este sentido, dispone la misma que mientras que la función del primero “es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno”, el segundo “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (FJ 6º).

Razonado lo anterior, el TC afirma que “el elemento caracterizador de la definición constitucional del art. 18.4 CE, de su núcleo esencial, (es) el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin”,

¹¹ El Tribunal, en el FJ 7º, afirma de modo expreso que “el hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de Empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria”.

¹² En este sentido también el art. 3 a) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre y el art. 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

matizando que este derecho a ser informado debe garantizarse incluso cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento. También recuerda que incluso cuando exista habilitación legal para recabar datos sin consentimiento, será la ley quien fije límites a un derecho fundamental, debiendo ser necesario para un fin legítimo, proporcionado y respetuoso con el contenido esencial, en este caso, del derecho consagrado en el art. 18.4 CE.

Si bien el art. 6 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) expresa en su art. 6.2 que no se precisará el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación laboral, esto no exime al empresario del deber de información. Esta misma idea es expresada en la sentencia al afirmar que en el ámbito de las relaciones laborales no existe una habilitación expresa del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales, ni tan siquiera el interés privado del empresario, de modo que, aun cuando el tratamiento sea lícito y proporcionado, será requisito obligatorio la previa información al trabajador¹³.

En base a lo anterior, el Tribunal falla a favor del recurrente en amparo. Primero, porque las imágenes grabadas por las cámaras de video vigilancia instaladas en el recinto universitario constituyen un dato de carácter personal y, segundo, porque tales grabaciones fueron utilizadas para el seguimiento de su horario laboral, sin haber informado al trabajador de la posibilidad de que éstas fuesen utilizadas como medio de control. La sentencia concreta que la existencia de distintivos informativos anunciando la instalación de las cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, así como la notificación de la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) no son suficientes e, insiste, en que para evitar la vulneración del derecho del art. 18.4 CE, es necesaria, no cualquier información, sino una “información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida” (FJ 8º). Información que, además, deberá especificar las características y el alcance del tratamiento de datos que va a realizarse, es decir, cuándo pueden ser las grabaciones examinadas, durante cuánto tiempo, con qué propósitos y, sobre todo, si podrán utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias

La STC 39/2016, hasta el momento, no solo es la última sentencia de este Tribunal relativa a la video vigilancia, sino que también es la más inquietante. En este caso, se trata de un supuesto en el que una empresa, a raíz de la detección de diversas irregularidades en la caja, contrata un servicio de seguridad privada para que instale -sin previa información a los trabajadores- una cámara de video

¹³ “Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa” (FJ 7º).

vigilancia en la tienda donde presta servicios la recurrente en amparo, quien, como consecuencia de tal grabación la trabajadora es despedida por transgresión contractual de la buena fe.

Lo que podría haber sido una ocasión perfecta para reafirmar los criterios sentados por el TC en la anterior sentencia en relación con el derecho a la protección de datos, ha resultado ser una inesperada vuelta de tuerca. El pronunciamiento, en los fundamentos jurídicos primeros, comienza por reiterar que la imagen es un dato de carácter personal y retorna a la STC 292/2000 para recordar que “el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quien posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”, en otras palabras, los elementos esenciales de este derecho los constituyen el derecho del afectado a consentir y conocer sobre la recogida de datos personales y su uso. Además, también aprovecha para destacar que en las ocasiones en las que cabe la dispensa del consentimiento -como es el caso de las relaciones laborales siempre y cuando el tratamiento de datos sea necesario para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral-, “el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (art. 5 LOPD¹⁴)” (FJ 3º).

Acto seguido, el TC cambia de criterio al afirmar que “a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento” (FJ 3º). Afirmación del todo sorprendente ya que, efectivamente, a falta del previo consentimiento, el deber de información -como elemento fundamental de este derecho- debiera adquirir una mayor importancia¹⁵. También manifiesta que el incumplimiento de la obligación del empresario de informar de modo previo a los trabajadores sobre el tratamiento de datos personales únicamente supondrá una vulneración del derecho fundamental del art. 18.4 CE tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. Esto último, en palabras de uno

¹⁴ Precepto que además establece de forma clara en su apartado primero que “*Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante*”.

¹⁵ Véase, Valdés Dal-Ré, F.: “Doctrina constitucional en...”, *op. cit.*, p. 26.

de los Magistrados autor de uno de los votos particulares, es un verdadero “despropósito jurídico-constitucional”¹⁶ ya que de ello puede desprenderse que un acto de control empresarial que encuentra su fundamentación en el art. 20.3 LET, aun siendo ilegítimo por ser contrario a la ley, puede prevalecer sobre el derecho fundamental en cuestión.

El TC termina por desestimar el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora al considerar adecuadamente superado el principio de proporcionalidad¹⁷ y cumplido el deber de información mediante la colocación de un distintivo informativo ubicado en un lugar suficientemente visibles en las zonas video vigiladas¹⁸ y, además, sostiene que lo que realmente importa es “...determinar si el dato obtenido se ha utilizado para el control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato”, siendo necesario el consentimiento de los trabajadores afectado solo en este último caso.

En definitiva, la sentencia acaba por vaciar de contenido el derecho a la protección de datos de carácter personal y lo hace valiéndose de la sentencia dictada por la Sección Cuarta del TEDH de 12 de enero de 2016 (asunto *Barbulescu c. Rumania*) que, de facto, consideró que la falta de información a los empleados sobre controles informáticos (en este caso se trató del correo) no vulneró el derecho a la “vida privada” (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Sentencia esta última que, como se verá a continuación, fue remitida a la Gran Sala y que falló en sentido contrario.

2.2. La reciente y garantista jurisprudencia del TEDH: las sentencias *Barbulescu II* y *López Ribalda*

El TEDH es “una especie de termómetro de la conciencia de Europa”¹⁹. Su jurisprudencia “viva y adaptada a las convicciones sociales que en cada momento

¹⁶ Voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré en la STC 39/2016.

¹⁷ Dispone la sentencia en el FJ 5º que “... el uso de las cámaras de seguridad fue justificado (ya que existía una sospecha razonable que algunos de los empleados robaban efectivo de la caja), apropiado (para verificar si estas irregularidades estaban siendo cometidas por algunos de los empleados, y en tal caso, adoptar las medidas disciplinarias apropiadas), necesario (la videovigilancia se utilizaría como prueba de dichas irregularidades) y proporcional (la grabación se limitó a la zona donde se encontraba la caja”.

¹⁸ Afirma la sentencia que “se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006. El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por video vigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”. En palabras de Goñi Sein, aceptar que la instalación de una simple pegatina pueda justificar la instalación permanente de cámaras de video vigilancia para fines indeterminados, convierte el derecho del art. 18.4 CE en un “reconocimiento meramente nominal”, en este sentido, en: Goñi Sein, J.L.: “Nuevas tecnologías digitales...”, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹ De nuevo, Cabeza Pereiro, J.: “El necesario cambio...”, *op. cit.*, p. 15.

imperan en Europa²⁰ podría tener importantes consecuencias para la teoría de los derechos fundamentales de los trabajadores en nuestro ordenamiento jurídico interno²¹, produciendo el inevitable cambio de aires de la jurisprudencia española²².

Así las cosas, dos son las decisiones del TEDH sobre el derecho a la privacidad de los trabajadores en relación con el control empresarial que merecen especial mención. Cabe comenzar este análisis con el asunto *Barbulescu contra Rumania*, enjuiciado por la Gran Sala del TEDH el 5 de septiembre de 2017, la cual ha sido considerada como una “sentencia importantísima” que “marcará época” y devolverá “la dignidad en el trabajo”²³. Como se ha señalado, la Sección Cuarta del Tribunal había dictado sentencia desestimatoria por seis votos contra uno, reputando no vulnerado el art. 8 del Convenio. Frente a esta resolución, la solicitud de remisión a la Gran Sala fue admitida, dando lugar a una sentencia que, aun no tratando concretamente la cuestión de la video vigilancia en el trabajo, es de relevancia en materia de ciber derechos en el ámbito laboral.

En síntesis, el demandante fue despedido por su empresa al verificar que el trabajador había estado utilizando la mensajería instantánea de una cuenta privada de *Yahoo Messenger* para enviar y recibir mensajes, incluso con fines personales. Según hace constar la sentencia, la empresa había informado a todos sus trabajadores sobre la prohibición, contenida en el reglamento interno, de utilizar los recursos informáticos de la empresa para fines personales y el demandante había firmado el documento que indicaba el conocimiento de esta política²⁴. La empresa también había distribuido una nota informativa entre los miembros de la plantilla reiterando tal prohibición, precisando que una empleada ya había sido despedida por violar el reglamento en estos términos²⁵. En vista de ello y ante su elevada navegación por internet, la empresa procedió a revisar y transcribir el contenido de los mensajes privados de la cuenta personal del trabajador, incluyendo conversaciones privadas e íntimas.

Tras hacer una exhaustiva relación de la legislación y jurisprudencia a nivel tanto internacional como comunitario en la materia, la Gran Sala recuerda que la noción de “vida privada” es un concepto amplio que no se limita a un “círculo

²⁰ *Ibid.*

²¹ Casas Baamonde, M.^a E. “Informar antes de vigilar. ¿Tiene el Estado la obligación positiva de garantizar un mínimo de vida privada a los trabajadores en la empresa en la era digital? La necesaria intervención del legislador laboral”, *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, n. 2, p. 103.

²² Terradillos Ormaetxea, E.: “El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español”, *Revista de derecho social*, 2017, n. 80, p. 140.

²³ En palabras del Magistrado Carlos Hugo Preciado Domenech. Disponible en el siguiente enlace: <http://jpdsocial.blogspot.com/2017/09/comentario-de-urgencia-la-stedh-de-05.html> (30.11.2018).

²⁴ Véase apdo. 129.

²⁵ *Ibid.*

íntimo”, sino que incluye el derecho a realizar una “vida privada social” que posibilite al individuo desarrollar su identidad social, incluyendo, por tanto, también actividades profesionales o actividades que se produzcan en un contexto público²⁶. Asimismo, destaca que, si bien no es un criterio decisivo, es importante determinar si un individuo tiene suficientes razones para suponer que su privacidad está protegida y es respetada²⁷. También se preocupa por señalar que “las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de privacidad social en el puesto de trabajo”, haciendo hincapié en el “deber de información previa” así como en la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, considerando ambos elementos esenciales frente a la arbitrariedad empresarial²⁸.

Afirmado lo anterior, el TEDH propone que las autoridades nacionales se dejen guiar por lo que ha sido denominado como “test Barbuлесcu”²⁹, y valoren en cada caso los siguientes factores³⁰:

1. ¿Ha sido el empleado informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? No cabe duda de que, atendiendo a cada caso en concreto, en la práctica son diversas las formas en la que esta información puede hacerse llegar a los trabajadores. Sin embargo, considera el Tribunal que la advertencia debe ser clara respecto de la naturaleza y supervisión y previa al establecimiento de la medida.
2. ¿Cuál ha sido el alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? Llegados a este punto la sentencia diferencia entre lo que es el control de flujo de comunicaciones y el contenido de estas ya que, evidentemente, el grado de intrusión es bien distinto. También habrá que ver si el control se ha realizado sobre la totalidad de las comunicaciones o, bien, parcialmente, si se ha limitado en el tiempo y el número de personas que han accedido a ellas.
3. ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido? Al ser la vigilancia del contenido de las comunicaciones un método muy invasivo, serán necesarias justificaciones más fundamentadas.
4. ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivas que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? En este sentido, considerando las

²⁶ Apdos. 70 y ss.

²⁷ Esto es lo que el TEDH viene llamando “expectativa razonable de privacidad”.

²⁸ Terradillos Ormaetxea, E.: “El principio de...”, *op. cit.*, p. 144.

²⁹ *Ibid.*, p. 144 y ss.

³⁰ Apdo. 120.

circunstancias particulares de cada caso, habrá que tener en cuenta si el objetivo perseguido por el empresario con tal medida podría haberse alcanzado evitando tener pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.

5. ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado? Habrá que comprobar de qué forma fueron utilizados los resultados de la medida de vigilancia por el empresario y si se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida.
6. ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? Es decir, tales garantías debían impedir que el empleador accediera al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente informado de tal eventualidad.

Con ello, es evidente que, ante la intensificación de las nuevas tecnologías en el mercado laboral, el TEDH se ha preocupado por formular un principio de proporcionalidad más garantista frente a aquel manejado por nuestro TC³¹. Pues, a partir del mismo, concluye la Gran Sala que, en efecto, se había vulnerado el art. 8 del CEDH. Tras precisar que no basta con la prohibición de uso personal para destruir la expectativa de privacidad del trabajador, éste termina por afirmar que puesto que, por un lado, los órganos jurisdiccionales nacionales no fueron capaces de comprobar si el empleador había informado previamente al demandante de la posibilidad de que sus comunicaciones en *Yahoo Messenger* iban a ser controladas, ni tampoco fue advertido de la naturaleza y alcance de la vigilancia a la que iba a ser sometido y, por otro lado, no determinaron los motivos concretos que justificaban la adopción de tales medidas de control, ni si el empresario hubiese podido utilizar mecanismos menos intrusivos o si el acceso al contenido de las comunicaciones hubiese sido posible sin su conocimiento, debe fallar a favor del demandante ya que “las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho del demandante respecto de su vida privada y su correspondencia y que, por lo tanto, no valoraron el justo equilibrio entre los intereses en juego”³².

Frente a la anterior, se podría decir que la sentencia *López Ribalda contra España*, de 9 de enero de 2018, es de mayor relevancia, al menos en lo que a nosotros nos concierne, ya que enjuicia precisamente la cuestión de la video vigilancia empresarial a partir del análisis del sistema jurídico español.

De conformidad con los hechos probados, este caso versa sobre unas trabajadoras que trabajaban como cajeras para una conocida cadena familiar de supermercados. A mediados de 2009, tras encontrar discordancias entre los niveles de

³¹ Terradillos Ormaetxea, E.: “El principio de...”, *op. cit.*, p. 146.

³² Apdo. 140.

stock del supermercado y las ventas reales efectuadas a diario, el empleador decide instalar dos tipos de cámaras: unas visibles, que apuntaban hacia las entradas y salidas del supermercado con el objetivo de grabar a los clientes y, otras ocultas, ubicadas en la zona trasera de las cajas para grabar los actos de los empleados.

El empleador tan solo notificó la instalación de aquellas visibles, de modo que las trabajadoras desconocían la existencia de la video vigilancia encubierta.

La instalación del sistema le sirvió al empleador para comprobar las irregularidades, de modo que la empresa se reunió con las trabajadoras y les comunicó su despido por motivos disciplinarios³³. Las demandantes, tras haber agotado todos los recursos nacionales disponibles para solventar la vulneración de sus derechos humanos, incluyendo la presentación de un recurso de amparo ante el TC que resultó ser inadmitido, acudieron ante el TEDH y alegaron que tales grabaciones habían vulnerado su derecho a la intimidad, reconocido en el art. 8 del Convenio.

El Tribunal, en su pronunciamiento, comienza por reiterar la indeterminación del concepto jurídico de “vida privada”³⁴ y destacar que el art. 5 LOPD dispone que las trabajadoras tenían derecho a ser “previamente informadas de modo expreso, preciso e inequívoco” sobre la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos, de los destinatarios de la información, así como de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Esta obligación, de conformidad con lo establecido en el art. 3 de la Instrucción 1/2006 emitida por la AEPD, debe de ser cumplida por todo aquel que utilice sistemas de video vigilancia, debiendo colocar, como mínimo, un distintivo informativo en las zonas video vigiladas y poner a disposición de los interesados unos impresos detallando la información prevista en el art. 5 LOPD.

Los tribunales españoles, conociendo la referida legislación, consideraron la medida como justificada (al existir una sospecha razonable de robo), apropiada para el objetivo deseado, necesaria y proporcional (ya que no había otro medio más eficiente para proteger los derechos del empleador que interfiriesen en menos medida con el derecho de las demandantes al respeto hacia su vida privada). Razonamiento que de ningún modo ha sido respaldado por el TEDH, quien ha afirmado que “en una situación donde el derecho de cada afectado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la video vigilancia encubierta estaba claramente regulado y protegido por la ley, las demandantes tenían unas expectativas razonables de privacidad”³⁵. Si bien es cierto que las sospechas de irregularidades

³³ En la reunión, ante la presencia del representante sindical y del representante legal de la empresa, las trabajadoras admitieron los hechos y algunas de ellas firmaron un acuerdo transaccional, comprometiéndose, por un lado, las trabajadoras a no presentar denuncia por despido improcedente y, por otro lado, el empresario a no presentar cargos por la vía penal.

³⁴ Un análisis breve pero preciso en, Chacartegui Jávega, C.: “Videovigilancia en el...”, *op. cit.*, p. 121.

³⁵ Apdo. 67.

hubiesen podido justificar la medida, éstas no pueden ser consideradas suficientes para legitimar la grabación indiscriminada de todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. Por ello, el Tribunal termina considerando que “los derechos del empleador podrían haber sido salvaguardados, al menos hasta cierto punto, mediante la utilización de otros medios, concretamente informando a las demandantes, incluso de un modo general, sobre la instalación de un sistema de video vigilancia, y proporcionándoles la información descrita en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”.

Así pues, esta sentencia del TEDH llama la atención de los órganos jurisdiccionales españoles al no ofrecer una protección suficiente al derecho de intimidad.

3. EL NUEVO MARCO REGULADOR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Actualmente, ya no cabe afirmar que el conflicto jurídico con origen en la intensificación de las nuevas tecnologías se encuentra “huérfano de solución”³⁶. Hasta el momento, el ordenamiento jurídico laboral no ha contado con ninguna norma que equilibrara los intereses y derechos de las partes intervinientes en una relación laboral, más allá del referido art. 20.3 LET, el cual más que regular, ha venido concediendo al empleador “carta blanca” a la hora de aplicar medidas de vigilancia y control sobre sus empleados³⁷. No obstante, el obligado cumplimiento por los Estados miembros del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de las personas (en adelante, RGPD)³⁸, parece haber abierto nuevos horizontes de cara a la protección de datos de los trabajadores.

Sus previsiones plantean múltiples dudas, pero las diversas referencias que el RGPD incluye en su articulado, en relación con el tratamiento de datos en el marco de las relaciones laborales, han sido consideradas el *peaje* “que necesariamente ha de pagar por entrar por primera vez en un espacio con tan importantes peculiaridades y tan *ostracista* tradición en la materia”³⁹.

A lo largo de su articulado, el RGPD destaca por un lado, los principios generales que deben guiar el tratamiento de datos personales (licitud, transparencia,

³⁶ Goñi Sein, J. L.: “Nuevas tecnologías digitales...”, *op. cit.*, p. 22.

³⁷ Miñarro Yanini, M.: “Impacto del reglamento comunitario de protección de datos en las relaciones laborales: un -pretendido- «cambio cultural», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2018, n. 423, p. 8.

³⁸ DOUE de 4 de mayo de 2016.

³⁹ *Id.* Miñarro Yanini, M.: “Impacto del reglamento...”, *op. cit.*, p. 9.

adecuación, finalidad, pertinencia, exactitud, actualización, temporalidad, seguridad, confidencialidad, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva) y, por otro lado, insiste en el debido respeto de los derechos subjetivos del individuo con el fin de satisfacer los referidos principios (información, acceso, rectificación y supresión, limitación, portabilidad y oposición al tratamiento). En este sentido, son estas las pautas que tendrán que aplicar los Estados miembros en la compleja tarea que les ha sido asignada, la cual consiste en acomodar su Derecho interno a los principios recogidos en el Reglamento en todo lo relativo al ámbito laboral, desde la contratación de personal, ejecución del contrato laboral, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, hasta lo relativo al ejercicio y disfrute, ya sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral⁴⁰.

Una especial mención merece el artículo 88 del RGPD al regular el “tratamiento en el ámbito laboral”. Éste señala que:

“1. Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior a las mismas”.

Sorprende que tratándose de un Reglamento, éste no se detiene a regular la protección de datos en el ámbito laboral⁴¹. Únicamente se limita a trasladar a los

⁴⁰ Considerando 155º y apdo. 1º del art. 88 del RGPD.

⁴¹ Como es sabido, los Reglamentos son directamente aplicables en cada Estado miembro. En cambio, las Directivas sí necesitan de interposición normativa con el fin producir sus efectos. Para Miñarro Yanini, la apariencia del Reglamento a una Directiva podría encontrar justificación en “la complejidad que supone regular *ex novo* la aplicación de la normativa de protección de datos en un ámbito con tantas peculiaridades (...) por lo que la flexibilización de la norma en este punto es una

Estados miembros la obligación de establecer normas, ya sea a través de disposiciones legislativas o convenios colectivos, con el objetivo de garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito del trabajo, sin siquiera establecer unos parámetros mínimos o unas indicaciones de acomodación que ayuden a los Estados en el establecimiento de una normativa interna más específica⁴².

En línea con este precepto, España ha recientemente cumplido con la adaptación del Reglamento a su legislación interna. El 7 de diciembre de 2018 ha entrado en vigor la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (a partir de ahora, NLOPD), la cual, a partir de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, incluye el novedoso Título X con el objetivo de “reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución”⁴³.

Al respecto, las opiniones de la doctrina científica han sido variadas. Mientras que algunos lo han considerado como “un texto decepcionante”⁴⁴, otros, en cambio, han afirmado que ello puede ser un buen punto de partida e, indudablemente, un importante avance si se compara con la obsoleta regulación precedente⁴⁵.

El Título X de la NLOPD reconoce un extenso catálogo de derechos digitales. Algunos son reconocidos a todo individuo como, por ejemplo, el derecho a la neu-

licencia adaptativa que ha debido tomarse el legislador comunitario”. En estos términos en Miñarro Yanini, M.: “Impacto del reglamento...”, *op. cit.*, p. 10.

⁴² Crítica destacada tanto en Goñi Sein, J. L.: “Nuevas tecnologías digitales...”, *op. cit.*, p. 24, quien considera que esta situación puede dar origen a una “disparidad de regímenes jurídico” y, por ende, a un panorama de inseguridad jurídica; como en Miñarro Yanini, M.: “El impacto del reglamento...”, *op. cit.*, p. 11, que, del mismo modo, ha afirmado que ello “resulta contrario a la exigencia de homogeneidad propia de los reglamentos comunitario y, más importante aún, puede generar divergencias entre empresas que han de tener la misma base competitiva”.

⁴³ *Vid.* La enmienda núm. 338 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, cuyo texto íntegro se encuentra en la página del Congreso de los Diputados.

⁴⁴ Para Antonio Baylos, “El avance que podría suponer este texto legislativo en la medida en que incorpora nuevas situaciones derivadas del entorno digital que han planteado toda una serie de cuestiones litigiosas resueltas jurisprudencialmente y que la legislación laboral no había podido contemplar, ha quedado sin embargo neutralizado por la orientación que se ha dado al tratamiento laboral de los derechos digitales. En el diseño de la ley, es el empleador quien determina el alcance y el contenido de los derechos digitales de los trabajadores, que ostentan exclusivamente un derecho a ser informados a título individual, sin que la decisión empresarial pueda ser condicionada por el interés colectivo de los trabajadores a través de los mecanismos de representación en la empresa o la mediación sindical. Una regulación por tanto que debilita de forma muy clara las posibilidades reales de preservación de los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto trabajadores, sometiendo su vigencia y efectividad al “plan interno” empresarial o al diseño del control y dirección de la empresa”. Publicado el 15 de noviembre en su blog personal en la una publicación titulada “La garantía de los derechos digitales en el trabajo. El Proyecto de Ley ya aprobado en el Congreso. Un texto decepcionante”, disponible en el siguiente enlace: <http://baylos.blogspot.com/2018/11/la-garantia-de-los-derechos-digitales.html> (01.12.2018).

⁴⁵ Así afirmado en relación con la enmienda del Grupo Socialista antes de la publicación de la NLOPD en el BOE. Miñarro Yanini, M.: “La ‘Carta de Derechos digitales’ para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2018, n. 424, p. 109.

tralidad de Internet (art. 80), el derecho de acceso universal a Internet (art. 81), el derecho a la seguridad digital (art. 82), el derecho a la educación digital (art. 83), la protección de menores en Internet (art. 84), el derecho de rectificación en Internet (art. 85) o, el derecho al olvido en búsqueda de internet (art. 93). Otros, en cambio, aun reconociéndose a toda persona, están específicamente ligados al ámbito de lo laboral, éstos son: el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89), el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), los derechos digitales en la negociación colectiva (art. 91).

Tras una detenida lectura de los referidos derechos digitales en el ámbito laboral, se aprecia una evidente similitud con los pronunciamientos del TEDH. En efecto, el art. 89, relativo al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo reproduce, al menos parcialmente, la doctrina del TEDH en los asuntos *Barbulescu* y *López Ribalda*⁴⁶.

Este precepto, en su apdo. 1º, establece que “los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo” y, añade -en los mismos términos que la doctrina del TEDH y la STC 29/2013- la obligación de los empleadores de “informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”. A modo de excepción, elimina toda referencia a la “sospecha fundada” y afirma que “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4 de esta ley orgánica”⁴⁷, lo cual constituye una transcripción del pronunciamiento de la STC 39/2016.

En cambio, el siguiente apartado al afirmar que “en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados pú-

⁴⁶ Quiero recordar que la solicitud de remisión a la Gran Sala de la Sentencia López Ribalda contra España, de 9 de enero de 2018, por parte del gobierno español, ha sido admitida, de modo que habrá que estar atentos con lo que en su día falle.

⁴⁷ El art. 22.4 de la NLOPD establece que el deber de información se considerará cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible, identificando, como mínimo, la existencia del tratamiento de datos personales, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679.

blicos, tales como los vestuarios, aseos, comedores y análogos”, inmediatamente trae a nuestra memoria la STC 98/2000.

Por último, el apdo. 3º de este precepto, regula de una forma más estricta la utilización de sistemas similares a las videocámaras para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo frente a los comunes sistemas de cámaras al disponer que éstos primeros “se admitirá(n) únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores” e incluye la garantía de supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación.

Esta nueva regulación ha llevado aparejada, no solo la modificación del EBEP, sino también la variación de la norma que regula las relaciones de trabajo con carácter general, esto es, el Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, tras el art. 20 de la LET, se ha incorporado un nuevo art. 20 *bis* que lleva por título “los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión” y dispone que “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. De modo que, a partir de ahora, serán los arts. 87 a 90 de la NLOPD los que marcarán las pautas a la hora de interpretar este precepto, lo cual obliga a apuntar algunos aspectos concretos del art. 89 en materia de video vigilancia puesto que su redacción suscita algunas dudas.

En primer lugar, desconcierta la denominación del derecho reconocido como garantía en el art. 89. En lugar de hacer referencia al derecho a la autotutela informativa, consagrado en el art. 18.4 CE, este precepto retorna a los inicios de la doctrina del TC al hablar de derecho a la intimidad personal en el concreto ámbito de la era digital⁴⁸.

En segundo lugar, aunque inicialmente el artículo parece alejarse de la dinámica basada en la predominancia de los intereses empresariales con el objetivo de garantizar el derecho fundamental del trabajador, lo cierto es que, una vez más, si bien condicionado por el deber de información, es el empleador quien mantiene no solo la facultad de fijar los límites del derecho a la propia imagen, sino también la plena facultad de gestionar las mismas⁴⁹.

En tercer lugar, el propio deber de información presenta algunas ambigüedades. Aunque no se afirma expresamente, puede deducirse de la redacción del precepto que el uso de cámaras de videovigilancia oculta ha quedado prohibido. El artículo dispone que el empleador deberá informar siempre a sus trabajadores

⁴⁸ Miñarro Yanini, M.: “La ‘Carta de...’”, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁹ *Vid. Supra* 46.

acerca de la instalación de dichos sistemas, ya sea de forma clara, expresa y concisa o, bien, mediante la colocación de un distintivo informativo suficientemente visible. Éste último modo de información es considerado válido solo en aquellos supuestos en lo que la cámara haya grabado la comisión flagrante de un acto ilícito, término éste último, que a su vez queda jurídicamente indeterminado.

En suma, realmente, el art. 89 se ha limitado a transcribir, de forma parcial, la jurisprudencia del TEDH, desaprovechando la ocasión perfecta para incorporar a la legislación interna importantes principios necesarios para alcanzar la adecuada protección de los derechos fundamentales del trabajador, tales como el principio de proporcionalidad, de necesidad y de adecuación de las medidas fiscalizadoras de la prestación laboral⁵⁰, obligándonos una vez más a esperar la interpretación de los órganos jurisdiccionales.

4. UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA VIDEO VIGILANCIA DE LA PRESTACIÓN LABORAL DESEMPEÑADA POR LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS

Este último apartado pretende dar cuenta de los múltiples problemas que puede dar lugar la instalación de sistemas de video vigilancia en el supuesto específico de control de los servicios prestados por el colectivo de trabajadoras domésticas.

Según los datos proporcionados por la Encuesta de Población Activa (EPA), durante el tercer trimestre del 2018, en España había 625.500 personas ocupadas en “Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico”⁵¹, es decir, un 3,21 por ciento del total de la población ocupada es representado por trabajadoras domésticas⁵².

Por trabajadora doméstica, de conformidad con el concepto propuesto por el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se entiende toda persona que de forma dependiente y por cuenta ajena presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar. Éstos pueden revestir cualquier modalidad de tarea doméstica como, por ejemplo, la dirección o el cuidado del hogar familiar, el cuidado o la atención de los miembros de la familia o de las personas que conforman el ámbito doméstico o familiar y, otros trabajadores que se desarrollan formando parte del conjunto de tareas doméstica, como pueden ser, la guardería, la jardinería, la conducción de vehículos y otros análogos⁵³.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Estos datos incluyen, no solo las personas que están dadas de alta en la Seguridad Social, sino también aquellas que trabajan en la economía informal.

⁵² A partir de este momento se referirá a las mismas siempre en femenino ya que de las 625.000 personas empleadas en el trabajo doméstico, 547.500 son mujeres.

⁵³ *Vid.* Art. 1 del RD 1620/2011.

Sin embargo, más allá de esta definición estrictamente formal, las trabajadoras domésticas son aquellas personas a las que dejamos, no solo la responsabilidad de cuidar nuestros hogares y, con ello, nuestras propiedades, sino, especialmente, nuestros seres más queridos con el fin de tener la ocasión de desarrollarnos en otros aspectos de nuestras vidas.

En los últimos años, a raíz del envejecimiento de la población, la progresiva incorporación de las mujeres a un mercado de trabajo principalmente masculinizado, las dificultades de las mujeres para conciliar la vida familiar y la laboral y el debilitamiento del Estado de Bienestar⁵⁴, el trabajo doméstico ha adquirido una mayor importancia en nuestras sociedades. Básicamente, las trabajadoras domésticas constituyen la solución perfecta para eludir un problema histórico: el tradicional binomio hombre-mujeres, esfera pública-privada, respectivamente⁵⁵. Además, este panorama ha coincidido con el fenómeno de la “feminización de las migraciones”⁵⁶, lo que ha supuesto la llegada de verdaderas “fuerzas pacificadoras”⁵⁷ migrantes dispuestas a trabajar para sobrevivir, las cuales han silenciado los necesarios discursos derivados de las luchas de género en relación con las responsabilidades del hogar.

El trabajo doméstico, frente al trabajo desempeñado en organizaciones empresariales, presenta variadas peculiaridades. La primera y más importante, guarda relación con el lugar de prestación de los servicios: el hogar familiar. Así pues, el hecho de que las trabajadoras domésticas se insertan en “el círculo de convivencia e intimidad de la familia”⁵⁸ ha venido justificando, desde los inicios de su regulación, la calificación de esta relación laboral como “especial”⁵⁹. La segunda

⁵⁴ D’Souza, A.: *Camino del trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la laboral de la OIT*, OIT, Ginebra, Documento de trabajo 2/2010.

⁵⁵ Mestre i Mestre, R. M^a.: “*Dea Ex Machina*. Trabajadoras migrantes y negociación de la igualdad en lo doméstico. (Experiencias de ACUDE-VIMAR: ecuatorianas en Valencia)”, *Cuadernos de Geografía*, 2002, n. 72, p. 191 y ss.

⁵⁶ Las mujeres siempre han constituido un elevado porcentaje de la población migrante de nuestro planeta. Cuando hablando de este fenómeno, no hacemos más que referirnos a la migración de aquellas mujeres que se desplazan de forma independiente en busca de unas oportunidades, no solo de empleo, sino de vida, para lograr sustentar económicamente sus familiares en origen. En este sentido, UN-INSTRAW, *Cruzando fronteras II: Migración y desarrollo desde una perspectiva de Género*, UN-INSTRAW, Santo Domingo, 2008, p. 34.

⁵⁷ Beck, U., “¿Qué hay detrás de los ‘sin papeles?’”, en *El País*, de 4 de enero de 2010, disponible en: http://elpais.com/diario/2010/01/04/opinion/1262559611_850215.html (15.11.2018)

⁵⁸ López Gandía, J., Toscani Giménez, D.: *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 11.

⁵⁹ La propia exposición de Motivos del RD 1620/2011 afirma que el fundamento y razón de esta regulación especial se encuentra en “el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo.”

especificidad, en cambio, hace referencia a la figura del empleador-empresario en esta relación de trabajo. En el imaginario colectivo, la figura del empresario suele ir asociada a personas que ostentan los poderes de mando, gestión y decisión sobre los medios materiales -tanto humanos, como productivos- de una organización empresarial. Sin embargo, cabe destacar que la figura del empresario mercantil no siempre coincide con el concepto de empresario laboral. La LET dispone en su art. 1.2 que son empresarios laborales todas aquellas personas, tanto físicas como jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el art. 1.1 LET (trabajadores asalariados), así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal. De modo que, si bien se trata de un supuesto especial de empresario, se entiende incluida bajo dicha definición la figura del empleador titular del hogar familiar⁶⁰. En tercer y último lugar, la primera característica combinada con la segunda destaca los principales elementos que constituyen la base de esta relación laboral especial: la confianza y el deber de buena fe.

Así las cosas, el trabajo doméstico trasciende del mero ámbito profesional de toda relación laboral común. Las trabajadoras domésticas, a lo largo de sus jornadas laborales, desempeñan una amplísima variedad de tareas que van desde hacer las camas, pasar la aspiradora por las diversas estancias de la casa, fregar, recoger la ropa, poner lavadoras, tender, planchar, sacar la basura, incluso cuidar de los niños o las personas de avanzada edad que necesiten de supervisión, ducharlos, hasta preparar la comida, entre muchas otras. En otras palabras, de ellas se pretende, nada más y nada menos, que se conviertan en un miembro más de la familia⁶¹, más bien, en unas segundas madres, por lo que es lógico que toda persona que decide contratar a una trabajadora doméstica para que trabaje en un lugar tan íntimo como es el hogar familiar, tenga la curiosidad de conocer de qué forma estas personas interactúan con nuestros bienes y, sobre todo, con nuestros familiares.

Este deseo de saber se ha visto facilitado, en los últimos años, por los, cada vez más desarrollados, sistemas de grabación de imágenes y sonidos. Tanto en España como en otros lugares del mundo, se han registrado situaciones de maltrato a menores y ancianos, así como supuestos de hurtos de dinero y joyas perpetrados por las trabajadoras domésticas que trabajan en el hogar y, en muchos de estos

⁶⁰ De conformidad con el art. 1.2 del RD 1620/2011, “se considerará empleador al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas.”

⁶¹ Pavlou, V.: “The case of female migrant domestic workers in Europe: Human rights violations and forward looking strategies”, *Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights*, 2011, p. 69.

casos, la instalación de cámaras ha servido como prueba de estos delitos ante los órganos judiciales⁶².

El RGPD excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales “efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades personales o domésticas”⁶³. No cabe apelar a esta excepción en el supuesto en cuestión ya que, aun siendo categorizado como de especial, se trata de una clara relación laboral. En consecuencia, al igual que en las relaciones de trabajo comunes, la admisibilidad de las cámaras de video vigilancia en este supuesto específico debe estar limitada por las finalidades previstas en la LET así como en la normativa vigente.

En este sentido, la captación de imágenes tiene que respetar los principios derivados del art. 20.3 LET y los derechos de intimidad, privacidad y autodeterminación informativa. Como ya se ha reiterado, el tratamiento de la imagen o sonido constituye tratamiento de datos, de modo que, en esta línea, en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar también se tendrá que cumplir con las obligaciones derivadas de la NLOPD, incluso si se trata de la reproducción de imágenes en tiempo real que no permanecen grabadas⁶⁴, lo cual implica la obligación de garantizar el derecho a la información de estas trabajadoras.

Desafortunadamente, en la práctica, la cuestión es mucho más complicada. Resulta difícil pensar que en un sector en el que no se cumple ni la propia normativa reguladora de la relación laboral especial al servicio del del hogar familiar⁶⁵, se vaya a cumplir aquella relativa a la protección de datos.

En base a lo anterior, cabe traer a colación dos sentencias, ambas de la Audiencia Provincial, una de Madrid y otra de Granada⁶⁶. En la primera, el tribunal

⁶² Por poner un ejemplo, en 2013, se ha condenado a una empleada del hogar a quince meses de prisión por un delito de hurto continuado por robar más de 4.600 euros en dinero, joyas y otros efectos del hogar en el que prestaba servicio. Noticia disponible en: <https://www.europapress.es/cantabria/noticia-quince-meses-prision-empleada-hogar-robo-mas-4600-euros-dinero-joyas-20130626124430.html> (08.11.2018).

⁶³ Art. 2.2. c) del RGPD.

⁶⁴ De acuerdo con un informe jurídico publicado por la Agencia Española de Protección de Datos, la reproducción de imágenes en tiempo real sin conservación de estas debe cumplir con el Reglamento 2016/079 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: <https://www.aepd.es/media/informes/informe-juridico-rgpd-camaras-en-tiempo-real.pdf> (03.12.2018).

⁶⁵ De acuerdo con un reciente estudio realizado por Oxfam Intermón en colaboración con el Laboratorio de Derecho Social del Instituto Universitario de Estudio de Género de la Universidad Carlos II, hay más de 162.000 trabajadoras domésticas que no están registradas en la Seguridad Social, dato que indica la elevada tasa de informalidad de este trabajo. El análisis de datos completo se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://oxfam.app.box.com/s/39bt5j4a98miyug9ckb2h1blojdtb0pb> (13.12.18).

⁶⁶ A pesar de tratarse de sentencias del ámbito de lo penal, si bien no es el caso, éstas podrían, como mínimo, haber hecho referencia a la extensa jurisprudencia constitucional sobre la protección otorgada a los derechos fundamentales consagrados en el art. 18 de la Constitución Española, tal y como ha hecho la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 489/2018, de 23 de octubre de 2018, de la cual aconsejo su lectura.

tiene que resolver acerca de la validez de la grabación obtenida por una cámara de seguridad oculta instalada en el domicilio particular por su titular, la cual ha servido para probar la sustracción, por parte de la trabajadora doméstica, de dinero y joyas que se encontraban en la vivienda en la que estaba prestando sus servicios⁶⁷. En este caso, la trabajadora alega que dicha grabación de video no puede constituir una prueba válida ya que no se ha podido acreditar la ausencia de manipulación y tampoco se ha solicitado autorización judicial, por lo que ésta, realizada sin su consentimiento, vulnera su derecho a la intimidad y a la propia imagen, además del derecho a la presunción de inocencia. De modo similar, la segunda versa sobre la validez de la captación de imágenes obtenidas por un detective privado, debidamente habilitado, que han permitido probar que la empleadora doméstica había estado apropiándose de una cantidad superior a 40.000€, prueba que según la trabajadora debe ser considerada nula por vulnerar su derecho a la intimidad personal y a la propia imagen ya que se han incumplido los requisitos exigidos, en su momento, por la LOPD⁶⁸.

Estos casos, si no fuese porque el centro de trabajo de estas personas es un domicilio particular, no distan tanto de los supuestos analizados por el TEDH y el TC. Sin embargo, es precisamente esta característica tan peculiar la que ha venido a justificar la validez de la instalación de estos sistemas de fiscalización de la prestación laboral doméstica. La primera fundamenta su decisión, por un lado, en la predominancia del derecho del titular del hogar a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, no siendo, por tanto, necesaria una orden judicial y, por otro, en la ausencia de vulneración del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen de la trabajadora al entender que “las imágenes grabadas (...) no pertenecen a su esfera personal y privada, sino al ámbito laboral y no han sido reproducidas ni difundidas, más que en el estricto margen de esta causa, en la que debían servir como prueba, habiendo sido tomadas en un domicilio privado por la titular del derecho reconocido en el art. 18.2 de la CE” (FJ 1º). Lo que parece olvidar por completo la elemental doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, la celebración de un contrato no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce a todo trabajador como ciudadano. La segunda sentencia, hace remisión a la STC 186/2000, para terminar por concluir que “la instalación de la cámara oculta se hace de forma puntual ante las sospechas de que la acusada le estaba sustrayendo dinero cuando desempeñada sus labores de empleada de hogar, y con la sola finalidad de verificar tales hechos medida que se considera justificada e idónea para la finalidad pretendida, necesaria y equilibrada” (FJ 1º).

Al parecer, con la actual normativa las cámaras ocultas ya no están permitidas, ni siquiera en el supuesto de que existan fundadas sospechas de ilícitos laborales.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 553/2007, de 10 de septiembre.

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 96/2017, de 23 de febrero.

Así, el deber de información tiene que ser cumplido siempre y, más en el concreto supuesto del trabajo doméstico en el que las posibilidades de que se generen conflictos derivados de los derechos fundamentales de sendas partes son mayores. Por poner un claro ejemplo, la captación de imágenes de la trabajadora doméstica interna duchando a un menor o a un anciano en un *baño* o dándoles de comer en la cocina o en el *comedor*, podría suponer una vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, teniendo en cuenta que el domicilio, además de ser su centro de trabajo, es también su hogar⁶⁹.

Es verdad que los sistemas de video vigilancia constituyen, probablemente, el principal y único método de control de la prestación laboral de las trabajadoras domésticas puesto que resulta impensable instalar otros medios de control, tales como los lectores de huellas o el control de fichajes, pero esto, combinado con el derecho a la intimidad e inviolabilidad de domicilio del empleador, no constituye causa suficiente para vaciar de contenido los derechos fundamentales de estas personas.

En todo caso, precisamente por las particulares características del colectivo, su tradicional exposición a situaciones de elevada precariedad, fatiga, estrés u otros desmejoramientos de la salud psicológica, así como la facilidad de extinguir la relación laboral a través del desistimiento, se debería dotar esta actividad de las máximas garantías posibles⁷⁰. Todo ello con el objetivo de evitar que las nuevas tecnologías recrudescan la tradicional situación de servidumbre de estas trabajadoras⁷¹.

5. CONCLUSIONES

Para finalizar quisiera señalar unas breves conclusiones sobre la privacidad de las trabajadoras domésticas.

En primer lugar, vale la pena recordar que el trabajo doméstico, como bien indica su nombre, constituye una relación de trabajo por cuenta ajena.

⁶⁹ El considerando 17º de la Recomendación 201 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos establece que “cuando se suministre alojamiento y alimentación deberían preverse (...) las prestaciones siguientes: a) una habitación separada, privada, convenientemente amueblada y ventilada, y equipada con un cerrojo cuya llave debería entregarse al trabajador doméstico; b) el acceso a instalaciones sanitarias, comunes o privadas, que estén en buenas condiciones...”, condiciones que en limitadas ocasiones son cumplidas.

⁷⁰ En este sentido, Cardona Rubert lleva a cabo un interesante análisis acerca de los límites del ejercicio por parte del empleador de la capacidad de control laboral de la prestación laboral como medida fundamental para garantizar los derechos fundamentales de los teletrabajadores, el cual puede servir para sugerir los límites que debieran aplicarse en el caso del trabajo doméstico. *Vid.* Cardona Rubert, M.ª B.: “La privacidad del teletrabajador”, *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 24.

⁷¹ Goñi Sein, J. L.: “Nuevas tecnologías digitales...”, *op. cit.*, p. 19.

En segundo lugar, las particulares características de este trabajo no pueden servir como motivo para justificar la libertad del empleador para rehuir de los derechos fundamentales de un colectivo, ya de por sí, históricamente precarizado. Es más, todo lo contrario, sus peculiaridades debieran ser la causa promotora de una mayor dotación de garantías.

En este sentido, con el fin de lograr el cumplimiento de la normativa vigente aplicable al sector doméstico, la intervención de la Inspección de Trabajo podría jugar un papel crucial ya que ostenta como principal función la de garantizar los derechos de los trabajadores y, especialmente, de aquellos más débiles y vulnerables⁷².

Por último y, en esta misma línea, la invisibilidad y elevada desprotección de este colectivo debe despertar la acción de los agentes sociales para lograr que la negociación colectiva sectorial tome parte en esta relación laboral especial. Este mecanismo esencial puede ayudar, no solo a lograr una justa transición de una economía informal a una formal, sino, sobre todo, a mejorar las condiciones de trabajo y prestaciones del colectivo, así como en la capacitación y difusión de la normativa, tanto entre trabajadoras como entre empleadores.

⁷² En relación con la importancia del papel de la Inspección de Trabajo en el sector doméstico, *vid.* Lenzi, O.: “Los retos de la Inspección de Trabajo en el sector doméstico en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2018, n. 26.

2

Informes y
Documentos

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2018*

A 31 de diciembre de 2018 el número de convenios colectivos andaluces existentes en nuestra comunidad alcanzaba la cifra de 1.569 que afectaban a 1.669.138 de personas trabajadoras y a 296.027 empresas, según los datos facilitados por las mesas negociadoras con ocasión del registro del convenio colectivo¹.

Atendiendo a la diversa situación jurídica en la que se encuentre el convenio colectivo, podemos clasificar los convenios colectivos en convenios colectivos en vigencia expresa (convenios que se encuentran dentro de la vigencia expresada en el convenio- a su vez a efectos estadísticos los diferenciamos en primeros convenios, convenios originarios y convenios revisados²), convenios colectivos en prórroga tácita (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada pero que al no ser denunciados se prorrogan de año en año automáticamente), convenios colectivos en ultraactividad indefinida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta la firma del siguiente convenio), convenios colectivos en ultraactividad limitada (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta una fecha determinada, normalmente un año desde la denuncia) y convenios colectivos con ultraactividad vencida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y su ultraactividad ha traspasado su fecha de finalización, jurídicamente habrían decaído y se aplicaría el convenio superior si lo hubiese).

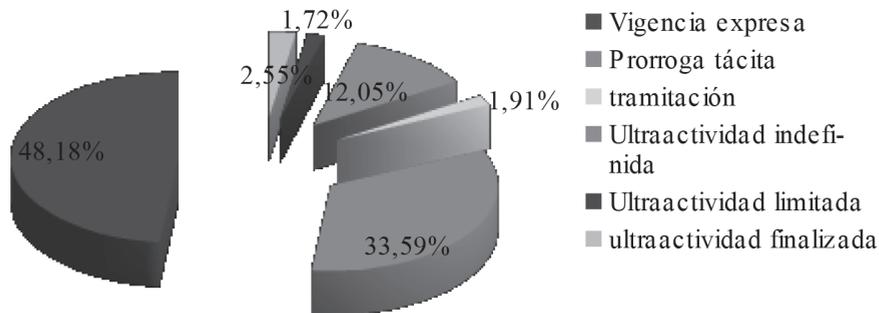
Con estas premisas, el número de convenios colectivos en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita ascendió en 2018 a 1283 convenios colectivos que daban cobertura a 239.904 empresas y 1.373.489 trabajadores. Junto a ellos, 216 convenios más se encontraban en ultraactividad (4.966 empresas y 91.880 trabajadores) 30 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. 40 convenios colectivos habrían finalizado su ultraactividad durante 2018, si bien la mayoría de ellos serían finalizaciones formales, puesto que o bien se encontraban firmados sin presentar aún a REGCON, o con las negociaciones muy avanzadas, estando previstas su aplicación retroactiva, y continuando la aplicación de los mismos en la práctica.

* Informe realizado por los Servicios Técnicos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

¹ A estos convenios colectivos habría de añadirse los convenios colectivos cuya vigencia inicial pactada finalizó en 2009, y que se encontrarían en ultraactividad prorrogada si fueron denunciados en su momento o en vigencia prórroga tácita si no lo fueron, excluidos por acuerdo de permanente a efectos estadísticos. En esta situación tenemos contabilizados 143 convenios colectivos que afectan a 1797 empresas y 56.292 personas trabajadoras.

² Serían primeros convenios aquellos que se negocian por primera vez, convenios originarios aquellos que se firman en el año en curso pero traen causa de convenios anteriores, convenios revisados aquellos que se encuentran dentro de la vigencia inicial pactada pero en los años posteriores a su firma.

Estado de convenios colectivos. Total



Porcentualmente, el 48,18% de convenios estaba en vigencia expresa, el 33,59% en vigencia prorrogada tácitamente. El 13,77% de los convenios estaba en ultraactividad, un 2,55% habría finalizado su ultraactividad en 2018, el resto estaba en tramitación ante la Autoridad Laboral.

Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector³ y convenios colectivos de empresa⁴. De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. En nuestra comunidad, en 2018, el 11,66% de los convenios colectivos existentes (183) fueron convenios de sector, dando cobertura aproximadamente al 99,53% de las empresas (294.641) y al 89,39% de las personas trabajadoras (1.492.172).

Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos.

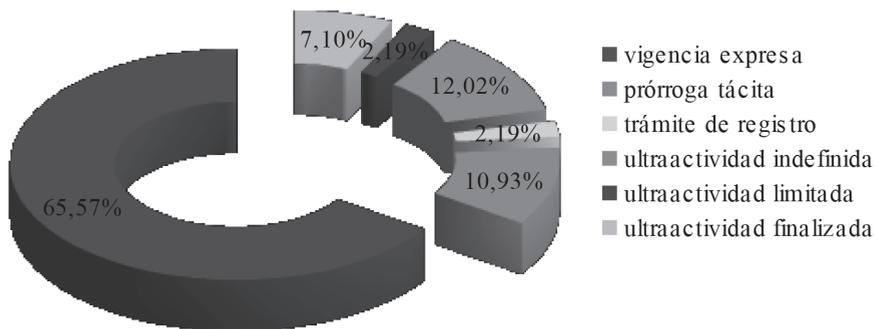
El número de convenios colectivos de sector en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita ascendió en 2018 a 140 convenios colectivos que dieron cobertura a 238.761 empresas y 1.239.525 trabajadores. Junto a ellos, 26 convenios más se encuentran en ultraactividad (4.779 empresas y 59.852 trabajadores) 4 convenios colectivos más se encuentran en tramitación ante la autoridad laboral. 13 convenios colectivos habrían finalizado su ultraactividad durante 2018 (actividades

³ Son convenios colectivos que dan cobertura a una pluralidad de empresas y personas trabajadoras dentro de un sector de actividad. Son negociados por los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas del sector en concreto.

⁴ Son convenios colectivos que se aplican únicamente en la empresa que lo negocia. Se negocia por los representantes de los trabajadores en la empresa directamente con el representante de la empresa.

agropecuarias de Almería, comercio de la construcción, del mueble, oficinas y despachos, obradores de pastelería, viticultura y tapones de corcho en Cádiz, obradores de confiterías de Málaga y comercios del automóvil y maquinaria industrial, y transporte de mercancías en Sevilla), si bien continúa la aplicación de los mismos en la práctica, y en todos los casos se encuentran las mesas de negociación abiertas.

Estado de convenios colectivos. Sector

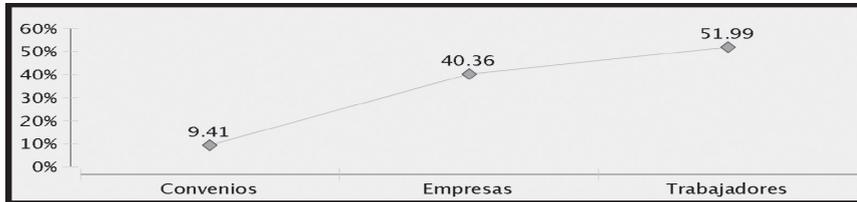


Porcentualmente, el 65,57% de convenios estaba en vigencia expresa, el 10,93% en vigencia prorrogada tácitamente. El 14,21% de los convenios estaba en ultraactividad, un 7,10% habría finalizado su ultraactividad formalmente en 2018, el resto estaba en tramitación ante la Autoridad Laboral.

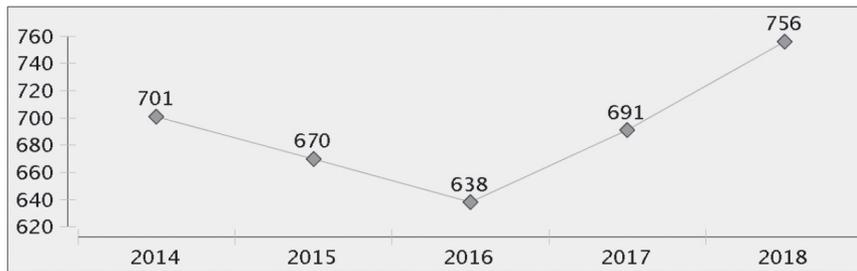
Evolución de los convenios colectivos en vigencia expresa

Si centramos el análisis en los convenios con vigencia expresa podemos observar que fueron superiores al año anterior, un 9,41% de convenios más con vigencia expresa que dieron cobertura a un 40,36% más de empresas y a un 51,99% más de personas trabajadoras.

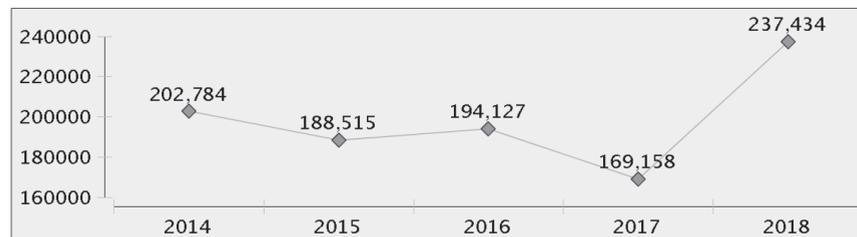
Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



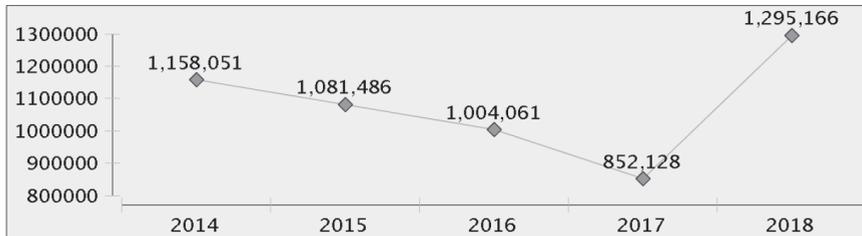
Evolución del número de convenios colectivos con vigencia expresa



Evolución del número de empresas acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa

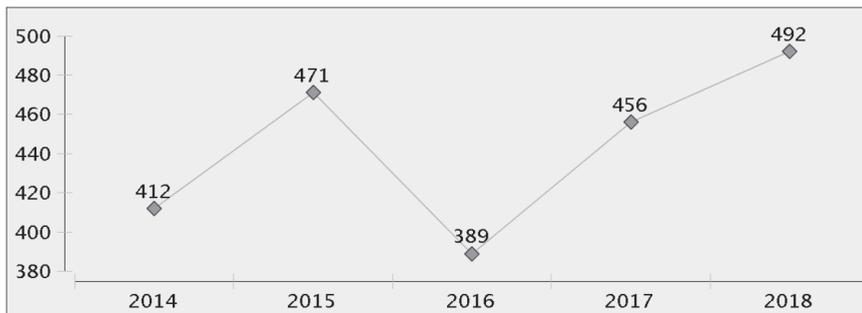


Evolución del número de personas trabajadoras acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa

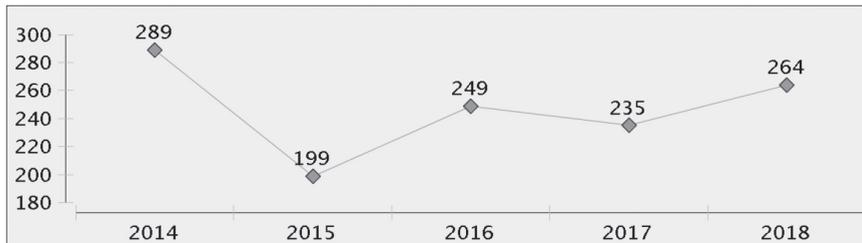


El incremento en el número de convenios colectivos con vigencia expresa se percibió en sus tres dimensiones de análisis (convenios revisados, originarios y primeros convenios).

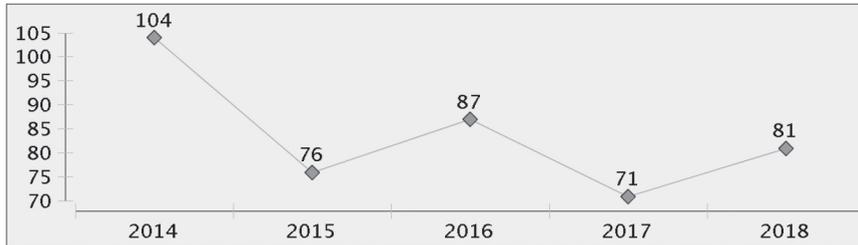
Evolución del número de convenios colectivos revisados



Evolución del número de convenios colectivos originarios

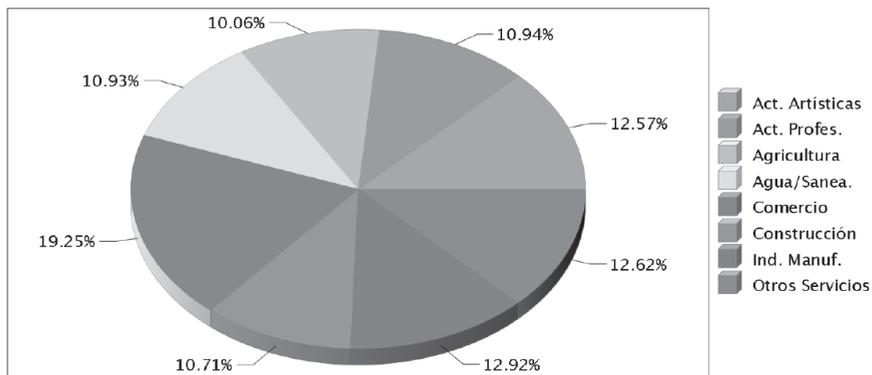


Evolución del número de primeros convenios colectivos



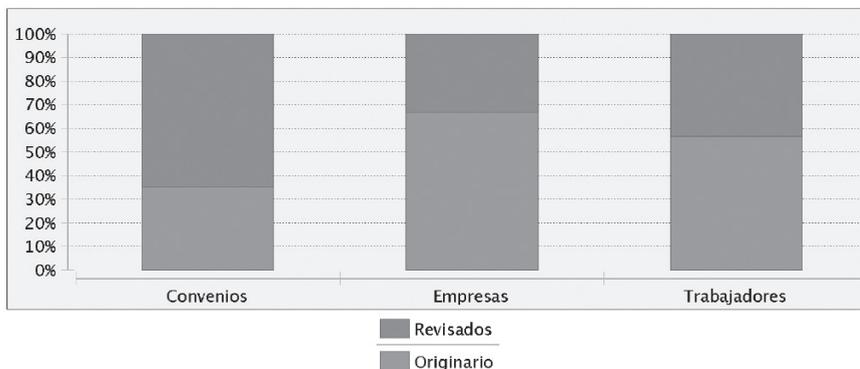
Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios con vigencia expresa más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son los del sector de comercio.

Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)

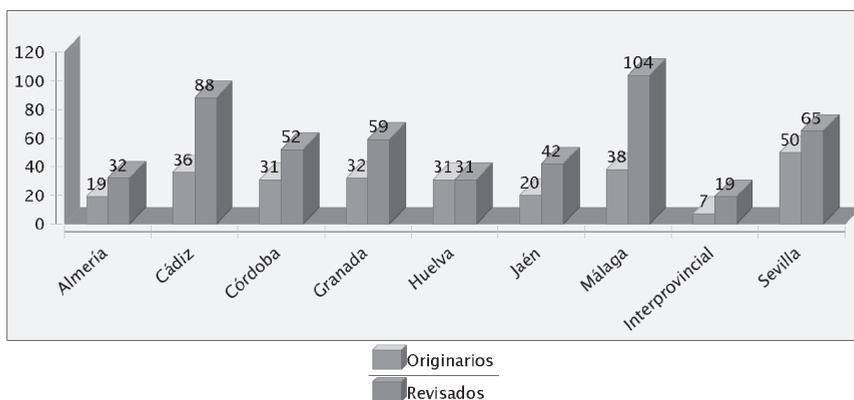


De los 756 convenios colectivos con vigencia expresa, el 34,9% (264 convenios colectivos) fueron originarios del año 2018, el resto revisados.

Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación



Convenios Originarios - Convenios Revisados. Distribución Provincial



Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se recibieron un total de 81.

Convenios Originarios / Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	19	8,094	38,877	2	2	208
Cádiz	36	162	4,467	17	17	550
Córdoba	31	15,625	59,267	10	10	871
Granada	32	10,771	49,417	5	5	137
Huelva	31	9,642	60,839	8	8	3,690
Jaén	20	4,618	20,783	8	8	374
Málaga	38	58,598	200,729	15	15	356
Interprovincial	7	156	4,521	3	3	1,532
Sevilla	50	50,067	292,032	13	13	610
Total	264	157,733	730,932	81	81	8,328

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios de sector y de empresa

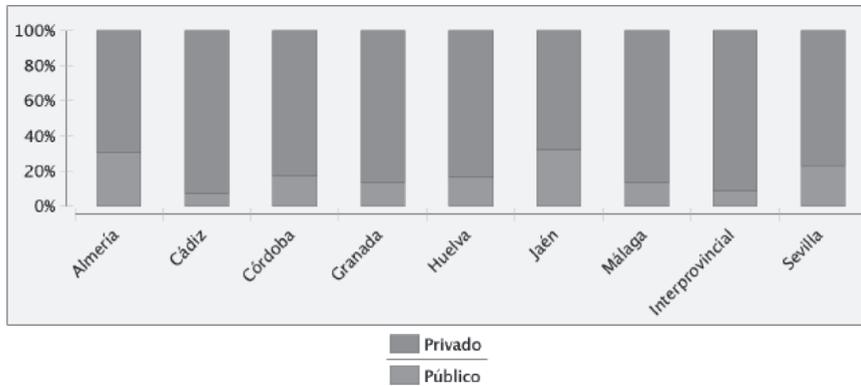
Desde un punto de vista funcional, examinando la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 756 convenios con vigencia expresa, 636 eran de empresa, y 120 eran convenios de sector. Sin embargo, si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa, el 93% de trabajadores y el 99% de las empresas bajo cobertura de convenios con vigencia expresa, lo estaban bajo la cobertura de convenios colectivos de sector. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

Convenios vigencia expresa sector/empresa

Ambito geográfico	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	11	11,255	57,100	40	40	3,842
Cádiz	13	16,452	99,192	111	111	8,147
Córdoba	12	28,174	174,517	71	71	9,821
Granada	16	16,341	76,939	75	75	4,657
Huelva	14	10,693	57,926	48	48	8,886
Jaén	12	22,716	72,923	50	50	6,719
Málaga	16	76,917	286,246	126	126	9,063
Interprovincial	3	338	11,300	23	23	6,940
Sevilla	23	53,912	388,408	92	92	12,540
Total	120	236,798	1,224,551	636	636	70,615

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Convenios vigencia expresa de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

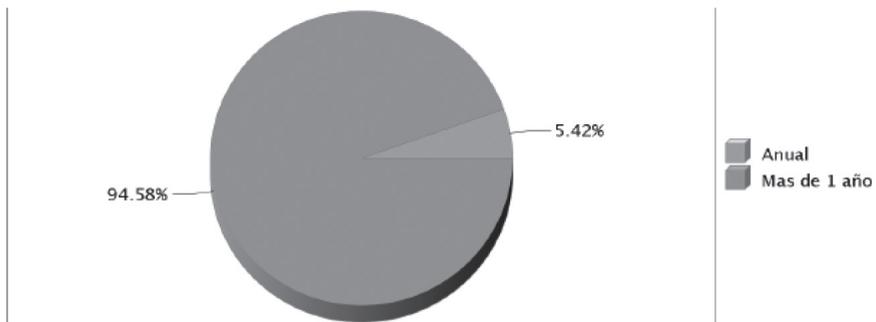


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Período de vigencia

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

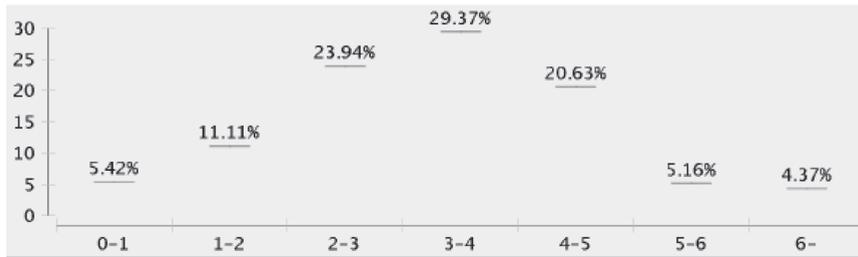
Convenios originarios anuales/supraanuales



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 4 años de vigencia, suponiendo el 29,37% del total de los convenios con vigencia expresa en Andalucía.

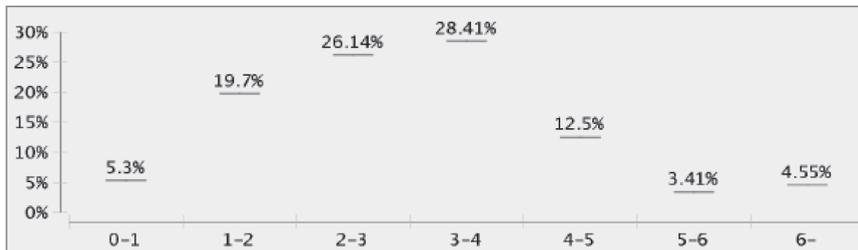
Convenios colectivos vigencia expresa. Ámbito temporal



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2018 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta cuatro años se mantiene.

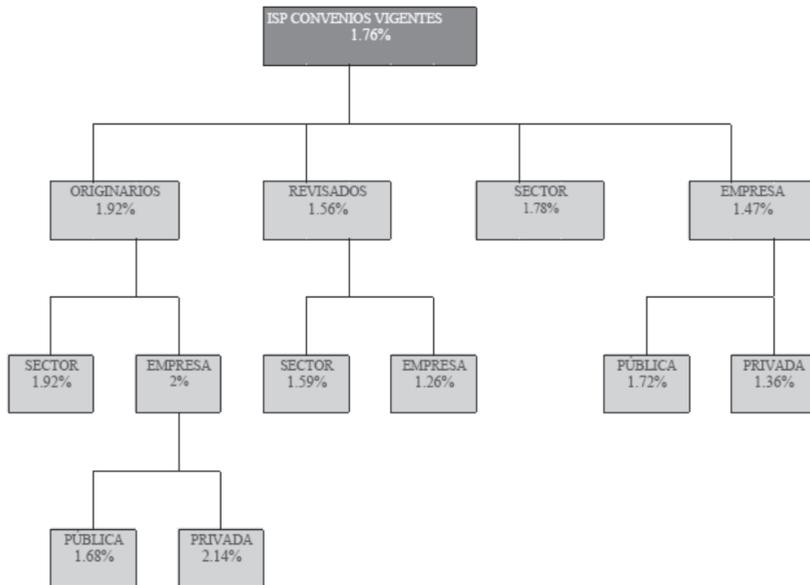
Convenios colectivos originarios 2017. Ámbito temporal



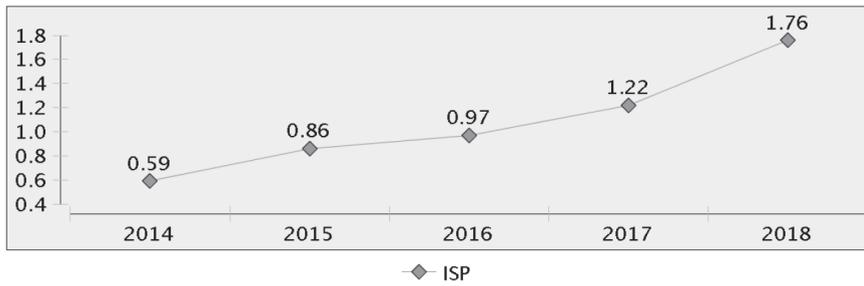
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por otra parte el análisis de estos convenios colectivos con vigencia expresa nos permite conocer cual ha sido el incremento salarial ponderado pactado en estos convenios, así como cual ha sido la jornada anualizada ponderada.

El ISP se situó en el 1,76%, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 1,92%; lo que supuso un incremento importante respecto a los años anteriores.



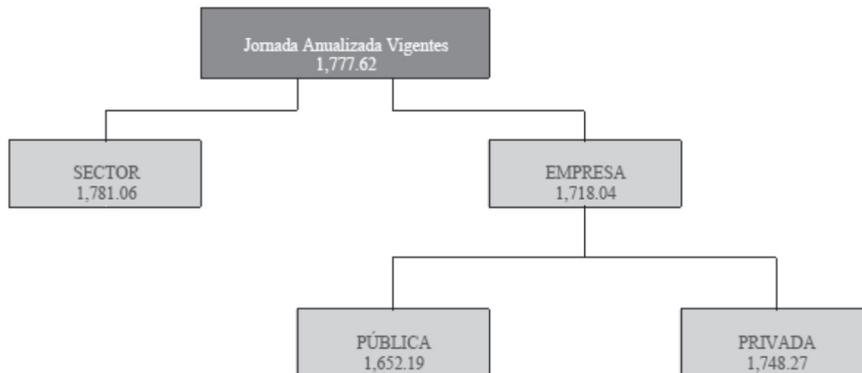
Evolución del ISP en convenios colectivos con vigencia expresa



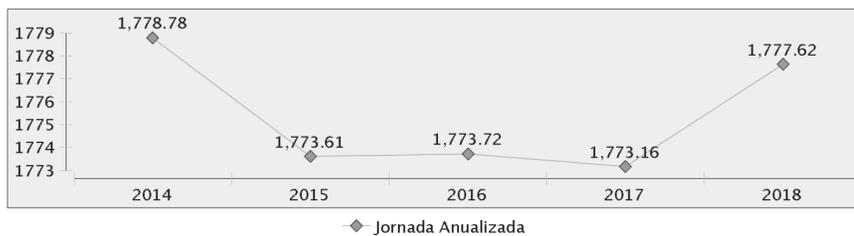
Evolución del ISP en convenios colectivos originarios



Por su parte la jornada anualizada ponderada se sitúa en 1.777,62 horas, magnitud superior al año anterior.



Evolución de la jornada anualizada en convenios colectivos con vigencia expresa⁵

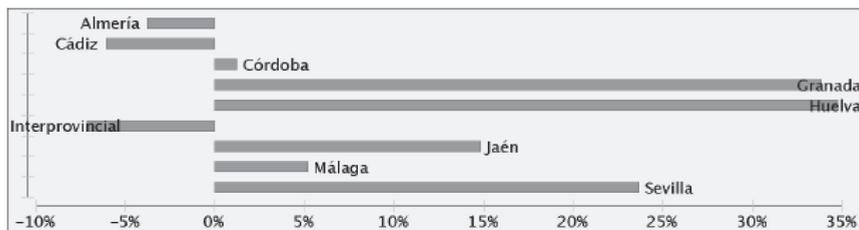


De manera provincializada en la siguiente tabla puede observarse como se distribuyeron los 756 convenios colectivos con vigencia expresa

⁵ En el año 2014 los datos recogidos de jornada no se realizaban ponderándose con el número de trabajadores afectados, correspondiendo únicamente a una media aritmética de la jornada anualizada.

Ámbito geogr.	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	51	11,295	60,942	2.14%
Cádiz	124	16,563	107,339	1.29%
Córdoba	83	28,245	184,338	1.68%
Granada	91	16,416	81,596	1.74%
Huelva	62	10,741	66,812	1.88%
Jaén	62	22,766	79,642	1.66%
Málaga	142	77,043	295,309	1.9%
Interprovincial	26	361	18,240	2.21%
Sevilla	115	54,004	400,948	1.76%
Total	756	237,434	1,295,166	1.76%

El incremento global de número de convenios colectivos con vigencia expresa respecto al año anterior anterior no se produjo por igual en todas las provincias.



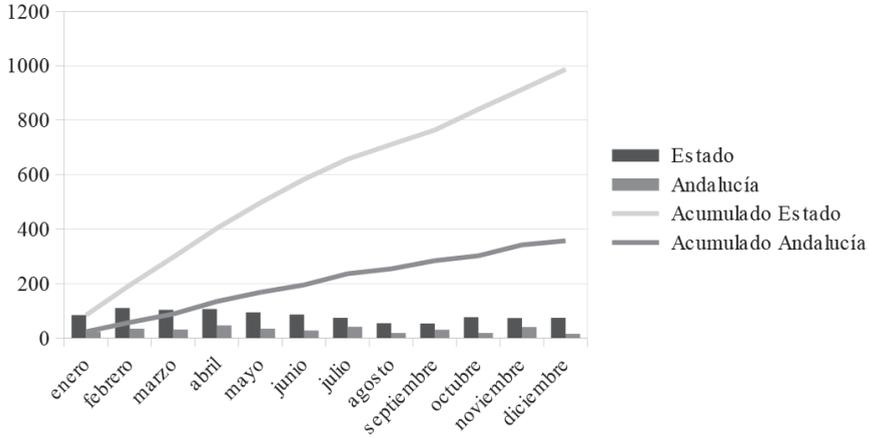
Inaplicaciones de convenio colectivo

Durante 2018, se presentaron a la autoridad laboral un total de 357 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes, 11 menos que en 2017. A estos acuerdos estuvieron afectados una totalidad de 6.117 trabajadores, 1.687 trabajadores más que en 2017.

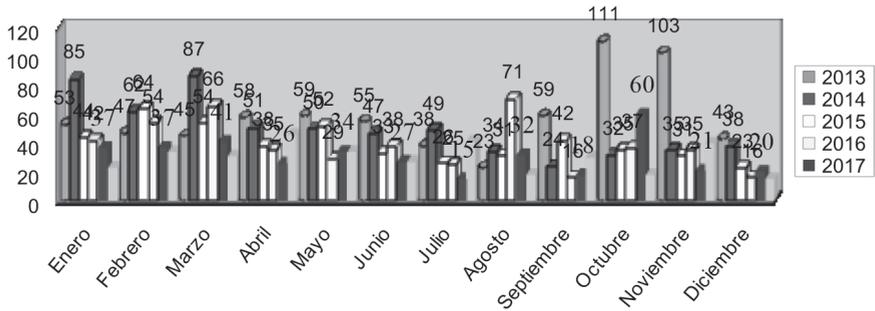
Las inaplicaciones presentadas en la Comunidad Autónoma durante 2018 suponen el 36,17% de las inaplicaciones de convenios colectivos de todo el territorio español presentadas en 2018, afectando a un 29,23% de los trabajadores de todo el territorio español⁶.

⁶ Según datos del mes de diciembre de la Estadística de convenios Colectivos de Trabajo elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social

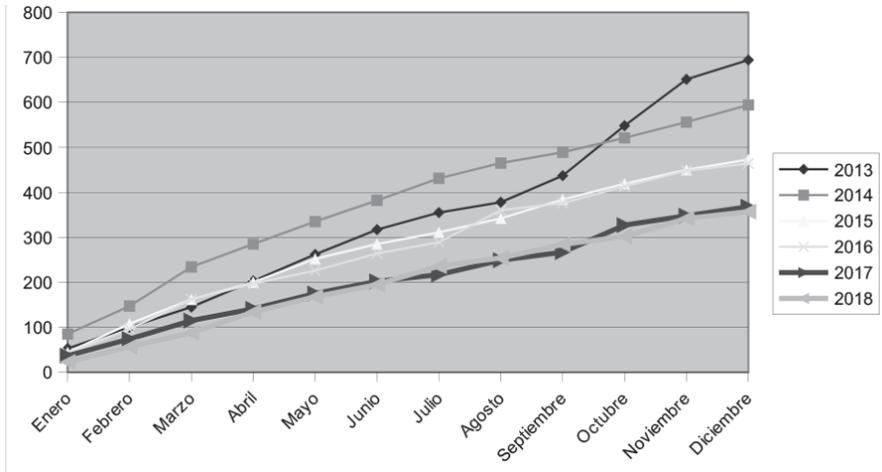
Comparativa Inaplicaciones Estado español-CC.AA. Andalucía



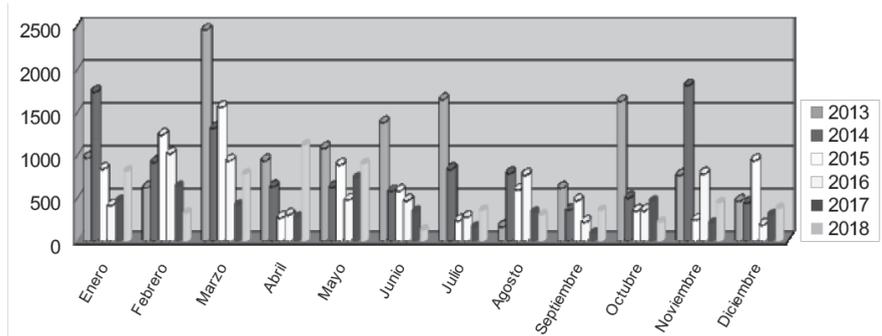
Expedientes por meses. Ejercicios 2013-2018



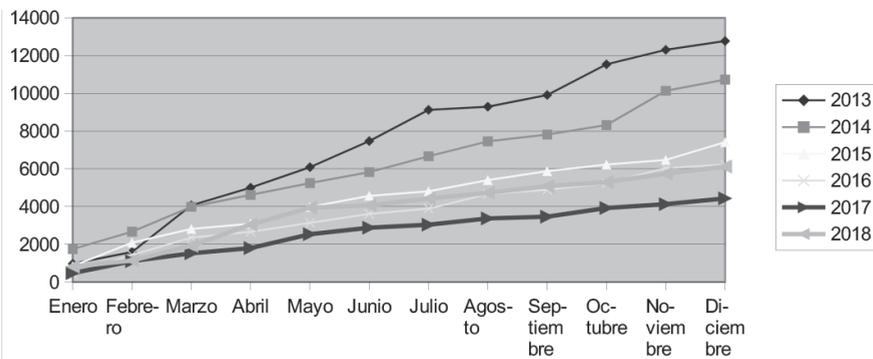
Expedientes por meses acumulados. Ejercicios 2013-2018



Trabajadores afectados por meses. Ejercicios 2013-2018



Trabajadores afectados por meses acumulados. Ejercicios 2013-2018



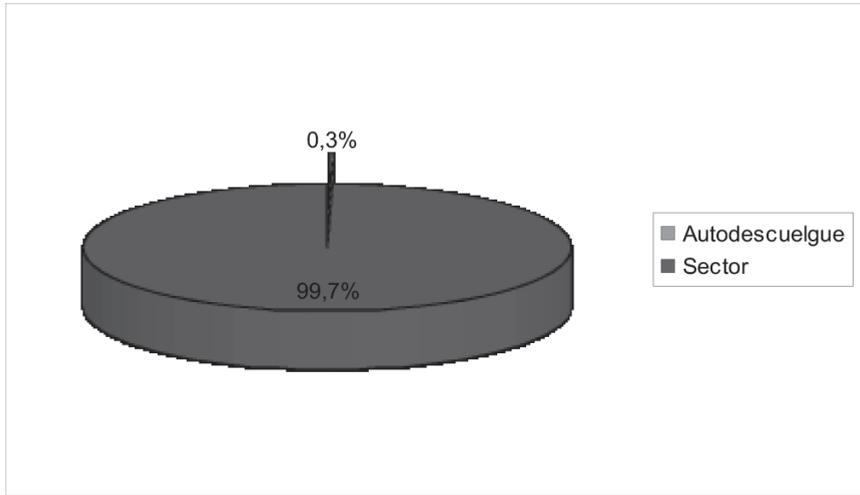
La provincia de Granada es la que presentó mayor número de inaplicaciones de convenios colectivos, seguida por las provincias de Cádiz y Córdoba. No obstante, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que fue Cádiz con gran diferencia, la provincia que mayor número de trabajadores afectados tuvo, seguida de Granada y Córdoba, estando muy igualadas estas dos últimas en número de trabajadores afectados por las inaplicaciones.

Expedientes por provincias (acumulado 2018)

Provincia	Empresas	Trabajadores
Almería	8	40
Cádiz	57	2432
Córdoba	55	811
Granada	111	880
Huelva	37	278
Jaén	37	502
Málaga	26	613
Sevilla	23	369
Interprovinciales	3	192
Total	357	6.117

Durante 2018 el 99,7% de las inaplicaciones fueron de convenios colectivos de sector.

Expedientes según ámbito (acumulado 2018)



Los sectores de actividades que mayor número de inaplicaciones tuvieron en 2018, fueron la hostelería, el comercio, la construcción y el metal, estando bastante igualados en inaplicaciones estos tres últimos sectores. No obstante, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que fue con gran diferencia, el sector del metal, el que tuvo mayor número de trabajadores afectados por las inaplicaciones.

Expedientes por sectores de actividad (acumulado 2018)

Sector de Actividad	Empresas	Trabajadores
Comercio	64	449
Construcción	59	900
Dependencia/ Actividades Sanitarias	27	699
Hostelería	81	725
Limpieza	2	9
Madera	5	130
Metal/Automo ción	50	2478
Oficinas y Despachos	12	67
Otros	49	594
Transporte	8	66
Total	357	6.117

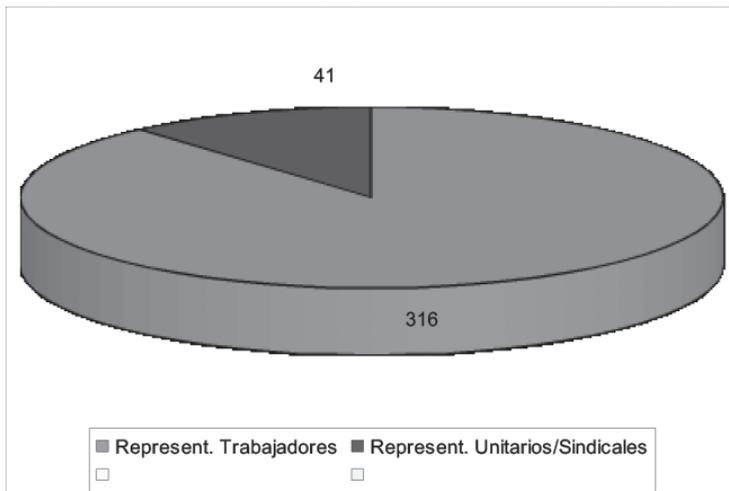
La mayoría de las inaplicaciones afectaron mayoritariamente al salario, ya fuera de manera aislada o conjuntamente con otras materias.

Expedientes según materias inaplicadas (acumulado 2018)

Materias	Empresas	Trabajadores
Jornada/Horario	34	380
Jornada+Salario	42	397
Jornada+Salario+S.Social	7	141
Salario+S.Social	22	1399
Sistema/Cuantía Salarial	252	3800

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de convenios, cabe señalar que a través de representación unitaria y sindical se produjeron 41 inaplicaciones de convenios, mientras 316 acuerdos fueron adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos ad hoc de acuerdo con el artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatuto de los Trabajadores.

Expedientes según firmantes (acumulado 2018)



Durante el año 2018, casi todos los acuerdos se alcanzaron durante el período de consulta.

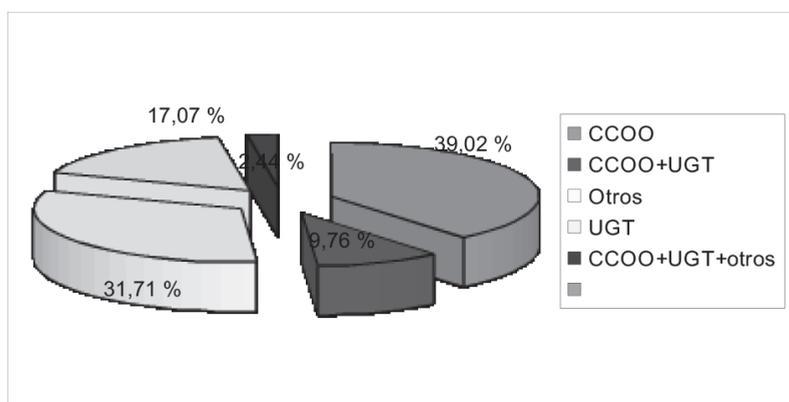
Expedientes según tipo de acuerdos (acumulado 2018)

Tipo Acuerdo	Empresas	Trabajadores
C. Paritaria	0	0
Mediación SERCLA	1	5
Periodo Consultas	356	6112

Dentro de la representación unitaria y sindical es posible desagregar los sindicatos firmantes:

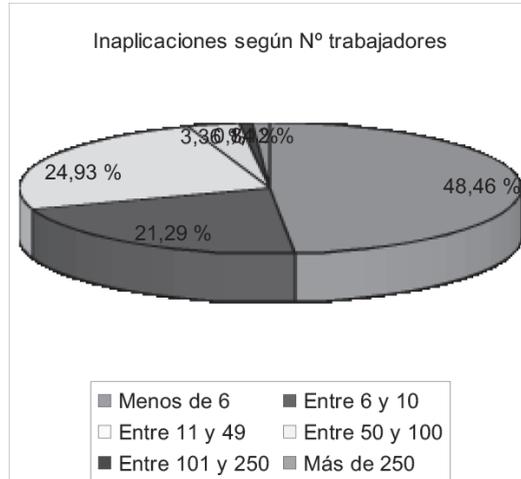
**Expedientes acordados por representación unitaria/sindical.
Organizaciones firmantes (acumulado 2018)**

Sindicatos	Empresas	Trabajadores
CCOO	16	520
CCOO+UGT	4	120
Otros	13	665
UGT	7	151
CCOO+UGT+otros	1	574



Las inaplicaciones de convenios colectivos que se produjeron en Andalucía en 2018, afectaron principalmente a empresas de menos de 6 trabajadores (173 empresas), seguidos por las empresas de entre 11 y 49 trabajadores (89), de entre 6 y 10 trabajadores (76), entre 50 y 100 trabajadores (12), y por último, de más de 250 trabajadores (4), y entre 101 y 250 (3).

Inaplicaciones según dimensión empresas (acumulado 2018)



En las empresas de menos de 6 trabajadores, y entre 6 y 10 trabajadores, las inaplicaciones de convenios colectivos han sido acordadas con representantes de los trabajadores elegidos ad hoc mayoritariamente. En las empresas de entre 11 y 49 trabajadores el 26% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o delegados de personal, en las de entre 50 y 100 trabajadores el 33% se han adoptado con representación sindical o comités de empresa, mientras que en las de entre 101 y 250 trabajadores se han adoptado el 67% por representación sindical o comités de empresa, y en las de más de 250 trabajadores el 50% han sido adoptados por comités de empresa o representación sindical.

3

Comentarios
de Jurisprudencia

**LIMITACIONES DEL DERECHO AL DESISTIMIENTO
EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL
AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR.
Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la
trabajadora embarazada**

Comentario a la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante, que había venido prestando sus servicios por cuenta y en el domicilio de la demandada en el ámbito de una relación laboral especial como empleada de hogar para el cuidado de un bebé, interpone demanda contra la decisión de la empleadora de extinguir el contrato de trabajo por desistimiento, al considerar que la extinción de su relación laboral constituye un despido que obedece a una reacción empresarial vulneradora de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de maternidad. Solicita la actora la declaración de nulidad de la decisión extintiva con su readmisión en las mismas condiciones de trabajo y abono de los salarios de tramitación o, subsidiariamente, improcedencia con condena a la readmisión en los mismos términos o a la extinción de la relación con abono de la indemnización legal correspondiente; en ambos casos, reclama una indemnización por el daño moral causado.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad del desistimiento empresarial al entender acreditado el móvil discriminatorio en la extinción por razón de sexo, considerando que no procede la readmisión sino la indemnización en cuantía equivalente a veinte días de salario por año de servicio y límite de doce mensualidades.

Contra la citada sentencia, la trabajadora interpuso recurso de suplicación.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Asturias en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018¹, estima el recurso condenando a la empleadora demandada al abono de una indemnización derivada de la nulidad de la decisión extintiva

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

¹ Rec. Suplicación nº 1679/2018, ECLI: ES:TSJAS:2018:3289.

correspondiente a treinta y tres días de salario por año de servicio, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de la sentencia de instancia. Asimismo, fija una indemnización adicional derivada de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo por el daño moral causado.

ÍNDICE

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS
2. LA INAPLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA NULIDAD OBJETIVA: LAS EVIDENTES DEFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR
3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA NULIDAD –INCONTROVERTIDA- “A EFECTOS DIALÉCTICOS”
4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO: LOS PRINCIPIOS DE “SUFICIENCIA” Y DE “PREVENCIÓN”
5. NOTA FINAL

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos². Los efectos que en la relación de trabajo puede provocar la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

Según reiterada jurisprudencia -constitucional³ y ordinaria⁴-, en los despidos de mujeres embarazadas es de aplicación el principio de nulidad objetiva, configurán-

² El derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas (Art. 40.2 Constitución Española) o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos (Art. 39 Constitución Española).

³ Véanse SSTC 92/2008, de 21 de Julio de 2008 (Rec. amp. 6595/2006), 124/2009, de 18 de mayo de 2009 (Rec. amp. 11224-2006) y 173/2013, de 10 de octubre (Rec. amp. 3773-2011).

⁴ STS de 17 de octubre de 2008 (R. 1957/2007) y posteriormente por las STS, Sala de lo Social, de 16/01/2009, Rec. 1758/2008 -), STS, Sala de lo Social, de 17/03/2009, Rec. 2251/2008 -), 13 de abril (R. 2351/2008), 30 de abril (R. 2428/2008 - TS, Sala de lo Social, de 30/04/2009, Rec. 2428/2008 -) y 6 de mayo de 2009 (R. 2063/2008 - TS, Sala de lo Social, de 06/05/2009, Rec. 2063/2008 -), reiterando esta última la doctrina constitucional y estableciendo unas reglas básicas en torno a esta temática. Más recientes, STS de 28 de noviembre de 2017 (R. 3657/2015), que reitera su doctrina en relación a la nulidad del despido, en ausencia de causa justificativa, de las trabajadoras embarazadas, aunque el empresario desconozca el estado de gestación. También el Tribunal Supremo, en sentencia 20 de julio de 2018, (R. 2708/2016) declara nulo el despido de una trabajadora de una empresa dedicada a la alimentación con motivo de un ERE, coincidiendo con su embarazo, debido a que la motivación de la extinción del contrato no fue explícita para su caso concreto y, por tanto, no pudo probar las “causas reales y objetivas” de la eliminación de su puesto de trabajo.

dose, de este modo, una nulidad distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo. La jurisprudencia no deja margen a la duda: el despido de mujeres embarazadas, salvo que resulte justificado y procedente, será automáticamente nulo.

Recientemente, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha modificado el artículo 14 (apartados 2 y 3) del Estatuto de los Trabajadores. La nueva redacción establece expresamente la declaración de nulidad objetiva al afirmar que “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. La medida incorporada en el RD-Ley es de indudable importancia, ya que establece expresamente la nulidad de la rescisión del contrato de una embarazada durante el periodo de prueba. Hasta la fecha, la jurisprudencia⁵, haciéndose eco de la ausencia de una previsión estatutaria expresa, no ha extendido la “nulidad objetiva” fijada en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores a los supuestos de desistimiento empresarial durante el período de prueba, limitando de este modo la protección de la mujer embarazada.

La sentencia a comentar nos hace desviar el foco de atención a uno de los colectivos de trabajadoras más precarizados y desregulado: las empleadas de hogar (y hablamos en femenino porque este es, claramente, un sector fuertemente feminizado⁶). No olvidemos que, históricamente, las labores domésticas y de cuidados han sido realizadas casi exclusivamente por mujeres. En la actualidad, la externalización del trabajo doméstico continúa generando desigualdades al ser nuevamente ocupado por mujeres, esta vez asalariadas. Nos encontramos ante un sector económico desprestigiado, con una gran parte de la fuerza de trabajo en empleo informal y con un alto grado de desprotección tanto de los derechos laborales como de los derechos humanos. Las normas por las que se ha regido el servicio

⁵ Véase, como ejemplo, STS de 18 de abril de 2011 (Rec. 2893/2010), que matiza la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio, en línea a lo establecido en la STC 173/2013, de 10 de octubre. De esta forma, la jurisprudencia ha venido estableciendo que la protección de las leyes a las personas trabajadoras durante el período de prueba no es la misma que la proporcionada por la normativa vigente una vez se hace firme el contrato. Al respecto, Rodríguez Copé, “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional. Temas laborales 123/2014, pp. 185 a 196.

⁶ Según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA), el 96% del empleo en el servicio doméstico está ocupado por mujeres. Véase: https://www.ine.es/prensa/epa_prensa.htm.

doméstico reflejan claramente su consideración como trabajo “de segunda categoría”⁷. La razón principal por la cual se justifica la existencia de una regulación especial para el servicio del hogar familiar es el ámbito donde se realiza el trabajo: los hogares. El hecho de que la prestación de los servicios se lleve a cabo en el círculo familiar, en la esfera personal e íntima de la persona empleadora, justifica una mayor exigencia de lealtad y de confianza y, por ejemplo, “normaliza” la figura del desistimiento como causa de extinción. Veamos los efectos que el recurso a esta figura provoca en los casos de las empleadas de hogar en estado de gestación.

2. LA INAPLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA NULIDAD OBJETIVA: LAS EVIDENTES DEFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

A esta absoluta libertad de extinción del vínculo laboral sin alegación de causa alguna —a la que los Tribunales le exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales con valor constitutivo⁸—, no se le aplica por analogía ni el artículo 55.5 ni el 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, ya que dicha calificación de nulidad está prevista únicamente respecto del despido causal, sea disciplinario u objetivo.

Los Tribunales han venido aplicando a estos supuestos la misma doctrina fijada, en casos similares, para el desistimiento durante el período de prueba⁹, y ello a pesar de las argumentos esgrimidos, con acierto a nuestro parecer, por las partes recurrentes.

⁷ En muchos países no ha estado sujeta a la legislación laboral sino al Derecho de Familia y en España al Derecho civil hasta 1985 exceptuando un corto período en la Segunda República. En 1985 se le reconoció el carácter de relación laboral con el Real Decreto 1424/1985 pero con carácter específico.

⁸ El artículo 11. 3 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, establece que en caso de desistimiento, el trabajador tendrá derecho a un preaviso de siete o veinte días (si la duración de la prestación de servicios fue superior a un año) con derecho a una licencia semanal de seis horas retribuidas para buscar nuevo empleo; el preaviso es sustituible por el pago de los salarios correspondientes a dicho período; además, el empleador debe simultáneamente poner a disposición del trabajador una indemnización equivalente a doce días de salario en metálico por año de servicio. El pago de esta indemnización procede cuando el empleador ha manifestado expresamente que extingue el contrato por desistimiento, rechazando la jurisprudencia que sea el trabajador quien tenga que adivinar qué hay tras las palabras del empleador cuando dice al trabajador que se marche. (Por ello, en la sentencia del TS (Sala de lo Social), de 27/06/2008, (Rec. 2235/2007), se confirma la calificación de despido improcedente. En sentido similar, TSJ Asturias, Sala de lo Social, n.º 1381/2016, de 14/06/2016, Rec. 1246/2016 y TSJ Asturias, Sala de lo Social, n.º 808/2016, de 18/04/2016, Rec. 475/2016). Por tanto: forma escrita en la que se deje constancia de forma inequívoca la voluntad de extinción del vínculo, preaviso, susceptible de sustitución económica e indemnización se convierten en requisitos *sine que non* para que el desistimiento empresarial pueda, conforme a derecho, poner fin a la relación laboral.

⁹ Véase, como ejemplo, STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015 (Rec. 552/2015). En el mismo sentido resolvió la sentencia TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 (Rec. 1834/13) ó STSJ de Madrid de 21 de abril de 2015 (Rec.962/2014). Al respecto, muy interesantes, los comentarios de Benavente Torres, “La extinción e la relación laboral especial del trabajo del hogar familiar” Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social 51/2018, p. 102 (nota 48), con cita de abundante doctrina judicial.

tes (infracción del artículo 14 de la Constitución, del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, de los artículos 6, 8, 9, 10, 12, 13 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, del artículo 8 del convenio 183 de la OIT, de 30 de mayo de 2000 sobre protección de la maternidad y del artículo 10 de la Directiva 92/85, de 19 de octubre)¹⁰; y que, desde un punto de vista jurídico, no es posible equiparar el desistimiento durante el período de prueba con el desistimiento de la relación laboral especial del hogar familiar¹¹, pues en este último caso se exigen unos requisitos formales, entre ellos el abono en metálico de las indemnizaciones, cuyo incumplimiento determina la consideración de despido. Los tribunales dejan claro su rechazo a que la previsión legal del art. 55.4 del ET, establecida para el despido causal – insisten-, se extienda al supuesto del desistimiento en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, “que si bien exige ciertos requisitos de forma a diferencia del período de prueba, tiene en común con este la característica de atenuación o excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario”¹². En consecuencia, mientras que, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019¹³, en las relaciones laborales comunes la protección cualificada de la mujer embarazada se ha venido suprimiendo únicamente durante un breve espacio de tiempo (período de prueba), en el caso de las empleadas de hogar la desprotección se va a prolongar durante toda su vida laboral.

Para las empleadas domésticas que han visto extinguida su relación laboral por desistimiento empresarial, el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación

¹⁰ En este sentido, STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015, cit. En la sentencia, la recurrente-empleada de hogar- sostiene en primer lugar la nulidad del despido con carácter “objetivo” con arreglo al art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, por su mera condición de embarazada. La tesis es rechazada por la sentencia de instancia con apoyo en la STC 173/13. Como el propio tribunal apostilla “... de estas sentencias se infiere que la protección objetiva y reforzada respecto a la normativa comunitaria que el art. 55.5 del ET regula se refiere solamente al despido causal y no cabe apreciar analogía con el supuesto del desistimiento durante el periodo de prueba”. Y ello a pesar de que argumenta la recurrente que de conformidad con la Ley Orgánica 3/2007 (artículos 6, 8, 9, 10, 12, 13) “se ha de considerar discriminación por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, lo cual debe incluir necesariamente a las empleadas del hogar familiar, aunque en el RD 1620/11 de 14 de noviembre no se recoja la figura del despido nulo”.

¹¹ Al respecto, de nuevo, Benavente Torres, “La extinción de la relación laboral...”, cit., p. 100. Para la autora, el régimen más ventajoso del desistimiento se compensa con la exigencia de unos requisitos formales que adquieren un valor constitutivo; en cambio, el período de prueba constituye una condición resolutoria que faculta a las partes a resolver el contrato sin alegar justa causa, sin preaviso-salvo pacto en contrario-, sin exigencia formal alguna y sin indemnización.

¹² Véase, de nuevo STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015, cit. En el mismo sentido resolvió la sentencia del mismo TSJ de 14 de febrero de 2014 (Rec. 1834/13) declarando lo siguiente: “(...) No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas.”

¹³ Publicado en BOE núm. 57 de 7 de Marzo de 2019 (Vigencia desde el día 8 de Marzo de 2019).

de probar la regularidad constitucional de su acto. En estos supuestos, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. Serán los indicios de discriminación los que provocarán la inversión de la carga de la prueba y la obligación de demostrar que el desistimiento tuvo una causa razonable y proporcionada, no vulneradora de derechos fundamentales¹⁴. De este modo, si bien ha quedado constatada la inaplicación de la doctrina sobre la nulidad objetiva del despido, si se demuestra que el cese obedeció al embarazo este podría declararse nulo¹⁵.

Una vez expuestos estos aspectos, veamos el caso justiciable y los problemas que plantea.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA NULIDAD –INCONTROVERTIDA- “A EFECTOS DIALÉCTICOS”

En el caso que nos ocupa no se discute que el desistimiento empresarial es nulo por ocultar una decisión extintiva discriminatoria con efectiva vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. El problema estriba en determinar cuáles han de ser las consecuencias prácticas de la nulidad constatada en una relación laboral especial con unas características propias tan marcadas como la de empleada de hogar y, en particular, si es admisible la readmisión, sin que el Real Decreto 1620/2.011 contemple expresamente tal tesitura. Nos encontramos ante dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica. Conjugar ambos derechos no resulta ciertamente fácil. Recurriremos, pues, a los pronunciamientos judiciales.

¹⁴ “No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas”. STSJ de Madrid de 14-2-14(Rec. 1834/13).

¹⁵ No obstante, y dado que la posibilidad de declaración de nulidad del despido y sus consecuencias no están previstas en el RD 1620/2011 (y las dudas sobre la aplicación supletoria del ET en esta materia así como la imposibilidad de condena de readmisión del trabajador en el despido improcedente - en este sentido, Benavente Torres, cit. p. 116-), encontramos pronunciamientos que niegan la posibilidad de declaración de nulidad, afirmando la improcedencia del despido y aplicando la indemnización prevista en el artículo 11.2 RD 160/2011. En este sentido, por ejemplo, STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2016 (Rec. 517/2016).

Es la doctrina reiterada de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia la que ha dejado claro que “habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales [...] a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial [...]”¹⁶. Precisamente por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en una parcela tan íntima la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente.

La respuesta a la controversia jurídica aquí suscitada radica en las notas que configuran la relación laboral especial justificando -como el Real Decreto aclara en su exposición de motivos- una regulación específica que atienda a la mutua confianza. Sin duda, dada la especial naturaleza de esta relación laboral y el contexto en el que se lleva a cabo - prestación de servicios “*intuitu personae*” en un ámbito tan privado cual el del hogar familiar- no se contempla la readmisión de la persona trabajadora.

Volviendo al caso en cuestión, el despido es nulo, y la causa de ello es la situación de embarazo de la trabajadora. A la luz de los valores constitucionales enfrentados, la decisión extintiva adoptada, producida durante el embarazo y manifiestamente no procedente, solo puede calificarse como nula, si bien los efectos jurídicos que esta declaración supone han de ser atemperados o, si se prefiere, modalizados en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar¹⁷. Así pues, en cuanto a las consecuencias que debieran acompañar a la declaración de nulidad del desistimiento, debemos destacar, en primer lugar, una evidente: la extinción de la relación laboral que implica que, dada la especial naturaleza de la relación del personal al servicio del hogar familiar basada en la mutua confianza, la nulidad no lleve aparejada la readmisión- pronunciamiento que no se discute.

Sobre el resto de consecuencias jurídicas, esto es, pago de la indemnización y de salarios dejados de percibir desde la fecha del desistimiento hasta la fecha de la sentencia, así como de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, no hay unanimidad en la doctrina judicial.

En cuanto a la indemnización, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia que en suplicación han venido resolviendo supuestos similares al aquí enjuiciado han alcanzado conclusiones distintas. A falta, hasta el momento, de pronunciamiento unificador en la materia, detectamos posturas diferentes. Todas

¹⁶ Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2.017 (Rec. 1644/2.017).

¹⁷ Haciéndose eco de otros pronunciamientos anteriores, véase, STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (Rec. 352/2016).

parten del rechazo a la posibilidad de readmisión por los motivos ya expuestos; sin embargo asumen la insuficiencia de saldar con la indemnización prevista para el desistimiento en el artículo 11 del Real Decreto 1620/2.011 los supuestos de nulidad del mismo. Partiendo de la descripción que hace la propia sentencia¹⁸, constatamos que existen varias posturas.

Hay una línea doctrinal¹⁹ que reconoce aplicable al despido nulo del personal al servicio del hogar familiar la indemnización fijada en el artículo 11.2 del RD 1610/2011 para un despido improcedente de 20 días de salario con un máximo de 12 mensualidades, sin derecho a salarios de tramitación, considerando que, en estos casos no resulta de aplicación el artículo 56 E.T. Los efectos, pues, del despido improcedente deben ser los regulados “ad hoc” para este tipo de relación y no los aplicables a la relación laboral común.

Por otro lado, existe otra doctrina -mayoritaria-²⁰, según la cual, al no haber previsión ni en el anterior RD 1424/1985 ni en el vigente RD 1610/2.011 acerca de las consecuencias del cese de un empleado de hogar con vulneración de derechos fundamentales, atendiendo a las especiales características de esta relación laboral especial, y en aras a preservar derechos fundamentales tales como la intimidad de los convivientes en el hogar familiar (art. 18.2 CE) y la integridad moral del trabajador (art. 15.1 CE), se debe prever una indemnización con arreglo a lo dispuesto

¹⁸ Véase STSJ de Justicia de Castilla La Mancha (Albacete) de 21 de junio de 2018 (Rec. 364/2018), que ante caso similar, y destacando las diversas líneas judiciales existentes, concluye de manera diferente a la sentencia objeto de este comentario. Ante el desistimiento del empleador reconoce la indemnización de 20 días por año trabajado sin que se reconozca derecho alguno a salarios de tramitación. En cuanto al *dies ad quem* para el cálculo de dicha indemnización se fija en la fecha de la terminación de la relación laboral.

¹⁹ Al respecto, STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2016 (Rec. 338/2016). Para llegar a tal conclusión, cita la STC 173/2013 de 10 de octubre, que consideró que el régimen de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada no es aplicable en los supuestos de desistimiento durante el periodo de prueba en los que resulta de aplicación la doctrina de inversión de la carga de la prueba siempre y cuando el trabajador aporte indicios del móvil discriminatorio del empleador, y haciendo una aplicación extensiva de dicha doctrina, considera que en estos casos no resulta de aplicación el art. 56 E.T., no procediendo otra indemnización que la fijada en el art. 11.2 del RD regulador de la relación especial calculada desde la fecha del cese. En sentido similar, STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2017, cit. En ella se llega a la misma solución sobre la base de una argumentación diferente. “...aunque en el referido Real Decreto 1620/2011 no se regule específicamente la figura del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales de la empleada de hogar, consideramos que dicha figura resulta plenamente aplicable a esta relación laboral de carácter especial, por aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales previstas en el Estatuto de los Trabajadores (readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir y, en su caso, fijación de una indemnización adicional por la vulneración de los derechos fundamentales) a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial fijando por un lado la indemnización prevista para los supuestos de despido improcedente en el artículo 11.2 del repetido Real Decreto 1620/2011”.

²⁰ Véase, STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (Rec. 352/2016), con cita de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido (STSJ Madrid de 24 de noviembre de 2.008 y del TSJ de Cataluña de 15 de enero de 2.013).

en el art. 56.1 E.T, que opera como norma supletoria. Esta aplicación supletoria, lleva aparejada la condena a los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia (Art. 56.2 E.T.). Por tanto, según esta línea, a pesar de que la calificación de nulidad es únicamente a efectos declarativos, se le dota de las consecuencias propias del despido improcedente contemplado en el artículo 56.1 ET, y no a las previstas en la específica regulación reglamentaria.

Pronunciamientos más recientes se hacen eco de esta postura²¹, reconociendo la indemnización conforme al Estatuto -treinta y tres días de salario- y no al Real Decreto 1620/2011 -veinte días de salario-, fijando el *dies ad quem* para su cálculo en el día de la sentencia por la que se declara la nulidad del despido y reconociendo el derecho al abono de los salarios de tramitación, que no es sino otro efecto esencial del despido nulo.

En la sentencia que analizamos, el Superior de Justicia manifiesta que, aunque en la normativa específica no se regule específicamente la figura del despido nulo de la empleada de hogar, acudiendo a las fuentes generales del Derecho del Trabajo, dicha figura resulta plenamente aplicable por aplicación supletoria de lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores²². En consecuencia, si dicha normativa suple la previsión del artículo 11 del Real Decreto, y al no ser posible acoger la readmisión propia del despido nulo, habrá que acudir a la indemnización prevista para el despido improcedente en la normativa común (treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades). Del mismo modo, de manera análoga a si se tratase de un supuesto de readmisión inejecutable, procede reconocer el abono de salarios de tramitación.

Para no tratar como situaciones homogéneas las que no lo son –despido improcedente y nulo- y dado que, primero, el caso que se nos plantea carece de respuesta desde la normativa especial y, segundo, las particularidades de la relación especial impiden acoger la solución que la normativa general ofrece con carácter prioritario, el Tribunal se decanta por una respuesta que considera ajustada y que compartimos, pues lo contrario equivaldría a equiparar el despido nulo al improcedente.

²¹ Véase la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Bilbao) de 12 de junio de 2.018 (Rec:1028/2018) que afirma que “la fórmula indemnizatoria ya no puede ser la del Reglamento, pues el art. 11 ha quedado superado por un marco normativo superior que ampara el supuesto concreto de la demandante -despido nulo-. De aquí, el que la indemnización a otorgar sea la propia del despido ordinario, por razón de la nulidad que impera en base al art. 55 ET. Esta indemnización debe comprender hasta la sentencia de instancia, porque es la que declara la nulidad del despido. Y de ello el que, como no es posible la readmisión en un supuesto de despido nulo por la configuración de la especial relación de empleada de hogar, se supla la misma con la extinción indemnizada, para que se produzca el otro efecto esencial del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación”.

²² Recordemos que el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011 establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial del personal al servicio del hogar familiar se regularán por las disposiciones de ese Real Decreto y, con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral, por lo previsto en la normativa laboral común.

Concluyendo, y siguiendo a la doctrina²³, los efectos del despido nulo del personal del hogar familiar deben ser los comunes de este y no los del despido improcedente, en tanto carece de base objetiva dicha opción con resultado de una menor tutela ante la vulneración de los derechos fundamentales.

4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO: LOS PRINCIPIOS DE “SUFICIENCIA” Y DE “PREVENCIÓN”

Ante la constatación de la vulneración de un derecho fundamental, el reconocimiento del daño moral causado y la necesidad de reparación del mismo es otra de las cuestiones planteadas y resueltas por la sentencia.

Son numerosos los pronunciamientos que, ante la lesión de un derecho fundamental, merecedor de un reproche especial, reconocen una indemnización equivalente a los salarios de tramitación – que no se adeudan en aplicación de la normativa laboral común sino como única forma de indemnizar la lesión del derecho-.²⁴

En este supuesto, el Tribunal deja claro que ante la vulneración del derecho fundamental invocado, no hay duda sobre la procedencia de indemnizar el daño moral causado, si bien la cuantificación del mismo conlleva una dificultad incuestionable. Destacamos, por tanto, dos aspectos: en primer lugar el que se reconozca el derecho a una indemnización por daños y perjuicios adicionales, al margen de la cuantía que corresponde por salarios de tramitación; y, en segundo lugar, que se ponga de manifiesto lo complejo que resulta hacer una “traducción económica” del daño moral y la necesidad, por tanto, de flexibilizar las exigencias normales para la determinación de una indemnización.

Recordemos que el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales el juez deberá fijar una indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, indemnización que será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

Para lograr la indemnización equitativa al daño moral sufrido por la recurrente, la sentencia se hace eco de lo establecido en la STS de 5 de octubre de 2017²⁵, dictada en unificación de doctrina, en la que se pone de manifiesto que la

²³ En este sentido, de nuevo, BENAVENTE TORRES, cit. p. 118.

²⁴ Véanse, STSJ. de Madrid, de 26 septiembre de 2016 (Rec. 352/2016); STSJ. País Vasco de 20 octubre de 2015 (Rec. 1736/2015); STSJ. de Madrid de 26 octubre de 2016 (Rec. 614/2016); STSJ. de Cataluña de 15 enero de 2013 (Rec. 6810/2012) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 febrero 2013 (Rec. 2/2013). Más reciente, STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 1644/2017).

²⁵ Rec.2497/2015.

doctrina judicial no ha tenido uniformidad. En la evolución habida se distinguen varias posiciones, asumiendo algunas la concesión automática del pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este se presume²⁶; entendiendo otras la necesidad de exigir bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena²⁷ (esto es, acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo). Un tercera postura subraya la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio” de la aplicación de parámetros objetivos, pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica²⁸”. Finalmente, la doctrina actual, que es la aplicada al caso en cuestión, considera que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de exceptuarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración de derechos fundamentales cuando resulte difícil su estimación detallada²⁹.

Así pues, siguiendo la doctrina jurisprudencial más reciente y ponderando la incidencia de la vulneración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva la imposibilidad de readmisión en el supuesto analizado, el Tribunal concluye afirmando que el importe indemnizatorio debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra sino, además, “para contribuir a la finalidad de prevenir el daño” (principios de suficiencia y de prevención). En concreto y solicitada por la recurrente una indemnización por importe de 1.000 euros, atendiendo al tenor literal de la sentencia “la misma se considera plenamente ajustada en su integridad, no ya solo porque se revela una cantidad ciertamente exigua en comparación con la que se derivaría de la aplicación que viene siendo admitida de otros parámetros tales como al importe medio de las sanciones para infracciones (...) sino sobre todo ponderando la incidencia de los hechos que se declaran probados en la vul-

²⁶ Véanse SSTs de 9 de junio de 1993 (Rec. 3856/92) y de 8 de mayo de 1995 (Rec. 1319/94).

²⁷ Como ejemplos, SSTs de 11 de junio de 2012 (Rec. 3336/11) y de 15 de abril de 2013 (Rec. 1114/12).

²⁸ Al respecto, SS (Sala de lo civil) STS de 15 de junio de 2010 (Rec. 804/06); STS de 27 de julio de 2006 (Rec. 4466/1999) y STS de 28 de febrero de 2008 (Rec. 110/01). En el mismo sentido, STS de 21 de septiembre de 2009 (Rec. 2738/08) y de 11 de junio de 2012 (Rec. 3336/11).

²⁹ En este sentido, SSTs 17 diciembre 2013 (Rec. 109/2012), de 8 julio 2014 (Rec. 282/2013), de 2 febrero 2015 (Rec. 279/2013), de 26 abril 2016 (Rec. 113/2015) - o de 12 julio de 2016 (Rec. 361/2014).

neración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva a la trabajadora la imposibilidad de readmisión, que es ciertamente un daño más a tener en cuenta a efectos de la efectiva reparación que la tutela judicial debe desplegar”.

5. NOTA FINAL

En base al marco normativo vigente, las personas al servicio del hogar familiar disfrutan de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común. Hasta fechas recientes, la doctrina judicial ha venido corroborando esta afirmación. La inaplicación, en caso de desistimiento, del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada – cuya finalidad es proporcionar a la misma una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental- es prueba palpable de ello.

Hemos tomado como base este reciente pronunciamiento para, haciendo repaso a la doctrina judicial existente, reflexionar en torno a las consecuencias jurídicas que la aplicación de la regulación en materia extintiva provoca en un colectivo hasta ahora invisible, el de las personas empleadas de hogar -ocupado mayoritariamente por mujeres- situándolas en una situación de mayor vulnerabilidad si cabe. Se va más allá, al reseñar el caso de las madres- trabajadoras en este sector, atendiendo en particular al estado biológico de gestación que, lamentablemente, es con más frecuencia causa de discriminación laboral.

En este caso, el Tribunal, ante la nulidad – incontrovertida- del desistimiento de la parte empleadora, resuelve dudas sobre la cuantificación de la indemnización correspondiente a la trabajadora agraviada, aplicando lo previsto en la normativa común en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral, al no contemplar la normativa específica el despido nulo. Por ello, procede, en primer lugar, a reconocer una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, tratándose de manera análoga a los supuestos de readmisión inejecutable, en segundo lugar, procediendo igualmente al reconocimiento del abono de salarios de tramitación que de otro modo sí percibiría, y en tercer lugar, considerando que, a pesar de la dificultad que supone su cuantificación, es igualmente adecuado indemnizar el daño moral causado.

La postura mantenida en el caso analizado nos ha permitido comprobar con satisfacción como la labor interpretativa del juez es sensible a derechos que van unidos a la dignidad de la persona y, que en este supuesto concreto, afectan a mujeres con alto grado de vulnerabilidad como son las trabajadoras-madres empleadas de hogar. De este modo, la doctrina judicial evita las consecuencias que la aplicación de la normativa vigente sin una interpretación flexible o, simplemente, inadaptada a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y, por ende, desprovista del criterio lógico que exige el artículo 3.1 del Código Civil, puede ocasionar.

**CONSIDERACIÓN DE LA GUARDIA
DE LOCALIZACIÓN COMO POSIBLE TIEMPO
DE TRABAJO EFECTIVO A LA LUZ DE LA DOCTRINA
JUDICIAL COMUNITARIA**

STJUE, de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak

RAQUEL POQUET CATALA*

SUPUESTO DE HECHO: Un bombero que presta servicios como voluntario para un ayuntamiento de Bélgica, concretamente, Nivelles, cuando permanece en guardia domiciliaria tiene la obligación de estar disponible y de llegar al parque de bomberos completamente equipado en un tiempo máximo de 8 minutos. El bombero considera que dicha guardia domiciliaria debe considerarse tiempo de trabajo y ser retribuida como tal.

El bombero inicia un procedimiento judicial solicitando al ayuntamiento una indemnización de daños y perjuicios por no haberle pagado las retribuciones correspondientes a los servicios de guardia domiciliaria. El Tribunal Laboral de Nivelles estima en parte la demanda del bombero. No estando de acuerdo, el ayuntamiento interpone recurso de apelación y el Tribunal Laboral Superior de Bruselas suspende el procedimiento planteando al TJUE cuatro cuestiones prejudiciales, entre ellas, la de si la guardia domiciliaria es considerada tiempo de trabajo por tener la obligación de responder a la llamada del empresario en un plazo de ocho minutos limitando ello significativamente la posibilidad de realizar otras actividades.

RESUMEN: El TJUE, en su Sentencia de 21 de febrero de 2018¹, respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas considera que el tiempo de guardia domiciliaria de dicho trabajador que conlleva la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, aunque realice la guardia en su domicilio, debe ser considerada tiempo de trabajo efectivo.

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

¹ ECLI:EU:C:2018:82.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. GUARDIA DOMICILIARIA Y TIEMPO DE TRABAJO. DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA
 - 2.1. Cuestiones prejudiciales planteadas
 - 2.2. ¿Puede ser considerada la guardia domiciliaria como tiempo de trabajo?
3. GUARDIA DOMICILIARIA Y TIEMPO DE TRABAJO. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA EN LA DOCTRINA NACIONAL
 - 3.1. Posición judicial nacional anterior
 - 3.2. Posición judicial nacional posterior
4. CONCLUSIÓN
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de tiempo de trabajo efectivo comprende un doble aspecto, cualitativo y cuantitativo.

Desde el punto de vista cualitativo, esto es, determinar qué horas de trabajo se computan de cara al cálculo de la jornada máxima, debe indicarse que nuestro ordenamiento jurídico laboral no contiene una definición de tiempo de trabajo. El art. 34 ET, cuando fija la duración máxima de la jornada de trabajo, lo hace en relación a horas de “*trabajo efectivo*”, pero sin ofrecer ninguna indicación al respecto.

No obstante, la Directiva 2003/88/EC² sí conceptúa el tiempo de trabajo en su art. 2.1 como “*todo período durante el cual el trabajador permanezca 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*”. De esta forma, el tiempo de trabajo comprende aquel período de tiempo durante el cual el trabajador está prestando sus servicios; aquel período de tiempo durante el cual está a disposición del empresario; aquél durante el cual está llevando a cabo sus actividades y tareas; y aquél que es conforme con las leyes nacionales o prácticas laborales.

De dicha definición cabe resaltar que para conceptuar un período de tiempo como de trabajo deben concurrir tres elementos, como son, la permanencia física en el lugar de trabajo, la disponibilidad frente al poder de dirección y el ejercicio activo de las propias funciones. Por tanto, serán horas de trabajo efectivo todas aquéllas en las que el trabajador, además de encontrarse en su puesto de trabajo, se halle a disposición del empleador y ejerciendo las funciones acordadas en su contrato de trabajo. No obstante, debe indicarse que existen actividades en las cuales se intercalan momentos en que únicamente están presentes, pues su función consiste en vigilar, custodiar o esperar, por lo que pese a que el trabajo no produzca

² De 4 de noviembre de 2003, relativa a ciertos aspectos de la organización del tiempo de trabajo.

resultados materiales inmediatamente evaluables, tales actividades constituyen tiempo de trabajo efectivo, tales como los dependientes, bomberos o músicos³.

En contraposición, el tiempo de descanso es definido como “*todo período que no sea tiempo de trabajo*” (art. 2.2 Directiva 2003/88). El tiempo de descanso ha de ser entendido como un tiempo que pertenece enteramente al trabajador, y cuya finalidad principal es otorgarle la oportunidad de alejarse del trabajo durante un tiempo determinado. Se trata de un tiempo indisponible por el empresario del que el trabajador puede hacer uso como estime conveniente⁴.

Por otro lado, desde el punto de vista cuantitativo, esto es, en relación con la determinación del momento inicial y final para computar las horas de trabajo efectivo, el art. 34.5 ET señala que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Así, el inicio del cómputo de la jornada no comenzará hasta que el trabajador esté en su puesto de trabajo y concluirá cuando todavía se encuentre prestando sus servicios. El tiempo de trabajo ha de computarse de modo que, tanto al comienzo, como al final de la jornada diaria, el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Se trata del trabajo efectivamente realizado, comprendido desde la llegada hasta el abandono del puesto de trabajo. Queda limitado, en definitiva, al tiempo útil, a aquél en el que se realiza una actividad productiva.

De ahí que se plantee la problemática en relación con las actividades relacionadas ex ante o ex post con la prestación laboral, pero independientes de ella, que, en principio, quedan eliminadas del cómputo de la jornada⁵. Se trata del tiempo dedicado, por ejemplo, al desplazamiento desde y hasta el lugar de trabajo, el cambio de ropa o el tiempo invertido en el aseo personal.

Como se ha señalado, estas actividades, en principio, quedan fuera de la consideración de tiempo de trabajo efectivo, pero no se cierra la puerta a que sea la negociación colectiva o el contrato de trabajo, quienes acuerden su retribución e, incluso, considerándolo como tiempo de trabajo efectivo. Debe indicarse que la estimación de dichas actividades anteriores y posteriores como tiempo de trabajo efectivo conlleva unas consecuencias añadidas que no se darían en el caso de que únicamente fueran retribuidas pues, en dicho caso, supone que además de retribuir dicho período de tiempo, debería ser tenido en cuenta en el cómputo de cara a la jornada máxima anual. Es decir, si dichos períodos de tiempo únicamente fueran retribuidos no se tendrían en cuenta para el cálculo cuantitativo de la jornada, pero

³ Iglesias Cabero, M., “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: Acarl, 1991. p. 292.

⁴ Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 123.

⁵ Roqueta Buj, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en GOERLICH PESET, J. M., (Dir.) *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008. p. 80.

si además de ello, son considerados tiempo de trabajo efectivo, deben computarse de cara a la jornada máxima anual. De ahí, que un sector doctrinal halla estimado que sea “excesivo” considerarlas como parte de la jornada efectiva, siendo “más coherente con la regulación legal que el convenio colectivo o acuerdo individual se limitase a conceptuar estos tiempos como de presencia”⁶.

2. GUARDIA DOMICILIARIA Y TIEMPO DE TRABAJO. DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA

2.1. Cuestiones prejudiciales planteadas

En el recurso planteado ante el TJUE, el Tribunal Laboral Superior de Bruselas esboza cuatro cuestiones prejudiciales. En primer lugar, si los Estados miembros, en base al art. 17.3 c) Directiva 2003/1988 tienen la facultad para excluir determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios de la aplicación de las disposiciones por las que se transpone dicha directiva, incluida la que define el tiempo de trabajo y el período de descanso. En segundo lugar, se pregunta si la Directiva 2003/1988, como norma que recoge disposiciones mínimas, permite que el legislador nacional mantenga o adopte definiciones menos restrictivas del concepto de tiempo de trabajo. En tercer lugar, se cuestiona si el art. 2 Directiva 2003/1988, concretamente, en relación con la definición que ofrece de tiempo de trabajo y período de descanso, debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable al concepto de tiempo de trabajo a tener en cuenta a efectos de establecer la retribución en caso de guardia domiciliaria. Por último, se cuestiona, siendo ésta la clave central, si el período de guardia domiciliaria, aunque se desarrolle en el domicilio del trabajador, puede ser considerada tiempo de trabajo cuando sobre el trabajador recae la obligación de responder a las llamadas del empresario en un plazo de ocho minutos limitando de esta forma la posibilidad de que el trabajador pueda realizar otras actividades. Como se ha indicado, el tema central a estos efectos es la última cuestión planteada, esto es, la consideración o no de la guardia domiciliaria como tiempo de trabajo.

No obstante, debe indicarse que, en relación con el resto de cuestiones prejudiciales, para la primera el TJUE estima que el art. 2 Directiva 2003/1988 no es un precepto susceptible de establecerse excepciones por parte de los Estados miembros, pues sí se permite para los arts. 3, 4, 5, 8 y 16, pero no para el art. 2. Por tanto, no existe ningún margen de actuación para los Estados miembros para establecer excepciones en relación con los conceptos de tiempo de trabajo y de período de descanso.

⁶ Cabeza Pereiro, J. et al., *La ordenación del tiempo de trabajo*. Santiago de Compostela: CGRL, 2004. p. 79.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE recuerda que según el art. 15 Directiva 2003/1988 los Estados miembros gozan de la facultad de aplicar o introducir disposiciones legislativas más favorables, pero referido al ámbito de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, esto es, las disposiciones comprendidas en los capítulos 2 y 3 de la citada Directiva, pero no referido a otro ámbito, como las disposiciones del capítulo 1, entre las que se encuentran los arts. 1 y 2, que no se refieren a períodos mínimos de tiempo de descanso ni se refieren a otros aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, sino que establecen las definiciones de la citada Directiva. En definitiva, “las definiciones que proporciona su artículo 2 no pueden recibir una interpretación variable en función de los Derechos nacionales, sino que, según se ha precisado en el apartado 28 de la presente sentencia en lo que respecta al concepto de “trabajador”, tienen un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión”⁷. Es decir, los Estados miembros no pueden modificar en absoluto la definición de “tiempo de trabajo”, aunque sí pueden adoptar disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los períodos de descanso más favorables para los trabajadores que las determinadas por la Directiva.

En relación con la tercera cuestión, el TJUE aclara que no puede abordarla, porque no puede pronunciarse respecto de la remuneración, sino que ello lo debe determinar el juez nacional, aspecto ya indicado en una anterior sentencia⁸. El TJUE determina que la Directiva 2003/88/CE no establece la obligación de regular el salario o la retribución de las guardias domiciliarias en función “de la calificación de estos períodos como tiempo de trabajo y períodos de descanso”.

Por lo que se refiere a la cuarta cuestión, aspecto central, cabe indicar que, para poder resolver dicha cuestión, previamente, el TJUE califica que la relación que mantiene el trabajador, esto es, bombero voluntario, es una relación laboral, esto es, debe ser considerado como un trabajador por cuenta ajena, a pesar de no ser bombero profesional, sino voluntario. De hecho, el TJUE estima que ha de considerarse “trabajador a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio”, pues el elemento central de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, bajo la dirección de otra persona y a favor de dicha persona, determinadas prestaciones a cambio de una retribución⁹. En definitiva, estima que el hecho de que el trabajador recurrente tenga la condición de bombero voluntario y no la de bombero profesional “carece de pertinencia para calificarlo de “trabajador” en el sentido de la Directiva 2003/88”.

⁷ STJUE de 28 de febrero de 2018, C-518/2015, Asunto Matzak.

⁸ STJUE de 26 de julio de 2017, C-175/2015, Asunto Hälvä.

⁹ STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/2013, Asunto Fenoll.

2.2. ¿Puede ser considerada la guardia domiciliaria como tiempo de trabajo?

Dentro del concepto de tiempo de trabajo efectivo, junto a la problemática suscitada en relación con las actividades ex post y ex ante, surge la incerteza en relación con aquellos períodos de tiempo en los que el trabajador se encuentra estrechamente conectado al trabajo pero que no está prestando servicios en sentido estricto, pues dicha conexión se produce en términos de disponibilidad¹⁰. Se trata de los tiempos de presencia, espera y puesta a disposición.

Estos tres períodos de tiempo convergen en el concepto de “disponibilidad”, tiempo durante el cual el trabajador no está prestando sus servicios, pero tampoco puede considerarse como tiempo de descanso, lo cual plantea la duda en torno a su consideración como tiempo de trabajo o tiempo de descanso. Es decir, la definición de tiempo de trabajo suscita la problemática respecto a si debe considerarse como tiempo de trabajo efectivo el tiempo en el que el trabajador está de guardia, entendiéndose como el período temporal en el cual el trabajador tiene la obligación de permanecer localizado por el empresario sin necesidad de estar en el centro de trabajo.

Centrándose el tema en las guardias de localización, éstas hacen referencia a los períodos de tiempo durante los cuales el trabajador se encuentra fuera de su lugar de trabajo y de su tiempo de trabajo sin desempeñar efectivamente sus funciones, pero que está, en cierto modo, a disposición de la empresa, ya que debe estar localizable a través de medios electrónicos, y, en caso de requerirse sus servicios por parte de la empresa, el trabajador debe reincorporarse a su puesto o bien desempeñar sus funciones desde el lugar pertinente. Se trata, en fin, de supuestos en los que el trabajador se halla “potencialmente” vinculado al trabajo, de suerte que, si terminan por requerirse sus servicios, dicha vinculación se materializará y éste deberá reincorporarse a sus funciones. En este sentido, el trabajador puede organizar su tiempo, pero con el requisito de que sea posible su efectiva incorporación al servicio en caso de ser requerido y que dicha incorporación pueda producirse dentro de los parámetros temporales acordados¹¹.

En este sentido, la doctrina judicial comunitaria¹² tuvo que pronunciarse ya con anterioridad a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ Comunidad Valenciana, en la que cuestionaba si las guardias de presencia física en el centro de trabajo debían considerarse como tiempo de trabajo efectivo o, por el contrario, sólo debían considerarse tiempo de trabajo efectivo los períodos en los que los médicos eran efectivamente llamados para ejercer su actividad. Asimismo, se cuestionaba si las

¹⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)

¹¹ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y... op. cit.*

¹² STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP.

guardias con presencia física en el centro de trabajo debían considerarse jornada ordinaria o jornada especial, tal y como hace la legislación española, en virtud de la cual, estos períodos de atención se retribuyen globalmente y no son tomados en consideración para el cálculo de la jornada máxima semanal. Para poder resolver dicha cuestión el tribunal tuvo que profundizar en la interpretación de la definición de tiempo de trabajo efectivo recogida en la Directiva, concretamente, sobre si deben concurrir los tres requisitos recogidos en la definición, es decir, si sólo se considera tiempo de trabajo el tiempo que el trabajador está a disposición del empresario, en el lugar de trabajo y en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, el TJUE¹³, tras pronunciarse en relación con las guardias físicas, afirma que la situación en la que se encuentran los médicos de equipos de atención primaria que prestan la atención continuada en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, tiene una naturaleza diferente. Considera que, en el caso de la guardia localizable, los médicos, si bien deben estar a disposición del empresario y deben estar localizables, sólo debe considerarse tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria.

Según dicha doctrina, el tiempo de trabajo efectivo es aquel período en el cual el trabajador permanece en la empresa a disposición del empresario, y además, ni el legislador ni el tribunal comunitarios han admitido una categoría intermedia de tiempo que se podía denominar de disposición, a caballo entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de trabajo de descanso, por lo que los períodos en los que el trabajador permanece a disposición del empresario pero fuera del lugar de trabajo no pueden ser considerados como tiempo de trabajo efectivo y, son por tanto, tiempo de descanso. Es decir, rige, una concepción binaria del tiempo de trabajo, en virtud de la cual, sólo cabe distinguir entre trabajo efectivo, que se realice en lugar de trabajo y supone estar a disposición del empresario, y el tiempo de descanso que se define, por exclusión, como el tiempo en el que el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empresario.

Con este pronunciamiento, la doctrina judicial comunitaria¹⁴ reitera su posición estrictamente binaria entre tiempo de trabajo y descanso, es decir, que los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso” se excluyen mutuamente, por lo que no existe una categoría intermedia, de tal forma, que todo tiempo ha de considerarse de una u otra forma. De esta forma, señala que el tiempo de guardia localizable que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse tiempo de trabajo. Para ello, se apoya en que, entre los elementos característicos del

¹³ STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP. En el mismo sentido lo entiende en la STJUE de 9 de septiembre de 2003, C-151/2002, asunto Norbert Jaeger.

¹⁴ STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/2015, asunto Matzak.

concepto de tiempo de trabajo del art. 2 Directiva 2003/88, no figuran la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste¹⁵. Además, la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo durante el período de guardia deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varía según las circunstancias¹⁶. Teniendo en cuenta la diferencia entre guardia de presencia física y guardia localizada, considera que en el caso en que el trabajador debe responder a las convocatorias del empresario en un plazo de ocho minutos, aun estando en situación de guardia localizable, el hecho de que esté sometido a una restricción tal que “desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en la situación del Sr. Matzak de dedicarse a sus intereses personales y sociales”. Es decir, el factor determinante para la calificación de tiempo de trabajo es el hecho de que el trabajador tiene la obligación de hallarse físicamente en el lugar convocado por el empresario así como permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente cuando sea necesario.

3. GUARDIA DOMICILIARIA Y TIEMPO DE TRABAJO. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL COMUNITARIA EN LA DOCTRINA NACIONAL

3.1. Posición judicial nacional anterior

Con anterioridad a este pronunciamiento judicial comunitario, nuestro alto tribunal¹⁷ se pronunció en sentido similar al afirmar que la situación de disponibilidad, en la que el trabajador únicamente está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias. Pero si el trabajador es requerido durante dicho tiempo de disponibilidad para realizar un trabajo, habrá de llevarlo a cabo remunerándose el tiempo invertido en el mismo de igual forma que las horas extraordinarias.

¹⁵ STJUE de 1 de diciembre de 2005, C-14/2004, asunto Dellas.

¹⁶ STJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/1998, asunto SIMAP.

¹⁷ STS de 29 de noviembre de 1994, rec. núm. 752/1994. En el mismo sentido, SSTS de 22 de julio de 1996, rec. núm. 197/2006; de 2 de julio de 1997, rec. núm. 4249/1996

Según el TS¹⁸, la diferencia entre las guardias físicas y las de localización se halla en que en estas últimas el trabajador puede, aunque con ciertas limitaciones, mantener determinadas opciones personales o familiares, aspecto que no es posible en las guardias de presencia, donde existen más restricciones.

Asimismo, se diferencia en relación con las guardias de localización si sobre las mismas existe o no llamada al trabajo, de tal forma que cuando el trabajador es requerido para prestar sus servicios estando en guardia localizada ésta es equiparada a las guardias de presencia, y por tanto, al tiempo de trabajo efectivo, mientras que cuando durante las guardias localizadas se encuentra a disposición de prestar servicios y no es llamado para prestarlo no será considerado como tiempo de trabajo¹⁹.

Por consiguiente, la doctrina jurisprudencial²⁰ considera que los períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo no son tiempo de trabajo, sino de descanso. No obstante, ha admitido, en cierta forma, la necesidad de retribuir la disponibilidad inmediata del trabajador, señalando así la obligación de compensar los períodos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo en los que se obliga al trabajador a responder con carácter inmediato a la llamada del empresario²¹. En concreto, en el caso de los vigilantes jurados que son contratados para estar localizables a través de un teléfono móvil ante la llamada del empresario y sólo eran retribuidos por el tiempo de trabajo efectivo y no por las horas en las que estaban localizados, aunque no tienen derecho a la percepción de un plus de disponibilidad no pactado ni en convenio ni en contrato, precisa que la no percepción del citado plus no significa que el tiempo de disponibilidad no suponga un coste personal de su libertad, o que dicha disponibilidad no deba ser compensada, sino que la compensación se incluye en el importe del salario pactado como retribución total, tal y como se halla regulada la relación laboral de dichos trabajadores.

Así también, se ha considerado que el sistema de guardias no presenciales durante las cuales los técnicos de mantenimiento de aeronaves se mantienen a disposición de la empresa con un margen de reacción de máximo 50 minutos no equivale a tiempo de trabajo, salvo que durante la guardia se realice un servicio²².

¹⁸ STS de 27 de enero de 2000, rec. núm. 27/2008.

¹⁹ SSTs de 27 de enero de 2005, rec. núm. 5539/2003; de 12 de julio de 1999, rec. núm. 2979/1998; de 18 de febrero de 2000, rec. núm. 4289/1998.

²⁰ STS de 27 de enero de 2009, rec. núm. 27/2008, que enjuicia el conflicto planteado por los pilotos de helicópteros del servicio de guardacostas de la Xunta de Galicia que reclamaban que se considerase como tiempo de trabajo efectivo las guardias de localización fuera del lugar de trabajo. Durante estos tiempos de guardias los trabajadores sólo disponían de 30 minutos para responder a la llamada del empresario, trasladarse a la base, ponerse la indumentaria adecuada y sacar la nave del hangar. Entendía que la rapidez de respuesta conllevaba una limitación de movimientos que justificaba la consideración de estas guardias como presenciales y no de simple localización. No obstante, el TS considera que como no estaba obligado a permanecer en el lugar de trabajo, no era tiempo de trabajo efectivo.

²¹ STS de 10 de marzo de 2005, rec. núm. 942/2004.

²² STS de 18 de noviembre de 2016, rec. núm. 234/2015.

Por su parte, la doctrina judicial²³ también ha declarado que el tiempo de localización no es tiempo de trabajo efectivo, apoyándose para ello en la ya citada Directiva 2003/88 y la doctrina judicial comunitaria.

3.2. Posición judicial nacional posterior

Si se atiende a la doctrina judicial recaída con posterioridad a este pronunciamiento judicial comunitario, esta doctrina²⁴, teniendo presente la doctrina comunitaria que matiza la concepción del tiempo de guardia localizada como tiempo de trabajo efectivo cuando existe un breve período tiempo de respuesta, ha estimado que el período de localización es compatible con el descanso, pues se apoya en la doctrina comunitaria que establece que no hay estadio intermedio entre trabajo y descanso, y que el período de localización fuera del centro de trabajo sin actividad efectiva, no computa como trabajo. Considera que en estas situaciones, lo más importante no es la proximidad al centro de trabajo exigido o el tiempo máximo en quien deba contestarse al requerimiento del empleador, sino la claridad del tiempo, de tal forma que en la medida en que no se imponen a los trabajadores en período de localización unas condiciones tan restrictivas “que conviertan en ilusoria la posibilidad de invertir ese tiempo en descanso o en sus intereses personales”²⁵ no puede ser considerado tiempo de trabajo efectivo.

Confirma que, en el caso de los trabajadores del servicio de prevención – extinción de incendios que se hallan en situación de guardia localizada debiendo presentarse completamente equipados en el punto señalado en un plazo máximo de treinta minutos, no es considerado tiempo de trabajo efectivo, puesto que el plazo de tiempo del que disponen para incorporarse no es tan restrictivo como para limitar y restringir el desarrollo de la vida personal del trabajador, especialmente, cuando se trata de un colectivo de trabajadores que prestan servicios en el medio rural, siendo “habitual que residan en localidades cercanas al punto de encuentro y que su vida social se desarrolle normalmente en la zona, y también que los desplazamientos se realicen con más rapidez que en ciudades o grandes aglomera-

²³ SSTSJ Canarias, de 29 de octubre de 2008, rec. núm. 695/2005; Cantabria, de 10 de mayo de 2007, rec. núm. 320/2007, en relación con las guardias de localización de los trabajadores de AENA.

²⁴ STSJ Madrid, de 25 de julio de 2018, proc. núm. 326/2018. Esta sentencia enjuicia el conflicto que afecta a los trabajadores que prestan servicios en el sector de prevención-extinción de incendios forestales de la comunidad de Madrid, cuando permanecen en situación de disponibilidad Grado I, pues según establece el convenio colectivo del sector de prevención – extinción de incendios forestales, están obligados a presentarse completamente equipados en el punto de encuentro en un plazo máximo de treinta minutos desde el momento en que se les comunique. Los trabajadores entienden que cuando están en dicha situación debe considerarse tiempo de trabajo efectivo.

²⁵ STSJ Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de abril de 2018, rec. núm. 551/2016.

raciones”²⁶. Estima, pues, que no puede equipararse a esta situación la suscitada en la sentencia comentada, puesto que el tiempo del que disponen los trabajadores para presentarse en el puesto de trabajo es de ocho minutos.

Asimismo, se ha estimado²⁷ que las guardias de disponibilidad, si éstas no implican intervención del trabajador, no deben ser consideradas tiempo de trabajo efectivo. Concretamente, se estima que las horas de disponibilidad o la guardia domiciliaria no han de computarse para el cálculo de los descansos obligatorios ni tampoco han de retribuirse como horas extraordinarias, porque se prevé por parte del empresario que se descansa al mes siguiente a su realización. Es decir, en apoyo de la doctrina judicial comunitaria comentada, se estima que no pueden ser equiparadas las guardias domiciliarias con el asunto enjuiciado por la doctrina comunitaria, pues para el conflicto planteado ante la AN se trata de trabajadores cuyo Acuerdo de disponibilidades sólo se les exige estar disponibles y localizables, pero sin que se establezca plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que les sean requeridas, es decir, sólo se les exige estar pendientes del teléfono móvil que les proporciona la empresa, pero no la presencia en un lugar determinado, ni siquiera en las proximidades. Por tanto, ante la falta de establecimiento de un plazo mínimo de respuesta por parte del trabajador, éste no ve en modo alguno limitada su libertad de movimiento ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales, por lo que las guardias de disponibilidad no pueden ser consideradas como tiempo de trabajo. En definitiva, se confirma que la mera disponibilidad por encontrarse el trabajador en guardia localizada no es tiempo de trabajo efectivo si no se produce una intervención por parte del trabajador. Además, si se tiene en cuenta que cada hora de intervención se compensa con una hora de descanso, que son acumulables hasta formar jornadas completas, a disfrutar dentro del mes siguiente a su realización, no pueden ser consideradas dichas horas de intervención como horas extraordinarias. En palabras de la AN, la doctrina Matzak no es aplicable al caso porque “el personal al que se le aplica el Acuerdo de disponibilidades, mientras se encuentra en el nivel, únicamente ha de estar disponible y localizable sin que se fije un plazo mínimo de disponibilidad para realizar las intervenciones que le sean requeridas, sin que tal exigencia implique más que estar pendiente del terminal de telefonía móvil que le proporciona la empresa, sin que se le exija la presencia en un lugar determinado, ni en las proximidades del mismo, ya que al no fijarse un plazo mínimo

²⁶ STSJ Madrid, de 25 de julio de 2018, proc. núm. 326/2018.

²⁷ SAN de 20 de septiembre de 2018, proc. núm. 125/2018. Esta sentencia enjuicia el conflicto colectivo planteado por el sindicato CGT en relación con el “Acuerdo de Disponibilidades” que regula las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a los servicios de guardia de la empresa. En dicho acuerdo se diferencian varios niveles de guardia o disponibilidad, entre los que se halla el de guardia domiciliaria. El sindicato solicita que se declare que el tiempo dedicado a la guardia domiciliaria debe considerarse tiempo de trabajo efectivo a los efectos de respetar los límites de jornada ordinaria, descanso entre jornadas y descanso semanal.

para el inicio de la intervención –que en la práctica totalidad de los casos consta que se efectúa desde el propio lugar en que se encuentra el trabajador– prácticamente no ve mermadas ni su libertad ambulatoria, ni las posibilidades de dedicar tiempo al descanso y a sus inquietudes personales y sociales. Y este primero de los pedimentos debe decaer, máxime cuando la actora no ha acreditado en modo alguno que la aplicación del acuerdo implique privación para los trabajadores de los descansos semanales y diarios establecidos en el art. 34.3 y 37.1 del Estatuto de los Trabajadores”²⁸.

4. CONCLUSIÓN

No cabe duda de que el trabajo condiciona el resto de los tiempos vitales de cualquier persona, entre ellos, el tiempo de descanso, reposo, ocio, familiar y personal. En la sociedad actual, donde los tres ciclos cerrados y estancados de ocho horas ya no tienen cabida, debe abordarse la regulación de un nuevo modelo de organización del trabajo que dé respuesta a estas nuevas realidades sociales. Además, la creciente exigencia de flexibilidad para y con el empresario, requiere de una nueva concepción del tiempo de trabajo. Como se observa, la cuestión objeto de debate se centra en que las guardias de localización se encuentran en una zona gris entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Por un lado, la guardia domiciliaria no puede ser considerada tiempo de trabajo mientras el empresario no realice un llamamiento, pero, por otro lado, se plantea la cuestión de determinar si ese tiempo de “espera” en la que no se presta servicios puede considerarse realmente como tiempo de descanso.

Por tanto, ya no puede aplicarse la categorización tan simplista entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, pues considerar que todo tiempo en el que el trabajador permanece en el trabajo a disposición de su empresario es tiempo de trabajo efectivo supone ignorar que hay tiempos de presencia en el lugar de trabajo durante los cuales el trabajador no ejerce propiamente sus funciones y puede descansar, pero, por otro lado, considerar que el tiempo de descanso es aquel tiempo en el que el trabajador permanece fuera del lugar de trabajo, aunque esté en situación de localización y disponibilidad para el empresario, implica equiparar tiempo de descanso a un mero reposo físico, olvidando la concepción de descanso como tiempo durante el cual el trabajador queda desvinculado de su prestación de servicios pudiendo desarrollar libremente su personalidad mediante otras actividades.

²⁸ SAN de 20 de septiembre de 2018, proc. núm. 125/2018.

De esta forma, pues, no puede mantenerse la división bipolar entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso que se ha aplicado en los últimos años. Debe recurrirse, pues a la utilización de fórmulas que considere, como señala la doctrina científica, “tiempos de presencia digital –intermedios entre trabajo y descanso–”, que aunque no sean considerados como tiempo de trabajo efectivo, tengan algún tipo de efecto retributivo. Especialmente es relevante este aspecto en la actual era digital en la que estamos inmersos donde la clásica organización del trabajo ha cambiado para convertirse en una prestación de servicios mucho más flexible.

Es claro que la falta de regulación en la Directiva 2003/88/CE sobre las guardias de localización en las que no se requiera la presencia en el centro de trabajo, provoca que se deba estar a la casuística concreta para determinar si la guardia de localización pueda considerarse como tiempo de trabajo.

Según la doctrina judicial comunitaria comentada, el criterio delimitador entre la consideración de los tiempos de localización será el grado de restricción de la libertad personal del trabajador, determinada por su disponibilidad para trabajar por orden de la empresa, siendo intrascendente la no presencia física en el centro de trabajo. Por tanto, lo determinante no es la realización de una actividad profesional real y la presencia o no en el centro de trabajo, sino que la clave se halla en la limitación de la libertad personal del trabajador²⁹. Es menester destacar que el elemento clave en esta sentencia para determinar la guardia localizada como tiempo de trabajo efectivo es el período de tiempo del que dispone el trabajador para responder a la llamada del empresario. Efectivamente, si bien el trabajador no tiene la obligación de estar presente en el puesto de trabajo, sí debe hacerlo en un tiempo no superior a ocho minutos, provocando esa exigencia la limitación de la libertad personal del trabajador. Utiliza, por tanto, el elemento temporal para definir en el supuesto concreto que la guardia domiciliaria, en realidad, es una guardia de presencia.

En definitiva, según la doctrina judicial comunitaria, aquella situación de guardia localizable donde el trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio estando a disposición del empresario con la obligación de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos debe ser considerada como tiempo de trabajo.

Por consiguiente, deberá entenderse que aquellas guardias localizadas que supongan una restricción importante de la libertad personal del trabajador deberán ser consideradas como tiempo de trabajo efectivo. Y para aquellos períodos de localización que no conlleven tal restricción a la libertad individual, deberán, según mi parecer, ser de alguna forma compensadas económicamente. De hecho,

29 Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, *TyD*, núm. 43 (versión on line).

si se recurre a la teoría general del Derecho Civil, el equilibrio del contrato y de la relación laboral aboga por la necesidad de compensación de los tiempos de disponibilidad, pues si se reconoce que la facultad de disposición que se concede al empresario no es una facultad originaria ligada al desarrollo de la prestación laboral, y se reconoce que la posibilidad de ser llamado a prestar servicios supone que el trabajador no dispone enteramente de su tiempo libre, habrá de concluirse que cuando el empresario está ampliando sus poderes de dirección, deberá compensar económicamente a la otra parte, esto es, al trabajador³⁰. Ahora bien, lo complejo es cuantificar esa disponibilidad del trabajador.

De ahí que se haya propuesto³¹ la regulación de un nuevo tiempo, un tercer tiempo, el tiempo de disponibilidad. Este tiempo, a diferencia de las guardias de presencia física, no requiere una disponibilidad tan directa, pero también requiere de la posibilidad de ser localizado y presentarse en el lugar de trabajo cuando sea requerido. De esta forma, se propone diferenciar entre aquellas situaciones en las que la disponibilidad deriva de la posibilidad de alteración de la distribución inicialmente pactada de la jornada que no conlleva aumento de jornada, de aquellas en las que la disponibilidad se deriva de la posibilidad de aumentar la jornada inicialmente pactada. Cuando la disponibilidad implica aumentos de jornada cabría prever compensaciones extraordinarias, mientras que cuando la disponibilidad se deba a las facultades reconocidas al empresario para variar la distribución de la jornada o el horario habría que prever también una compensación de la disponibilidad, pero siendo suficiente una autorización para suscribir pactos específicos que permiten variaciones sustanciales de la distribución de la jornada o el horario y obligar a compensar económicamente al trabajador.

De cualquier forma, posiblemente, la mejor solución se halle en la negociación colectiva, pues la práctica muestra que la misma ha aceptado el reconocimiento de los tiempos de disponibilidad fuera del lugar de trabajo y los ha compensado económicamente a través de pluses económicos. No obstante, debe señalarse que no todas las cláusulas convencionales quedan fuera de dudas de legalidad, ya que muchas veces se han concedido al empresario facultades que van más allá de su poder de organización y dirección. De ahí que la doctrina³² haya señalado que, para evitar dichos abusos, debe exigirse que se avise al trabajador con una antelación suficiente, además de regular una compensación económica.

³⁰ Así lo estima también Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *Flexibilidad de la jornada... op. cit.* p. 126.

³¹ Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *Flexibilidad de la jornada... op. cit.* p. 127.

³² Liso, F., "Análisis de los puntos críticos del Derecho Legislativo 276/2003: motivos de reflexión", *REDT*, núm. 127, 2005. p. 215.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 (versión on line)
- CABEZA PEREIRO, J. et al., *La ordenación del tiempo de trabajo*. Santiago de Compostela: CGRL, 2004. .
- IGLESIAS CABERO, M., “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madrid: Acarl, 1991.
- LAHERA FORTEZA, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, *TyD*, núm. 43 (versión on line)
- LISO, F., “Análisis de los puntos críticos del Derecho Legislativo 276/2003: motivos de reflexión”, *REDT*, núm. 127, 2005.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- ROQUETA BUI, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en GOERLICH PESET, J. M., (Dir.) *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

**LA JUBILACIÓN ACTIVA PLENA Y SU APLICACIÓN
A LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS: UNA CUESTIÓN
CONTROVERTIDA TRAS LA LEY 6/2017, DE 24
DE OCTUBRE, DE REFORMAS URGENTES
DEL TRABAJO AUTÓNOMO**

Sentencia núm. 358/2018 del JS n.º 3 de Oviedo, de 17 de julio

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Con fecha de 30 de octubre de 2017 el trabajador solicitó la pensión de jubilación activa en cuantía equivalente al 100 por 100 de su base reguladora, alegando que tanto él como su mujer estaban afiliados y dados de alta en el RETA y que tenían a su cargo a tres trabajadores por cuenta ajena. Pero tal petición fue rechazada por el INSS en base a que el trabajador no reunía las condiciones exigidas por el art. 214.2 LGSS, párrafo 2º, para acceder a la modalidad de jubilación pretendida; en particular: «[...] tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena [...]». Y es que, a criterio de la Entidad Gestora, no podía considerarse que el solicitante de la pensión tuviera individual y personalmente contratado a algún trabajador por cuenta ajena al figurar, como entidad contratante, la sociedad limitada en la que aquél desarrollaba su actividad profesional constando como socio fundador de la misma.

Frente a dicha resolución, el afectado interpuso reclamación previa que fue parcialmente acogida por el INSS, al reconocerle la pensión de jubilación activa pero en cuantía equivalente al 50 por 100 de su base reguladora.

RESUMEN: La denominada «jubilación activa», regulada en el art. 214 LGSS, fue introducida en nuestro sistema de Seguridad Social mediante RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, «de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo».

Pocos años más tarde, esta posibilidad legal fue mejorada para el colectivo de trabajadores por cuenta propia por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, «de reformas urgentes del trabajo autónomo», cuya Disp. Final Quinta dio nueva redacción al

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

citado art. 214.2 LGSS al objeto de permitirles compatibilizar, con su actividad profesional, el 100 por 100 de la pensión de jubilación que tuvieran derecho a causar. Sin embargo, el propio precepto supeditó esta compatibilidad plena al condicionante de tener contratado a algún trabajador asalariado, generando con ello la duda interpretativa sobre la que se pronuncia el Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo en su Sentencia núm. 358/2018, de 17 de julio de 2018, acerca de la inclusión de los trabajadores encuadrados en el RETA en calidad de socios capitalistas en esta nueva modalidad de jubilación.

ÍNDICE

1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CON EL RD-LEY 5/2013, DE 15 DE MARZO
2. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO TRAS LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE
3. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA JUBILACIÓN ACTIVA PLENA A LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS
4. OTRAS POSIBILIDADES LEGALES DE COMPATIBILIZAR PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA

1. LA IRRUPCIÓN DE LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CON EL RD-LEY 5/2013, DE 15 DE MARZO

En un contexto de crisis económico-financiera y como medida que contribuyera a garantizar la tan cuestionada sostenibilidad del nuestro sistema público de pensiones, el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, «de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo», reguló en su Capítulo I (arts. 1 a 4), bajo la rúbrica «Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo», la actualmente conocida como «jubilación activa» o «envejecimiento activo», consistente en la posibilidad de simultanear el ejercicio de cualquier actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, con el percibo de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 50 por 100 del importe resultante en su reconocimiento inicial (una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública), o del importe que ya se estuviera percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo (excluido, en todo caso, el complemento por mínimos).

De esta manera, se introducía en el sistema de Seguridad Social una nueva excepción a la tradicional regla general de incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el trabajo del pensionista (regla mantenida en el art. 213.1 de la vigente LGSS, aprobada por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), quedando justificada su implantación, según el Preámbulo del propio RD-Ley 5/2013, en la necesidad de «favorecer la prolongación de la vida laboral activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores».

Además, la misma norma recordaba, al objeto de incidir en la conveniencia de adoptar la modalidad de jubilación en ella configurada, que si bien la posibilidad de compatibilizar pensión de jubilación y trabajo se encontraba bastante restringida en el ordenamiento español, su reconocimiento legal era habitual en países del entorno y constituía, a su vez, una medida que –junto al resto de las adoptadas por la norma reglamentaria en el ámbito de la jubilación anticipada, la jubilación parcial, la lucha contra el fraude y las políticas de empleo– permitiría satisfacer las Recomendaciones del Consejo de la UE de 10 de julio de 2012, en relación a la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo.

No obstante, aunque el nuevo supuesto de compatibilidad se extendió a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social (salvo al de clases pasivas del Estado, que se regirá por lo dispuesto en su normativa específica *ex art. 1.1 RD-Ley 5/2013*), no se universalizó sin más condicionantes a todos los pensionistas de jubilación que quisieran mantener su vida laboral activa o retornar a la misma, sino que quedó reservado para aquéllos que accedieran a la jubilación ordinaria tras acreditar una larga carrera de cotización. En concreto, son dos los requisitos

legales a los que el art. 2 RD-Ley 5/2013 supeditaba, y el actual art. 214.1 LGSS continúa supeditando, el derecho a disfrutar de esta modalidad de compatibilidad entre trabajo y pensión:

El primero exige que, el acceso a la pensión de jubilación, se haya producido tras el cumplimiento de la edad ordinaria legalmente establecida; esto es, «una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el art. 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social» (art.205.1.a) y Disp. Transitoria Séptima de la actual LGSS). Por lo que resulta evidente, de un lado, que sólo se podrá acceder a esta modalidad de compatibilidad desde la condición de pensionista, y no desde la condición de trabajador activo, al ser necesario que el interesado tenga reconocido el derecho a la pensión de jubilación ordinaria; y, de otro lado, que la compatibilidad con el trabajo sólo será admisible –como advierte el propio art. 214.1 a) LGSS- cuando se trate de la pensión de jubilación ordinaria y no de cualquier otra modalidad de jubilación, quedando en consecuencia excluidas las «jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado».

El segundo condicionante para disfrutar de la jubilación activa es que la pensión de jubilación ordinaria a la que tenga derecho el interesado sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que le corresponda. Lo que implica entender (teniendo en cuenta que, en la pensión contributiva de jubilación, el porcentaje aplicable a la base reguladora está en función de los años cotizados *ex art.* 210.1 y Disp. Transitoria Novena de la LGSS) que sólo podrán acogerse a la jubilación activa quienes, a lo largo de su vida laboral, hayan completado una larga carrera de cotización: como mínimo, 35 años y 6 meses hasta el año 2019; 36 años del año 2020 al 2022; 36 años y 6 meses del año 2023 al 2026; y 37 años a partir del año 2027.

En cualquier caso, el principal problema aplicativo generado por este segundo requisito ha sido el de determinar qué cotizaciones se han de computar para comprobar si se alcanza o no el porcentaje del 100 por 100 requerido por la norma para acceder a la jubilación activa. Cuestión sobre el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 30 de mayo de 2017 (Rec. 2268/2015), indicando que «los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma», tomando en consideración exclusivamente los periodos cotizados y «sin que, por ende, sea posible alcanzar el porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación», es decir, añadiendo los porcentajes adicionales generados *ex art.* 210.2 LGSS por los días trabajados y cotizados con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. De lo contrario, aceptar que el porcentaje del 100 por 100 se pudiese alcanzar con cotizaciones posteriores a la jubilación, sería a juicio del Alto Tri-

bunal contrario al espíritu de la norma que regula la jubilación activa, que no es otro que el de «mejorar a quienes acreditando el máximo periodo de cotización se jubilan y siguen trabajando, pero no a quienes no reúnen el máximo periodo de seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación». Máxime teniendo en cuenta que, estas cotizaciones realizadas tras alcanzar la edad ordinaria de jubilación, son «de menor cuantía, al ser sólo por incapacidad temporal y contingencias profesionales» y permitirían «alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación», discriminando favorablemente a quien cotizó menos sin ninguna justificación.

Cumplidos ambos requisitos (acceso a la jubilación a la edad ordinaria y percibo de la pensión en cuantía equivalente al 100 por 100 de su base reguladora), la norma permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de cualquier tipo de trabajo que desee realizar el pensionista, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo parcial o incluso a tiempo completo, siendo igualmente irrelevante –al no exigir nada al respecto– que la actividad a desempeñar sea la misma o diferente de la que le permitió causar la pensión de jubilación.

A lo que se ha de añadir, para concluir, los beneficios que en materia de cotización conlleva el ejercicio de la actividad profesional compatibilizada con la pensión, al quedar limitada en estos casos la obligación de cotizar a los conceptos de contingencias profesionales e incapacidad temporal, sin perjuicio de la «cotización especial de solidaridad» a la que quedará en todo caso sujeto el jubilado activo, por un importe equivalente al 8 por 100 de su base por contingencias comunes, y no computable a efectos de prestaciones. Así lo establecía el art. 4 RD-Ley 5/2013, cuyo contenido se encuentra actualmente reproducido en el art. 153 LGSS, para el caso de que el trabajo simultaneado con la pensión sea por cuenta ajena, y en el art. 309 LGSS, para el caso de que el trabajo realizado sea por cuenta propia.

2. LA JUBILACIÓN ACTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO TRAS LA LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE

Con la aprobación del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, mediante RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, la regulación contenida en los arts. 1 a 4 del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, en relación a la jubilación activa como nuevo supuesto de compatibilidad entre trabajo y pensión, quedó reubicada en el art. 214 de la nueva LGSS bajo el título «pensión de jubilación y envejecimiento activo», y en los arts. 153 y 309 de la misma, destinados a regular la cotización en estos casos en el sentido avanzado en el apartado anterior.

Tras esta mera modificación formal que, como es de suponer dado el instrumento normativo empleado, no alteró sustancialmente el régimen jurídico de la

jubilación activa, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, «de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo», volvió a incidir en esta modalidad de jubilación a través de su Disp. Final Quinta, por la que se modificaron los apartados 2 y 5 del art. 214 LGSS, dándoles la redacción que se mantiene en la actualidad, y se añadió, al mismo texto legal, la Disposición Final Sexta bis.

El propósito de esta reforma –inserta en el marco de una reforma general que incluía un conjunto de medidas con las que se pretendía contribuir en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, «garantizando su expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país» (Preámbulo de la Ley 6/2017)- fue el de mejorar las posibilidades de compatibilizar la pensión de jubilación con el desempeño de una actividad profesional por cuenta propia, dejando al margen de los cambios introducidos los supuestos en los que la actividad profesional simultaneada fuera por cuenta ajena.

En particular, se añadió un segundo párrafo al apartado 2 del art. 214 LGSS, en el que se establece que la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo podrá alcanzar el 100 por 100 de la misma (esto es, del importe resultante en el reconocimiento inicial –una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública-, o del que se esté percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo –excluido, en todo caso, el complemento por mínimos-), cuando la actividad profesional desempeñada se ejecute por cuenta propia. Lo que ha supuesto consagrar la plena compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia, con independencia del régimen de Seguridad Social en el que esté encuadrada dicha actividad, y la pensión de jubilación, que podrá percibirse íntegramente, sin ninguna reducción, y con independencia de los ingresos que se obtengan de la actividad profesional o del tiempo de dedicación invertido en su ejecución.

Ahora bien, para disfrutar de esta compatibilidad absoluta entre trabajo y pensión, no basta con que el pensionista de jubilación se mantenga en activo como trabajador por cuenta propia, sino que además es necesario que, como tal (y junto a los requisitos generales exigidos para acceder a esta modalidad de jubilación: haber accedido a la jubilación ordinaria y tener derecho a una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora) acredite «tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena», actuando en consecuencia como empleador. En caso contrario, es decir, si no cuenta con ningún trabajador contratado en régimen laboral bajo cualquier modalidad contractual, pero sí reúne el resto de condiciones exigidas para causar derecho a la jubilación activa, es evidente que sólo podrá compatibilizar con su actividad profesional por cuenta propia el 50% de la pensión de jubilación que se le haya reconocido o que esté percibiendo.

De otro lado, es también destacable –como hemos avanzado- la previsión que la misma reforma introdujo en la Disposición Final Sexta bis de la LGSS, señalando que «con posterioridad, y dentro del ámbito del diálogo social, y de los acuerdos en el seno del Pacto de Toledo, se procederá a aplicar al resto de la actividad por

cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad establecido entre la pensión de jubilación contributiva y la realización de trabajos regulado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 214 de la presente Ley». Con lo que quedó manifestada la voluntad legislativa de conseguir universalizar la compatibilidad plena entre pensión de jubilación y trabajo, extendiéndola a todo trabajo por cuenta ajena¹ y por cuenta propia con independencia, en este último caso, de que el trabajador ostente o no la condición de empleador.

Y por último interesa resaltar –dada su relación con la sentencia comentada–, desde la aprobación del nuevo párrafo segundo del art. 214.2 LGSS, han sido varios y cambiantes los criterios interpretativos adoptados sobre el mismo por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS), con carácter puramente orientativo e ilustrativo.

Así, en relación al requisito de tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la DGOSS sostuvo en un primer momento que su cumplimiento sólo podía ser acreditado por el pensionista de jubilación que, actuando como persona física, hubiera quedado incluido en el RETA *ex art.* 305.1 LGSS (pues, sólo en estos casos, el trabajador por cuenta ajena podía ser directamente contratado por el trabajador autónomo titular de la pensión de jubilación), y no por aquél cuya alta en el RETA se hubiera efectuado, al amparo del art. 305.2 LGSS, apartados b), c), d), e) y l), en calidad de consejero, administrador, socio o comunero de una entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del propio trabajador autónomo, al ser en estos casos la entidad la que, en virtud de su personalidad jurídica propia, actúa como empresario-empleador ante la TGSS (Criterio de Gestión 26/2017, de 21 de noviembre).

Interpretación que fue posteriormente matizada por el mismo organismo aclarando que, el acceso a la nueva modalidad de jubilación activa, también debe permitirse en aquellos supuestos en los que, la contratación del trabajador por cuenta ajena, no se acredita por la entidad con personalidad jurídica propia distinta a la del trabajador autónomo, sino por el propio trabajador que, pese a estar comprendido en alguno de los supuestos del art. 305.2 LGSS, apartados b) c) d) e) y l), actúa como empresario-empleador en la celebración de dicho contrato laboral (Criterio de Gestión 7/2018, de 21 de marzo).

Y en cuanto al contrato de trabajo que debe concertar el trabajador autónomo como empleador para disfrutar de la jubilación activa plena, la DGOSS optó por una interpretación más flexible al admitir la posibilidad de que dicho contrato se celebre a jornada completa o a jornada parcial y en referencia a cualquiera de las actividades realizadas por el trabajador por cuenta propia, en el supuesto de que éste realizase varias que dieran lugar a su inclusión en el RETA. Incluso

¹ Sobre la necesidad de extender a plena compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación a los trabajadores por cuenta ajena se postulan ARRIETA, T., BLÁZQUEZ AGUDO, E., HERCE, J.A., en «Un contrato compatible» https://elpais.com/economia/2017/11/16/actualidad/1510826386_527772.html.

consideró que este requisito debía de entenderse cumplido en los supuestos en los que, como empleador, el trabajador autónomo formalizase un contrato de trabajo que diera lugar a la inclusión del trabajador asalariado en el Sistema Especial de Empleados de Hogar de la Seguridad Social, o en los supuestos de contratación de familiares siempre que éstos tuvieran la consideración de trabajadores por cuenta ajena (Criterio de Gestión 26/2017, de 23 de noviembre).

Aunque también éste criterio fue rectificado por el propio organismo al estimar más acertado interpretar que, el contrato de trabajo celebrado por el trabajador autónomo en calidad de empleador, debe enmarcarse en la actividad por la que aquél se dio de alta en el Régimen Especial, sin que en consecuencia pueda estimarse válida, a los efectos de permitirle disfrutar de la plena compatibilidad trabajo-pensión, la contratación laboral de un empleado de hogar (Criterio de gestión 18/2018, de 26 de julio)

3. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA JUBILACIÓN ACTIVA PLENA A LOS AUTÓNOMOS SOCIETARIOS

Como hemos avanzado, la Sentencia núm. 358/2018, de 17 de julio de 2018, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, es la primera que se pronuncia sobre una de las dudas que la reforma introducida en la jubilación activa por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, «de reformas urgentes del trabajo autónomo», suscitó entre el colectivo de trabajadores por cuenta propia; a saber: determinar si los autónomos societarios debían o no considerarse comprendidos en el derecho que el art. 214.2 LGSS, párrafo segundo, reconoce a los trabajadores por cuenta propia que a su vez actúen como empleadores, consistente en compatibilizar su actividad profesional con el 100 por 100 del importe de la pensión contributiva de jubilación que hayan devengado o tengan derecho a devengar.

En el supuesto enjuiciado, el trabajador autónomo se hallaba encuadrado en el RETA en calidad de socio mayoritario y administrador único de una Sociedad Limitada donde prestaban sus servicios tres trabajadores por cuenta ajena, y el INSS le denegó la posibilidad de disfrutar de la plena compatibilidad entre trabajo y pensión –regulada en el precepto antes citado– argumentando que no reunía el requisito de tener contratado, como mínimo, a un trabajador por cuenta ajena, al ser la entidad mercantil (y no directamente el trabajador por cuenta propia) la que figuraba como empleadora de los tres asalariados contratados.

Disconforme con esta decisión, el interesado interpuso reclamación previa que fue parcialmente acogida por el INSS mediante resolución en la que, finalmente, se le reconoció el derecho a compatibilizar su trabajo con el 50 por 100 de la pensión de jubilación, pero no su pretensión principal de acceder a la jubilación activa plena cobrando el 100 por 100 de aquélla.

Y para resolver la cuestión, la sentencia utiliza como base normativa los arts. 305 y 214 de la LGSS, reproduciendo el tenor literal de los mismos a fin de recordar, por un lado y en relación al primero de los preceptos señalados, que junto a las «personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena [...]», a las que alude el apartado 1 del art. 305, también se consideran trabajadores por cuenta propia a los efectos de su inclusión en el RETA los colectivos enumerados en el apartado 2 de la misma disposición legal, entre los que se encuentran «b) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella [...]». Y, por otro lado, en lo que concierne al art. 214 LGSS, recuerda la sentencia que dicha norma regula –bajo la rúbrica «pensión de jubilación y envejecimiento activo»– los términos y condiciones de la comúnmente denominada jubilación activa, resaltando que, tanto su apartado 2, párrafos 2º y 3º, como su apartado 5, fueron redactados de conformidad con la D. Final 5ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. Ley en cuyo preámbulo reconocía que su propósito era el de articular «una serie o conjunto de medidas con las que va a ser posible continuar incidiendo en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, garantizando sus expectativas de futuro y, con ello, la creación de riqueza productiva en nuestro país, que constituye una de las señas definatorias del colectivo de emprendedores». Lo que reproduce literalmente la propia sentencia para sostener que, de lo expresado, claramente se deduce «la voluntad o finalidad de la norma de facilitar la continuidad de los negocios regentados por autónomos que a su vez dan empleo ajeno».

De modo que, atendiendo a estos preceptos legales, considera el Juzgado de lo Social que procede acoger la pretensión del demandante y, por consiguiente, reconocerle el derecho a lucrar la pensión de jubilación activa en cuantía equivalente al 100 por 100 de la base reguladora mensual acreditada, fundamentando su decisión en el razonamiento siguiente:

En primer lugar sostiene que, la interpretación que realiza la Entidad Gestora sobre el art. 214.2 LGSS, al considerar excluidos de su ámbito de aplicación a los autónomos societarios, es una interpretación restrictiva que ni se ajusta a la finalidad legislativa –antes citada– con la que se aprobó la norma, ni resulta del tenor literal de la misma toda vez que, como explica la sentencia, «el art. 214.2 LGSS no excluye a los trabajadores encuadrados obligatoriamente en el RETA por mor de lo previsto en el artículo 305.2 b) del mismo texto legal», sino que tan sólo declara expresamente excluidos de lo previsto en sus distintos apartados «a los

trabajadores que desempeñen un PT o alto cargo en el sector público (apartado 7º.2 del art. 214 LGSS)». Por lo que, atendiendo al principio general del Derecho que reza *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la Ley no distingue no debemos distinguir), no duda el Juzgado en considerar a los autónomos societarios como potenciales beneficiarios del derecho a compatibilizar su trabajo con el 100 por 100 de la pensión de jubilación.

En segundo lugar, critica la sentencia en relación a las resoluciones dictadas por el INSS que «no se puede utilizar idéntico argumento para denegarle el reconocimiento de la pensión (incluso en el 50%), caso de la resolución de 27-11-17, y luego con acogimiento parcial de la Reclamación Previa pasar a reconocérsele la cuantía de la jubilación activa en el 50%, pero denegándosele el 100% de su cuantía con soporte en el mismo argumento inicial: “tener contratado sólo puede imputarse a una persona individual” y en el caso del demandante “su inclusión en el citado régimen especial (RETA) viene determinada por su condición de socio mayoritario y administrador único de la mercantil S.L., entidad con personalidad jurídica distinta a la del trabajador autónomo individual”. De ahí que se le diga que «los trabajadores por cuenta ajena de la citada mercantil no están contratados por usted como autónomo individual, sino por la entidad con personalidad jurídica propia y diferente o distinta en que desarrolla el actor su actividad, siendo ésta la que actuó como empresario ante la TGSS».

Y por último, pese a reconocer que los Criterios de Gestión de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social carecen de valor vinculante y sólo tienen carácter orientativo o ilustrativo, la sentencia invoca –con la finalidad de reforzar su argumentación– el criterio sentando por dicha Entidad en Consulta del 21 de marzo de 2018, según el cual «los trabajadores autónomos cuyo alta en el RETA derive –como es el supuesto– de lo prevenido en el art. 305.2 de la LGSS, apartados b), c), d), e) y l), y acrediten haber celebrado un contrato de trabajo por cuenta ajena actuando como empresarios, podrán acceder a la nueva modalidad de jubilación activa contemplada en el artículo 214.2 del TRLGSS». Criterio que la sentencia se esfuerza por trasladar al supuesto enjuiciado, resultando de ello la afirmación de que, «en el caso del art. 305.2 b) LGSS [...] aun siendo el administrador único y socio mayoritario persona física encuadrada en el RETA por razón de dicha condición, y ello con carácter obligatorio legalmente», es obvio que «quien contrata por cuenta ajena es la sociedad limitada, que tiene personalidad jurídica propia y separada de la de sus socios o partícipes, haciéndolo representada en dicho acto de contratación por la persona física administradora única de la mercantil. Por lo que no cabe exigir en el caso [prosigue afirmando la sentencia para concluir] que, el administrador único de la mercantil limitada, hoy demandante, con funciones de gerencia y dirección de la mercantil, contrate con tercero por cuenta ajena como persona física o empresario individual, por cuanto su inclusión obligada en el RETA no viene dada por dicha última condición.

4. OTRAS POSIBILIDADES LEGALES DE COMPATIBILIZAR PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y TRABAJO POR CUENTA PROPIA

Aunque es el más reciente, la jubilación activa no es el único supuesto en el que se permite al pensionista de jubilación simultanear el percibo de su prestación con el mantenimiento o inicio de una actividad profesional por cuenta propia, tal y como recuerda el propio art. 214 LGSS al indicar, en su apartado 7, que la medida que en él se regula será «aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo, establecidas legal o reglamentariamente».

De hecho, dejando a un lado la jubilación parcial y la jubilación flexible (como fórmulas mediante las que se permite compatibilizar un trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación en cuantía reducida, y cuya extensión a los trabajadores por cuenta propia se encuentra en ambos casos legalmente reconocida, pero pendiente de un desarrollo reglamentario que haga viable su aplicación a este modo de prestar servicios) son tres los supuestos en los que se ha venido permitiendo simultanear una actividad por cuenta propia con el percibo íntegro de la pensión de jubilación a la que tenga derecho el trabajador.

El primero, y más antiguo en nuestro sistema de Seguridad Social, es el previsto en el apartado 2 del art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 (por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos), en el que se declara que la pensión de jubilación será compatible tanto «con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate» como «con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad».

Ostentar la mera titularidad de un negocio o explotación –ya sea en calidad de empresario individual o de miembro de una sociedad civil o mercantil- es evidente que no constituye en sí misma ni exige el desempeño habitual, personal y directo de una actividad profesional que, en principio, pueda impedir el percibo de la pensión *ex* art. 213.1 LGSS (regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión). Sin embargo, delimitar qué deba entenderse por funciones inherentes a la titularidad del negocio a los efectos de declararlas compatibles con el disfrute de la pensión, ha venido siendo una tarea controvertida en la que la jurisprudencia ha intervenido aceptando que las mismas comprenderían: dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tengan encomendada la gestión y administración de la empresa; los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar dicha administración; y, en caso de que el titular se asimilase a un administrador con control sobre la sociedad *ex* Disp. Adicional 27ª LGSS (art. 305.2 de la actual LGSS), las «funciones inherentes a la titularidad» también incluirían aquellas actividades que por Ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de

administración (entre otras, STS de 8 de mayo de 1986 y STSJ de Navarra de 29 de marzo de 2000, Rec. 108/2000).

Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que comportase gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa (firma de contratos en general, de Convenios Colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria de la entidad), debe reputarse –según esta doctrinal judicial- actividad incompatible con la pensión de jubilación tanto para el empresario individual como para el empresario de una sociedad mercantil, toda vez que el desempeño de tales actividades daría lugar al alta del sujeto en el sistema de la Seguridad Social en calidad de trabajador por cuenta propia.

El segundo de los supuestos de compatibilidad entre pensión de jubilación y actividad por cuenta propia se regula en el art. 213.4 LGSS, donde expresamente se declara que el percibo de la pensión de jubilación, con independencia del régimen en que se cause, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta propia del que se deriven unos ingresos totales anuales no superiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en cómputo anual. De hecho, aclara el propio precepto que, el desempeño de tales trabajos, no obligará a cotizar ni generará nuevos derechos prestacionales en el ámbito de la Seguridad Social.

Dicha previsión fue introducida en nuestro sistema mediante DA 31ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto –sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social- y con ella se dio acogida legal a la corriente judicial que defendía que, la no superación del SMI, fijado precisamente para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo asalariado, también podía revelar, en su aplicación al trabajo por cuenta propia, la inexistencia de una actividad realizada con la «habitualidad» requerida por las normas para la inclusión del trabajador en el RETA. Doctrina en la que se basaría, entre otras, la STSJ de Castilla y León, de 31 de diciembre de 2003 (Rec. 1145/2003), para declarar precisamente la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de una actividad por la que el trabajador debía estar de alta en el RETA al generarle unos ingresos superiores el umbral del SMI.

Y el tercer y último supuesto de compatibilidad, hace referencia a la posibilidad de que la pensión de jubilación pueda concurrir con la actividad por cuenta propia del profesional colegiado que, al amparo de la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados), hubiera optado por quedar encuadrado en la mutualidad de previsión social de su correspondiente Colegio Profesional, en lugar de darse de alta en el RETA.

A este respecto se ha de recordar que, con el fin de eliminar lo que se consideraba un privilegio de los profesionales liberales con respecto al resto pensionistas de jubilación, la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, estableció (a través de su art. Único) que el régimen general de incompatibilidad entre la pensión de jubila-

ción y el trabajo del pensionista también sería aplicable a las actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, en base a la Disp. Adicional 15ª de la Ley 30/1995, se hallaran exonerados de la obligación de causar alta en el RETA, con independencia de que quedaran o no integrados en una de las mutualidades de previsión social a las que la indicada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el aquel Régimen Especial.

Sin embargo, dicha reforma tuvo una exigua duración al quedar sin efecto con la Ley 27/2011, cuya Disp. Adicional 37ª ordenó al Gobierno elaborar (sin plazo alguno en cuanto a su cumplimiento) un proyecto de ley sobre compatibilidad entre trabajo y pensión, con la advertencia de que, en tanto no se acometiera dicha regulación legal, se mantendría el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Orden Ministerial; a saber: el de permitir a los profesionales incluidos en una mutualidad alternativa al RETA simultanear tal condición con el disfrute de la pensión.

Expuestas estas tres posibilidades legales de compatibilizar trabajo por cuenta propia y pensión de jubilación, no hay duda de que las dos primeras citadas serían perfectamente aplicables al socio administrador de una entidad mercantil, siempre que éste acreditara, o bien ostentar la mera titularidad de la entidad sin desempeñar en ella ninguna actividad profesional susceptible de encuadramiento en el RETA (primer supuesto), o bien percibir por la actividad desempeñada (aun cuando ésta sea encuadrable en el RETA) unos ingresos anuales inferiores a la cuantía del SMI (segundo supuesto). Aunque, tratándose de un pensionista con una larga carrera de cotización (como ocurre en la sentencia comentada) parece razonable que se obvien ambas vías, con sus correspondientes exigencias probatorias, y se opte directamente por acceder a la jubilación activa, al ser en este caso irrelevante tanto el tipo de actividad profesional por cuenta propia que el pensionista desee realizar como los ingresos que la misma le pueda reportar. Lo que ha permitido ampliar considerablemente el radio de compatibilidad hasta el momento existente entre trabajo y pensión, facilitando y fomentando que el pensionista permanezca laboralmente activo dentro del sistema de Seguridad Social al margen de su actividad profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO PÉREZ, M.J.: «La jubilación en el trabajo autónomo», en AA.VV. *La Pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (dirs.), Ed. Comares, 2015, págs. 341-372.
- GALA DURÁN, C.: «El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión», en AA.VV. *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (dirs.), Ed. Laborum, 2016, págs. 47-66.

- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: «Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, págs. 55-86.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: «El imparable camino hacia la “flexi jubilación” o la compatibilidad plena entre trabajo y pensión», *Revista De Derecho de la Seguridad Social*, núm. 9, 2016, págs. 13-20.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: *La Reforma de la Jubilación (Marco de Referencia y ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

4

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE A NOVIEMBRE DE 2018

Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (Boletín número 199 de 15/10/2018)

Decreto 186/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2018 (Boletín número 194 de 05/10/2018)

Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (Boletín número 200 de 16/10/2018)

Decreto 207/2018, de 20 de noviembre, por el que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, correspondiente a la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública, a las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía y a la Agencia Tributaria de Andalucía (Boletín número 225 de 21/11/2018)

Decreto 208/2018, de 20 de noviembre, por el que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, correspondiente a la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y a la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía. (Boletín número 225 de 21/11/2018)

Decreto 209/2018, de 20 de noviembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2018 de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. (Boletín número 227 de 23/11/2018)

Decreto 229/2018, de 26 de diciembre, por el que se establecen las condiciones específicas a las que debe ajustarse la prórroga del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2019 (Boletín número 250 de 28/12/2018)

Orden de 29 de octubre de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva

para proyectos de acompañamiento, asesoramiento e información en materia de prevención de riesgos laborales (Boletín número 217 de 09/11/2018)

Orden de 29 de octubre de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para proyectos de divulgación, sensibilización y realización de campañas informativas en materia de prevención de riesgos laborales y cultura preventiva (Boletín número 217 de 09/11/2018)

Orden de 17 de noviembre de 2018, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidas a la integración sociolaboral de las personas pertenecientes a colectivos en situación de exclusión social a través de Empresas de Inserción en Andalucía (Boletín número 227 de 23/11/2018)

Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del I Plan de acción contra la desigualdad salarial entre mujeres y hombres en Andalucía (Boletín número 199 de 15/10/2018)

Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Empleo de Personas con Discapacidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía (PEPDA) 2019-2023 (Boletín número 199 de 15/10/2018)

Acuerdo de 18 de diciembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio a realizar una transferencia a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía por importe de ciento cuarenta y cinco millones, veintinueve mil quinientos sesenta y tres euros (145.021.563 euros) del Programa 72A «Energía e infraestructuras y servicios tecnológicos», de la subvención global de Andalucía, Fondos feder 2014-2020 (Boletín número 247 de 24/12/2018)

Acuerdo de 18 de diciembre de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión, mediante Resolución del Servicio Andaluz de Empleo, de la subvención en régimen de concurrencia competitiva, en materia de orientación profesional, a la Fundación para la Formación y Empleo de Andalucía, FOREM (Boletín número 247 de 24/12/2018)