



NÚM. 2
ABRIL 2021



REVISTA DE DERECHO
LABORAL VLEX

v|lex

SUMARIO

► Editorial

Presentación. En homenaje a Aurelio Desdentado

Alberto Palomar, Andrés Trillo y Antonio V. Sempere Navarro 10

► Opinión

Los empleadores deben prevenir la COVID (al hilo de la Ley 3/2021, de 29 de marzo)

Employers must prevent COVID (regarding Law 3/2021 of march 29)

Antonio V. Sempere Navarro 15
Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo. Ex Abogado Miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

► Preguntas y respuestas

Preguntas y respuestas sobre conciliación y corresponsabilidad

Questions and answers on conciliation and corresponsibility

Ana de la Puebla Pinilla..... 18
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

► Sección doctrinal

Brexit y Seguridad Social

Brexit and Social Security

Pilar García Perea 25
Letrada de la Administración de la Seguridad Social

La venta de la unidad productiva y efectos de la sucesión de empresa en el texto refundido de la Ley concursal

The disposal of a production unit and the effects of company succession in the consolidated text of the insolvency act

Clara Cordón Marrodán..... 34
Abogada-BM&A Asesores Legales

Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de directiva del parlamento europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho

Digital disconnection: beyond the (scarce) spanish legislation. European parliament proposal for a directive and practical instructions to respect this right

Javier Velasco Lozano..... 47
Abogado laboralista-Garrigues

Incidencia en el ámbito laboral de las medidas sanitarias limitativas de derechos fundamentales en tiempos de la COVID-19

Impact in labour field of health measures limiting fundamental rights in times of COVID-19

Juan José Tovar Rocamora..... 59
Abogado laboralista-Ceca Magán Abogados

Trabajo dependiente: casos recurrentes, espejismos (plataformas digitales) y viejas realidades (cooperativas de trabajo asociado)

Subordinate work: recurrent cases, mirages (digital platforms) and old realities (partnership cooperatives)

Rodrigo Martín Jiménez..... 75
Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

► Sección jurisprudencial

La extinción del contrato por enfermedad: ¿es la COVID-19 una enfermedad estigmatizante?

The termination of the contract due to disease: is COVID-19 a stigmatizing disease?

Ana M^a Romero Burillo..... 82
Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

Las consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo. A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de 9 de febrero de 2021

The consequences of breach of the commitment to maintenance of employment. On the purpose of the Judgement of the Social court no. 5 of Bilbao of feb 9, 2021

José Antonio Buendía Jiménez..... 90
Magistrado del Juzgado de lo Social núm. tres de Elche

La dependencia como rasgo fundamental de la relación laboral

Dependence as a fundamental feature of the employment relationship

Luis Fernando de Castro Mejuto 97
Presidente de la Sala de lo Social del TSJ Galicia. Magistrado especialista. Fiscal en excedencia. Profesor asociado de la UDC. Doctor en Derecho

Sobre la posibilidad de imponer a los trabajadores la realización de una prueba PCR o la vacunación frente a la COVID-19

Imposing workers to carry out a PCR test or vaccine against COVID-19

M^a del Puy Abril Larrainzar 103
Abogada. Profesora y Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Permiso retribuido por nacimiento de hijo regulado por convenio colectivo tras la modificación del ET por el RDL 6/2019, de 1 de marzo Sentencia Tribunal Supremo 98/2021, de 27 de enero

Leave withdrawn for the birth of a child regulated by collective agreement after the modification of the ET by RDL 6/2019, of march 1

Carmen Sánchez Trigueros 114
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

La lesión sufrida en el aparcamiento de la empresa es accidente de trabajo por aplicación de la teoría de la ocasionalidad relevante. A propósito de la STS de 13 de octubre de 2020

The injury suffered in the company parking is a work accident by application of the theory of relevant occasionality for the purpose of the sts of october 13, 2020

Carlota M^a Ruiz González 121
Profesora ayudante de derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) núm. 4267/2020, de 9 de diciembre de 2020 (recurso de casación núm. 55/2020), Sobre el cómputo de despidos para determinar si se está ante un despido colectivo

Case commentary on the supreme court (social chamber) decision no. 4267/2020, of 9 december 2020 (appeal no. 55/2020), on the calculation of the number of dimissals taken into consideration in order to determine whether a collective dismissal has taken place

Sara Alcázar Ortiz 127
Profesora contratada doctora de derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Comentario a la sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) 1137/2020, de 29 de diciembre

Case commentary on the supreme court (social chamber) decision no. 1137/2020, of 29 december

Martín Godino Reyes 132
Doctor en derecho. Director de Sagardoy abogados

Efectos económicos de la it con etiología cuestionada. Comentario a la STS 22/2021 de 13 de enero (rcud 2245/2019)

Economic effects of ti with questioned aetiology. Commentary on STS 22/2021 of 13 january (rcud 2245/2019)

Fermín Gallego Moya 139
Cargo: abogado. Profesor asociado (acred. Contratado doctor) Universidad de Murcia

Comentario a la sentencia del tribunal supremo, sala de lo social, 217/2021, de 17 de febrero, sobre tutela de derechos fundamentales por falta de medidas de prevención de riesgos laborales en el ámbito del empleo público: avances en la protección de la prevención que tal vez lleguen de la mano del SARS-COV-19

Protection of fundamental rights due to lack of occupational risk prevention measures in the public employment sector: progress in the protection of risk prevention may be triggered by SARS-COV-19

Raquel Vida Fernández 146
Profesora colaboradora de derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Escritorios limpios y libertad sindical

White desk and trade unions

Isabel Marín Moral 154
Abogada. Doctora en Derecho y profesora de la Universidad Francisco de Vitoria

► **Criterios interpretativos relevantes**

Criterios interpretativos relevantes

Relevant interpretative criteria

Juan Ignacio del Valle de Joz 161
Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM.
 Alberto Llorente Álvarez 161
Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM

► **Contenidos llamativos de negociación colectiva**

La negociación colectiva ante la nueva normativa legal en materia de trabajo a distancia.
 Balance de su primer semestre de vigencia

Collective bargaining in the face of the new legislation on remote working. Balance of the
 first half-year in force

Bernardo García Rodríguez 171
*Abogado Laboralista. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
 Universidad Rey Juan Carlos*

► **Recensiones bibliográficas**

Recensión: la protección por desempleo: cuestiones cruciales

Recension: unemployment protection: crucial issues

Camino Ortiz de Solórzano Aurusa 177
Profesor Titular (i) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

► Las otras revistas

En busca de los orígenes (II). Reflexiones del maestro Luis Enrique de la Villa sobre el papel de las revistas en la doctrina laboral (primera parte)

Looking for the origins (II): considerations of professor Luis Enrique de la Villa about magazines' role in labor doctrine (first part)

Jesús R. Mercader Uguina 182
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

► Diálogo social y solución de conflictos

Sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos colectivos laborales de ámbito estatal: la madurez de los sistemas de solución autónoma de conflictos

Sixth agreement independent labour dispute resolution at the state level: the maturity of the system

Beatriz Losada Crespo 187
Inspectora de Trabajo y Seguridad Social. Directora de la Fundación SIMA FSP

► Reflexión monográfica

Efectos secundarios del error de diagnóstico en las dolencias del derecho de huelga

Side effects of diagnostic error in the wrongs of right to strike

M. Luisa Gómez Garrido 192
Presidenta de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha. Doctora en Derecho

DIRECCIÓN

Alberto Palomar Olmeda

Magistrado (E.V). Profesor Titular (ac.) de Derecho Administrativo
Socio de Broseta Abogados

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad (S.E.). Magistrado del Tribunal Supremo. Ex Abogado
Miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

Andrés Ramón Trillo García

Letrado Jefe del Servicio Jurídico Delegado Central del INSS

COORDINACIÓN

María Begoña García Gil

Profesora Titular (I) de la Universidad Rey Juan Carlos

SECRETARIADO

Inmaculada Baviera Puig

Profesora Titular de la Universidad de Navarra

CONSEJO EDITORIAL

Puy Abril Larraínzar

Doctora en Derecho. Abogada de *Andersen*.

Sara Alcázar Ortiz

Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Zaragoza

José Antonio Buendía Jiménez

Magistrado de lo Social de Elche.

Angélica Díaz de la Rosa

Profesora Titular de la Universidad de La Coruña

Ana de la Puebla Pinilla

Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid

Francisco Javier Fernández Orrico

Profesor Titular de la Universidad Miguel Hernández.
Subinspector de Empleo (E.V.)

Fermín Gallego Moya

Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Murcia

Bernardo García Rodríguez

Abogado Laboralista y Doctor en Derecho. Profesor asociado de la Universidad Rey Juan Carlos

Martín Godino Reyes

Director de Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho

Luisa María Gómez Garrido

Presidenta de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha. Doctora en Derecho

Rosa González de Patto

Profesora Titular de la Universidad de Granada

Juan Ignacio del Valle de Joz

Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho.
Profesor Asociado de la Universidad Complutense

Beatriz Losada Crespo

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social.
Directora del SIMA

Alberto Llorente Álvarez

Letrado de la Seguridad Social

Isabel Marín Moral

Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Francisco de Vitoria.

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de la Universidad Carlos III.
Counsel de Uría & Menéndez

Ana María Romero Burillo

Profesora Titular y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Lleida.

Carlota Ruiz González

Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de Extremadura.

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Murcia.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ORIGINALES

Los trabajos que serán objeto de publicación en la **Revista Derecho Laboral vLex** habrán de ser originales e inéditos. En el caso de haber sido previamente publicados en una obra colectiva será precisa la autorización de la Dirección.

Los trabajos deberán estar escritos en español, en Microsoft Word o formato compatible, y se deberán enviar por correo electrónico a la dirección revistaderecholaboral@vlex.com. Y se enviará, junto con el original, un duplicado del trabajo anonimizado para facilitar su evaluación anónima y por pares.

Los trabajos deberán escribirse con interlineado sencillo, en letra times new roman de tamaño 12. Las notas a pie de página se escribirán con el mismo interlineado y tipo de letra, con tamaño 10.

Se deberán incluir en la primera página el título del trabajo en letra mayúscula y negrita, seguido del nombre y apellidos de su autor o autora, incluyendo su cargo profesional y, en su caso, la institución a la que pertenece. Todo ello precediendo el sumario del trabajo, que precederá un resumen del mismo y una relación de hasta cinco palabras clave. El resumen y las palabras clave deberán redactarse en español y en inglés.

Los epígrafes del trabajo se ordenarán en números romanos, I., II., III., IV., y los subepígrafes se ordenarán numéricamente: 1, 1.1., usándose letras a partir del tercer subepígrafe: a), b). Todo ello con letra negrita.

Las referencias bibliográficas se ubicarán a pie de página, sin perjuicio de incluir un último epígrafe no numerado en mayúsculas y negrita titulado BIBLIOGRAFÍA, donde se incluirá en orden alfabético toda la que se haya citado.

La bibliografía se citará de la siguiente manera:

Monografía: APELLIDO APELLIDO, N.: *Título de obra*. Editorial, Lugar, Año.

Artículo de revista o capítulo en obra colectiva: APELLIDO APELLIDO, N.: «Nombre del Artículo», *Nombre de la revista o publicación*. Editorial, Lugar, Año.

La referencia a una página se citará como p. y si es a varias páginas pp.

Las obras que ya hayan sido citadas en el mismo trabajo se citarán de forma abreviada indicando: APELLIDO APELLIDO, N., cit., p.

► **Editorial**

PRESENTACIÓN. EN HOMENAJE A AURELIO DESDENTADO

Autores: Alberto Palomar Olmeda, Andrés Trillo y Antonio V. Sempere Navarro

El pasado día 19 de marzo fallecía, víctima de rápida enfermedad asociada a la pandemia que nos azota, el que ha sido Magistrado del Tribunal Supremo durante muchos años (1986/2014), D. Aurelio Desdentado Bonete.

Para nuestra joven Revista constituye un acto debido el abrir este segundo número dedicando las palabras del editorial a rendirle sincero homenaje.

EL RECUERDO DE ALBERTO PALOMAR

Es, realmente, difícil encontrar uno o varios elementos que presentar como significativo algo de la vida de un magistrado y, mucho menos, de Aurelio Desdentado. Su obra intelectual y su producción judicial es, ciertamente, impresionante como lo es, sobre todo, su deseo de ejercer la judicatura por encima de todo y sobre todo. Recibió ofertas diferentes en lo judicial y en lo organizativo pero siempre se mantuvo en lo que realmente le gustaba: la aplicación del Derecho.

Tuve el privilegio de conocer en ambos anteriores a que ambos –en periodos y categorías diferentes– conviviéramos en la vida

judicial. La ordenación de la Seguridad Social nos unió. Momentos apasionantes los de transmutar de un sistema de aseguramiento a un sistema público de Seguridad Social. A mi la cuestión más de la publicación del sistema me llenaba mucho como reto intelectual. Aurelio fue uno de los primeros en leer el Derecho Público de la Seguridad Social y en compartir conmigo sus impresiones y los problemas, específicamente, los de fuero jurisdiccional que no se si aún pueden considerarse superados. Recuerdo, como si fuera hoy, la invitación a comer con otro magistrado del Tribunal Supremo, y el largo rato de debate sobre una obra que, ciertamente, era puramente intuitiva. Me alagó tanto la lectura, la invitación y el debate que demuestran la importancia de la curiosidad intelectual y de la necesidad de la ordenación sistémica del derecho que no he resistido a recordarlo en este momento.

La vida convirtió a un empleado público de un cuerpo superior relevante en un magistrado del Tribunal Supremo que durante muchos años ha sido la referencia. Ser referente es, en este ámbito, ser consciente, ser valiente y ser consecuente con la ingente labor de administrar justicia. Yo no tengo referencias sobre administrar justicia fuera de la trinchera de las primeras instancias y, por tanto, carezco del elemento valorativo de la impor-

tancia de la casación, del valor del precedente y del conjunto de relaciones jurídicas que penden de una única decisión. Es evidente que esto está reservado para pocos. Lo importante de esta posición es la de vivirlo con naturalidad y, sobre todo, con la ilusión del conocimiento. Es necesario ser consciente de que la aplicación del derecho tiene muchos matices, muchas aristas, no todo es blanco ni negro. No siempre se acierta, no siempre hay una posición definitiva y es la adición de esfuerzos la que, finalmente, nos lleva a una labor mínimamente consolidada. Los que le conocieron saben que en estas posiciones era tremendamente fácil encontrar a Aurelio. El matiz, el cambio, la transformación. Hacer de lo difícil, fácil. Labor nada menor cuando el conjunto de los operadores jurídicos espera tu decisión.

Es cierto que muchas de estas cualidades son, finalmente, el fruto de –haber vivido– mucho y con intensidad. Haber sido cocinero –ordenación–, gestor y luego fraile son elementos que te dan una visión diferente del mundo de la aplicación de las normas que, desde luego, tenía Aurelio

La consecuencia de lo anterior podemos decir sin miedo a equivocarnos que el conjunto de la comunidad jurídica tuvo para Aurelio el mayor reconocimiento situado, especialmente, en el respeto. El respeto del trabajo diario, de la seriedad y el deseo de conseguir una solución ajustada al Ordenamiento, en una palabra, el respeto por su profesión y su vocación.

EL RECUERDO DE ANDRÉS TRILLO

Destacan en la figura de Aurelio Desdentado sus aportaciones a la configuración del derecho de la Seguridad Social, desde varia-

das perspectivas, tanto en sus actuaciones como funcionario, como profesor, como tratadista o como magistrado. Ciertamente es poco conocida su faceta como funcionario del Cuerpo de Técnicos de la Administración Civil del Estado, dedicándose durante unos años a la ordenación jurídica de la Seguridad Social y su ocupación como uno de los abogados laboristas con más profundos conocimientos en esta materia. Como profesor y tratadista, destaca por encima de todo, la redacción, con el profesor De la Villa Gil, de uno de los manuales más importantes sobre Seguridad Social, “Manual de Seguridad Social” (1977) que ha sido el paradigma de la concepción moderna de la Seguridad Social española y modelo a seguir por la manualística posterior; igualmente fue trascendental en su tiempo y también en colaboración con el profesor De la Villa la redacción del “Informe sobre la Reforma del Sistema de la Seguridad Social” (1983).

Quizás su aportación más trascendente al mundo del derecho de la Seguridad Social la ha realizado en su faceta como magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los últimos 30 años. Han sido miles de sentencias del Supremo Tribunal que llevan su sello, perfilando el derecho de la Seguridad Social primariamente interpretado por la Administración a través de lo que se ha venido a llamar la “legislación subterránea”, un enrevesado mundo de las normativas internas y criterios administrativos. Sin duda son muy relevantes sus aportaciones en la interpretación de las reglas internacionales de coordinación en materia de Seguridad Social ([STS de 9.3.1999](#) o de [12.3.2013](#)) o su aplicación analógica al derecho interno ([STS 13.12.2012](#)); de los efectos temporales de las actuaciones administrativas ([STS de 10.3.1997](#)); a perfilar el accidente in itinere ([STS de 6.3.2007](#) o de [26.12.2013](#)); o la jubilación anticipada ([STS 24.10.2006](#)), o la jubilación parcial ([STS 3.2.2014](#)), y así un largo etcétera de interpretaciones de nor-

mas de Seguridad Social que han contribuido a la clarificación de instituciones no siempre nítidas.

A mi juicio una de sus aportaciones más importantes a la dogmática de la Seguridad Social ha sido la de construir una doctrina general sobre la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones como consecuencia de los incumplimientos empresariales en materia de afiliación y/o alta y cotización. En efecto, ante la abdicación del titular de la potestad reglamentaria para cumplir con la previsión legal de regular los supuestos de imputación de este tipo de responsabilidad y la abstención en la actuación de las entidades gestoras, se había dictado una jurisprudencia dubitativa y contradictoria sobre los supuestos de imputación. Es a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997, completada por otra de 1 de febrero de 2000 cuando se establece una teoría general.

La doctrina distingue la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de otras potestades administrativas como la recaudatoria y la sancionadora, centrando la visión en el carácter resarcitorio de la institución, de manera que la responsabilidad empresarial vendrá determinada por la afectación que el incumplimiento empresarial provoca en el momento del hecho causante para el cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación o en la determinación de la cuantía de la misma, determinándose la responsabilidad en proporción al daño causado (sentencia de 27 de febrero de 1996), a lo que habrá que unir en el caso de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales la naturaleza del incumplimiento empresarial, distinguiéndose los incumplimientos ocasionales y transitorios, que no dan lugar a la responsabilidad, de aquellos que sean continuados o rupturistas que sí dan lugar a la misma. Para cerrar el círculo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013

clarifica la división de responsabilidades en el abono de las pensiones derivadas de enfermedad profesional entre el INSS y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tras un cambio normativo que no delimitaba con claridad los límites temporales de la distribución de responsabilidades.

EL RECUERDO DE ANTONIO V. SEMPERE

No cabe duda de que se ha ido un Grande del Derecho.

Así lo corroboran personas de disciplinas muy diversas, no solo del ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por eso, como he manifestado en alguna ocasión, es empresa destinada al fracaso la de resumir en unas líneas el perfil de un jurista tan excepcional, tan prolífico (ponencias judiciales, votos particulares, artículos, conferencias, libros, clases, congresos, jornadas, etc.), tan cercano (admitiendo el diálogo sin distinción de categoría profesional, abriendo fácilmente las puertas de su amistad), tan ilicitano (emprendedor, competidor no envidioso, campechano, vehemente, cordial), tan empático (siempre intentando ayudar a la resolución de los más variados problemas ajenos), tan modesto (esto es innegociable) como culto (lector insaciable, curioso endémico).

Su honestidad, integridad, y valentía han quedado acreditadas en múltiples ocasiones (plantando cara a problemas de salud, afrontando serias amenazas terroristas, defendiendo sus propias tesis sin importarle el auditorio, jugándose la propia salud por su implicación personal en el trabajo judicial). Su excepcional aportación tanto académica cuanto judicial es fácil de rastrear y condiciona en muchas cuestiones el panorama

actual de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su huella personal, por el contrario, difícilmente podrá inventariarse, habida cuenta de los innumerables testimonios (sin exageración) que deberíamos reunir para ello, comenzando por los de sus familiares y allegados.

Sus múltiples monografías, frecuentemente gestadas en comandita con algunas personas allegadas, constituyen un caudal inagotable de sabiduría aplicada, de exposición erudita pero nada engolada, de crítica siempre fundamentada. Varias de ellas, por sí solas, podrían haber sido una Tesis Doctoral, grado que por algún ignoto motivo nunca quiso colacionar.

Abogado laboralista de origen (asociado a la órbita del Maestro De la Villa Gil), funcionario de la Seguridad Social después, Profesor Universitario en diversas etapas y centros. Pese a ello, durante muchos años fue el número 1 del escalafón judicial, con la consiguiente carga de integrar múltiples Salas especiales del Tribunal Supremo, sin queja alguna por el plus de responsabilidad. Lo prodigioso es que, al tiempo, mantenía relación muy fluida con múltiples colectivos de ámbitos universitarios, funcionariales, profesionales o, por supuesto, judiciales. Abundan quienes ahora manifiestan que fueron ayudados de forma decisiva en alguna coyuntura personal complicada; Gabinete de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, editoriales jurídicas varias, colegios profesionales, áreas de conocimiento o departamentos universitarios, asociaciones de todo tipo, sindicatos, cuerpos funcionariales de la Seguridad Social y un largo etcétera.

No es el momento de examinar detalladamente sus escritos judiciales (autos, sentencias, votos particulares), pero sí de manifestar que en todos ellos late el rigor y deseo de dispensar una tutela judicial completa. La disección del problema siempre da paso

a una argumentación brillante, sólida; tanto que en ocasiones quien discrepa de la solución tarda en hallar el modo de combatirla. Aunque las sentencias son una obra colectiva, es innegable que su impronta aparece como decisiva en múltiples aspectos (configuración de la casación unificadora, perfiles de las contratas, ámbito de los conflictos colectivos, indefinidos no fijos, pensión de viudedad, nulidad del despido, presupuestos de la discriminación, compatibilidad de los derechos fundamentales con la fiscalización empresarial, límites de la huelga, vacaciones, extinción causal anticipada, etc., etc.), con frecuencia adaptando las normas a supuestos no previstos por ellas.

Doy fe de que las paredes del edificio que mira a la Plaza de la Villa de París siguen reflejando su figura, igual que la Biblioteca (como otras muchas) le sigue prestando libros de los más diversos temas, por no hablar de quienes compartieron con él múltiples episodios. Incluso quienes polemizaron abiertamente con sus tesis, lamentan sinceramente su partida.

Estoy seguro de que Bartolomé Ríos Salmerón (que también nos abandonó ya) permitirá que ahora apliquemos a Aurelio Desdentado las palabras que éste le dedicó: hay en nuestro recordado, a la vez, pasión dogmática por el Derecho como sistema de conceptos y pasión crítica por la insatisfacción que nos produce la distancia entre las realizaciones del Derecho y los ideales de justicia. Era un excepcional jurista, un creador del lenguaje jurídico, un juez preocupado por la formación de los jueces. Un hombre profundamente justo, socialmente justo. Un jurista hecho de una pieza.

Es imposible no ilustrar estas líneas con algún recuerdo personal, aunque ello siempre me ha suscitado la duda de si, de ese modo, quien escribe asume un indebido protagonismo. Me limitaré a dos, tan casuales como

emblemáticos. Aurelio fue designado miembro del Tribunal Supremo cuando terminaba el mes de febrero de 1986, justo al tiempo que yo opositaba para ser Catedrático (en la Universidad de Oviedo); accedíamos a un Cuerpo funcional de modo simultáneo. En

2014 bastó una frase suya (“tienes el deber cívico de presentarte”) para resolver mis dudas sobre si concurría a la vacante que su jubilación dejaba en la Plaza de la Villa de París. Y aquí estoy, echándole de menos.

► **Opinión**

LOS EMPLEADORES DEBEN PREVENIR LA COVID (AL HILO DE LA LEY 3/2021, DE 29 DE MARZO)

Employers must prevent COVID (regarding Law 3/2021 of march 29)

Autor: Antonio V. Sempere Navarro

Cargo: Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo. Ex Abogado Miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

Punto de partida.— Los acontecimientos asociados a la pandemia que azota nuestras vidas desde que avanzó unas semanas el año 2020 han convulsionado todas las parcelas de la realidad social. El ámbito de las relaciones laborales lejos de resultar una excepción, aparece como uno de los más afectados. El legislador (tanto de emergencia cuanto ordinario) se ha ocupado en diversas ocasiones de ello, como resulta lógico. Estas líneas van a centrarse en un aspecto concreto: el de las medidas de prevención sanitaria que gravitan sobre las empresas como consecuencia de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Se trata de una norma de contenido heterogéneo, como su propio nombre indica, que procede de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 21/2020 de 9 de junio; de manera inopinada, este no aparece mencionado expresamente en la Ley, ni siquiera para constatar su derogación expresa.

Preceptos objeto de comentario.— Orillando ahora múltiples prescripciones de la Ley que poseen incidencia directa sobre determinados sectores de actividad sanitaria (art. 8º), docente (art. 9º), servicios sociales (art. 10º), comercio (art. 11), hotelería (art. 12), restauración (art. 13), cultura (art. 14), deporte (art. 15), transporte público (art. 17 ss) y otras varias (art. 16), interesa centrar la atención en tres preceptos. El primero de ellos (art. 7º) establece obligaciones para los diversos centros de trabajo; el segundo tipifica como infracción administrativa el incumplimiento de tales deberes (art. 31.5); el tercero, en fin, habilita a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) para fiscalizar su cumplimiento (art. 31.4)

Vigilancia de las nuevas obligaciones.— Saliendo al paso de cualquier duda sobre el particular, la Ley habilita a la ITSS (Inspectores; Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral) para vigilar y requerir el cumplimiento de las nuevas obligaciones. En caso de detectar incumplimientos sancionables, podrán extender actas de infracción.

Puesto que determinados funcionarios pueden estar habilitados por las Comunidades Autónomas para realizar funciones técnicas comprobatorias (art. 9.2 LPRL) también podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información o fiscalizadoras; en ese caso, aunque sus comprobaciones poseen presunción de certeza (art. 23 LOITSS), deberán remitir su Informe a la ITSS a fin de que, en su caso, levante la correspondiente acta de infracción.

Tipicidad y sanción administrativa.— Dispone el legislador que si cualquier empleador incumple las nuevas obligaciones incurre en una infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales. Eso comporta la imposición de una multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros (art. 40.2 LISOS). Y para su gradación intervienen factores muy diversos como el número de personas afectadas, el carácter esporádico o permanente de la infracción, la conducta empresarial en otros temas, etc. (art. 39.3 LISOS).

Si quien incumple es una administración pública se aplica el procedimiento específico (art. 42.4 LISOS), conforme al cual procede adoptar medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos (art. 45.1 LPRL), detalladamente reguladas para la Administración General del Estado (RD 707/2002, de 19 de julio).

Reglas generales.— Las nuevas obligaciones no entran en el debate acerca de su naturaleza (sanitarias, salud, preventivas) por lo que surgen “sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación”. Es decir, ahorran el debate sobre si estos deberes podrían haberse entendido incluidos en los genéricos de la LPRL.

Mayores problemas interpretativos presenta la identificación del sujeto afectado por estos deberes: “el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades”. El artículo 2.8 de la LISOS identifica como sujetos responsables a “Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales”. No parece probable que ahora se haya querido alterar esa delimitación.

Locales de trabajo.— La primera obligación específica consiste en adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas. Eso significa que hay que estar a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, atendiendo asimismo a los protocolos que se establezcan en cada caso. De este modo, las previsiones o recomendaciones sanitarias acaban integrando el alcance de verdaderas obligaciones derivadas del contrato de trabajo para el empleador.

Material desinfectante.— No por conocida carece de relevancia la obligación empresarial de poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes.

Adaptación del trabajo.— Sin duda alguna, lo más relevante es la obligación empresarial de “adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos”. Tanto la referencia material cuanto la cronológica pone sobre la pista de que aquí caben múltiples posibilidades y de que la obligación empresarial difícilmente podrá considerarse cumplida sin una adecuada información o consulta (cuando no negociación) a la representación legal de quienes trabajan (RLT).

Distancia interpersonal.— La protección frente a la COVID-19 incluye la adopción de

medidas para garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Si ello no es posible, la empresa debe proporcionar a su plantilla equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.

Desmasificación.— En fin, también ha de adoptar la empresa medidas para evitar la coincidencia masiva de personas en los centros de trabajo (pertenezcan o no a la propia plantilla).

Presencialidad.— En línea con lo previsto desde las primeras normas para frenar la pandemia (art. 5º RDL 8/2020) se apuesta por el trabajo a distancia (“uso del teletrabajo”). Presuponiendo, de modo poco claro, se le pide también al empleador que adopte

“medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo”.

Apunte final.— La tramitación parlamentaria apenas ha servido para mejorar las lógicas ambigüedades de una norma de emergencia. Buenas dosis de sensatez y de hermenéutica jurídica paliarán, sin duda, esas carencias. No haber derogado el RDL 20/2021 y omitir la modificación de la LISOS aparecen como insuficiencias de la Ley. La redacción de algunos deberes empresariales debiera haberse concordado con otros preexistentes y similares. En todo caso, por fortuna, la práctica de los meses precedentes constituye una buena piedra de toque para realizar una aplicación razonable de lo expuesto. Como siempre, es deseable que cada cual aporte su granito de arena.

► Preguntas y respuestas

PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

Questions and answers on conciliation and corresponsibility

Autora: Ana de la Puebla Pinilla

Cargo: Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: Conciliación, corresponsabilidad, suspensión por maternidad, suspensión por paternidad, discriminación por razón de sexo, discriminación indirecta, permisos retribuidos, salario variable

Keywords: Family-work balancing, shared responsibility, maternity leave, paternity leave, childbirth leave, sex discrimination, indirect discrimination, paid leave, flexible salary/wage.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

1. ¿Tiene efectos prácticos la distinción entre conciliación y corresponsabilidad?
2. ¿Es discriminatorio excluir del cálculo del salario variable, los periodos de ejercicio de derechos de conciliación?
3. ¿Hay discriminación si son los hombres quienes ejercen los derechos de conciliación y corresponsabilidad?
4. ¿Pueden excluirse de la retribución de los permisos para conciliación algunos conceptos salariales?

I. INTRODUCCIÓN

La conciliación de la vida familiar y laboral es un objetivo que el ordenamiento laboral persigue desde hace tiempo. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, respondió a la necesidad de transponer a la legislación española las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, y lo hizo superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas mediante la incorporación de numerosos cambios legislativos en el ámbito laboral. La posterior Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), y el más reciente RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, continúan en el camino de fomentar la conciliación pero añadiendo la perspectiva de la igualdad de trato, con la finalidad de evitar que las medidas de conciliación contribuyan a incrementar la brecha de género en vez de actuar como instrumentos que favorezcan la igualdad entre trabajadoras y trabajadores.

Según datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en el año 2019, del total de excedencias por cuidado de hijos disfrutadas, el 90,93% correspondieron a mujeres y un 81,26% en el caso de excedencias por cuidado de familiares. La mayor dedicación de las mujeres al cuidado de los hijos y, en general, a las labores del hogar, se refleja también en las estadísticas de contratos a tiempo parcial. Según los datos de la EPA del cuarto trimestre de 2020, del total de ocupados a tiempo parcial, un 74% eran mujeres. Cuando se atiende al motivo por el que se opta por esta modalidad de contrato, del total de trabajadores a tiempo parcial que manifestaron que el motivo

de trabajar a tiempo parcial era el cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores, el 93,9% eran mujeres. Este mayor porcentaje de mujeres trabajando a tiempo parcial, en relación con el número de trabajadores varones contratados con esta modalidad, es también un claro indicador de desigualdad entre hombres y mujeres en cuanto al reparto de las tareas domésticas ya que es el mecanismo más utilizado para poder atender a determinadas tareas del hogar sin perder la continuidad en el trabajo. Alrededor del 30% de mujeres trabaja a tiempo parcial, frente a solo el 8% de hombres.

Esta situación justifica y hace imprescindible que el análisis de las medidas de conciliación, su valoración y su enjuiciamiento, atienda a esa perspectiva de género evitando que los instrumentos de conciliación ahonden y perpetúen las diferencias laborales y profesionales entre mujeres y hombres.

En torno a esta cuestión se suscitan interesantes problemas prácticos. Problemas que afectan al impacto que el ejercicio de los derechos de conciliación tiene sobre las condiciones laborales de trabajadoras y trabajadores. En particular, son especialmente significativos los referidos a las consecuencias que el ejercicio de estos derechos puede producir sobre la retribución de los trabajadores. Además de la dificultad de determinar cómo y hasta dónde puede resultar afectado el salario de las personas trabajadoras, su posible incidencia en la brecha salarial de género añade interés a esta problemática. Se han seleccionado, para su análisis y respuesta, algunas preguntas sobre cuestiones que la práctica empresarial y judicial revelan como más actuales y controvertidas.

II. PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD

1. ¿Tiene efectos prácticos la distinción entre conciliación y corresponsabilidad?

La finalidad de permitir la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras estaba ya implícita en algunas medidas recogidas desde las primeras versiones del Estatuto de los Trabajadores. La noción de corresponsabilidad es sin embargo mucho más reciente. La corresponsabilidad apela al reparto equilibrado de las tareas domésticas y de las responsabilidades familiares, tales como su organización, el cuidado, la educación y el afecto de personas dependientes dentro del hogar, con el fin de distribuir de manera justa los tiempos de vida de mujeres y hombres. Tal objetivo estaba ya contemplado en las primeras normas sobre conciliación pero solo se materializa a través de medidas eficaces en normas relativamente recientes.

La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 ya anunciaba que su objetivo era avanzar en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres facilitando que “los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”. Pero las medidas que incorporaba no contemplaban incentivos específicos para fomentar la implicación de los hombres en las tareas de cuidado familiar y no fueron suficientes para alterar una estructura social en la que los cuidados de hijos y dependientes sigue cayendo sobre las mujeres. Los datos estadísticos, anteriormente apuntados, demuestran que son las mujeres las que de forma mayoritaria utilizan los distintos instrumentos que las normas laborales contemplan para permitir la conciliación.

El RDL 6/2019 ha supuesto un impulso significativo en el terreno de la corresponsabilidad. Se incorpora ya de forma expresa este concepto, señalándose que “El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y en la ocupación”. La norma supera su posición “neutra” en el reconocimiento de derechos de conciliación e incorpora medidas correctoras que persiguen fomentar su utilización por los hombres. Además de equiparar la duración de los permisos por nacimiento y cuidado de hijos al margen del sexo del trabajador que ejerce este derecho, se incorporan normas que prohíben la transferencia de derechos de las trabajadoras a los trabajadores y viceversa y una suerte de bonus cuando ambos progenitores ejercen los derechos de conciliación. La intransferibilidad, –de la suspensión del contrato por nacimiento o cuidado de hijos, del incremento de dos semanas en caso de nacimiento o adopción múltiple o de hijo discapacitado, o de la hora de ausencia al trabajo en caso de nacimiento prematuro–, supone que la renuncia por cualquiera de los progenitores al ejercicio de sus derechos no incrementa ni mejora el derecho que corresponda al otro progenitor, incentivando así el uso por ambos de sus derechos. El mismo objetivo persigue la ampliación de la duración del permiso de lactancia en caso de que ambos progenitores opten por disfrutarlo.

En la práctica, la corresponsabilidad supone dotar de un plus a la finalidad que persiguen todas las medidas de conciliación. No se trata ya únicamente de favorecer que las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, puedan conciliar su vida laboral con las exigencias y necesidades de carácter familiar, objetivo que por sí mismo merece la tutela del ordenamiento. Se trata, más allá de esa finalidad, de conseguir que las responsa-

bilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos, de forma que los instrumentos laborales de conciliación se utilicen de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras. Con esa finalidad, las normas laborales pueden incentivar, promover y fomentar que los hombres utilicen los instrumentos de conciliación. Pero, sobre todo, se trata de evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares. Desde esta perspectiva, se amplía la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad. Esta noción sirve por tanto a la finalidad de ampliar la protección de los derechos de conciliación, incluyendo en el ámbito subjetivo de su tutela a los propios trabajadores varones.

2. ¿Es discriminatorio excluir del cálculo del salario variable, los periodos de ejercicio de derechos de conciliación?

La forma de cálculo de las diversas modalidades de salario variable suscita numerosos problemas por su posible incidencia en la igualdad de trato entre trabajadoras y trabajadores. En buen número de casos, la cuantía del salario variable depende de factores vinculados o derivados de la efectiva prestación de servicios de modo que, a efectos de su cálculo, se descuentan los periodos de suspensión, reducción o interrupción de la actividad laboral.

El problema se plantea cuando tales periodos de suspensión o reducción están vinculados con el ejercicio de derechos vinculados a la protección de la maternidad o a la garantía de la conciliación de la vida familiar y laboral.

En particular, la práctica de excluir los periodos temporales correspondientes a interrupciones del contrato vinculadas con el embarazo o la maternidad biológica, –como son las incapacidades temporales vinculadas con el embarazo, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de la madre biológica, o la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia–, resulta nula por discriminatoria en la medida en que se trata de interrupciones de la prestación laboral vinculadas con el hecho biológico femenino y dotadas de una especial protección. El art. 8 LOIMH señala que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad” y el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso de maternidad”, debiendo considerarse tal permiso a favor de las trabajadoras embarazadas como “un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia”; al tener “por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto”.

La [STS de 10 de enero de 2017 \(R° 283/2015\)](#) declaró, por su parte, nula la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo y, por tanto, no considerarlas como días productivos para tener derecho a las retribuciones variables. El problema no se plantea, en estos casos, en relación con el periodo de suspensión –pues durante el mismo se percibe una prestación para cuyo cálculo sí se ha tomado en cuenta el salario variable–. El problema surge porque, tras la reincorporación desde estas situaciones se exige a la trabajadora estar un mes en activo

–y sin percibir el variable– para devengarlo y cobrarlo el mes siguiente.

Pero también resulta discriminatoria la exclusión, a efectos de calcular la retribución variable, de los periodos de suspensión del contrato por ejercicio de derechos de conciliación, como puede ser el permiso por lactancia, la reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares o los permisos retribuidos con finalidad de atender el cuidado de hijos o familiares. En estos casos, se trataría de una discriminación indirecta en la medida en que una decisión o práctica aparentemente neutra, puesto que potencialmente afecta por igual a hombres y mujeres –en cuanto titulares ambos de estos derechos–, pone a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores. Y ello teniendo en cuenta que, –como se acredita con los datos anteriormente apuntados–, son las mujeres las que de forma absolutamente mayoritaria siguen utilizando dichos permisos para atender el cuidado de hijos y familiares. La doctrina judicial ha considerado, en este sentido, que la merma de los incentivos por descontar el tiempo no trabajado a raíz del disfrute de estos permisos constituye una discriminación por razón de sexo ([SAN de 27 de abril de 2020](#)).

Especial dificultad tiene la incidencia de una reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares en el cálculo de salarios variables vinculados a objetivos, resultados, productividad o cualesquiera otras condiciones que requieran una efectiva prestación de servicios. La conexión entre este tipo de reducción de jornada, el derecho a la conciliación y la discriminación indirecta por razón de sexo requiere que el cálculo del salario variable no suponga un perjuicio derivado del ejercicio de estos derechos. La solución, en estos casos, pasa por ajustar proporcionalmente los objetivos a la jornada real desarrollada por el trabajador que reduce su jornada por motivos familiares. Lo que no procede, al

menos tal y como lo considera la [SAN de 19 de febrero de 2020](#) es mantener íntegro el importe del salario variable, que también deberá reducirse proporcionalmente.

3. ¿Hay discriminación si son los hombres quienes ejercen los derechos de conciliación y corresponsabilidad?

El impacto negativo que sobre la relación laboral, y en particular sobre el salario, puede tener el ejercicio por las mujeres de los derechos de conciliación se protege y combate desde la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Cuando son los hombres quienes ejercen los derechos de conciliación y corresponsabilidad, la cuestión que se suscita es si estos trabajadores deben ser también protegidos frente a decisiones empresariales que les perjudiquen en su desarrollo profesional o en el contenido de su relación laboral como consecuencia del ejercicio de tales derechos. Y, en su caso, cómo y sobre qué argumentos debe articularse esa protección.

Está claro que no cabe, en estos casos, apelar a la discriminación por razón de sexo que afecte directamente a los trabajadores. Como el Tribunal Constitucional ha afirmado “el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres” ([STC 26/2011, de 14 de marzo](#)).

Pero ello no impide valorar que tales actuaciones empresariales, en la medida en que limiten, dificulten u obstaculicen el ejercicio por los varones de sus derechos de conciliación, pueden suponer una discriminación por razones familiares en cuanto que menosca-

ban la conciliación de la vida familiar y laboral de estos trabajadores ([STC 26/2011, de 14 de marzo](#)). El impacto de estas decisiones sobre la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres es también evidente. Esta prohibición impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Una decisión o práctica empresarial que perjudique a los hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación puede desincentivar el uso por los trabajadores de los permisos, reducciones de jornada o suspensiones por razones familiares y, por tanto, contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Son actuaciones que, por tanto, discriminan de forma indirecta a las mujeres en cuanto ahondan en el reparto tradicional de papeles en materia de cuidados y responsabilidades domésticas.

La [STS de 23 de septiembre de 2020](#) ofrece un interesante ejemplo sobre esta cuestión. La sentencia se enfrenta a una normativa empresarial que, a efectos de cuantificar la retribución variable, excluía los periodos de suspensión del contrato por paternidad –a pesar de que sí se computaban los correspondientes a la maternidad y al riesgo durante el embarazo–. El Tribunal recuerda que la finalidad del permiso de paternidad (actualmente, permiso por nacimiento y cuidado de hijos) responde a la misma finalidad que la suspensión por maternidad, al menos en lo que excede de las primeras seis semanas obligatorias en caso de parto –que responden al objetivo de proteger la salud de la madre trabajadoras–. Tal finalidad no es otra que la de atender al cuidado y atención del hijo, teniendo en cuenta que el permiso de paternidad atiende, además, al objetivo de fomentar un reparto más equitativo de las

responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

Desde esta perspectiva, el Tribunal advierte que cualquier regulación que fomente “la dedicación exclusiva o prioritaria de la mujer a las tareas domésticas y la exclusión del hombre de las mismas” la convertiría en jurídicamente inadmisibles. Y eso es lo que ocurre con una práctica como la cuestionada: excluir los periodos de paternidad del cómputo de un determinado concepto retributivo puede desincentivar a los hombres que tuvieran intención de disfrutar de dicha suspensión y, en esa medida, perjudicar el objetivo de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres.

Así pues, en la medida en que un determinado acuerdo o una práctica empresarial suponga un obstáculo o desincentivo al ejercicio por los trabajadores varones de los derechos de conciliación, tal decisión estará contribuyendo a la perpetuación de la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos y, en esa medida, supondrá, para las trabajadoras, una discriminación indirecta por razón de sexo.

4. ¿Pueden excluirse de la retribución de los permisos para conciliación algunos conceptos salariales?

Los permisos reconocidos en el art. 37.3 ET son, como indica este mismo precepto, retribuidos. No se pronuncia sin embargo la norma sobre qué retribución debe abonarse durante el disfrute de los permisos, siendo la negociación colectiva la competente para identificar qué conceptos retributivos deben incluirse en la remuneración de los permisos ([STS de 6 de marzo de 2012](#)).

En esta tarea, sin embargo, el convenio colectivo no puede fijar reglas o criterios que

impliquen una merma o menoscabo de la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres. Esto supone que en aquellos permisos enumerados en el art. 37.3 ET vinculados directa o indirectamente con la conciliación no pueden excluirse conceptos retributivos si ello supone una penalización del ejercicio de los derechos de conciliación y, por tanto, un efecto negativo sobre la corresponsabilidad.

Es indiferente, a estos efectos, que la exclusión de un concepto salarial afecte por igual a cualquier trabajador, hombre o mujer, que disfrute del permiso, pues ya se sabe que la prohibición de discriminación alcanza no solo a las discriminaciones directas, sino también a las indirectas, entendiéndose por tales aquellas situaciones en las que “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”. De este modo, determinados conceptos retributivos, que podrían excluirse de la remuneración a percibir durante el disfrute de algunos de los permisos o licencias retribuidas previstas en el art. 37.3 ET, deberán necesariamente incluirse en la retribución cuando se trata de permisos vinculados con la conciliación ([STS 3 de diciembre de 2019](#)). Tales permisos son los correspondientes a: 1º) accidente o enfermedad graves, hospitalización o interven-

ción quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y 2º) ausencia por tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad.

En el primer caso, la razón por la que no pueden excluirse de la remuneración de estos permisos determinados conceptos retributivos remite a la posible discriminación indirecta que ello supondría, al penalizar un tipo de permisos que son utilizados mayoritariamente por mujeres, que asumen con mucha mayor frecuencia el cuidado de familiares en estas circunstancias, sobre un porcentaje menor de hombres. Precisamente por ello, se excluyen los permisos por fallecimiento de familiar en el que el impacto de género es neutro.

En el segundo caso, el impacto de género en los permisos para exámenes prenatales y preparación al parto es obvio y, por lo que se refiere a la asistencia a sesiones formativas e informativas sobre adopción, guarda o acogimiento, se trata de evitar las consecuencias punitivas que la minoración retributiva de estos permisos produciría sobre la corresponsabilidad.

► **Sección doctrinal**

BREXIT Y SEGURIDAD SOCIAL

Brexit and Social Security

Autora: Pilar García Perea

Cargo: Letrada de la Administración de la Seguridad Social

Resumen: El presente artículo pretende ofrecer un breve resumen sobre el escenario que ha supuesto la salida del Reino Unido de la Unión Europea, lo que se ha denominado Brexit, desde el punto de vista de la Seguridad Social. Es un resumen de las cuestiones relativas a la Seguridad Social, en los instrumentos normativos alcanzados, resultado de las difíciles y tensas negociaciones entre las partes implicadas: el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Palabras clave: Brexit, acuerdos, Seguridad Social.

Abstract: This article aims to offer a brief summary of the situation due to the exit of the United Kingdom from the European Union, which has been called Brexit, from the point of view of Social Security. It is a synopsis of the issues related to Social Security, in the normative instruments reached, as a result of the difficult and tense negotiations between the parties involved: Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community and Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part.

Keywords: Brexit, agreements, Social Security.

SUMARIO

- I. SITUACIÓN POSTERIOR AL REFERÉNDUM
- II. EL ACUERDO SOBRE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA
- III. ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA, POR UNA PARTE, Y EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, POR OTRA
 1. Ámbito de aplicación personal. Artículo SSC2 del Protocolo
 2. Ámbito de aplicación material. Artículo SSC.3 del Protocolo
 3. Principios en que se basa el Protocolo
- IV. GIBRALTAR

El 23 de junio de 2016 se celebró en el Reino Unido un referéndum sobre la permanencia de este país en la Unión Europea con la conocida y debatida pregunta: *Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?* (¿Debería el Reino Unido seguir siendo miembro de la Unión Europea o abandonar la Unión Europea?) El resultado de la consulta consistió en que la mayoría de votantes, (un 51.9 %) decidió que su país debía retirarse de la UE.

I. SITUACIÓN POSTERIOR AL REFERÉNDUM

Desde que el 29 de marzo de 2017, el Reino Unido comunicase de forma oficial al Consejo Europeo su intención de abandonar la Unión Europea invocando el procedimiento previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea en adelante (TUE), la actividad negociadora alcanzó un ritmo frenético, teniendo en cuenta los importantes y contrapuestos intereses en juego, junto con una situación nueva que nunca antes se habría producido en el seno de la Unión Europea, cuál era la retirada de un estado miembro. Se otorgó un plazo de dos años con la finalidad de que ambas partes negociasen un acuerdo que regulase su retirada y futura relación, para lograr una salida ordenada. Se alcanzó un consenso sobre el texto del Acuerdo de Retirada el 14 de noviembre de 2018. El Consejo Europeo, en la reunión extraordinaria celebrada el 25 de noviembre de 2018, refrendó dicho Acuerdo. El 19 de febrero de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, en adelante DOUE, la Decisión (UE) 2019/274 del Consejo, de 11 de enero de 2019, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de dicho Acuerdo, junto con los textos del Acuerdo y de la Declaración política en la que se expo-

ne el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido. El Acuerdo de Retirada tendría que ser ratificado por el Reino Unido, de conformidad con sus propias exigencias constitucionales.

Sin embargo, el 15 de enero el Parlamento británico votó en contra del Acuerdo de Retirada propuesto. Esta situación provocó que los estados miembros adoptaran medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido sin que se hubiera alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 TUE. Así, en España se dictó el Real Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptaron medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido para el supuesto de no existir el acuerdo previsto en el artículo 50 del TUE, que no llegó a entrar en vigor. Entre esas medidas se incluyó una sección 5ª dedicada a la Seguridad Social, dentro del capítulo II, Ciudadanía, que contenía, en dos artículos las medidas necesarias para proteger a los trabajadores de los sistemas de Seguridad Social británico y español en defecto del instrumento internacional que regulase, con carácter permanente, la coordinación de ambos sistemas, en aquellos aspectos más relevantes. Tales medidas se hallaban referidas exclusivamente, en este ámbito, a aquellas situaciones que hubiesen tenido lugar con anterioridad a la fecha de retirada del Reino Unido.

Esta situación de bloqueo en el Parlamento del Reino Unido provocó una crisis de gobierno que supuso la dimisión de la primera ministra Theresa May, quien fue sustituida por el nuevo y actual líder conservador, Boris Johnson, el 24 de julio de 2019.

Tres meses más tarde, con fecha 17 de octubre de 2019, la Unión Europea y el Reino Unido alcanzaron un Acuerdo de Retirada, y una nueva versión de la Declaración Política. El Consejo Europeo aprobó ese mismo día los textos. Dos días después, a petición del Reino Unido, el Consejo Europeo aceptó

una tercera prórroga (tras dos precedentes), del plazo previsto en el artículo 50, apartado 3, del TUE, hasta el 31 de enero, a fin de dar tiempo suficiente para la ratificación del Acuerdo de Retirada en el Parlamento británico. El 9 de enero de 2020, la Cámara de los Comunes del Reino Unido aprobó, por 330 votos a favor frente a 231 en contra, el proyecto de Ley sobre el Acuerdo de Retirada.

Los representantes del Reino Unido y de la UE firmaron el Acuerdo de Retirada el 24 de enero de 2020, aprobado por el Parlamento Europeo cinco días después. El Consejo de la Unión Europea concluyó el Acuerdo de Retirada el 31 de enero de 2020, por lo que, a partir del día siguiente, el Reino Unido pasó a ser tercer país y se inició un período transitorio. Ese período temporal se acordó como parte del Acuerdo de Retirada y duró hasta el 31 de diciembre de 2020. Existía la posibilidad de una prórroga, antes del 1 de julio de 2020, pero Reino Unido no la solicitó. Durante ese período transitorio, cuyas condiciones están en la parte cuarta del Acuerdo, Reino Unido quedó fuera de la UE, pero siguió sometido a la legislación europea, las decisiones del Tribunal de Justicia y tuvo que cumplir con todas sus obligaciones.

II. EL ACUERDO SOBRE LA RETIRADA DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA

El Acuerdo de Retirada entró en vigor el 1 de febrero de 2020, tras haber sido pactado el 17 de octubre de 2019, junto con la Declaración Política por la que se establece el marco de la futura asociación entre la Unión Europea y el Reino Unido. Fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 12 de noviembre de 2019, CI 384/1, así

como en DOUE, L 29/7, junto con la Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

Este Acuerdo consta de un preámbulo no muy extenso, que contiene el objetivo de su dictado y los principios a seguir, con en seis partes divididas en 185 artículos. Además, incluye tres protocolos, uno de ellos sobre Irlanda/Irlanda del Norte, otro sobre las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Chipre y el tercero, sobre Gibraltar.

Por su parte la Declaración política, en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido en diferentes ámbitos, fue publicada en el DOUE el 12 de noviembre de 2019.

La Seguridad Social en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía está desarrollada en un extenso título III, denominado coordinación de los sistemas de Seguridad Social, dentro de la segunda parte, dedicada a los derechos y obligaciones (artículos 30 a 36), así como en el anexo I.

En virtud del Acuerdo de Retirada, los Reglamentos Comunitarios de Coordinación (CE) 883/2004 y 987/2009 son de aplicación en las relaciones de los Estados miembros con Reino Unido, a aquellas personas que, a 31 de diciembre de 2020, se encontraran en una situación trasfronteriza UE- Reino Unido.

En cuanto al ámbito de aplicación personal, el artículo 30.1 incluye:

a) ciudadanos de la Unión sujetos a la legislación del Reino Unido al final del período

transitorio, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;

- b) nacionales del Reino Unido sujetos a la legislación de un Estado miembro al final del período transitorio, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- c) ciudadanos de la Unión que residan en el Reino Unido y estén sujetos a la legislación de un Estado miembro al final del período transitorio, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- d) nacionales del Reino Unido que residan en un Estado miembro y estén sujetos a la legislación del Reino Unido al final del período transitorio, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- e) personas no comprendidas en las letras a) a d) que sean:
 - i) ciudadanos de la Unión que ejerzan una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el Reino Unido al final del período transitorio y que, con arreglo al título II del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (13), estén sujetos a la legislación de un Estado miembro, así como los miembros de sus familias y sus supérstites, o
 - ii) nacionales del Reino Unido que ejerzan una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en uno o más Estados miembros al final del período transitorio y que, con arreglo al título II del Reglamento (CE) 883/2004, estén sujetos a la legislación del Reino Unido, así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- f) personas apátridas y refugiadas que residan en un Estado miembro o en el Reino Unido y que se encuentren en una de las situaciones descritas en las letras a) a e), así como los miembros de sus familias y sus supérstites;
- g) nacionales de terceros países, así como los miembros de sus familias y sus supérstites, que se encuentren en una de las situaciones descritas en las letras a) a e) siem-

pre que cumplan las condiciones del Reglamento (CE) 859/2003 del Consejo (14).

Este artículo precisa que dichas personas estarán cubiertas durante el tiempo en el que se encuentren, sin interrupción, en una de las situaciones descritas que afectan a un Estado miembro y al Reino Unido al mismo tiempo. Además, indica que este título también se aplicará a las personas que no estén o hayan dejado de estar incluidas en las letras a) a e) del apartado 1 del artículo, pero que estén incluidas en el artículo 10 del Acuerdo, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites.

El artículo añade que las personas a que se refiere el apartado 3 estarán cubiertas durante el tiempo en que sigan teniendo derecho a residir en el Estado de acogida, en virtud del artículo 13 del Acuerdo o derecho a trabajar en su Estado de trabajo, en virtud de los artículos 24 o 25.

Respecto a la referencia a los miembros de sus familias y a los supérstites, se entiende que dichas personas están cubiertas por este título, solo en la medida en que sean titulares de derechos y obligaciones en calidad de tales en virtud del Reglamento (CE) 883/2004.

Por su parte el artículo 31 recoge las normas de coordinación en materia de Seguridad Social, y el artículo 32 contempla algunas situaciones especiales cubiertas

El artículo 33 prevé determinadas normas aplicables a lo nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza mientras que el artículo 34 recoge, de forma independiente, la cooperación administrativa, de gran importancia en la gestión de las prestaciones de Seguridad Social

El artículo 35 regula el reembolso, recuperación y compensación, y el artículo 36 prevé la

evolución legislativa y adaptaciones de actos de la Unión y, en un primer apartado la modificación o sustitución, los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009 después del final del período transitorio, por lo que las referencias a dichos Reglamentos en el Acuerdo, se referirán a dichos Reglamentos en su versión modificada o sustituida, de conformidad con los actos que figuran en la lista del anexo I, parte II, del Acuerdo.

Además, el Acuerdo prevé que un Comité Mixto revisará el anexo I, parte II, del Acuerdo y lo adaptará a la luz de los actos que modifiquen o sustituyan a los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009, tan pronto como la Unión adopte dichos actos. A tal efecto, la Unión informará al Reino Unido en el Comité Mixto de los actos que modifiquen o sustituyan a dichos Reglamentos a la mayor brevedad tras su adopción.

El Comité Mixto evaluará los efectos de los actos que modifiquen o sustituyan a los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009 y realiza algunas precisiones sobre algunos términos: «exportable» y «exportable por un período ilimitado», así como que las referencias a los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009 comprenden, a efectos del Acuerdo, las adaptaciones que figuran en la parte III del anexo I del mismo.

Además, en cuanto a las decisiones y recomendaciones de la Comisión Administrativa comprenden, a efectos del Acuerdo, las decisiones y recomendaciones que figuran en el anexo I, parte I. El Comité Mixto modificará el anexo I, parte I, para reflejar las nuevas decisiones o recomendaciones adoptadas por la Comisión Administrativa.

Por su parte el anexo I dedicado por completo a la coordinación en materia de Seguridad Social, cuenta con tres partes que contienen de forma exhaustiva y, a la par compleja, las decisiones y recomendaciones de la Co-

misión Administrativa, los actos previstos y las modificaciones del Reglamento (CE) 883/2004 y del Reglamento (CE) 987/2009, respectivamente, que con relación a las relaciones REINO UNIDO-ESPAÑA, menciona el Acuerdo de 18 de junio de 1999 sobre el reembolso de los gastos por prestaciones en especie servidas con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) 1408/71 y (CEE) 574/72.

III. ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA, POR UNA PARTE, Y EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE, POR OTRA

El 25 de febrero de 2020, el Consejo autorizó a la Comisión a realizar negociaciones con el Reino Unido para un nuevo acuerdo de asociación. Dichas negociaciones han culminado con un Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, en adelante el Acuerdo de Comercio y Cooperación.

El Acuerdo está precedido, en el DOUE del mismo día de su publicación 31.12.2020, por la Decisión (UE) 2020/2252 del Consejo de 29 de diciembre de 2020 relativa a la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo, así como de la Decisión (Euratom) 2020/2253 del Consejo de 29 de diciembre de 2020 por la que se autoriza la celebración, entre otros, del Acuerdo de Cooperación y Comercio.

Como ya sucedió, respecto al Acuerdo de Retirada en España, para el caso de que finalizase el período transitorio sin que se alcanzara un acuerdo sobre la relación

futura entre la Unión Europea y el Reino Unido que pudiera entrar en vigor el 1 de enero de 2021, se dictó el Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020.

El capítulo II, titulado relaciones laborales y profesional contiene una sección 4ª sobre Seguridad Social, contiene, en un único artículo, el artículo 9, las reglas para la determinación de la legislación aplicable en los mismos términos establecidos con anterioridad a la fecha de retirada del Reino Unido de la Unión Europea. Esto permitiría a España seguir aplicando estas mismas reglas a aquellas personas sujetas a legislación de Seguridad Social británica, siempre que el Reino Unido actúe con reciprocidad con respecto a aquellas personas que están sujetas a legislación de Seguridad Social española.

Sin embargo, este Real Decreto-Ley tampoco ha entrado en vigor. Respecto a las materias específicas de Seguridad Social, la disposición final sexta, "entrada en vigor y vigencia", establece que el presente Real Decreto-ley entró en vigor el día 1 de enero de 2021, salvo lo dispuesto en el apartado 2 de esta disposición.

Este apartado indica que el artículo 4, acceso y ejercicio de profesión, artículo 9 determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, artículo 11 asistencia sanitaria y el apartado 2 del artículo 14, régimen jurídico aplicable a los procedimientos de contratación pública, no entrarían en vigor en el caso de que el 1 de enero de 2021 hubiese entrado en vigor un acuerdo de rela-

ción futura entre la Unión Europea y el Reino Unido que contemplase expresamente las previsiones establecidas en dichos artículos. No obstante, si dicho Acuerdo fuese objeto de aplicación provisional y perdiese su vigencia al no ser ratificado por cualquiera de las partes, los artículos 4, 9, 11 y el apartado 2 del artículo 14 entrarán en vigor en la fecha en que se produzca la pérdida de vigencia del Acuerdo.

El Acuerdo de Comercio y Cooperación consta de un preámbulo, siete extensas partes dedicadas a diferentes ámbitos de la actividad económica, divididas en artículos así como varios anexos y tres protocolos.

Las reglas incluidas en el Acuerdo de Comercio y Cooperación remiten al Protocolo III sobre coordinación en materia de Seguridad Social y son aplicables a las situaciones que se generen a partir del 1 de enero de 2021 entre Reino Unido y los Estados miembro de la Unión Europea. Está dividido, a su vez, en 70 artículos, completado por ocho anexos. Se destaca la numeración del articulado en el que figuran las siglas SSC (*Social Security Coordination*) seguidas del ordinal correspondiente.

El título I denominado, disposiciones generales incluye las definiciones, el ámbito de aplicación personal y material, así como los principios en que se fundamenta.

1. Ámbito de aplicación personal. Artículo SSC.2 del Protocolo

Únicamente será aplicable a las personas y situaciones no cubiertas en el Acuerdo de retirada, es decir, a quienes a 31.12.2020 no se encontraran en una situación transfronteriza UE-Reino Unido ni hubieran estado sujetas a la legislación de la otra Parte antes de dicha fecha.

Además, será aplicable a las personas que, habiéndose encontrado en alguna de las situaciones descritas en el Acuerdo de Retirada, dejen de estarlo con posterioridad, siempre que no hayan cumplido períodos en la otra Parte antes de dicha fecha.

2. **Ámbito de aplicación material. Artículo SSC.3 del Protocolo**

Se incluyen en el punto 1: las prestaciones de enfermedad; de maternidad y de paternidad asimiladas; las prestaciones de invalidez; las prestaciones de vejez; las prestaciones de supervivencia; las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; los subsidios de defunción; las prestaciones de desempleo; las prestaciones de prejubilación.

Pese a que el Protocolo incluye a las pensiones de invalidez, están expresamente excluidas de la exportación. Así, Reino Unido podrá no exportar sus pensiones de invalidez a España, mientras que España va a seguir exportando las suyas al territorio del Reino Unido, en virtud de la legislación española.

En cuanto a la asistencia sanitaria, el protocolo prevé la exportación del derecho a prestaciones sanitarias de forma análoga a la establecida en los Reglamentos CE 883/04 y 987/09, en vigor para los estados miembros de la Unión Europea tanto, en cuanto a los supuestos cubiertos contemplados, como respecto al alcance del derecho. A tal efecto en el artículo 75, del Protocolo de Implementación (UE-UK) se establecen los formularios y documentos que regirán de forma provisional.

El apartado 2 establece que el Protocolo se aplicará a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes rela-

tivos a las obligaciones del empleador o del armador, salvo disposición en contrario del anexo SSC 6 [Disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados miembros y del Reino Unido].

El apartado 4, por su parte excluye de la aplicación del Protocolo: las prestaciones especiales en metálico no contributivas que figuran en la parte 1 [Prestaciones especiales en metálico no contributivas] del anexo SSC-1 [Determinadas prestaciones especiales en metálico a las que no se aplicará el Protocolo]; la asistencia social y médica; las prestaciones respecto a las cuales un Estado asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado en el ejercicio de sus funciones; o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen; las prestaciones por cuidados de larga duración que figuran en la parte 2 [Prestaciones por cuidados de larga duración] del anexo SSC-1 [Determinadas prestaciones especiales en metálico a las que no se aplicará el Protocolo]; servicios de concepción asistida; pagos vinculados a una rama de la Seguridad Social enumerada en el apartado 1 y que son: (i) abonados para cubrir los gastos de calefacción en un clima frío; y (ii) los que figuran en la parte 3 [Pagos vinculados a una rama de la Seguridad Social enumerada en el artículo SSC.3 [Ámbito de aplicación material], apartado 1, y que se abonan para hacer frente a los gastos de calefacción en frío [artículo SSC.3 [Ámbito de aplicación material], apartado 4, letra f)] del anexo SSC-1 [Determinadas prestaciones en metálico a las que no se aplicará el Protocolo] y las prestaciones familiares.

3. Principios en que se basa el Protocolo

Son semejantes a los de los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social; así artículo SSC.4 aborda la no discriminación entre los Estados miembros, el artículo SSC.5, la igualdad de trato, el artículo SSC.6, la asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos, el artículo SSC.7 la totalización de los períodos, el artículo SSC.8 la supresión de las cláusulas de residencia, para finalizar con la no acumulación de prestaciones, prevista en el artículo SSC.9.

El título II, por su parte contempla la determinación de la legislación aplicable, un extenso título III, las disposiciones particulares aplicables a las distintas categorías de prestaciones y un título IV denominado, cuestiones varias, que incluye aspectos tales como la cooperación, tratamiento de la información, exenciones, peticiones, declaraciones o recursos, reconocimientos médicos, recaudación de cotizaciones y devolución de prestaciones, y derecho de las instituciones.

Por último el título V, titulado, disposiciones finales, regula la protección de los derechos individuales, modificaciones, la denuncia del Protocolo, la cláusula de extinción y acuerdos posteriores a la rescisión.

Es importante destacar que el Protocolo crea un Comité Especializado de Coordinación de Seguridad Social como organismo encargado de velar por su correcta aplicación.

Continúa en vigor el Acuerdo de 18 de junio de 1999 sobre el reembolso de los gastos por prestaciones sanitarias servidas con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 Y (CEE) 574/72, aplicable en virtud del Anexo 1 del Reglamento (CE) 987/09, que se ha reservado y por tanto seguirá siendo de aplicación en las relaciones futuras con el Reino Unido. Este Acuerdo es de gran importancia para la recuperación

de los recursos sanitarios de nuestro país, ya que implica la obligación de realizar anticipos del 90% sobre la facturación presentada por España al Reino Unido, tanto por gastos reales, como por cuota global, en un plazo máximo de 6 meses.

En cuanto a los anexos, el Anexo SSC-1 recoge determinadas prestaciones en metálico a las que no se aplicará el protocolo. Por parte de España se han excluido:

En la parte 1: Prestaciones especiales en metálico no contributivas [artículo SSC.3 [Ámbito de aplicación material], apartado 4, letra a)]

- a) Subsidio de garantía de ingresos mínimos (Ley n.º 13/82, de 7 de abril de 1982);
- b) Prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto n.º 2620/81, de 24 de julio de 1981);
 - (i) pensiones de invalidez y jubilación no contributivas contempladas en el apartado 1 del artículo 38 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio de 1994; y
 - (ii) las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según dispone la legislación de las Comunidades Autónomas, en las que tales complementos garantizan un ingreso mínimo de subsistencia habida cuenta de la situación económica y social en las correspondientes Comunidades Autónomas;
- c) Subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte (Ley 13/1982, de 7 de abril de 1982).

Y en la parte 2: Prestaciones por cuidados de larga duración [artículo SSC.3 [Ámbito de aplicación material], apartado 4, letra d), del Protocolo]

- a) Ley 9/2006, de 14 de diciembre de 2006, sobre promoción de la autonomía personal y asistencia a las personas en situación de dependencia, en su versión modificada.
- b) Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre de 2015.
- c) Orden Ministerial de 15 de abril de 1969.
- d) Real Decreto 1300/95, de 21 de julio de 1995, en su versión modificada.
- e) Real Decreto 1647/97, de 31 de octubre de 1997, en su versión modificada.

El anexo SSC-2 está dedicado a la restricción de derechos a las prestaciones en especie para miembros de la familia de un trabajador fronterizo, el anexo SSC-3 a los derechos adicionales para los pensionistas que regresan al estado competente y el anexo SSC-4 contempla los casos en los que no se puede efectuar o no se aplica el cálculo prorrateado

El anexo SSC-5 recoge las prestaciones y acuerdos que permiten la aplicación del artículo SSC.49 [acumulación de prestaciones de la misma naturaleza] en las que España ha incluido las pensiones de supervivencia concedidas bajo los regímenes general y especiales, a excepción del régimen especial para funcionarios y las pensiones de jubilación del régimen especial para funcionarios con arreglo al título I del texto consolidado de la Ley de pensionistas del Estado, con algunas condiciones.

Por su parte el anexo SSC-6 establece determinadas disposiciones especiales para la aplicación de la legislación de los Estados Miembros y del Reino Unido a efectos de la aplicación del artículo SSC.47 [Pago de las prestaciones].

Un importante anexo SSC-7 contiene la parte relativa a la aplicación que, a su vez, incluye

tres apéndices; apéndice SSCI-1: acuerdos administrativos entre dos o más estados (mencionados en el artículo SSCI.8 del presente anexo) España-Reino Unido en el que se ha recogido el ya mencionado, Acuerdo de 18 de junio de 1999 sobre el reembolso de los gastos por prestaciones en especie concedidas con arreglo a las disposiciones de los Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y (CEE) n.º 574/72, apéndice SSCI-2, acreditación (artículos SSC.17 [Estancia fuera del Estado competente], SSC.25 [Estancia del titular de una pensión o de los miembros de su familia en un Estado distinto del Estado en que residen-Estancia en el Estado competente-Autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado de residencia], apartado 1, y SSCI.22 [Estancia en un Estado distinto del Estado competente]) y apéndice SSCI-3 Estados que reclaman el reembolso de los gastos de las prestaciones en especie sobre la base de importes a tanto alzado (mencionados en el artículo SSCI.48 [identificación del estado o estados afectados], apartado 1), del presente anexo.

El Protocolo finaliza con el anexo SSC-8: sobre las disposiciones transitorias relativas a la aplicación del artículo SSC.11 [trabajadores desplazados].

IV. GIBRALTAR

Es de aplicación lo dispuesto en el Acuerdo de Retirada. El Acuerdo sobre Comercio y Cooperación excluye expresamente de su ámbito de aplicación territorial a Gibraltar, por lo que la coordinación de Seguridad Social con Reino Unido en las relaciones futuras respecto de esta región queda pendiente de acuerdo.

LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA Y EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

The disposal of a production unit and the effects of company succession in the consolidated text of the insolvency act

Autora: Clara Cordón Marrodán

Cargo: Abogada-BM&A Asesores Legales

Resumen: El presente trabajo analiza las modificaciones introducidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal en torno a la enajenación de unidades productivas y los efectos de la sucesión de empresa respecto a la subrogación de los adquirentes en las deudas laborales y de Seguridad Social y la concesión de competencia para decidir sobre la sucesión de la empresa a al juez de lo mercantil y la problemática con esta nueva regulación por la posible extralimitación del refundidor.

Palabras clave: Adquisición de unidades productivas, responsabilidad del adquirente de unidades productivas, competencia.

Abstract: This work analyses the modifications introduced by the Consolidated Text of the Insolvency Act regarding the sale of production units and the effects of company succession regarding the subrogation of the acquirers in labour and social security debts and the granting of competence to the commercial judge to decide on the succession of the company and the problem with this new regulation because of the possible overreaching of the refunding authority.

Keywords: Acquisition of production units, liability of the acquirer of production units, jurisdiction.

SUMARIO

- I. NOVEDADES LABORALES EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL
- II. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN TORNTO A LA DELIMITACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA. LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y LA EXTENSIÓN DE SUS EFECTOS EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL
- III. LA COMPETENCIA PARA CONOCER ACERCA DE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA A LOS EFECTOS LABORALES. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL
- IV. LA POSIBLE REFORMA *ULTRA VIRES* DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LOS EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO PARA CONOCER LA MISMA
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. NOVEDADES LABORALES EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Los arts. 221 y 224 del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) recogen las especialidades de la sucesión de empresa en la enajenación de unidades productivas, intentando resolver la disparidad de posiciones¹ que existen en la doctrina sobre el juez competente para determinar los efectos de su venta, de la sucesión de empresas, y de la extensión de esta sucesión de empresas en lo referente a los créditos laborales y de la Seguridad Social de la concursada.

Con respecto al primero de los puntos, el art. 221 TRLC pretende solucionar esas posiciones encontradas entre los autores y juzgados, y establece que el único órgano competente para pronunciarse sobre la existencia de la sucesión de empresas es el juez del concurso y, en relación con la segunda cuestión, el art. 224 establece que la sucesión de empresas, a efectos laborales y de la Seguridad Social, sólo se aplica a los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente.

Otra de las novedades² introducidas es la incorporación de una forma más precisa de una definición del concepto de unidad productiva que la anterior Ley Concursal no recogía, a pesar de contener distintas referencias a ella³. Hasta entonces el concepto de unidad productiva había sido establecido por nuestros tribunales que equiparaban la unidad productiva a empresas o a parte de empresas susceptibles de ser continuadas por un nuevo titular⁴, o la definían como un conjunto de elementos organizados que tienen como finalidad poder desarrollar una actividad económica, pudiéndose delimitar estos de forma amplia y flexible, pero conservando una mínima cohesión e independencia respecto del resto del patrimonio empresarial⁵.

Por su parte, el Texto Refundido de la Ley Concursal define la unidad productiva en su art. 200.2 como el “conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio”. Como puede observarse esa definición coincide significativamente con la que ya se recoge en el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 44.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que dice que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

II. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA DELIMITACIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA. LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y LA EXTENSIÓN DE SUS EFECTOS EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

En cuanto a la extensión de los efectos de la sucesión de empresa, han existido a lo largo de la vigencia de la Ley Concursal y sus reformas posiciones encontradas acerca de si existe una sucesión limitada y, por ende, el adquirente de una unidad productiva asume los créditos concursales laborales y de Seguridad Social tan solo de los trabajadores afectos a dicha unidad productiva, o bien, hay una sucesión ilimitada y el adquirente asume incluso los contratos ya extintos al tiempo de declarar el concurso. Esas discrepancias también han existido en torno a si los efectos se limitan únicamente al ámbito laboral o se extendían también al de la Seguridad Social.

Desde los primeros años de aplicación práctica de la Ley Concursal los juzgados de lo

mercantil dictaron una serie de resoluciones contradictorias que generaron una gran inseguridad jurídica para los adquirentes, que desincentivaban las adquisiciones de las unidades productivas⁶. Por un lado, existían resoluciones –de los jueces de lo mercantil y de lo social– que resolvían que no había subrogación del adquirente en las deudas laborales de la concursada pendientes antes de la enajenación y se pronunciaban a favor de su exclusión, sin aplicarse en toda su extensión el régimen jurídico sobre la sucesión de empresa a efectos laborales⁷, y por otro lado, encontrábamos resoluciones en las que se entendía que sí que debía aplicarse en toda su extensión la sucesión de empresa a efectos laborales y el adquirente se subrogaba en la totalidad de las deudas⁸.

El art. 149.2 de la Ley Concursal 22/2003, en su versión original, establecía que “cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1 del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa (...)”.

Esta previsión no era sino el reflejo del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores que, para los casos de cambio en la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, dispone que dicho cambio no extinguirá por sí mismo la relación laboral “quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”.

Con la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre y por la Ley 9/2015, de Medidas urgentes en materia concursal, de 25 de mayo, se modificaba el art. 149, quedando redactado el apartado cuarto (anteriormente apartado segundo) en

el siguiente sentido: “cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado 1, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”.

Y se introdujo en la Ley Concursal el art. 146 bis que, en cuanto a la sucesión de empresa, disponía en su apartado tercero que “lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será aplicable a aquellas licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Ello sin perjuicio, a los efectos laborales, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa” y en su apartado cuarto que “la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4.”

Por consiguiente, tras la reforma del artículo 149.4 por la Ley 9/2015, en nuestro Derecho operaba la sucesión de empresas tanto a efectos laborales como de Seguridad So-

cial, lo que implicaba que la empresa adquirente de la concursada debía subrogarse en los créditos laborales y en las deudas de la Seguridad Social, lo que, según distintos autores y jueces del concurso, dificultaba considerablemente la venta de la unidad productiva en el concurso de acreedores⁹.

A pesar de la reforma introducida por la Ley 9/2015, no desapareció el conflicto y nuestros tribunales siguieron dictando resoluciones opuestas sobre la extensión de la sucesión de empresas. A favor de una sucesión limitada, en la que el adquirente de la unidad productiva respondía por las deudas laborales y de la Seguridad Social de aquellos trabajadores afectos a la unidad productiva, se posicionaron entre otras, la [Audencia Provincial de Vizcaya \(Sección 4ª\)](#), que en su [Auto núm. 465/2016 de 19 julio](#)¹⁰, en el que se desestimaba un recurso de apelación contra el auto que aprobaba un plan de liquidación que circunscribía la sucesión de empresa a los concretos trabajadores afectados por la venta de la unidad productiva, defendió una postura restrictiva y extendió los efectos de sucesión de empresas únicamente a los contratos de trabajo en vigor en los que se subroga el adquirente. Para llegar a esa conclusión, la Audiencia interpreta el artículo 149.4 Ley Concursal en relación con la Directiva 2001/23/CE¹¹, para resolver que, al no referirse nuestra Ley Concursal expresamente a si la subrogación alcanza la deuda generada con los trabajadores afectos a la venta o a la de todos ellos y, al referirse la Directiva a los “contratos de trabajo en vigor” se debe entender que la subrogación de deudas se extiende únicamente a los contratos afectos por la venta.

En el sentido contrario se pronunciaba, en este caso en la jurisdicción social, el [Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares \(Sala de lo Social, Sección 1ª\)](#) en su [sentencia núm. 251/2016 de 7 junio](#)¹² que, al resolver un recurso de suplicación contra una sentencia

dictada por el Juzgado de lo Social, que había declarado la responsabilidad solidaria de la empresa adquirente de una unidad productiva respecto de las indemnizaciones adeudadas a los trabajadores de la concursada, aplica el artículo 44 del ET en su integridad y, además añade que la limitación de la extensión de los efectos de la sucesión de empresa “supondría un evidente perjuicio para los acreedores del concurso, que verían como una unidad productiva es adquirida por un tercero mientras que parte del pasivo generado por ese activo que se transmite quedaría dentro de la masa pasiva del concurso”.

La controversia existente entre los distintos juzgados fue resuelta por diversas resoluciones de la [Sala de lo Social del Tribunal Supremo](#); entre ellas la [sentencia de 27 de febrero de 2018](#) que, apelando al carácter imperativo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, manifiesta que ese precepto “impone al empresario, que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera *ope legis* sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44”. Y continúa indicando que “en el presente supuesto ha quedado acreditado que el adquirente se ha hecho cargo de una unidad productiva autónoma por lo que, en virtud de lo establecido en el artículo 44.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, existe sucesión de empresa, lo que, en principio, acarrea las consecuencias previstas en el apartado 3 del precitado artículo 44 en orden a la responsabilidad de cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la cesión” y que “en caso de sucesión empresarial no solo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los

trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar”.

Por lo que respecta a la regulación en el nuevo Texto Refundido de la cesión de derechos y obligaciones al adquirente, el artículo 221.1 TRLC señala que, en caso de enajenación de una unidad productiva, “se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa”, y el artículo 224 establece que: “La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos: (...) 3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente (...)”.

Con esta nueva redacción, se establece, como se hacía en la anterior Ley Concursal, la regla general de que la transmisión de la unidad productiva no lleva aparejada la subrogación del pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión y, a continuación, recoge una excepción respecto a los créditos laborales y de la Seguridad Social especificando, a diferencia de la anterior regulación, que la subrogación es únicamente de aquellos trabajadores en cuyos contratos quede subrogado el adquirente.

Con esta especificación y limitación de los efectos de la sucesión de empresa sobre aquellos trabajadores en cuyos contratos se ha subrogado el adquirente de la unidad productiva, el Texto Refundido ha dado una redacción más directa y clara de la que existía en la anterior regulación del art. 149.4 y ha querido poner fin a la inseguridad jurídica del adquirente, acogiendo la tesis principal-

mente defendida por los Juzgados de lo Mercantil¹³, sobre que la sucesión de empresas a efectos laborales y de la Seguridad Social sólo se aplica respecto de los contratos de trabajo en los que se subroga el adquirente¹⁴.

No obstante, hay autores que entiende que esta previsión normativa puede plantear problemas sobre la extralimitación del refundidor en la autorización delegada, al no referirse a ella la anterior Ley Concursal, y así lo ha manifestado Rubio Vicente¹⁵, cuando concluye que esta previsión “no se hallaba explícitamente en estos concretos y reducidos términos en el artículo 149.4 LC, motivo por el cual constituyen un resultado normativo que transgrede la delegación legislativa y la labor de refundidor”.

III. LA COMPETENCIA PARA CONOCER ACERCA DE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA A LOS EFECTOS LABORALES. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Otra de las novedades introducidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal es la atribución de la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa al Juez del concurso: “el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa” (art. 221.2).

Es cierto que, bajo la regulación anterior, algunas sentencias, principalmente dictadas dentro del concurso¹⁶, mantuvieron el criterio de que el órgano competente para resolver estas cuestiones era el juez del concurso¹⁷. Sin embargo, la competencia de la jurisdicción social para resolver las cuestiones sobre la sucesión de empresa fue consolidada ya, de forma pacífica, antes de la entrada en vigor de este Texto Refundido. En este sentido se pronunció el [Tribunal Supremo \(Sala](#)

de lo Social, Sección 1ª) en su sentencia de 29 octubre 2014, a la que siguieron diversas sentencias¹⁸, que atribuía la competencia a esa jurisdicción porque quien se encontraba implicada era la empresa adquirente, que no era parte en el proceso concursal –ni como deudor ni como acreedor– y su relación con el concurso de acreedores se había limitado únicamente a la compra de un activo de la masa. Y este mismo criterio lo continúa manteniendo en el reciente [Auto de 13 octubre 2020](#), dictado tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal, en el que recuerda que “el orden social de la jurisdicción es competente para resolver si se produce subrogación cuando una empresa adquiere una unidad productiva en virtud de la liquidación efectuada en el seno de un procedimiento concursal”.

Sobre esta cuestión se pronunció también la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo del artículo 42 LOPJ, en sus [Autos de 9 de diciembre de 2015, conflicto 25/2015](#), y de [9 de marzo de 2016, conflicto 1/2016](#), dictados ambos en supuestos en los que se accionó contra sociedades diferentes de la empresa en concurso, sin que se encontrasen en situación de concurso. En estas resoluciones se concluye que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando “la acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada [cualquiera de ellas puesto que son varias, no todas, en este caso], como deudoras, y los acreedores. (...) Este análisis ya ha sido abordado previamente por la doctrina de esta sala, que, con ocasión de la interpretación del incidente concursal laboral contemplado en el artículo 64.10 de la LC, en los autos 24/2011, de 6 de julio (conflicto 23/2010) y 30/2011, de 6 de julio (conflicto 19/2011), se declaró que

el juez del concurso es excepcionalmente competente para conocer de las acciones individuales de extinción del contrato de trabajo, pero solo cuando reúnen acumulativamente determinados requisitos, entre los que se encuentra que la acción se dirija «contra el concursado, ya que de dirigirse contra un grupo empresarial generador de responsabilidad solidaria cuyos integrantes no están declarados en situación concursal, como afirma el auto 17/2007, de 21 de junio (conflicto 11/2007), posteriormente reiterado entre otros en el 117/2007, de 30 de noviembre”.

Pese a esa doctrina consolidada que otorga la competencia al juez de lo social para conocer sobre la existencia de sucesión de empresa y sus efectos, el nuevo Texto Refundido, en el art. 221.2, atribuye esa competencia al juez del concurso, lo que ha supuesto, pese al poco tiempo que lleva vigente, que ya hayan surgido voces discordantes con esa nueva regulación y continuamos encontrándonos, entre las resoluciones de nuestros juzgados, con posiciones encontradas en torno al órgano competente para resolver la cuestión¹⁹.

No obstante, han surgido posturas intermedias²⁰ que interpretan que el juez del concurso es el competente para pronunciarse sobre la existencia de sucesión de empresa de conformidad con el nuevo 221.2 del TRLC y, una vez declarada esta, el juez de lo social será el competente para pronunciarse sobre los efectos de la subrogación cuando la existencia de sucesión de empresa no se ponga en duda. Para llegar a esa conclusión interpretan el sentido literal del precepto, que únicamente hace referencia a que el juez del concurso es el único competente para declarar la “existencia” de sucesión de empresa.

IV. LA POSIBLE REFORMA *ULTRA VIRES* DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LOS EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA Y LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO PARA CONOCER LA MISMA

La nueva regulación contenida en los arts. 221.2 y 224 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que ha supuesto la atribución de competencia al juez del concurso para conocer las cuestiones relativas a la sucesión de empresa y la limitación de la extensión de los efectos de esta, ha dado lugar a que tanto en la doctrina²¹ como entre los órganos judiciales²² se estén planteando dudas sobre la posible existencia de una extralimitación en las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa en lo que respecta, entre otras cuestiones²³, a las previsiones contenidas en esos preceptos.

El art. 82.3 y 5 de la Constitución Española establece que la delegación legislativa para refundir varios textos legales en uno sólo ha de otorgarse al Gobierno para una materia concreta y dicha delegación determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

El Tribunal Constitucional ha interpretado esa habilitación que concede el art. 82 de la CE para la refundición de normas en la [sentencia número 166/2007, de 4 de julio](#), y ha manifestado que “no es menos cierto que la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de

fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad “de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”, pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la [STC 13/1992, de 6 de febrero](#), FJ 16, la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático.”

La Ley 9/2015, de Medidas urgentes en materia concursal, en su Disposición final 8ª, estableció una habilitación al Gobierno en los siguientes términos: “Al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo de doce meses²⁴ a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos”.

Pues bien, a la vista de lo expuesto por el Tribunal Constitucional cabe preguntarse si el refundidor, al introducir la competencia del juez del concurso para resolver las cuestiones en torno a la sucesión de empresa y la limitación de la extensión de esta, que –recordemos– no se encontraba establecida en la anterior Ley Concursal, se encuentra dentro de los límites que alcanza esa facultad para aclarar o armonizar preceptos y eliminar discordancias, o por el contrario nos encontramos ante una extralimitación *ultra vires*.

En cuanto a los argumentos favorables que avalan que la redacción del artículo 221.2 no excede de las facultades delegadas al Gobierno²⁵, encontramos el informe sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal emitido por el Consejo de Estado el 26 de noviembre de 2020 que, remitiéndose al informe del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de septiembre de 2019²⁶, indica que “el artículo 86 ter.1 de la LOPJ establece que los Juzgados de lo mercantil ‘conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora’, y el artículo 57 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se remite igualmente a las especialidades previstas en la LC para, entre otros, los supuestos de sucesión de empresa en caso de concurso” y concluye que “a la vista de cuanto precede, y dada la cláusula residual de competencia contenida en el artículo 86 ter.1 LOPJ, el Consejo de Estado considera que la precisión del artículo 221.2 TR resulta adecuada y no excede de las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa”.

También algunos autores se han mostrados favorables a la especificación del juez del concurso como competente para conocer sobre la existencia y efectos de la sucesión de empresa en la venta de unidades productivas, así como la limitación de los efectos de la misma, por entender que con ello se está fomentando la inversión y la continuidad de los puestos de trabajo²⁷.

En cambio, parte de la doctrina muestra su opinión contraria; por ejemplo, el vocal del CGPJ Juan Martínez Moya (en el voto particular concurrente que formula al acuerdo adoptado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión celebrada el 26 de septiembre, que aprueba el informe al proyecto del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

Concursal) indica que “no se atisban razones para que la fórmula normativa propuesta pueda calificarse de clara y correcta en términos de habilitación normativa”, y justifica esas conclusiones en que el refundidor no esté cumpliendo “una función clarificadora en orden a la atribución competencial, dada la riqueza de situaciones fácticas y jurídicas que convergen en estas situaciones (grupos de empresa, cambios no transparentes y otras patologías que acontecen en materia de transmisiones de empresa) no nos puede llevar a concluir que zanjen definitivamente la cuestión”. Y concluye que “es muy discutible que la ‘aclaración’ postulada en el Proyecto de texto refundido de LC, infiriendo la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil de lo dispuesto en los arts. 146 bis y 149 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), tenga cabida en los límites constitucionales de la delegación y no incurra en *ultra vires*, por ‘razonables’ que puedan ser los argumentos vertidos. La atribución de competencia al juez de lo mercantil en esta materia requiere una modificación legislativa”.

También González Calvet²⁸, que cree que la previsión contenida en el art. 221.2 Texto Refundido previsiblemente no se aplicará por parte de los órganos de lo social porque, existe un exceso en la delegación legislativa. El autor llega a afirmar que el referido precepto “es claramente *ultra vires* por dos razones fundamentales. Por una parte, esta previsión no estaba recogida en ningún texto legal objeto de la refundición encomendada al Gobierno y, en segundo lugar, el contenido del nuevo precepto modifica los arts. 8.2 ° y 64 de la Ley 22/2003 así como diferentes artículos de la LJS, comenzando por el art. 2, así como toda la jurisprudencia social que resolvía, sobre la base de la norma legal precedente, las dudas sobre la competencia en tales supuestos.”

Y no solo se han pronunciado los autores sobre la posible extralimitación en la habi-

litación concedida al refundidor, sino también los órganos judiciales. Al respecto, cabe destacar el reciente [Auto 13/2021, de 29 de enero dictado por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona](#)²⁹, que de forma contundente declara: “el art. 221.2 del TRLC al atribuir la competencia al juez del concurso ‘para declarar la existencia de sucesión de empresa’ ha introducido un cambio competencial y una modificación de normas de carácter procesal vigentes, como la de los arts. 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 de la LRJS, no contemplados ni autorizados por la norma habilitante de la delegación legislativa propia de un texto refundido” y considera “que la atribución de la competencia única que el art. 221.2 del TRLC aprobado por el RD Legislativo 1/2020 otorga al juez del concurso para declarar la existencia o no de sucesión de empresa en los supuestos de enajenación de una unidad productiva en el marco de un proceso concursal constituye un exceso de los límites de la delegación legislativa –*ultra vires*– que la Disposición final 8ª de la Ley 9/2015, de Medidas urgentes en materia concursal, y posteriormente la Disposición final 3ª de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales, encomendaron al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley Concursal 22/2003 y sus modificaciones. Consecuentemente con esta consideración y al amparo de la referida jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, no se hace aplicación aquí del referido precepto 221.2 del TRLC sino que se aplica la regulación que al respecto ya estaba consolidada de forma pacífica antes de la entrada en vigor de este texto refundido, afirmándose así la competencia de este órgano jurisdiccional social para el conocimiento de la cuestión incidental litigiosa, que consiste como se ha dicho en determinar si la adquisición de la unidad productiva (...) constituyó o no una sucesión de empresa y, en su caso, con las consecuencias postuladas por el ejecutante”.

En definitiva, parece ser que la aplicación práctica de estas nuevas previsiones sobre la competencia del juez del concurso (art. 221) y la extensión de los efectos de la sucesión de empresa con la adquisición de la unidad productiva (art. 224.1.3º), introducidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal, no va a ser pacífica, pues ya comenzamos a ver cómo parte de nuestros juzgados, principalmente en la jurisdicción social, siguen manteniendo que la competencia es del juez de lo social e inaplican los nuevos preceptos por entender que hay un pronunciamiento *ultra vires*, y por el otro lado, principalmente los jueces del concurso, se pronuncian a favor de la competencia de los juzgados de lo mercantil.

Todo hace pensar que, tarde o temprano, se planteará por algún órgano judicial una cuestión de inconstitucionalidad sobre los referidos preceptos, por entender que se ha excedido el refundidor de los límites que alcanza las facultades delegadas de *regularizar, aclarar y armonizar* preceptos y eliminar discordancias, cuando se introduce una novedad que no se encontraba regulada en la anterior Ley Concursal y además contradice la jurisprudencia asentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción de este mismo órgano.

Y, por otro lado, la continuación con la discusión jurisprudencial sobre tales cuestiones va a suponer no lograr una de las finalidades de nuestro derecho concursal, como es la de flexibilizar y favorecer la transmisión de empresas, ya que se va a mantener la inseguridad jurídica que existía para el adquirente, desincentivando las adquisiciones de unidades productivas, al no delimitarse de forma definitiva y segura la extensión de los efectos de la sucesión de empresa ni el órgano competente para pronunciarse sobre ello.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO PASCUAL, C.: "Aspectos de contenido innovador de la venta de la unidad productiva a la luz del nuevo TRLC", *Diario la Ley*, 2020.

CÓRDOBA ARDAO, B.M.: "El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2021.

ETXARANDIO, E.: "La enajenación concursal de unidad productiva", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43/2018.

GARCÍA-PERROTE, I.: *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ CALVET, J.: "La ejecución dineraria en la jurisdicción social", 3ª edición, Sepin, Madrid, 2020.

ORELLANA CANO, A.M.: *La problemática laboral en el concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ORTIZ MÁRQUEZ, M.: "La transmisión de empresa en concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34/2015.

RUBIO VICENTE, P.J.: "Las especialidades de la enajenación de unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal", *Revista la Ley concursal y Paraconcursal*, núm. 33/2020.

TALÉNS VISCONTI, E.: *Aspectos Laborales del Nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

[1] Desde la entrada en vigor de la originaria Ley Concursal la jurisdicción mercantil y la jurisdicción social han mantenido posiciones encontradas sobre dos

puntos relacionados con la sucesión de la empresa en el concurso de acreedores: si el juez competente para determinar los efectos de la venta de unidad productiva es el juez del concurso o el juez de lo social y cuál es la extensión de esa sucesión de empresas, si lo es respecto de los trabajadores subrogados o de la totalidad de ellos, por aplicación del art. 44 ET.

El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal de 26 de septiembre de 2019 hace referencia a esa intención de zanjar debates y dice: "Es de destacar que, respecto de la sucesión de empresa, los arts. 221.2 y 224.1 PTR aclaran que la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar los efectos de la sucesión sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva, corresponde en exclusiva al juez del concurso. De este modo, se integra una laguna que en algún caso ha dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el orden social, y respecto de la cual el prelegislador ha considerado oportuno colmarla (...)"

[2] ASENCIO PASCUAL, C.: "Aspectos de contenido innovador de la venta de la unidad productiva a la luz del nuevo TRLC", *Diario la Ley*, 2020.

[3] La anterior Ley Concursal contenía varias referencias a la unidad productiva: en el artículo 146 bis –introducido por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal– o en el artículo 149, que expresaba que la unidad productiva existirá cuando "una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria".

[4] El auto de la [Audiencia Provincial de A Coruña de 4 de mayo de 2017](#) expresa que: "La Ley concursal no define lo que debe entenderse por unidad productiva a los efectos del artículo 146 bis, 148 y 149. En la consideración más común se entiende equiparable a empresas o a partes de empresas susceptibles de ser continuadas por un nuevo titular (...)"

[5] El auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 8 de marzo de 2016 señala: "Así expuestos tales conceptos, y con la dificultad de establecer de modo general y uniforme un concepto de unidad productiva o rama de actividad, puede afirmarse que conformarán el mismo la totalidad de los bienes de cualquier naturaleza organizados alrededor de una actividad empresarial o profesional concreta, y uni-

dos a la misma de un modo estable, inseparable y permanente, presentando cierta autonomía respecto al resto de los bienes del deudor; habiendo señalado recientemente los Tribunales [AJM_SAN SEBASTIAN_3.6.2014] que siendo un concepto impreciso puede identificarse como un conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica y puede delimitarse de forma amplia y flexible, pero siempre sobre la base de la existencia en los elementos patrimoniales que se transmitan de un mínimo de cohesión y de independencia respecto al resto del patrimonio empresarial”.

[6] GARCÍA-PERROTE, I.: *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 2154.

[7] Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) en su auto núm. 465/2016 de 19 julio concluye –teniendo en consideración la finalidad principal del concurso de flexibilizar y favorecer la transmisión de empresas– que el adquirente de la unidad productiva, cuando se declara la sucesión de empresas, solo se subroga en las deudas de la concursada que derivan de los contratos laborales en los que se subroga.

[8] Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) en la sentencia núm. 6119/2011 de 30 septiembre o la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en el auto núm. 51/2017 de 13 marzo.

[9] Vid. ORELLANA CANO, A.M.: *La problemática laboral en el concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; ORTIZ MÁRQUEZ, M.: “La transmisión de empresa en concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34/2015; y sobre este punto, ETXARANDIO, E.: “La enajenación concursal de unidad productiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43/2018.

[10] En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) en el auto núm. 44/2016 de 31 marzo, que, teniendo en cuenta la finalidad principal del concurso de conservación del tejido industrial y el mantenimiento de los puestos de trabajo, concluye que el adquirente de la unidad empresarial, cuando se declara la sucesión de empresas, solo se subroga en las deudas de la concursada que derivan de los contratos laborales en los que se subroga.

[11] Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de

traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

[12] También el Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) en su sentencia núm. 995/2016 de 3 mayo.

[13] Vid. RUBIO VICENTE, P.J.: “Las especialidades de la enajenación de unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista la Ley concursal y Paraconcursal*, núm. 33/2020, p. 24.

[14] Auto de 23 noviembre 2020 del Juzgado de lo Mercantil Madrid.

[15] RUBIO VICENTE, P.J., *op. cit.*, p. 22.

[16] Y decimos principalmente porque el mismo criterio fue mantenido también por algunas resoluciones en el ámbito laboral; por ejemplo, en la [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1970/2014, de 9 septiembre](#), el tribunal se declaró incompetente manifestando que “si es el juez del concurso el que aprueba la liquidación, con todas las características y especialidades de cada caso, y el que puede acordar la no subrogación de la empresa adquirente en deudas de la concursada pendientes con anterioridad a la enajenación, (y a la vista asimismo de los arts. 55 de la LC y 9 de la LOPJ), la pretensión del demandante-recurrente de que se despache ejecución en sede social contra (...) (que recordemos no fue condenada ni fue parte en el proceso declarativo) no puede prosperar, siendo el trámite a plantear el del incidente concursal ante el juez del concurso, por lo que al haberlo entendido así el auto recurrido procederá su confirmación, previa desestimación del recurso en su contra interpuesto”. Aunque, ciertamente, la propia Sala cambió su criterio y en su [Sentencia núm. 259/2015 de 5 febrero](#), declaró su competencia para conocer sobre el fondo del asunto: “la acción ejecutiva derivada de un título judicial emanado de un órgano de la jurisdicción social, que afecta a empresa no concursada, en virtud de la adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, en fase de liquidación, considerada a efectos legales como sucesión, deberá ser conocida por el órgano judicial social que en su momento dictó la sentencia origen del crédito que se reclama, a fin de valorar si la empresa sucesora de Zirconio resulta deudora del crédito aún no satisfecho al actor”.

[17] Así, el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid en su auto de 6 julio 2016, manifiesta que los arts. 86

Ter 1 LOPJ y 8 Ley Concursal otorgan la competencia al juez del concurso. También el [Auto de la Audiencia Provincial de Álava núm. 71/2016, de 18 de mayo](#): “el juez del concurso tiene competencia objetiva para hacer tal declaración. La STS 29 octubre 2014, Sala 4ª, rec. 1573/2013 no pone fin a la cuestión, porque su FJ 5º no explica las razones por las que sostiene que la competencia para resolver sobre sucesión de empresa en caso de venta en un procedimiento concursal es de la jurisdicción social. No hay otra sentencia semejante que permita apreciar jurisprudencia asentada, aunque existan resoluciones de Sala de Tribunal Superior que citen la mencionada sentencia. Las específicas y concluyentes previsiones de los arts. 86 ter 1 LOPJ y 8 LC, reservan al juez del concurso, también integrado en el orden jurisdiccional social, la competencia exclusiva y excluyente de cuanto tenga que ver con la ejecución del patrimonio del deudor concursado, uno de cuyos cauces específicamente disciplinado en la Ley Concursal (arts. 146 bis y 149) es la transmisión de empresa o unidad productiva, que puede regularse en el plan de liquidación a que se refiere el art. 148 LC”. A esta conclusión también se llegó en el Encuentro de Magistrados Especializados en Asuntos de lo Mercantil celebrado en Granada entre el 15 y 17 de octubre de 2014.

[18] Sentencias de la [Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 20/2017 de 11 enero, núm. 209/2018 de 27 febrero, de 23 de enero de 2019 y de 21 de junio de 2017](#).

[19] Así, se muestran favorables a la competencia del juez del concurso para conocer sobre la existencia de sucesión de empresa: el [Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Palma de Mallorca \(Sección 1.ª\) que en su auto de 15 de mayo de 2020](#) interpreta la nueva normativa prevista en los artículos 221.2 y 224.1.3º TRLC, aunque no la aplique por ser de fecha anterior a su entrada en vigor; o el [Juzgado de lo Mercantil núm. 13 de Madrid en su auto de 9 febrero 2021](#). En cambio, a favor de la competencia de la jurisdicción social, por entender que el legislador se ha excedido de las facultades habilitadas en su labor refundidora, se pronuncia el [Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona en su auto 13/2021, de 29 de enero](#).

[20] TALÉNS VISCONTI, E.: *Aspectos Laborales del Nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 38.

[21] Por ejemplo, RUBIO VICENTE, P.J., *op. cit.*

[22] [Auto 13/2021, de 29 de enero](#), dictado por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Barcelona.

[23] En relación con el tratamiento dado a la exoneración de los créditos de derecho público en el supuesto contemplado en el art. 491 del TRLC varios juzgados, como por ejemplo el [Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao en el auto núm. 52/2021 de 28 enero](#), manifiestan que su regulación resulta manifiestamente contraria a la norma objeto de refundición, en particular al art. 178 bis.3, 4º de la Ley Concursal 22/2003. En el mismo sentido, el [Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona en el auto de 8 de septiembre de 2020](#).

[24] La finalización del plazo establecido en dicha norma para la refundición legislativa, sin que la misma se hubiera llevado a cabo, motivó que mediante la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales, se estableciera en la Disposición final 3ª un nuevo plazo en los siguientes términos: “Al objeto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos”.

[25] El refundidor en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, justifica el alcance de la autorización concedida manifestando: “Por supuesto, el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes. Pero, dentro de los límites fijados por las Cortes, la tarea exigía, como en ocasiones similares ha señalado el Consejo de Estado, actuar «con buen sentido» pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas dentro de la misma Ley. Por estas razones, la labor técnica que supone la elaboración de un texto refundido, cuando la delegación es tan amplia, implica

no solo interpretación, sino también integración –es decir, un «contenido innovador», sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa–, pudiendo incluso llegar a la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición ([sentencias del Tribunal Constitucional números 122/1992, de 28 de septiembre](#), y [166/2007, de 4 de julio](#))”.

[26] El Consejo General del Poder Judicial también se mostró favorable a la incorporación del art. 221.2 y 224.1 en el Texto Refundido Ley Concursal, y por ende, a la atribución de competencia al juez del concurso para conocer sobre la sucesión de empresa, y en su informe de 26 de septiembre de 2019 dice que los arts. 221.2 y 224.1 tratan de aclarar el órgano competente para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar los efectos de esta sobre los créditos pendientes de pago cuando hay una enajenación de una unidad productiva e integran una laguna causante de discrepancias entre el orden civil y en el orden social. El prelegislador ha considerado oportuno colmar dicha laguna “atendiendo, además a las reglas de competencia generales del juez del concurso (art. 86 ter LOPJ y art. 8 LC, y 44, 52 y 53 PTR), a la razón de la regla jurídica que contiene y a la función a la que responde, que se enmarca en el conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación y enajenación de los elementos que componen la masa activa del concurso y de determinación de las condiciones de realización de dichos elementos en el mejor interés del concurso, teniendo en cuenta, por lo demás, la incidencia de la decisión que se adopte en los créditos relacionados con la sucesión empresarial, ya concursales, ya contra la masa. Conforme a estos argumentos, cabe sostener que le corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de los efectos de la transmisión de unidades productivas, y de ese modo

concretar hasta dónde alcanza el efecto de la sucesión. No puede olvidarse, por otra parte, que el art. 57 bis de Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que «[E]n caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal»”.

Y tras referirse a la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre esta cuestión continúa diciendo: “No obstante tales pronunciamientos, la integración que lleva a cabo el texto proyectado se muestra coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en punto a la transmisión de unidades productivas empresariales y para fijar el alcance de la misma, y se muestra coherente también con las previsiones del art. 57 ET, por lo que se encuentra justificada por la función armonizadora ínsita en la labor de refundición”.

[27] CÓRDOBA ARDAO, B.M.: “El eterno dilema: ¿salvar empresas o al empresario?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2021.

[28] GONZÁLEZ CALVET, J.: “La ejecución dineraria en la jurisdicción social”, 3ª edición, Sepin, Madrid, 2020, p. 269.

[29] La extralimitación, *ultra vires*, en que se ha incurrido al hacer uso de la delegación legislativa en el nuevo Texto Refundido Ley Concursal también se ha puesto de manifiesto, respecto a otra materia, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao en su auto núm. 52/2021 de 28 enero o el [Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona en el Auto de 8 de septiembre de 2020](#).

DESCONEXIÓN DIGITAL: MÁS ALLÁ DE LA (ESCASA) NORMATIVA ESPAÑOLA. PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E INSTRUCCIONES PRÁCTICAS PARA EL RESPETO DE ESTE DERECHO

Digital disconnection: beyond the (scarce) spanish legislation. European parliament proposal for a directive and practical instructions to respect this right

Autor: Javier Velasco Lozano

Cargo: Abogado laboralista-Garrigues

Resumen: El derecho a la desconexión digital continúa dando pequeños pasos hacia una regulación completa y europea. Tanto es así que, hace escasas semanas, fuimos testigos de una Resolución del Parlamento Europeo con numerosas recomendaciones sobre la materia. Con esta premisa, la finalidad del artículo es hacer un breve repaso de la situación actual del derecho a la desconexión digital y ofrecer una serie de recomendaciones prácticas para aquellas empresas que quieran regular este derecho, de forma expresa, en favor de sus trabajadores.

Palabras clave: Desconexión digital, directiva, política, COVID-19.

Abstract: The right to digital disconnection continues to take small steps towards full European regulation. In fact, a few weeks ago we witnessed a European Parliament Resolution with numerous recommendations on this issue. With such premise, this article provides a briefly review of the current situation of the right to digital disconnection and offers practical recommendations for those companies that want to regulate this right for their employees.

Keywords: Digital disconnection, directive, policy, COVID-19.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL
- II. LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN TIEMPOS DE LA COVID-19
- III. LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LAS, POR AHORA, ESCASAS SENTENCIAS DICTADAS POR NUESTROS TRIBUNALES
- IV. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 21 DE ENERO DE 2021
- V. ALGUNAS PAUTAS A LA HORA DE ELABORAR UNA POLÍTICA DE DESCONEXIÓN DIGITAL
- VI. EJEMPLOS DE EMPRESAS EN CUYOS CONVENIOS/PACTOS/ACUERDOS COLECTIVOS YA SE REGULA EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
 1. Mapfre (2020): política del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras

2. Heineken (2020): Compromiso con la desconexión digital
3. Telefónica (2019): Desconexión digital en el convenio
4. Santander (2019): criterios para una ordenación racional del tiempo de trabajo
5. Repsol (2019): Protocolo de derecho a la desconexión digital del grupo Repsol
6. Orange (2019): Desconexión digital

VII. ¿QUÉ NOS DEPARA EL FUTURO?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL

No hace demasiados años comenzaba la andadura en España de un derecho de candente actualidad. Nos referimos, por supuesto, al derecho de los trabajadores a desconectar del trabajo una vez finalizada su jornada laboral.

Y es que, si bien es cierto que este derecho se recogía, de manera tácita, en los artículos 19, 34, 37 y 38 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹, no fue hasta el año 2018 que el legislador español decidió –siguiendo los pasos de nuestro país vecino, Francia– regular, aun de forma un tanto genérica y “vaporosa”², el derecho que encabeza el presente artículo.

Así, en fecha 6 de diciembre de 2018, se publicaba la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) y, con ella, su artículo 88 titulado “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”.

Dicho precepto se acompañaba, además, de las disposiciones finales decimotercera y decimocuarta de la LOPD, en las que se modificaba la normativa estatutaria de los trabajadores (artículo 20.bis del ET) y de los empleados públicos (artículo 14.j.bis del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) para dar entrada a la mención expresa de este derecho.

Con todo, las implicaciones derivadas de la introducción de este artículo se hacían evidentes tras revisar su tenor literal. Con el derecho a la desconexión digital entraban en juego (i) la conciliación de la actividad laboral y de la vida personal y familiar, (ii) el tiempo de trabajo, descanso, permisos y vacaciones, (iii) el derecho a la intimidad de los trabajadores y, por supuesto, (iv) la prevención de riesgos laborales al promoverse “un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”.

En todo caso, y aun reconociéndose expresamente este derecho, lo cierto es que su regulación, desde el punto de vista práctico, ha quedado muy limitada e, incluso, poco garantista, al dejarse su ejercicio, como ya

tuvo ocasión de señalar la doctrina científica, en manos de la autorregulación colectiva, ya fuera en convenios colectivos o en acuerdos o pactos extraestatutarios³.

Y es que, la regulación del artículo 88 de la LOPD se ha limitado, fundamentalmente, a señalar que “las modalidades de ejercicio de este derecho (...) se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores” y que “el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores”.

II. LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN TIEMPOS DE LA COVID-19

Sin embargo, lo que, a priori, parecía un buen paso hacia el control de la actividad laboral fuera de la jornada no ha sido tan decisivo como cabría esperar. En la mayoría de los casos, las empresas han obviado una reacción proactiva por su parte, limitándose a reconocer el derecho de los trabajadores a no responder a los correos electrónicos o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo y estableciendo limitaciones a dicha regla general de carácter ambiguo y sometidas al libre criterio de la propia empresa⁴.

Sumado a ello, siguen abundando las empresas con horarios rígidos e inflexibles y con un carácter eminentemente presencialista, habiéndonos demostrado la COVID-19 que estamos lejos de “normalizar” modalidades de prestación de servicios tales como el teletrabajo; modalidad esta que, en la práctica, y dicho sea de paso, tampoco está ayudando excesivamente (i) a conciliar la vida personal y familiar y (ii) a disminuir esa habitual sobrecarga de trabajo que afecta a la prácti-

ca totalidad de los sectores económicos de nuestra sociedad.

Buen ejemplo de ello lo encontramos en las empresas de base tecnológica, en las que, gracias a la habitual flexibilidad horaria y a las facilidades de uso de los dispositivos tecnológicos puestos a disposición de los trabajadores, estos vienen prolongando sus jornadas laborales ante la elevada carga de trabajo⁵.

En resumen, nos encontramos con que, a raíz de la pandemia mundial derivada de la COVID-19, hemos podido afianzar con más contundencia, si cabe, una idea que ya estaba en la mente de todos los que nos dedicamos al mundo del derecho laboral y los recursos humanos: el presencialismo y el teletrabajo, sin control, desvirtúan el derecho a la desconexión digital.

Da igual que sean figuras, en apariencia, contrapuestas. Ambas exigen el cumplimiento de la regulación vigente y el cambio en los hábitos laborales de nuestra sociedad, tan presidida por ese histórico concepto de “calentar la silla” y que, a la postre, está fomentando el conocido como “síndrome del quemado” –también denominado *burnout*– cuyos principales síntomas son (i) agotamiento físico y mental generalizado, (ii) despersonalización y cinismo y, por último, (iii) descenso en la productividad laboral y desmotivación⁶.

Dicho esto, tampoco está de más reconocer el esfuerzo del legislador español en los últimos meses, que, aun no habiendo sido, en ocasiones, todo lo claro que se esperaba, optó, en primer lugar, por dar prioridad al teletrabajo frente a otras medidas de suspensión o reducción de jornada más gravosas para los trabajadores y, tras ello, por regular específicamente dicha modalidad a través del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDL 28/2020), en el que, por cierto, también se

hacia expresamente mención del derecho a la desconexión digital hoy analizado.

Así, en el citado RDL 28/2020 se analiza el derecho a la desconexión digital desde el prisma de la prevención de riesgos laborales al establecer, en su artículo 16.1, que, para la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, “deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada”.

Y, del mismo modo, en su artículo 18 se desarrolla dicho derecho reforzando que “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables”.

Resulta, por tanto, que, aun de forma pausada en el tiempo, ya empieza a desarrollarse tímidamente este derecho, debiendo tenerse en cuenta, además, la posibilidad de que los empresarios puedan resultar sancionados en el caso de incumplir con las obligaciones derivadas de este derecho.

Sobre esta cuestión, el artículo 42.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales ya avanza que “el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”.

Y dichas responsabilidades vienen reguladas, principalmente, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), en cuyo artículo 7.5 se prevé, como infracción grave sancionada con una multa de hasta 6.250 euros, “la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.

En todo caso, y aunque el artículo referido haga mención a posibles responsabilidades penales o civiles, no debemos ser alarmistas. A efectos de la desconexión digital, se ha de acudir, principalmente, a la responsabilidad administrativa para aquellos casos donde no se respeten los descansos y la prevención de riesgos laborales, debiendo tenerse en cuenta, además, que será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la que opte, atendiendo a las circunstancias concurrentes, por efectuar un simple requerimiento a la empresa o por iniciar el correspondiente procedimiento sancionador⁷.

III. LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN LAS, POR AHORA, ESCASAS SENTENCIAS DICTADAS POR NUESTROS TRIBUNALES

Sin perjuicio de que nuestros Tribunales ya han venido analizando, desde siempre, cuestiones íntimamente vinculadas con el derecho ahora analizado⁸, lo cierto es que, por ahora, son muy escasas las sentencias en las que se estudia el propio derecho a la desconexión digital.

Por todas, podemos citar, dado su interés (dictada ya una vez iniciada la pandemia por COVID-19), la reciente [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 962/2020](#),

de 4 de noviembre (RSU 430/2020) en la que se viene a analizar la aplicabilidad del derecho a la desconexión digital dentro del tiempo de trabajo.

Así, en ella se cuestionaba, concretamente, si se había vulnerado el citado derecho al haberse impuesto una sanción de suspensión de empleo y sueldo a un trabajador que no había realizado un curso de formación *online* de dos horas de duración, que se consideraba como tiempo de trabajo efectivo y que debía llevarse a cabo fuera del horario habitual de trabajo.

La sentencia, sin embargo, lejos de entender vulnerado tal derecho, viene a confirmar que “no existe derecho a la desconexión digital dentro del tiempo de trabajo, sino solamente dentro del tiempo de descanso”, asumiendo, no obstante, que “el derecho a la desconexión digital debe ser ineludiblemente preservado cuando se imponga la realización de algún tipo de trabajo a distancia o cuando se trate de que el trabajador se vea obligado a utilizar en su domicilio herramientas tecnológicas”.

Y, tras ello, concluye, en lo que al presente artículo interesa, (i) que, en tiempo de descanso, el trabajador tiene derecho a la desconexión digital y (ii) que no afecta al derecho a la desconexión digital (y, por tanto, a la intimidad personal y familiar) el que la empresa ordene la realización de trabajo efectivo y retribuido fuera del horario normal.

Como puede observarse, por tanto, la sentencia reitera la obligación de respetar el derecho a la desconexión digital en los tiempos de descanso, matizando que, en el presente supuesto, lo anterior no resulta aplicable por cuanto el curso que el trabajador demandante no había realizado se trataba de tiempo de trabajo reconocido por la propia empresa.

IV. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 21 DE ENERO DE 2021

Dejando de lado el contexto español, resulta que, desde los organismos europeos, tampoco se ha obviado la cuestión atinente al derecho a la desconexión digital. Tanto es así que, hace escasas semanas, el Parlamento Europeo dictó la Resolución, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre esta materia y en la que incluía, al final, una propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión, al que trata, de hecho, como “un derecho fundamental, parte inseparable de los nuevos modelos de trabajo en la nueva era digital”.

En sus considerandos ya puede apreciarse el valor otorgado al uso adecuado de las herramientas digitales de las que se dice que “han aportado muchos beneficios económicos y sociales y ventajas para los empleadores y los trabajadores, como una mayor flexibilidad y autonomía, el potencial para mejorar el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada y una reducción de los tiempos de desplazamiento”.

Sin embargo, tras ello no solo se reconoce que el uso de dichas herramientas también ha traído la cultura de siempre conectado, siempre en línea y siempre disponible, con los consecuentes problemas que ello puede conllevar (p.e. aislamientos, tecnoddependencia, trastornos musculoesqueléticos, ansiedad, etc.), sino que se admite que, en la actualidad, tampoco existe una normativa específica de la Unión Europea que regule este derecho de los trabajadores a desconectarse de las herramientas digitales.

A raíz de ello, se viene a elaborar una propuesta de Directiva cuyos principales hitos son los siguientes:

- i. Se define la desconexión como “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo”.
 - ii. En ella se establecen los requisitos mínimos para que los trabajadores que usen herramientas digitales con fines laborales, “puedan ejercer su derecho a la desconexión”, garantizándose “que los empleadores respeten el derecho a la desconexión de los trabajadores”.
 - iii. Se requiere a los Estados miembros para que velen “porque los empleadores adopten todas las medidas necesarias para proporcionar a los trabajadores los medios necesarios para ejercer su derecho a la desconexión”, debiendo garantizar “un sistema objetivo, fiable y accesible que permita medir la duración del trabajo diario de cada trabajador”.
 - iv. Del mismo modo, se exige a los Estados miembros para que velen por el establecimiento de “disposiciones detalladas, previa consulta a los interlocutores sociales al nivel adecuado, para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la desconexión y para que los empleadores apliquen este derecho de manera justa y transparente”. Las condiciones de trabajo mínimas que deben establecerse quedan recogidas, incluso, en la propia propuesta de Directiva.
 - v. Se establece una garantía de indemnidad en favor de los trabajadores que “hayan ejercido o intentado ejercer su derecho a la desconexión”, de tal modo que, cuando estos consideren que han sido despedidos o han sido objeto de un trato desfavorable por este motivo y establezcan, ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, hechos que permitan establecer una presunción a su favor, “corresponda al empleador demostrar que el despido o trato desfavorable se ha basado en otros motivos”.
 - vi. Se regula que “los trabajadores cuyo derecho a la desconexión haya sido vulnerado” deberán tener “acceso a una resolución de litigios rápida, eficaz e imparcial” y el derecho a reparación.
 - vii. Se exige a los empleadores que proporcionen a los trabajadores información clara, suficiente y adecuada sobre su derecho a la desconexión digital detallándose en la norma qué debe incluirse en todo caso.
 - viii. Por último, se acuerda que los Estados miembros deberán establecer “el régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo” de la Directiva analizada.
- Como puede verse, el contenido de dicha propuesta es, sin duda, bastante ambicioso, estableciendo un marco de regulación muy concreto e incluyendo una serie de obligaciones para los Estados miembros destinadas a generar mayor seguridad jurídica a la hora de poner en práctica este derecho a la desconexión digital.
- En todo caso, habrá que esperar a que dicha propuesta deje de ser tal y a confirmar si su contenido definitivo es similar al analizado más arriba o si, por el contrario, se diluye por el camino o durante su transposición en los Estados miembros.

V. ALGUNAS PAUTAS A LA HORA DE ELABORAR UNA POLÍTICA DE DESCONEXIÓN DIGITAL

Como adelantábamos, y hasta que se transponga esta propuesta de Directiva, la regulación del derecho a la desconexión digital queda sujeta a la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, sumado al hecho de que el artículo 88 de la LOPD tan solo exige la previa audiencia de los representantes (que no la necesidad de alcanzar acuerdo con ellos), las empresas disponen, por ahora, de un amplio margen para negociar las citadas políticas de desconexión digital.

En todo caso, a continuación se reseñan algunos de los aspectos que debería contener toda buena política. Son los siguientes:

- i. Resumen de los antecedentes que han llevado a la concreta empresa a aprobar un reglamento/política interna que regule los derechos y obligaciones de los trabajadores en materia de desconexión digital.
- ii. Establecimiento del ámbito de aplicación de la citada política que, tal y como dispone el artículo 88 de la LOPD, deberá alcanzar también al personal directivo de la empresa (con posibles modulaciones en función de su cargo y nivel de responsabilidad).
- iii. Inclusión del ámbito temporal de la política, que podrá tener duración indefinida.
- iv. Descripción de los derechos que tendrán los trabajadores. A modo de ejemplo:
 - Posibilidad de no responder a ninguna comunicación fuera del horario laboral, asumiendo el remitente, de forma expresa, que la respuesta podrá esperar a la jornada laboral.
 - Aseguramiento de la desconexión digital en períodos de vacaciones o de descanso compensatorio de horas extraordinarias, salvo necesidades extraordinarias y justificadas de negocio.
 - Formación y sensibilización sobre el derecho a la desconexión digital mediante la práctica responsable de las tecnologías.

v. Regulación de las obligaciones a cargo de la empresa y de los trabajadores como, por ejemplo:

- Compromiso de uso adecuado de los medios informáticos y tecnológicos puestos a su disposición.
- Necesidad de fijar las reuniones de trabajo, tanto a nivel interno como externo, además de las formaciones obligatorias, informando de su duración estimada y adoptándose medidas para conseguir que estas sean eficientes, tanto en cuanto a la duración, tramos horarios, contenido, asistentes, destinatarios, etc.
- Obligación de los trabajadores de informar de las fechas en las que se encuentren disfrutando de vacaciones, descansos compensatorios, permisos retribuidos, etc. (p.e. a través del mensaje automático de “fuera de la oficina”, mencionando que van a encontrarse ausentes durante determinado período de tiempo e indicando los datos de contacto del trabajador que hubiera sido designada para su reemplazo).
- Prohibición de que los trabajadores que voluntariamente decidan realizar comunicaciones en tiempo de descanso puedan exigir respuesta de su destinatario antes del comienzo de la siguiente jornada laboral, salvo la concurrencia de causas justificadas.
- Obligación de los trabajadores con un equipo a su cargo de cumplir especialmente con la normativa de desconexión digital, al ostentar un cargo de referencia respecto a los equipos que supervisan y coordinan.
- Obligación de la empresa de remitir, con carácter periódico (p.e. semestral, anual, etc.), una comunicación al objeto de recordar la existencia de una normativa sobre derecho a la desconexión digital, así como la obligatoriedad de su conocimiento y aplicación.

– Obligación de la empresa de organizar, con carácter igualmente periódico (p.e. semestral, anual, etc.), una sesión de formación, de asistencia voluntaria, al objeto de sensibilizar a los trabajadores sobre la importancia y beneficios de la implementación de medidas de desconexión digital, no sólo desde la perspectiva de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sino también desde el punto de vista de la salud y de la prevención de riesgos laborales.

- vi. Descripción de las circunstancias excepcionales que requerirían una actuación inmediata, aún durante el tiempo de descanso, y metodología a seguir para conocer cuándo el trabajador se encuentra ante una actuación urgente (p.e. por medio de llamada a través del teléfono móvil corporativo o a través de correo electrónico con la marca de “prioridad alta”).
- vii. Fijación de la compensación económica adecuada derivada de esas comunicaciones y actuaciones urgentes.
- viii. Establecimiento de recomendaciones a seguir tales como:

– Confirmar, antes de enviar una comunicación, si esta es estrictamente necesaria, así como limitar los destinatarios de la comunicación a aquellos que realmente deban recibirla.

– Si son varios los destinatarios, valorar la posibilidad de incluir el símbolo “@” precediendo al nombre de cada una de los trabajadores que deba atender de forma especial una parte de la comunicación o realizar una labor específica.

– Delimitar correctamente el contenido del “asunto” de la comunicación, ya que ello ayuda a los destinatarios a sistematizarla y a darle la prioridad adecuada.

– En determinados momentos del día en los que se precise un mayor grado de concentra-

ción, promover la posibilidad de desactivar la alerta emergente de las comunicaciones, así como acceder con una menor periodicidad al buzón de correo electrónico.

– Llevar a cabo el archivo de las comunicaciones de una forma regular y sistemática para mejorar la eficiencia y productividad.

VI. EJEMPLOS DE EMPRESAS EN CUYOS CONVENIOS/PACTOS/ACUERDOS COLECTIVOS YA SE REGULA EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Conocidas algunas de las pautas habituales para elaborar una buena política de desconexión digital, quizá pueda ser de utilidad resumir varios de los ejemplos más recientes de regulación de derechos digitales en diferentes empresas y convenios colectivos (hay otros como el de IKEA, el de AXA o el de LEROY MERLIN que, pese a no ser mencionados expresamente, también resultan muy ilustrativos para conocer esta materia⁹):

1. Mapfre (2020): política del derecho a la desconexión digital de las personas trabajadoras

Mapfre ha acordado con su representación sindical una política de desconexión digital cuyas principales pautas son¹⁰:

- i. No envío de comunicaciones ni llamadas fuera del horario laboral, salvo por causas excepcionales y justificadas, considerándose como horario de respeto al tiempo libre de lunes a jueves, desde las 20.00 horas hasta las 8.00 horas; desde el viernes a las 16.00 horas hasta las 8.00 horas del lunes, y los festivos durante todo el día. También se evitará enviar correos y llamadas cuando una per-

sona está disfrutando de un permiso o vacaciones.

- ii. Planificación recomendada de las reuniones con, al menos, 24 horas de antelación, que se convocarán a partir de las 8.30 horas y hasta las 18.00 horas, de lunes a jueves, y hasta las 14.00 horas, los viernes. En casos excepcionales, de lunes a jueves podrán convocarse hasta las 19.00 horas.

2. Heineken (2020): Compromiso con la desconexión digital

Por su parte, Heineken España, S.A. ha incluido, en el Acuerdo alcanzado en agosto de 2020 sobre registro de jornada de sus trabajadores¹¹, un manifiesto en el que recoge su compromiso con el derecho a la desconexión digital al amparo de los siguientes principios:

- i. Centrar sus esfuerzos “en reconocer los derechos (...) al bienestar y a mantener hábitos saludables, también en la esfera de la comunicación digital; a desconectar, a respetar la vida privada y la conciliación generando conciencia de horarios; a respetar el descanso, las vacaciones y los permisos; al progreso, incorporando avances tecnológicos que nos ayuden a potenciar un trabajo de alto rendimiento; y también a la diversidad de necesidades en este sentido”.
- ii. Comprometerse “a proporcionar herramientas que garanticen estos derechos, fomentando una gestión más racional de los canales tecnológicos”, y aprovechando “al máximo las nuevas tecnologías con el fin de incorporar modos de trabajo diferentes, más flexibles que respondan a las necesidades diversas de nuestros empleados y que también sirvan para fomentar la inclusión de todos”.
- iii. Buscar que los trabajadores se comprometan “para aplicar responsabilidad y sentido común por el bien del negocio,

así como para participar en formaciones y ayudar a la mejora continua a través de su *feedback*”.

3. Telefónica (2019): Desconexión digital en el convenio

El convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, S.A.U. contiene un Anexo que incluye medidas concretas tales como¹²:

- i. Derecho a la desconexión digital finalizada la jornada laboral, que implica no responder a ninguna comunicación cualquiera que sea el medio (WhatsApp, teléfono, mail), después de dicha jornada.
- ii. Compromiso de los trabajadores de hacer un uso adecuado de los medios informáticos y tecnológicos facilitados por la empresa evitando el uso fuera de la jornada, implicando a los superiores jerárquicos que se abstendrán de requerir respuesta a comunicaciones enviadas fuera de la jornada laboral o próxima su finalización.
- iii. La convocatoria de reuniones y la formación obligatoria se realizarán teniendo en cuenta el tiempo y la duración de la jornada.
- iv. Garantía de desconexión digital en vacaciones, días de asuntos propios, libranzas, descanso diario y semanal, permisos, incapacidades o excedencias (mensaje de “ausente” en el correo electrónico).
- v. Exclusión de la aplicación de las medidas de desconexión en caso de fuerza mayor o grave o inminente perjuicio para la empresa.
- vi. Exclusión de la desconexión digital en el caso de trabajadores con disponibilidad, durante el tiempo de atención continuada en régimen de localización.
- vii. Garantía de desconexión digital en caso de trabajo a distancia o en el domicilio.

- viii. Información y formación a los trabajadores sobre la protección de este derecho a la desconexión digital.
- ix. Prohibición de sanción por el ejercicio del derecho a la desconexión digital sin que pueda repercutir negativamente en la promoción profesional.

4. Santander (2019): criterios para una ordenación racional del tiempo de trabajo

Del mismo modo, el vigente convenio colectivo del Grupo Santander establece una serie de criterios para una ordenación racional del tiempo de trabajo¹³. A saber:

- i. Promoción del uso de la tecnología para fomentar la racionalización del tiempo de los profesionales en reuniones.
- ii. Fomentar la racionalización del tiempo invertido en reuniones, reduciendo su duración, evitando su convocatoria antes de determinada hora, o en las tardes de vísperas de festivos.
- iii. Siempre que resulte posible, si la reunión implica desplazamientos de algún asistente, se facilitará la opción de conectarse en remoto; se utilizarán los medios tecnológicos disponibles para evitar viajes fuera del lugar de residencia; se evitarán, también en la medida de lo posible, viajes en fin de semana o festivos; y se permitirá en los días en los que se viaje entrar más tarde, salir antes, o trabajar en remoto.
- iv. Promover un uso eficiente y racional del correo electrónico, mediante la difusión por la Dirección de Guías y/o Recomendaciones que eviten su uso excesivo o innecesario, o el envío de mails fuera del horario laboral, salvo situaciones justificadas o de urgencia que no admitan demora.
- v. Derecho a no contestar a correos electrónicos ni al teléfono móvil fuera de su horario de trabajo.

5. Repsol (2019): Protocolo de derecho a la desconexión digital del grupo Repsol

Siguiendo una línea similar a las anteriores, Grupo Repsol estableció una serie de pautas y recomendaciones para posibilitar la desconexión digital fuera del tiempo de trabajo¹⁴. Por ejemplo:

- i. Se respetarán los tiempos de descanso diario, semanal, permisos o vacacional, evitándose en la medida de lo posible el envío de comunicaciones profesionales finalizada la jornada laboral del emisor o la de los destinatarios.
- ii. Si concurren circunstancias que requieran la lectura inmediata, se avisará por cualquier otro medio que le permita al destinatario conocer de su envío (p.e. llamada telefónica, mensajería instantánea, etc.).
- iii. Se evitarán hacer llamadas telefónicas fuera del horario de trabajo, salvo que concurren circunstancias que lo justifiquen.
- iv. En caso de distintos husos horarios, se tratarán de mantener las comunicaciones en los horarios de solape entre los distintos trabajadores o en el momento más próximo posible a dicho solape.
- v. Se hará un uso racional de las herramientas digitales de trabajo que la empresa pone a disposición de los trabajadores.
- vi. Cuando se envíen correos electrónicos fuera del horario de trabajo, se utilizará preferentemente la configuración de envío retardado para hacer llegar los mensajes dentro del horario laboral del destinatario y se promoverá esta práctica dentro de la organización.
- vii. Durante las vacaciones, es recomendable indicar los datos de contacto de otros trabajadores que están disponibles y puedan atender las cuestiones que se requieran, creando mensajes de respuesta automática con el contacto de dichas personas.

6. Orange (2019): Desconexión digital

Igualmente, el convenio colectivo de Orange Espagne, S.A.U.¹⁵, regula el derecho a la desconexión digital estableciendo:

- i. La obligación de la empresa de promover buenas prácticas que posibiliten una desconexión real de los trabajadores fuera de su horario de trabajo, desarrollando una política que permita gestionar la utilización de las herramientas digitales en un entorno de respeto de los tiempos de descanso, y generar la adhesión de todos.
- ii. El compromiso de la empresa de fomentar entornos en los que, exigiéndose la máxima eficacia y productividad en los tiempos de trabajo, permitan una desconexión real fuera de los tiempos de servicio, de manera que el trabajador pueda gozar no sólo del merecido descanso sino también del desarrollo personal y familiar.
- iii. La utilización de las herramientas digitales deberá realizarse respetando, en todo caso, las políticas de uso vigentes en la empresa.
- iv. Se evitará convocar reuniones de trabajo fuera del horario laboral, excepción hecha de los supuestos en los que resulte estrictamente necesario por razones de urgencia, en cuyo caso el convocante expresará las citadas razones en la convocatoria de la reunión.
- v. Asimismo, la empresa recomienda a sus trabajadores la planificación y un uso responsable del correo electrónico durante los periodos de descanso, vacaciones y permisos.
- vi. El derecho a la desconexión digital debe entenderse referido tanto a los períodos de vacaciones y permisos, como a los fines de semana, festivos y, en general, entre la finalización de la jornada laboral y el inicio de la siguiente. En los periodos de vacaciones y permisos, los tra-

bajadores, para evitar cualquier tipo de incidencia, deberán programar una respuesta automática en la que, indicando su situación y las fechas en las que no estará disponible, designen el correo de contacto para la reasignación del servicio.

- vii. Por último, se establece que, excepcionalmente, no resultará de aplicación la política en aquellos supuestos en los que concurran causas de fuerza mayor, circunstancias excepcionales o un posible perjuicio empresarial que precise de respuesta inmediata.

VII. ¿QUÉ NOS DEPARA EL FUTURO?

Viendo este breve análisis, una cosa queda, más o menos, clara: las fórmulas de conciliación de la vida laboral y familiar parecen haber llegado para quedarse. Ya sea por la especial sensibilización sobre la materia de los últimos años o por la imperiosa necesidad derivada de la pandemia que asola nuestro país, lo cierto es que, cada vez más, se nos brindan mayores facilidades para organizar nuestro día a día y para alejarnos del trabajo durante el tiempo de descanso.

Buena muestra de ello son las políticas mencionadas en el penúltimo apartado de este artículo, que nos ayudan a creer que vamos por buen camino y que, al menos, las empresas más representativas de cada sector están dando los primeros pasos para conseguir una autorregulación eficaz y, sobre todo, una aplicación real en España del derecho tan fundamental (como lo califica la Unión Europea, si bien haciendo referencia a la importancia del derecho, no a su calificación como derecho fundamental desde el punto de vista constitucional) a la desconexión digital.

En todo caso, y como en esta vida nunca hay que fiarse del todo, pensemos en que, al menos, tenemos un plan B: siempre nos quedará Europa.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BAZ RODRÍGUEZ, J.: "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático", *Trabajo y Derecho*, núm. 54/2019, Wolters Kluwer.

BARRIOS BAUDOR, G.: "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019.

MORTO GARCÍA, R.M.: "Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales", *Trabajo y Derecho*, núm. 11/2020, Wolters Kluwer.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: "El derecho a la desconexión digital", *Diario La Ley*, núm. 9631, 13 de mayo de 2020, Wolters Kluwer.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: "Economía Digital: Su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo". En <http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf>.

TODOLÍ, A.: "El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quién lo vulnere". En <<https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-hu>

[mo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/](https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-vulnere/)>.

TRUJILLO PONS, F.: "Camino a una nueva Ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la 'desconexión digital en el trabajo'", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2020.

[1] TODOLÍ, A.: "El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quién lo vulnere". En <<https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>>.

[2] BAZ RODRÍGUEZ, J.: "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático", *Trabajo y Derecho*, núm. 54/2019, Wolters Kluwer.

[3] BARRIOS BAUDOR, G.: "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019.

[4] MORTO GARCÍA, R.M.: "Derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva, los planes de igualdad y los protocolos empresariales", *Trabajo y Derecho*, núm. 11/2020, Wolters Kluwer.

[5] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. y PÉREZ DEL PRADO, D.: "Economía Digital: Su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo". En <http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf>.

[6] RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: "El derecho a la desconexión digital", *Diario La Ley*, núm. 9631, 13 de mayo de 2020, Wolters Kluwer.

[7] TRUJILLO PONS, F.: "Camino a una nueva Ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la 'desconexión digital en el trabajo'", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2020.

[8] Sobre el "tiempo de trabajo", la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 173/2021, de 9 de febrero (RCUD 111/2019) viene a definirlo 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”.

[9] Firmado acuerdo de Desconexión Digital en Leroy Merlin, 24 de junio de 2020 (<<https://www.ccoo-servicios.es/html/48992.html>>); “IKEA da un giro pionero e inédito a las condiciones laborales del sector *retail*”, 15 de junio de 2018 (<https://www.ikeainfo.com/prensa/nota.php?id_notas=742>); Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa (artículo 14).

[10] “Nuevo avance en las políticas de conciliación de la compañía”, 11 de diciembre de 2020 (<<https://noticias.mapfre.com/mapfre-desconexion-digital/>>).

[11] Resolución de 11 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y

publica el Acuerdo sobre registro de jornada de los trabajadores de Heineken España, S.A.

[12] Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad, S.A.U.

[13] Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Santander.

[14] Protocolo de derecho a la desconexión digital del Grupo Repsol, 28 de noviembre de 2019 (<<https://campared.ccoo.es/fda25c7bb2f350072157f98cb57f9e7d000060.pdf>>).

[15] Resolución de 7 de octubre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Orange Espagne, S.A.U.

INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL DE LAS MEDIDAS SANITARIAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE COVID-19

Impact in labour field of health measures limiting fundamental rights in times of COVID-19

Autor: Juan José Tovar Rocamora

Cargo: Abogado laboralista-Ceca Magán Abogados

Resumen: El contexto actual de crisis sanitaria como consecuencia del coronavirus, ha conllevado la imposición de un importante número de medidas sanitarias por parte de las autoridades públicas, tales como el uso obligatorio de mascarillas, la toma de temperatura a los trabajadores a la entrada a su puesto de trabajo, pruebas periódicas de diagnóstico, así como el debate planteado sobre la posibilidad de establecer como obligatoria la vacunación. Desde el ámbito de las relaciones laborales, dichas medidas sanitarias han tenido un importante impacto, analizándose si las mismas resultan conformes con los derechos individuales de los trabajadores.

Palabras clave: COVID-19, derechos fundamentales, prevención de riesgos laborales, mascarillas, toma de temperatura, pruebas diagnóstico, vacuna.

Abstract: The current health crisis as a consequence of the coronavirus has led to the imposition of a significant number of health measures by public authorities, such as the mandatory use of masks, taking the temperature of employees at the entrance to their workplace, periodic diag-

nostic tests, as well as the debate on the possibility of mandatory vaccination. In the field of the employment law, these health measures have had an important impact, and it has been analysed whether they are in accordance with the individual fundamental rights of employees.

Keywords: COVID-19, fundamental rights, occupational risk prevention, masks, temperature, tests, vaccination.

SUMARIO

- I. CONTEXTO SOCIAL DE LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DE LA COVID-19
- II. CRITERIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
- III. NORMATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO CAUSA LEGITIMADORA ANTE EL CONTEXTO DE CRISIS SANITARIA DERIVADA DE LA COVID-19
- IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO FRENTE A LA COVID-19
 1. Uso obligatorio de mascarillas
 2. Toma de temperatura en la entrada al centro de trabajo por parte del empresario
 3. Pruebas de diagnóstico por parte del trabajador
 4. Vacunación del trabajador frente a la COVID-19 ¿obligatoria?
- V. CONCLUSIONES
- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. CONTEXTO SOCIAL DE LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DE LA COVID-19

El contexto actual de crisis sanitaria como consecuencia del Coronavirus - SARS-CoV-2 (en adelante, "COVID-19"), ha conllevado a un cambio sustancial de nuestros hábitos y costumbres, así como a la imposición por parte de las autoridades competentes de un importante número de limitaciones y prohi-

biciones con distinta cobertura legal, tanto en el ámbito nacional como autonómico, que inciden notablemente en el libre ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

A este respecto, las relaciones laborales no son ajenas a estas circunstancias. En este sentido, como consecuencia de la implantación de medidas empresariales dirigidas a la lucha contra la COVID-19, tales como el

uso obligatorio de mascarillas, toma de temperatura de los trabajadores a la entrada a su puesto de trabajo, pruebas periódicas de diagnóstico, así como la reciente puesta en marcha del proceso de vacunación, se han originado conflictos en materia jurídico laboral, los cuales se deben ponderar desde una perspectiva que evalúe, de forma equilibrada, la lucha contra el virus, y, en consecuencia, el deber de protección de la salud de los trabajadores, y el respeto de los derechos fundamentales de los mismos.

Atendiendo a lo anterior, las circunstancias globales concurrentes de índole sanitario deben ser tenidas en cuenta como un elemento significativo para ponderar si las medidas aplicadas por las autoridades sanitarias, así como por parte de los empleadores en materia de sus obligaciones preventivas en su respectivo ámbito, resultan ajustadas a la legalidad vigente aun cuando las mismas supongan o puedan suponer una limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores.

II. CRITERIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Constitucional ha venido reiteradamente manifestando que los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos¹, y, por tanto, que los sujetos pueden ver limitados o restringidos su ejercicio ante determinadas circunstancias objetivas que lo motiven.

En este sentido, en un contexto de crisis como el actual en el que se imponen medidas excepcionales desde un punto de vista sanitario cuya afectación trasciende al ámbito de las relaciones laborales, resulta coherente entender que la limitación de derechos

fundamentales provoque conflictos entre empleador y trabajador, los cuales deben solventarse desde la perspectiva del necesario equilibrio entre las obligaciones derivadas de la normativa laboral, los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos constitucionalmente y las circunstancias concurrentes concretas que motivan la limitación o restricción de los mismos. A este respecto, desde el prisma laboral, entre los derechos constitucionalmente protegidos y con una mayor afectación frente a la aplicación de dichas medidas, tendentes a favorecer la necesaria contención del virus y la preservación de la salud de los trabajadores, nos encontramos los reconocidos en los artículos 15 y 18 de la Constitución Española (en adelante, "CE"), esto es, los referidos a la integridad física y moral, a la imagen personal y al honor.

Por tanto, la cuestión clave a resolver es si los derechos fundamentales individuales deben ceder ante la aplicación de medidas como consecuencia de la COVID-19 o si, por el contrario, tales derechos individuales deben prevalecer en todo caso ante la aplicación de las mismas. La respuesta a dicha cuestión no puede ser única, sino que requiere que se deba valorar de forma concreta cada medida objeto de aplicación.

En todo caso, para valorar lo anterior debemos tener en cuenta lo siguiente:

– En primer lugar y con carácter general, debemos atender al mandato constitucional del artículo 43, apartado primero, CE, por el cual "se reconoce el derecho a la protección de la salud", y, asimismo, el referido en el apartado segundo, el cual establece que "competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

– Añadido a lo anterior, también resulta necesario tener en cuenta que el Tribunal Constitucional viene aplicando el llamado *test de proporcionalidad* como criterio para determinar la constitucionalidad de las limitaciones de derechos fundamentales. Dicho test debe cumplir con los siguientes requisitos: i) que la medida sea idónea, ii) necesaria y iii) proporcional a la finalidad que ésta persigue. Es por ello por lo que, sólo cuando se cumplan con los referidos requisitos podremos entender que la limitación llevada a cabo como consecuencia de una concreta medida resulta constitucionalmente admisible.

III. NORMATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO CAUSA LEGITIMADORA ANTE EL CONTEXTO DE CRISIS SANITARIA DERIVADA DE LA COVID-19

Como se expuso anteriormente y se evidenciará de las resoluciones de los Tribunales, un contexto de crisis sanitaria global supone una causa legítima para la limitación o restricciones de derechos fundamentales individuales con el fin de preservar el interés general, sin perjuicio del análisis concreto de cada medida objeto de aplicación.

Si bien, en el ámbito laboral ello se remarca como consecuencia de la obligación empresarial de velar por la protección de la salud de los trabajadores conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, "LPRL"). Es por ello por lo que, sin perjuicio de las obligaciones que con carácter general se impongan por parte de las autoridades competentes para la contención de la COVID-19, no se puede obviar que el cumplimiento de la normativa preventiva resulta un elemento esencial y de especial consideración, más si cabe en un contexto

como el actual, que sirve como elemento legitimador adicional a los efectos de la imposición de medidas que puedan limitar derechos fundamentales de los trabajadores.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL INDIVIDUO FRENTE A LA COVID-19

1. Uso obligatorio de mascarillas

Desde el inicio de la pandemia derivada de la COVID-19, el uso de las mascarillas ha pasado por distintas etapas. Recordemos que, tras la declaración del estado de alarma, en fecha 14 de marzo de 2020², no resultaba obligatorio, aunque si recomendable, el uso de la misma. Ello dio lugar a que muchos ciudadanos optaran por no utilizarlas y, en algunos casos, bajo el pretexto de que su uso podía conllevar problemas perjudiciales para la salud que, desde un punto de vista científico, no han quedado acreditados hasta la fecha.

Si bien, aunque en la actualidad el uso de mascarillas resulta obligatorio conforme a la legislación vigente³, existen personas que entienden que la referida obligación legal supone un quebranto para su salud aun cuando, como se ha expuesto anteriormente, no existe una evidencia científica al respecto, y, en todo caso, una vulneración de sus derechos fundamentales, concretamente los referidos a la integridad física, el honor y la imagen, reconocidos en los artículos 15 y 18 CE.

Pero, ¿podemos entender que el uso de mascarillas en un contexto sanitario como el derivado de la COVID-19 resulta contrario a tales derechos fundamentales?

Parece evidente entender, al menos en mi opinión, que las situaciones excepcionales requieren de medidas a la altura, las cuales, en ocasiones, pueden y deben limitar derechos fundamentales de los ciudadanos. Si bien, siempre que exista una causa legitimadora para la aplicación de tales medidas, que éstas sean proporcionales, que no existan otras menos lesivas y que la finalidad que persigan sea legítima, el ejercicio individual de los derechos fundamentales debe ceder ante el interés general.

Igual criterio parece mantener nuestro Alto Tribunal. A este respecto, se deben traer a colación las [Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 20 de noviembre de 2020 \(rec. 140/2020\)](#) y de [17 de diciembre de 2020 \(rec. 128/2020\)](#) en las cuales nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado a favor de entender como legítima y proporcionada la obligación legal impuesta por las autoridades sanitarias respecto del uso de la mascarilla.

Concretamente, en la última sentencia citada, en lo que respecta a los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el honor y la propia imagen (art. 18 CE), nuestro Alto Tribunal justifica su fallo con el siguiente tenor literal (la cursiva es nuestra):

Fundamento jurídico noveno: "... La salud de los ciudadanos es un elemento esencial del interés general que deben atenderlos poderes públicos. En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad. Partimos de la presunción de que las medidas adoptadas por los poderes públicos tienden a la supervivencia de la co-

munidad. Entre tales medidas se encuentra el uso generalizado de mascarillas como medida "barrera" de protección, que también han sido adoptadas por otros Estados Miembros de la Unión Europea y muchos países del mundo (...)

A la vista de lo expuesto resulta patente que la intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante *el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados*: la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva. *Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla* en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus COVID-19, *es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia...*"

Fundamento jurídico décimo – *Inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen, art. 18 CE: "...En consonancia con tal doctrina constitucional, ser receptor de crítica por rechazar el uso de mascarillas entra en el ámbito de la polémica sobre una cuestión de suma actualidad sin que pueda calificarse, de entrada, como deshonroso. Por otra parte, como recordaron las STS 81/2001, de 26 de marzo, FJ2 y 156/2001, de 2 de julio, FJ6, el derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales...*

Pues bien, la argumentación del Tribunal Supremo parece del todo razonable dado que, como se expuso anteriormente, utiliza

el contexto actual derivado de la pandemia de la COVID-19 como elemento legitimador para la imposición de medidas como ésta, aun siendo limitadora de derechos fundamentales. A lo precedente, desde un punto de vista laboral, deberíamos añadir el deber empresarial de protección de la salud de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la LPRL, como otro elemento legitimador para la imposición de la medida conforme a Derecho.

De este modo, si aplicamos el “test de proporcionalidad” antes referido observamos que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la obligación del uso de la mascarilla como medida concreta para la prevención del virus y, por ende, para la preservación de la salud de los trabajadores, resulta necesaria, idónea y proporcionada, ello en tanto que la misma es útil para el fin perseguido, la contención del virus, sin que exista otra medida menos lesiva con una eficacia similar.

Analizado que el uso de las mascarillas no supone una vulneración de los derechos fundamentales, atendiendo al contexto actual de pandemia y de lo dispuesto en la normativa preventiva, *¿qué consecuencias laborales se pueden derivar del incumplimiento en su uso?*

Desde el plano laboral, existen ejemplos de que el uso inadecuado de la mascarilla puede conllevar consecuencias negativas para el trabajador. En este sentido, debemos traer a colación la [Sentencia, de fecha 22 de enero de 2021, del Juzgado de lo Social 6 de Santander \(n.º 24/2021\)](#), de la cual fue ponente D^a. Isabel Rodríguez Macareno, en la que se declara como procedente el despido disciplinario de una trabajadora de una pescadería que, en tiempo y lugar de trabajo, se negó a ponerse adecuadamente la mascarilla, ello sin perjuicio de otras imputaciones manifestadas en la comunicación de despido.

Centrándonos en lo referido al uso de la mascarilla, el artículo 70.b). 3 del Convenio Colectivo de aplicación⁴, sancionaba “la vulneración de las normas de seguridad, incluida la no utilización de los equipos de protección individual, salvo que de la misma se pueda poner en grave riesgo la seguridad y salud del empleado/a o del resto de compañeros/as o terceras personas, en cuyo caso se considerará como falta muy grave”. Con base en la referida infracción tipificada convencionalmente, la Juzgadora *a quo* hace una serie de reflexiones sobre el uso de las mascarillas que resulta interesante reseñar.

Concretamente, en la citada sentencia se expone lo siguiente en el fundamento jurídico tercero: “con independencia de las recomendaciones generales sobre el uso de la mascarilla a fecha de 27 de mayo de 2020, la misma se encontraba prestando servicios con un producto no envasado, el pescado, por lo que, las normas de prevención de riesgos laborales elaboradas por la empresa demandada, le obligaban al uso correcto de la misma, tapando la boca y la nariz”.

De la referida sentencia se puede extraer que, aun cuando los hechos acaecieron cuando únicamente existía una recomendación de uso de la mascarilla por parte de las autoridades sanitarias, el fallo valora, aun de forma implícita, el contexto social y sanitario del momento como base para considerar tales hechos como especialmente graves y, por tanto, merecedores del despido. Y ello en tanto que parece cuanto menos evidente que de no haber existido una situación de crisis sanitaria como la actual, el despido como medida sancionadora ante unos hechos similares derivados del inadecuado uso de la mascarilla protectora, muy posiblemente habría sido entendido como no ajustado a derecho ante la ausencia de proporcionalidad.

Asimismo, se debe insistir de que no debemos olvidar que, desde un punto de vista

jurídico-laboral, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales⁵ cobra especial protagonismo, más si cabe en este contexto. De este modo, la debida protección de la salud de la propia trabajadora, en el deber que el empleador tiene en materia preventiva, como la que respecta frente a otros empleados y a clientes, cobra una especial relevancia a los efectos de la consideración como ajustada al Derecho del despido efectuado por la empresa.

2. Toma de temperatura en la entrada al centro de trabajo por parte del empresario

Otra de las cuestiones sometida a consideración y reflexión jurídica en los juzgados y tribunales del orden social, ha sido la referida a la licitud de la decisión empresarial de tomar la temperatura corporal de los empleados en el momento de entrada al puesto de trabajo al inicio de su jornada laboral.

Como cuestión previa y esencial a los efectos de valorar este punto, debemos tener en cuenta que la Agencia de Protección de Datos (en adelante, "AEPD"), ha considerado que la temperatura corporal es un dato de carácter personal⁶ al tratarse de información relativa a la salud de las personas y, por tanto, tales datos se encuentran sometidos a una especial protección, no sólo según lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, "RGPD")⁷ y en la normativa nacional de protección de datos⁸, sino, esencialmente, en materia de derechos fundamentales conforme con lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Constitución Española⁹.

En este sentido, la toma de la temperatura corporal al trabajador a la entrada a su puesto de trabajo debe llevarse a cabo por parte del empleador atendiendo a las recomendaciones de las autoridades competentes y, asimismo, respetando las disposiciones legales vigentes en cada momento, esencial-

mente, las relativas a la normativa en materia de protección de datos y los derechos reconocidos constitucionalmente. Así, no cabe duda que desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales, su implantación deberá respetar, en todo caso, los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, analizándose cada caso de forma concreta, acudiendo a medidas alternativas menos invasivas siempre que éstas resulten posibles¹⁰.

De este modo, la aplicación de una medida no puede resultar arbitraria, sino que debe responder a una causa legitimadora que la sustente desde un plano legal, so pena de determinarse como contraria a Derecho.

Atendiendo a lo anterior, cabe preguntarse, *¿resulta conforme a Derecho, concretamente en lo que se refiere al respeto a los derechos fundamentales del trabajador, la decisión empresarial de tomar su temperatura corporal a la entrada a su puesto de trabajo? ¿Existe una causa legitimadora que lo faculte?*

En el marco de aplicación de medidas en las que también entran en juego derechos constitucionales de especial relevancia y protección, como es este supuesto, responder a esta cuestión con una mera afirmación o negación podría resultar poco adecuado, pareciendo razonable entender que ello dependerá del caso y circunstancias concretas, tal y como se expuso anteriormente.

En todo caso, parece claro que atendiendo al contexto actual de crisis sanitaria derivada de la COVID-19, y, asimismo, en relación con lo dispuesto en la normativa de prevención de riesgos laborales, dicha causa legitimadora existe desde el plano laboral, sirviendo como base de ello de nuevo el contexto de crisis sanitaria y el deber del empresario de velar por la protección de la salud de los trabajadores.

Por tanto, aunque a mi juicio resulte indiscutible la obligación legal de protección de los trabajadores por parte del empresario en el contexto actual, ello no puede entenderse como patente de corso para aplicar la referida medida de forma arbitraria, sin evaluarla desde la óptica de los derechos constitucionales en juego.

A este respecto, resulta de interés traer a colación la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 22 de junio de 2020 \(conflicto colectivo – autos 11/2020\)](#)¹¹. Aunque no puede negarse que el objeto principal de dicha *litis* consistía en determinar si resultaba o no atribuible a los vigilantes de seguridad las funciones de toma de temperatura corporal de los trabajadores (y, en su caso, clientes) que accedían a un supermercado, ello conforme a lo dispuesto en la normativa convencional de aplicación¹², el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (en adelante, el “TSJCV”) entra a valorar la cuestión relativa a la licitud de la misma y su posible conflicto con los derechos fundamentales de los trabajadores afectados, al tratarse de datos de carácter personal, y, todo ello, atendiendo al contexto y circunstancias excepcionales de la situación de pandemia global en la que se circunscribe el referido conflicto colectivo. Concretamente aborda dicha cuestión el TSJCV con el siguiente tenor literal:

Fundamento jurídico tercero: “En el contexto de crisis socio-sanitaria ocasionada por la COVID-19, la toma de temperatura de los trabajadores que acceden al centro de trabajo es una medida que tiene como finalidad exclusiva evitar que personas con sintomatología que pueda estar asociado a la COVID-19, accedan a sus instalaciones con el correspondiente riesgo de contagio al resto de trabajadores y a posibles usuarios de los supermercados, poniendo así en riesgo a las medidas de contención de la pandemia y la propia in-

tegridad física de las personas que puedan llegar a encontrarse en el centro comercial ...”.

Asimismo, desde la perspectiva de la protección de datos y garantías constitucionales de los trabajadores afectados respecto de la medida en cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana expone lo siguiente:

Fundamento jurídico cuarto: “... se trata de una medida que reporta datos de salud de las personas examinadas cuya aplicación y eficacia puede ser cuestionable desde una perspectiva legal y constitucional, y que sin embargo tal como hemos adelantado al inicio de la fundamentación jurídica, ciñéndonos al caso que nos ocupa, aparece plenamente justificada en el marco de una situación excepcional en la que ha sido adoptada, en orden a reforzar la seguridad de los centros y sin que de los datos aportados en la demanda, se desprenda que se esté aplicando con quebranto manifiesto de los derechos y garantías constitucionales de los trabajadores afectados por el conflicto”.

Por tanto, sobre el contexto excepcional en el que fue adoptada la medida, esto es, en una situación de pandemia global derivado de la COVID-19, así como que desde la perspectiva constitucional la ejecución de la medida era proporcionada, sin que existiera otra alternativa menos lesiva de similar eficacia, el TSJCV estima que la medida de toma de temperatura corporal resulta ajustada a Derecho.

De este modo, aun suponiendo lo anterior que el empleador pueda acceder a tener conocimiento de un dato de carácter personal relativo a la salud de los trabajadores, la situación pandémica y la proporcionalidad en la ejecución de la misma justifica dicha injerencia en el ámbito personal del individuo,

dado que tiene como finalidad preservar un bien jurídico protegido mayor, la salud del resto de trabajadores y de las personas que les rodean.

De esta forma, parece coherente la decisión del TSJCV en tanto que mantiene el necesario equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales del individuo y los intereses generales colectivos de los trabajadores potencialmente afectados y, en definitiva, de la sociedad en su conjunto.

3. Pruebas de diagnóstico por parte del trabajador

Otra de las cuestiones debatidas es si el empresario puede obligar a que sus trabajadores se sometan a pruebas diagnósticas, PCR o serológicas, con el fin de verificar su estado de salud y, con ello, proteger la salud del resto de trabajadores.

A este respecto debemos traer a colación el artículo 22 LPRL, en materia de vigilancia en la salud, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección

de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud ...”.

De dicho precepto se evidencia que, con carácter general, la vigilancia de la salud de los trabajadores únicamente se podrá llevar a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurre en un contexto como el actual en el que existe la muy previsible posibilidad de que haya trabajadores que acudan regularmente a su puesto de trabajo estando contagiados de la COVID-19 sin síntoma alguno, exponiendo de este modo a un peligro cierto al resto de sus compañeros. *¿Puede el empresario imponer esos controles de forma obligatoria? Y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, y que el trabajador no acceda a ello, ¿es posible que se deriven medidas disciplinarias?:*

Desde el razonamiento de lo que se expondrá a continuación, las respuestas a ambas cuestiones deben ser afirmativas y ello de acuerdo con los siguientes razonamientos:

- Existe amparo legal. Así, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (art. 22 LPRL) establece que, aun sin perjuicio de la voluntariedad del trabajador, en casos en donde se deba verificar si la salud del trabajador puede suponer un peligro para terceros la aplicación de dicha medida será posible.
- Nos encontramos ante una situación de crisis sanitaria sin precedentes. A este respecto, si algo ha demostrado la COVID-19 es que se trata de una enfermedad aun desconocida por parte de la comunidad científica.

Así, mientras que hay personas que sufren importantes síntomas y secuelas, otras apenas evidencian signos externos indiciarios de ser portadores del virus, lo que justifica la necesidad de llevar a cabo pruebas diagnósticas a los efectos de contener la propagación del virus de una forma eficaz.

– Aun perteneciendo al ámbito de la esfera personal y de la intimidad de cada sujeto la voluntad de someterse o no a pruebas de este tipo, la finalidad que persigue dicha medida es legítima, en tanto que favorece el interés general. De este modo, primar el ejercicio de los derechos fundamentales individuales frente al interés general podría tener consecuencias irreparables frente a terceros, tanto desde un punto de vista de la salud como desde la perspectiva socioeconómica, que no se tiene el deber jurídico de soportar dado que el ejercicio de los derechos fundamentales individuales no debe ni puede justificar la lesión de bienes constitucionales de terceros con idéntica protección.

– Resulta una medida idónea, necesaria y proporcional, habida cuenta del contexto global actual, sin que exista hasta la fecha una medida menos lesiva y eficaz.

– El empresario tiene como obligación en materia preventiva, el deber de velar por la protección de los trabajadores (art. 14 LPRL), lo que se acentúa en un contexto como el actual.

Lo anterior, sin perjuicio de que huelga decir que dicha medida tiene una finalidad legítima en el contexto actual derivado de la crisis sanitaria de la COVID-19, y que, en todo caso, deba preservarse la intimidad y confidencialidad de los datos médicos del trabajador y seguir los procedimientos formalmente establecidos desde un punto de vista legal para la adecuada aplicación de la misma.

En este sentido, existen pronunciamientos judiciales en tal sentido. Así, cabe citar la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2019, rcud. 4009/2016](#), entre otras¹³, cuya doctrina a estos efectos se resume del siguiente modo (la cursiva es nuestra):

“... De lo que se desprende, en atención a las funciones que dichos trabajadores realizan, que “la vigilancia de la salud, en su vertiente de instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales aparece como decisiva para garantizar el derecho a la salud de cuantos intervienen en el ámbito de la relación laboral y de los terceros que con ellos se relacionan y, *en ese sentido entronca directamente con el LPRL que establece el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, derecho al que se corresponde el correlativo deber empresarial de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales*, garantizando la seguridad y salud de todos los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. No cabe duda, por tanto, de que la vigilancia de la salud es, en los supuestos aquí examinados, tanto desde la perspectiva de derecho del trabajador como de la obligación empresarial, un instrumento al servicio de la prevención de los riesgos laborales que, según los casos, puede alcanzar una gran importancia y convertirse en un pilar básico sobre el que poder construir la actividad preventiva en la empresa. Como dijimos en la citada [STS de 10 de junio de 2015](#), en ese caso, más aún en el que ahora se contempla, aparece, *junto con el interés individual del trabajador de proteger su propia intimidad, otro interés preponderante: el del resto de trabajadores o de terceras personas, cuya integridad física y salud pueden depender*, en no pocas ocasiones, del estado de salud del trabajador vigilante de seguridad o escolta. Para conjurar

el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos precisos es necesario conocer y comprobar que goza de un adecuado estado de salud ...”.

Por ende, en circunstancias como las actuales, acogiendo la doctrina jurisprudencial precedente, parece a todas luces evidente que debiendo primar el interés general frente a los derechos individuales, resulta entender amparado legalmente la obligación impuesta por parte del empresario de someter periódicamente a sus trabajadores a pruebas diagnósticas con el fin de preservar su salud y la de quienes le rodean, si bien, respetando, en todo caso, la intimidad y confidencialidad de dichos trabajadores. Como consecuencia de ello, una negativa injustificada a someterse a dichas pruebas podría suponer una desobediencia sancionable desde el punto de vista laboral, incluso con el despido, habida cuenta del grave contexto sanitario como consecuencia de la COVID-19¹⁴.

4. Vacunación del trabajador frente a la COVID-19 ¿obligatoria?

Tras el inicio del proceso de vacunación, una de las cuestiones más repetidas es la referida a la posibilidad de exigir como obligatoria la vacunación de todos los ciudadanos como medida de lucha contra el virus.

Desde un punto de vista legal, el artículo 2.3 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios”. Por tanto, la conclusión a lo anterior es que el paciente, bajo el principio de consentimiento informado, tiene derecho a negarse a un tratamiento aun cuando este fuera beneficioso

para su salud. Como ejemplo de lo anterior, se puede traer a colación la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2ª, rec. 1/2018, de 26 marzo](#), en la que en un caso de un testigo de Jehová que se negaba a recibir una transfusión de sangre, se determinó que tenía primacía sobre la voluntad judicial el derecho del paciente a rechazar el tratamiento médico, el cual fue expresado en el documento de voluntades anticipadas en las que la paciente dispuso que no se le administrase, en ningún caso, transfusiones de sangre aunque los médicos las consideren necesarias para la conservación de su vida o de su salud.

Por tanto, si nos preguntamos si existe la posibilidad de que, con carácter general, las autoridades competentes puedan imponer la vacunación obligatoria, la respuesta debe ser negativa. Para ello será necesario un plus adicional, tal y como ahora se expondrá.

En todo caso, para plantear la cuestión de si resultaría posible o no imponer la vacunación obligatoria, debemos a traer a colación de nuevo el contexto global de crisis sanitaria como principio básico para poder responder adecuadamente a esa cuestión. Y ello en tanto que parece claro que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, en el ámbito de su autonomía individual cada sujeto resulta libre para poder optar por vacunarse o no, si bien, siempre que las consecuencias que de ello se deriven queden en el ámbito de su esfera personal. Pero lo que subyace bajo la cuestión de si resultaría legítima la posibilidad de imponer la obligación de vacunación es si un sujeto, en el libre ejercicio de sus derechos, tiene potestad para tomar una decisión que pudiera tener una influencia en la salud de terceros. En tal supuesto, a mi juicio, la respuesta debe ser negativa. A este respecto, el [Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 185/2002, de 14 de octubre](#), entre otras, expuso que un ejercicio sin límites de un derecho fundamental podría tener

como consecuencia la lesión de otros bienes constitucionalmente relevantes de igual rango constitucional de terceros, lo cual no resulta admisible.

Por ende, partiendo de la base de lo razonado anteriormente respecto de que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, se debería entender que en tanto en cuanto el libre y legítimo ejercicio de los derechos fundamentales del individuo encuentra su fin cuando tal ejercicio tiene como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales de terceros, si la negativa injustificada a vacunarse de un numeroso grupo de la población tuviera como consecuencia la imposibilidad de preservar la salud del resto de ciudadanos, resultando ello acreditado desde un punto de vista científico, sí existiría una causa legítima para que las autoridades públicas procedieran a imponer la obligación de la vacunación como medida de interés general. Lo anterior, evidentemente, siempre que se diera el presupuesto de que los poderes públicos aseguraran la efectividad y seguridad de dicha medida con base en la confianza legítima que deba existir entre ésta y sus administrados¹⁵.

¿Existen precedentes legales o judiciales a este respecto?

La respuesta debe ser afirmativa. A este respecto, desde el plano legislativo cabe citar la siguiente normativa:

– El Decreto de 26 de julio de 1945, por el que se aprueba el Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación, en el que dispone en su artículo 21 que “serán obligatorias para todo ciudadano de nacionalidad española las vacunaciones contra la viruela y la difteria, siendo sancionada su falta de realización”.

– La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, es-

tablece en su artículo 12 que “... la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...”.

– La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública que establece en su artículo 1 que “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

– Asimismo, en la actualidad y como consecuencia de la COVID-19, se debe citar la Ley 8/2021, de 25 de febrero, que modifica la Ley de salud de Galicia, introduciendo medidas para hacer frente a los riesgos derivados de la crisis sanitaria causada por el SARS-CoV-2 y la que dispone en su artículo 41 bis, como falta sancionable, “la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa transmisible, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población”.

Por otro lado, desde el plano judicial cabe citar las siguientes resoluciones:

– Auto, de 24 de noviembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 5, de Granada, el cual ratificó la decisión de las autoridades sanitarias de la Junta de Andalucía para vacunar forzosamente contra el sarampión a treinta y cinco niños

cuyos padres se habían negado a su vacunación. A tal respecto:

“... Entendemos que no suscita debate que la medida solicitada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción *se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido*, bastando a estos efectos recordar lo reseñado en el hecho segundo de esta resolución; en resumen, que mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no dejan secuela alguna, sin que se asocien enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren en un 5-15% de los casos, e incluyen otitis media, laringotraqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con ineficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el Ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil...”

En el presente caso, el Juzgado, tras atender a las circunstancias concurrentes en el caso, así como a los riesgos clínicos que se podrían derivar tanto de la vacunación como de la ausencia de ésta, entiende que la medida resulta idónea, necesaria y proporcional,

aun cuando resulta evidente que supone una intromisión en los derechos fundamentales de dichos sujetos, que, si bien, al tener como finalidad la protección del interés general, debe reputarse como ajustada a Derecho desde el plano constitucional.

Analizado lo anterior, *¿resulta posible que el empresario obligue a los trabajadores a su cargo a que se vacunen en la situación actual derivada de la COVID-19?*

Pues bien, de lo expuesto se puede evidenciar que, de darse los presupuestos anteriores, existiría una causa legitimadora para imponer la obligatoriedad de la vacuna. Si bien, en el contexto actual, los trabajadores no pueden ser obligados a la vacunación, a menos que, sobre el principio de legalidad, una norma ampare la obligación de vacunación o, en su defecto, se dicte una resolución judicial fundada en derecho que, tras apreciar las circunstancias del caso y analizando si concurren los requisitos de legalidad, así como los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad respecto del fin que pretenden proteger, entiendan como ajustada a derecho desde el plano constitucional dicha medida.

V. CONCLUSIONES

De los razonamientos anteriores podemos obtener las siguientes conclusiones:

– Los derechos fundamentales no resultan ilimitados ni absolutos, por lo que pueden y deben ceder ante otros derechos constitucionalmente protegidos, siempre que la aplicación concreta de la medida limitadora de tales derechos resulte idónea, necesaria y proporcional respecto de un fin legítimo perseguido.

– En el contexto actual de crisis sanitaria, existe una causa legitimadora de los derechos fundamentales, en tanto que lo que se trata de proteger es la salud de los ciudadanos ante una situación de pandemia global derivada de la COVID-19 y, asimismo, desde el ámbito de las relaciones laborales, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales impone la obligación de velar por la protección de la salud de los trabajadores en particular.

En todo caso, como expresaba el profesor Sempere Navarro, en una breve reseña publicada como consecuencia de la gripe A, en la que se planteaban cuestiones similares a las que ahora nos hacemos como consecuencia del contexto sanitario actual, “no queda más remedio, en todos estos casos, que buscar la interpretación razonable de los bloques normativos sobre contrato de trabajo, sanidad, prevención de riesgos, seguridad social; sentido común, información, prudencia, negociación y razonabilidad parecen buenos compañeros de viaje para buscar la respuesta a todos estos interrogantes”¹⁶.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Sentencias

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 198/2004, de 15 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 20 de noviembre de 2020 (rec. 140/2020) y de 17 de diciembre de 2020 (rec. 128/2020).
- Sentencia, de fecha 22 de enero de 2021, del Juzgado de lo Social 6 de Santander (n.º 24/2021).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 22 de junio de 2020 (conflicto colectivo – autos 11/2020).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2ª, rec. 1/2018, de 26 marzo.
- Sentencia Tribunal Constitucional, núm. 185/2002, de 14 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Granada, núm. 1816/2018, de 19 julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de junio de 2015, rec. 178/2014.
- Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Móstoles de 29 de diciembre de 2020.

Normativa legal

- Constitución Española.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.
- Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.
- Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

– Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

– Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo.

– 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).

– Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales de los Derechos Digitales.

– Convenio Colectivo del grupo de empresas Dia S.A y Twins Alimentación S.A (BOE 2 de septiembre de 2016).

– Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

– Decreto de 26 de julio de 1945, por el que se aprueba el Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación.

– Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

– Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

– Ley 8/2021, de 25 de febrero, modifica la Ley de salud de Galicia, introduciendo medidas para hacer frente a los riesgos derivados de la crisis sanitaria causada por el SARS-CoV-2.

Libros y artículos

– AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Comunicado de fecha 30 de abril de 2020.

– CONTHE ALONSO-OLEA, B.: “¿Puede la empresa obligar a sus empleados a vacunarse de la COVID-19?”, *Tribuna Francis Lefebvre*, 2021.

– SEMPERE NAVARRO, A.: “Aspectos laborales de la Gripe A”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 786/2009.

– TOLOSA TRIVIÑO, C.: “Problemas legales de la vacunación en España”, *La Ley Digital*, 2021.

[1] Entre otras, [Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 198/2004, de 15 de noviembre](#).

[2] Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

[3] Artículo 6 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

[4] Convenio Colectivo del grupo de empresas Dia S.A y Twins Alimentación S.A (BOE 2 de septiembre de 2016).

[5] Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

[6] Véase el comunicado de fecha 30 de abril de 2020, Agencia Española de Protección de Datos.

[7] 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 circu-

lación de estos datos y por el que se deroga la directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

[8] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales de los Derechos Digitales.

[9] Artículo 18.1 Constitución Española "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

[10] A modo de ejemplo, en tanto que la toma de temperatura únicamente responde a la necesidad de evaluar el estado de salud del trabajador en el momento de su entrada al puesto de trabajo, parece evidente que podría resultar desproporcionado almacenar o grabar tales datos de temperatura relativos a su salud sin una causa objetiva que lo ampare.

[11] Conflicto colectivo interpuesto por la Federación Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada frente a la mercantil Ilunion Seguridad, S.A., asistida por el letrado D. Francisco Javier Reyes Robayo.

[12] Lo cual recibió una respuesta afirmativa, desestimándose por parte del Tribunal Superior de Justicia

de la Comunidad Valenciana en el conflicto colectivo, interpuesto por parte de la Federación Alternativa Sindical de Trabajadores de Seguridad Privada frente a Ilunion Seguridad, S.A., ello atendiendo al contexto excepcional derivado del COVID-19. Igualmente, se debe hacer constar que la referida Sentencia es firme.

[13] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Granada, núm. 1816/2018, de 19 julio; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de junio de 2015, rec. 178/2014.

[14] En sentido contrario, existen otras sentencias, como la del Juzgado de lo Social 3 de Móstoles de 29 de diciembre de 2020, en la que se declara la nulidad del despido del trabajador, si bien, como consecuencia de la tutela judicial efectiva del trabajador en su vertiente de garantía de indemnidad.

[15] Sin perjuicio del deber de responsabilidad de la administración por los daños que estas pudieran producir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.2 CE y 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

[16] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Aspectos laborales de la Gripe A", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 786/2009.

TRABAJO DEPENDIENTE: CASOS RECURRENTE, ESPEJISMOS (PLATAFORMAS DIGITALES) Y VIEJAS REALIDADES (COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO)

Subordinate work: recurrent cases, mirages (digital platforms) and old realities (partnership cooperatives)

Autor: Rodrigo Martín Jiménez

Cargo: Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El trabajo subordinado en régimen de dependencia y ajenidad es el modelo generalizado de actividad en el seno de las empresas. El trabajo autónomo es una excepción y la actividad de las empresas no pueden sustentarse en él.

La compleja realidad ofrece ejemplos tradicionales y recurrentes que exigen analizar minuciosamente los hechos y datos concretos. Al mismo tiempo, el trabajo realizado en el marco de las plataformas digitales puede crear el espejismo de una nueva realidad. En fin, las cooperativas de trabajo asociado ofrecen un modelo distinto que se ha cuestionado en los últimos años pese a contar con una sólida regulación.

Palabras clave: Contrato de trabajo, trabajo autónomo, plataformas digitales, cooperativas de trabajo asociado.

Abstract: Work provided on a subordinate and alienity basis is the generalized model of activity within companies. Self-employment is an exception and the activity of companies cannot be based on it.

The complex reality offers traditional and recurring examples that require a thorough analysis of the facts and concrete data. At the same time, the work carried out within the framework of digital platforms can create the mirage of a new reality. In the end, partnership cooperatives offer a different model that has been questioned in recent years despite having a solid regulation.

Keywords: Employment contract, self-employment, digital platforms, partnership cooperatives.

SUMARIO

- I. NO HAY EMPRESA SIN TRABAJADORES
- II. CASOS RECURRENTE
 1. Profesionales liberales
 2. Entidades aseguradoras
 3. Medios de comunicación y artistas
 4. El fracaso de los TRADES
- III. ESPEJISMOS (PLATAFORMAS DIGITALES)
- IV. VIEJAS REALIDADES (COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO)

I. NO HAY EMPRESA SIN TRABAJADORES

El concepto de trabajador por cuenta ajena constituye la médula espinal de nuestra disciplina jurídica en tanto que las normas laborales se aplican a quienes trabajan personal y voluntariamente a cambio de una remuneración e integrados en una organización sin asumir los riesgos derivados de la actividad¹.

El trabajo en régimen de dependencia y ajenidad es la regla general en un sistema universalizado de organización de la actividad productiva donde la empresa establece políticas, marca estrategias, organiza y dirige la actividad a través, fundamentalmente, de sus órganos de administración, y los trabajadores integran en ella su actividad profesional sirviéndose de los medios de producción empresarial. En este modelo, en este sistema productivo –que, como hemos indicado, es universal y no exclusivo de nuestro país– el trabajo autónomo es una excepción. Desde luego, cada sistema jurídico establece sus propias reglas, pero estas reglas son esencialmente comunes. Por ello, la ausencia de un concepto jurídico unitario de trabajador en el esquema normativo comunitario² no puede esgrimirse como óbice a la radical afirmación de que el motor de toda empresa son los trabajadores.

Siendo claro que los contornos que permiten distinguir el trabajo dependiente y por cuenta ajena del trabajo autónomo no son absolutamente nítidos, la presunción de laboralidad (art. 8 ET) implica reconocer que la empresa integra en su organización productiva a trabajadores, de manera que no puede existir una empresa-organización sin trabajadores, los cuales son la esencia productiva de la misma y precisamente por ello los sistemas jurídicos les dotan de determinadas garantías y derechos, además, por supuesto, de obligaciones.

II. CASOS RECURRENTES

Hay supuestos que, pese a su tipicidad, exigen el análisis detallado de elementos propios de la dependencia (órdenes e instrucciones, tiempo de trabajo y descansos, aportación de elementos materiales o inmateriales, elementos de identificación con la organización: dispositivos, sistemas, procesos, estándares de calidad, etc.) y su contraste con los datos reveladores de autonomía.

1. Profesionales liberales

Son conocidas las prestaciones de servicios de los llamados profesionales liberales (médicos, veterinarios, abogados³, ingenieros, arquitectos), donde aquéllas se desarrollan en marcos empresariales de pequeña dimensión y con escasa presencia sindical, siendo llamativo que con cierta frecuencia (especialmente en el caso de los médicos) sean los propios profesionales quienes, por razones de una menor sujeción y compromiso a una única organización, opten de manera decidida y plenamente consciente por una relación autónoma. Desde luego, la calificación jurídica de la relación no depende de la voluntad de las partes y la posibilidad de compatibilizar una relación laboral con dedicación parcial con otra u otras de la misma o distinta naturaleza en el marco del pluriempleo o la pluriactividad se erige en barrera infranqueable a la concorde voluntad de las partes.

2. Entidades aseguradoras

Agentes, y auxiliares/colaboradores externos (antiguos subagentes), especialmente estos últimos, plantean en ocasiones dudas de calificación, pese a la claridad de la regulación vigente, que permite a los mediadores de seguros celebrar contratos mercantiles con

auxiliares/colaboradores externos⁴ y pese, incluso, a la posibilidad de compatibilizar una relación laboral con una compañía de seguros y una relación mercantil con una empresa mediadora del mismo grupo⁵. Son conocidas las actuaciones llevadas a cabo en el sector de los seguros por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y por la Tesorería General de la Seguridad Social⁶ mediante la proposición/iniciación de procedimientos de oficio dirigidos a esclarecer la naturaleza formalmente mercantil de los auxiliares/colaboradores externos. Sin ánimo de polemizar, estas actuaciones sorprenden por cuanto que esta labor de colaboración únicamente puede llevarse a cabo en el marco de una relación mercantil (no laboral) por expresa disposición legal y no puede pretenderse laborizar un conjunto de relaciones que constitutivamente no lo son, sin perjuicio, lógicamente, de la necesidad de encauzar correctamente los casos en que el auxiliar/colaborador externo realice funciones distintas de las que encuentran cabida en la normativa que presta cobertura a su labor o bien, soslayando ésta, la prestación de servicios se realice con tintes de laboralidad (presencia física exigida, utilización de herramientas propias del agente, horario, fijación de objetivos, etc.).

3. Medios de comunicación y artistas

Presentadores, conductores de programas televisivos o radiofónicos, reporteros, colaboradores/tertulianos, cámaras, ayudantes, fotógrafos, redactores, guionistas, dobladores, columnistas, músicos de bandas o solistas, actores, publicistas se integran desde luego en la organización de que se trate. Es cierto que, en muchos casos, hay elementos que dificultan el análisis de la realidad, y que hay otros derechos no laborales en juego (imagen, por ejemplo), pero quizá deba analizarse con mayor profundidad el sentido y alcance del contrato de trabajo, o una de sus modalidades –trabajo en grupo– para que-

nes son pieza esencial de un programa o para los miembros integrantes de sus equipos.

4. El fracaso de los TRADES

Hace poco más de un año, un diario económico se refería a los TRADES como colectivo “en caída libre”⁷. Las razones de esta caída son variadas y todas ellas justificadas:

– La infructuosa pretensión de extender a la totalidad del trabajo autónomo una regulación que quizá hubiera sido útil para el específico sector que reclamaba esa regulación. Recuérdese que es normativa no laboral la que regula las autorizaciones de transporte y el tonelaje de los vehículos, y la propiedad o uso de éstos (del transportista o de la compañía de transporte), y que en virtud de aquélla se establecen los criterios determinantes de la autonomía o de la laboralidad del vínculo.

– La insuficiencia de una regulación que, a diferencia de otras –mediadores de seguros, cooperativas– no permite entender como constitutiva la relación jurídica⁸, por lo que carece de la seguridad jurídica precisa para reducir los riesgos de laboralidad.

– El elenco de derechos cuasi laborales que incorpora, además de encontrar difícil encaje en la autonomía que teóricamente vertebra la relación, son disuasorios para las empresas, lo que podría dar lugar a relaciones más autónomas en sentido clásico, dotadas con menos elementos de dependencia.

III. ESPEJISMOS (PLATAFORMAS DIGITALES)

Frente al planteamiento indicado en el apartado 1 (“no hay empresa sin trabajadores”), hay quienes afirman la existencia de una

“nueva realidad” necesitada de una nueva regulación, más flexible y alejada del “modelo tradicional” y garantista que proporciona la vigente legislación laboral. Esta afirmación suele sustentarse en la constatación (por lo demás, evidente) de algunos modos de producción y de organización empresarial— señaladamente trabajos realizados en el marco de las plataformas digitales⁹— que evidencia mayores dosis de autonomía, iniciativa individual y libertad en la organización tiempo y el lugar de trabajo, la retribución, etc., factores todos ellos que permiten apreciar un alejamiento del tradicional trabajo subordinado.

Este planteamiento pretende cuestionar los límites del modelo “laboralizado”, impregnado de la elasticidad que los Tribunales conceden a la nota de la dependencia¹⁰. Se propone bien un *tertium genus* aligerado de obligaciones y responsabilidades empresariales, bien una incardinación en el molde (también tradicional) del trabajo autónomo. Bajo esta pretensión subyace una innegable voluntad de inaplicación del régimen legal vigente que brinda al trabajador un “suelo” de protección en materia salarial, de tiempo de trabajo, seguridad laboral, protección social, despido, etc. con el fin último de aligerar los costes empresariales.

Este planteamiento pretende también tensar los límites de una regulación que a mi modo de ver es sólida y no ofrece dudas razonables en cuanto a que la prestación de servicios en el marco de las plataformas digitales se lleva a cabo en régimen de laboralidad. Debe recordarse que no hay empresa sin trabajadores, de manera que una organización dotada de elementos materiales (e inmateriales) y humanos debe contar necesariamente con una fuerza laboral que lo impulse. No es concebible un modelo empresarial sin trabajadores y es inasumible que quienes ponen en marcha o cuentan con una organización empresarial no quieran asumir los costes asociados a la contratación labo-

ral en los términos actuales o futuros que las normas laborales establezcan. Cuestión distinta es que la flexibilidad pedida sea una opción de política legislativa y, desde luego, aplicable a todos los trabajadores.

Por otro lado, los modelos (trabajo asalariado vs. trabajo autónomo) no son opcionales ni dependen de la voluntad de las partes. Quiero decir con esto que la realidad de los hechos se impone (y ha de imponerse) y si quien presta el servicio no pone en juego una organización propia dotada de medios y elementos diferenciados de quien recibe dicho servicio, resulta cuando menos difícil notar la presencia de un trabajo autónomo. Si la prestación se integra en la organización productiva con la fuerza física o intelectual de la persona, hay trabajo asalariado. Si la prestación no se integra por formar parte a su vez de otra organización (propia o ajena; subcontratación, ETT, trabajo autónomo), no hay trabajo asalariado.

La integración del trabajo en la organización productiva implica asumir la disciplina y los procedimientos de la empresa. De ahí que las plataformas digitales que prestan servicios estandarizados no son meros intermediarios que obtienen un beneficio a cambio de contactar al prestatario del servicio y al usuario o cliente, pues éstos carecen de libertad para establecer los términos de un acuerdo predeterminado por aquéllas. Efectivamente, el establecimiento de ciertas normas de uniformidad, calidad del servicio, seguimiento y localización, valoración de la prestación y su gestión a través de una plataforma digital prevalece sobre otros aspectos que, sin duda relevantes en otros ámbitos —libertad de prestación del servicio, libertad de horarios, utilización de elementos materiales propios, etc.— ceden en este caso ante la importancia de una organización/empresa que establece el modo en que los servicios deben ser prestados¹¹.

IV. VIEJAS REALIDADES (COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO)

Las cooperativas de trabajo asociado “tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros” (art. 80.1.1º Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). La relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria (art. 80.1.2º LC) y su naturaleza dual (socio-trabajador) permite adaptar la aplicación (total o parcial, cuando es posible) de derechos típicamente laborales. Las cooperativas pueden organizar y desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 1.2 LC) y realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios cuando lo prevean los Estatutos (art. 4.1 LC).

Sobre la base de este elemental planteamiento¹², en los últimos años se viene cuestionando el modelo cooperativizado, desde diferentes frentes, ignorando las especialidades de su regulación:

En primer lugar, se ha cuestionado el modelo en supuestos de descalificación por fraude de ley cuando la “cooperativa” carece de los elementos propios de toda organización productiva. Así ha ocurrido en el caso de una cooperativa de transportes en el que la sociedad actuaba como mero intermediario entre el transportista y el cliente “la singularidad, complejidad e indeterminación en muchos aspectos del régimen jurídico aplicable a las cooperativas de trabajo asociado no puede servir de cobertura puramente formal para burlar en fraude de ley la norma legal, con la finalidad de eludir las previsiones con las que se ha querido evitar la reiterada utilización de la figura del falso autónomo en el ámbito del transporte de mercancías por carretera como mecanismo de huida del

derecho del trabajador (...) Estas exigencias deben aplicarse igualmente cuando la actividad se presta a través de la participación en una cooperativa, en su lógica adaptación a las peculiaridades que conlleva el singular régimen jurídico de ejercicio de cualquier actividad económica cooperativizada, pero sin que en ningún caso pueda admitirse que la fraudulenta utilización de las normas legales que permiten la creación de cooperativas sea utilizada como un mero subterfugio para la formalización aparente de este tipo de entidades carentes de cualquier actividad económica propia, y simplemente constituidas para poner a disposición de empresas del sector del transporte la mano de obra que supone la prestación de servicios de conducción. La creación, constitución y funcionamiento de las cooperativas, en cualquiera de sus modalidades –y particularmente las de trabajo asociado–, no puede quedar sustraída a la aplicación del reiterado criterio que viene avalando esta Sala al analizar situaciones en las que está en discusión el uso fraudulento de la forma societaria bajo cualquiera de las distintas fórmulas en las que se presenta en el derecho del trabajo. Debe aplicarse en estos casos la doctrina del “levantamiento del velo”, para discernir la posible existencia de una actuación fraudulenta con la que se busca perjudicar los derechos de los trabajadores con la utilización en fraude de ley de cualquiera de las distintas formas societarias que admite nuestro ordenamiento jurídico, creando entidades ficticias carentes de cualquier actividad económica real y que por ello vulneran las reglas que permiten su constitución”¹³. Desde luego, nada que objetar.

En segundo lugar, se ha cuestionado la naturaleza societaria que vincula al socio-trabajador con la cooperativa en organizaciones antiguas y consolidadas, de grandes dimensiones, dotadas de actividad real, dirección, administración y estructura que prestan servicios para otras empresas. Este cuestiona-

miento se ha realizado a través procedimientos de oficio iniciados a instancia sindical por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social con objeto de que judicialmente se declare la laboralidad de dichos vínculos societarios, bien con la cooperativa, bien (especialmente) con la empresa principal para la que prestan servicios, lo que singularmente acontece en el sector cárnico. La respuesta que han dado los Tribunales ha sido contundente: la relación del socio-trabajador no es laboral, en apretada síntesis, cuando la cooperativa tiene una entidad real, de donde se infiere que, al trabajar para sí mismo en su calidad de socio, no es admisible ni de aplicación la cesión ilegal de trabajadores¹⁴, y ello con independencia de la “precarización” de las condiciones económicas de la cooperativa¹⁵.

La relación societaria que se establece entre el socio-trabajador con la cooperativa es coherente con el rechazo a admitir situaciones de cesión ilegal, tal y como ha indicado, y con la resistencia (legal) a la aplicación de instituciones tales como la sucesión empresarial, pues la integración en la cooperativa de trabajadores de otras empresas requiere asumir la condición de socios-trabajadores (art. 86.1 de la Ley de Cooperativas). Es cierto que los Tribunales, con argumentos sólidos, han entendido que el socio-trabajador, pese a su doble condición y a la no aplicación generalizada de la normativa laboral, es titular del derecho de libertad sindical en tanto que los “socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios”. Y ello “Especialmente en cooperativas () de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que derivan del trabajo que pres-

tan”¹⁶. Sin embargo, tal reconocimiento dista mucho de considerar como laboral una relación sólidamente edificada sobre pilares de solidaridad mercantil.

[1] Por todos, Antonio V. Sempere Navarro (Dir.) y Juan P. Maldonado Montoya (Coord.), *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, Colección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n.º 6, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

[2] Belén Alonso-Olea García, “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, abril-junio 2017, pp. 93-125. Yolanda Sánchez-Urán Azaña, “Concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Antonio V. Sempere Navarro (Dir.) y Juan P. Maldonado Montoya (Coord.), *Las fronteras del contrato de trabajo en la jurisprudencia*, cit., pp. 55-93.

[3] Un caso interesante es el del abogado con despacho propio cuyos ingresos dependen esencialmente de un único cliente. STSJ Andalucía (Granada) de 26 de marzo de 2020 (rec. 2113/2019).

[4] Art. 8 de la Ley de 26/2006 de 17 de julio de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, y art. 8 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de la Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. El Convenio Colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados (BOE de 7 de enero de 2020) excluye de su ámbito de aplicación [art. 1.3 b)] a “Las personas o actividades vinculadas a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este Convenio por relación de prestación de servicios de naturaleza mercantil o civil, como pueden ser, entre otros, los colaboradores externos de los mediadores de seguros privados y los cobradores exclusivamente a comisión.

En relación a los colaboradores externos, figura regulada en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros Privados, éstos realizan su actividad como trabajadores por cuenta propia, manteniendo una relación de prestación de servicios mercantil de conformidad con la citada Ley en su artículo 8. Dichos colaboradores conservarán su ajeneidad (*sic*), autonomía e independencia, estando vinculados a la empre-

sa de mediación según las condiciones que puedan establecerse en los contratos de arrendamiento de servicios o agencia”.

[5] Sentencia firme del Juzgado de lo Social n.º 5 de Vigo de 3 de febrero de 2021 (Sentencia n.º 26/2021, autos n.º 242/2020).

[6] La TGSS está legitimada, en tanto es considerada Autoridad laboral, para la iniciación del proceso de oficio previsto en el art. 148 b) LRJS: STS 745/2018 de 11 de julio (RCUD 3910/2016) y las citadas en ella.

[7] *Cinco Días*, 20 de febrero de 2020.

[8] Pionera fue la STSJ Cantabria de 26 de junio de 2009.

[9] Entre otros muchos, María Luz Rodríguez Fernández, “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales”, en M.L. Rodríguez Fernández (coord.), *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2018, pp. 57-89.

[10] De acuerdo con la STS (Pleno) 805/2020, de 25 de noviembre (RCUD 4746/2019), “En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil)” (FJ 7º).

[11] Ampliamente, STS (Pleno) 805/2020, de 25 de noviembre (RCUD 4746/2019).

[12] Sobre el tema puede verse, con mayor amplitud, José Luján Alcaraz, “El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas”, *Aranzadi Social* Vol. V, 1999 y Francisco J. Hierro Hierro, “Las relaciones laborales en las cooperativas de trabajo asociado”, *Aranzadi*

Social núm. 20, 2003, además del clásico estudio de Juan López Gandía, *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Universitat de València, 2006.

[13] STS 549/2018, de 18 de mayo (RCUD 3513/2016).

[14] Además de la importante STS de 17 de diciembre de 2001 (RCUD 244/2001), son de cita obligada las no menos importantes (y recientes) SSTSJ del País Vasco de 29 de abril de 2020 (rec. 378/2020) y de Galicia de 29 de marzo de 2021 (rec. 2758/2020).

[15] Como se razona magistralmente en la SJS n.º 4 de Ourense de 14 de enero de 2020 (sentencia n.º 22/2020, autos 795/2018), “se puede estar de acuerdo en la precarización de condiciones de trabajo que puede suponer la descentralización con el modelo que, como se extrae de lo probado en el hecho probado quinto, es generalizado en el sector cárnico, pero de ahí a considerar que tal modelo es ilícito media un trecho que no es posible recorrer sino mediante la evidencia de que ese modelo vulnera una norma legal y tal trecho no se ha recorrido en este caso porque las propias normas legales permiten dicha precarización, señaladamente y en el paroxismo, cuando se permite la prestación de servicios mediante Empresas de Trabajo Temporal, cuyo objeto es muy precisamente la cesión de mano de obra, cesión que, paradójicamente, el propio art. 43 ET que la permite la prohíbe al tiempo tachándola de ilegal. Es esta la paradoja que se combate en el caso de autos y es una paradoja legal, cuyo remedio por tanto no queda en manos de la Jurisdicción, aplicadora de la Ley, sino del legislador mismo que la conforma. A este efecto, el hecho de los pocos medios materiales y financieros () en relación su actividad nada ilustra, dado que se trata de una empresa que ofrece servicios y no productos. Aceptar el argumento implicaría la fraudulencia de todas las empresas de servicios (contratas de limpieza, mantenimiento, informática, vigilancia y seguridad, etc.)”.

[16] STS 347/2019, de 8 de mayo (FJ 5º.2).

► **Sección jurisprudencial**

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ENFERMEDAD: ¿ES LA COVID-19 UNA ENFERMEDAD ESTIGMATIZANTE?

THE TERMINATION OF THE CONTRACT DUE TO DISEASE: IS COVID-19 A STIGMATIZING DISEASE?

Autora: Ana M^a Romero Burillo

Cargo: Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

Resumen: En este trabajo se realiza un comentario de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021, en donde se analiza la nulidad o la improcedencia de una extinción del contrato de trabajo por enfermedad de una persona trabajadora que ha sido contagiada por COVID-19.

Palabras clave: Despido, improcedencia, nulidad, enfermedad, COVID-19, discriminación.

Abstract: In this work a comment is made on the ruling of the Social Court No. 1 of Mataró, of February 1, 2021, where the nullity or inadmissibility of an termination of the work contract due to illness of a worker is analyzed that has been infected by COVID-19.

Keywords: Dismissal, incorrect procedure, nullity, illness, COVID-19, discrimination

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA
- II. EL DESPIDO DE LA PERSONA TRABAJADORA POR CONTAGIO POR COVID-19: ¿DESPIDO IMPROCEDENTE O DESPIDO NULO?
 1. Supuesto enjuiciado
 2. Fundamentos jurídicos de la decisión judicial
- III. VALORACIÓN FINAL
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La calificación de la extinción del contrato de trabajo motivada por la enfermedad de la persona trabajadora es un debate que permanece abierto tanto a nivel doctrinal, como judicial desde el mismo momento en que produjo la eliminación por parte de la Ley 11/1994¹, de la presunción legal de nulidad del despido de las personas trabajadoras que tuvieran suspendido su contrato de trabajo.

Como es sabido, tras la Reforma Laboral de 1994, pasan a declararse únicamente nulos aquellos despidos que tienen como fundamento alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución Española o previstas en la Ley o que vulneren los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora, así como el despido de mujeres embarazadas, víctimas de violencia de género o personas que se acojan a medidas de conciliación familiar y laboral. En consecuencia, la extinción del contrato fundamentada en la enfermedad de la persona trabajadora, aun siendo claramente ilícita, al no encontrarse incluida entre las causas de extinción del contrato reconocidas en los art. 51, 52 y 54 ET, pasa a calificarse como despido improcedente².

Este cambio en la calificación del despido es sumamente relevante dados los diferentes efectos que se derivan de la declaración de la nulidad o improcedencia del mismo. En este sentido, cabe recordar que la nulidad comporta la readmisión de la persona trabajadora a la empresa y el pago de los correspondientes salarios de tramitación (art 55.6 ET), mientras que la improcedencia permite al empresario o la empresaria optar (salvo en el caso de que la persona trabajadora tenga la condición de representante legal de las personas trabajadoras) entre la readmisión de la persona trabajadora y el pago de salarios de tramitación o el cese definitivo de

la relación laboral acompañado del abono de una indemnización (art. 56 ET).

Pues bien, justamente la relevancia de los efectos que se derivan del cambio legal de la calificación de la extinción del contrato por enfermedad de la persona trabajadora, ha comportado que a lo largo del tiempo se hayan ido abriendo diversas líneas argumentales dirigidas a reconducir este supuesto nuevamente hacia la declaración de nulidad.

Las vías interpretativas planteadas y que han tenido acogida a nivel judicial, tanto por parte de los órganos de instancia, como también por algunos Tribunales Superiores de Justicia³, son básicamente tres: la vulneración de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, la vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE en concordancia con el art. 43 CE y la vulneración de la garantía de indemnidad del art. 24 CE⁴.

No es este, sin embargo, el criterio general seguido por el Tribunal Supremo hasta el momento el cual, a partir de la STS de 29 de febrero de 2001, dictada en unificación de doctrina, ha venido calificando estos supuestos de extinción como improcedentes y rebatiendo en sus diferentes pronunciamientos las vías interpretativas utilizadas por los órganos judiciales.

En este sentido y, por lo que respecta a la vulneración del derecho a la indemnidad reconocido en el art. 24 CE, el TS ha considerado que no existe relación entre el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria reconocida a las personas trabajadoras y las prestaciones de Seguridad Social y el despido, en tanto que la motivación que tiene la empresa para extinguir el contrato es la pérdida de interés productivo de la persona trabajadora y no una represalia por causar baja médica⁵. Tampoco se ha mostrado demasiado receptivo a la posible vulneración del derecho a la integridad física del art. 15 CE, en concordancia con el

art. 43 CE que reconoce el derecho a la salud, en tanto que no se considera suficiente la simple existencia de una incapacidad temporal, sin indicio alguno de acción u omisión del empresario que ponga en riesgo la salud de la persona trabajadora, para entender vulnerado dicho precepto constitucional⁶.

En cuanto a la posibilidad de alegar la enfermedad como un factor de discriminación incluido en el art. 14 CE, el Tribunal Supremo considera que la enfermedad en general no puede entenderse como un factor de discriminación en los términos previstos constitucionalmente en el inciso final de dicho precepto, no siendo posible equiparar discapacidad y enfermedad. A pesar de que el inciso final del art. 14 CE se refiera a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” indica que no puede entenderse que quede incluido cualquier tipo de condición o circunstancia personal o social. La prohibición requiere un factor de diferenciación de especial rechazo social e histórico y la existencia de un elemento de segregación en dicha condición o circunstancia personal y se considera que la enfermedad no es un factor de especial rechazo social e histórico y, por tanto, no constituye un elemento de segregación. En consecuencia, la prohibición de discriminación únicamente se vulnera en relación a las enfermedades estigmatizadas cuyas víctimas han sido socialmente rechazadas, tales como el VIH o SIDA⁷.

Esta postura del TS queda avalada por la [STC 62/2008, de 26 de mayo](#), en la que se insiste en que la enfermedad sólo puede constituir un factor de discriminación cuando “sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar su trabajo y tal cosa no

ocurre cuando “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo”⁸.

Pese a este criterio restrictivo, la posibilidad de calificar la nulidad del despido por enfermedad de la persona trabajadora cuando dicha enfermedad pueda considerarse como un factor discriminatorio ha ido ganando fuerza a raíz de la interpretación que el [TJUE ha realizado de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre](#), de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a partir de la adhesión del Consejo Europeo a la Convención a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de la Persona con discapacidad⁹, recogida en sentencias tales como el *Asunto Chacón Navas*¹⁰, *Asunto Ring*¹¹, *Asunto Daouidi*¹² o *Ruiz Conejero*¹³ y que ha llevado a asimilar determinadas enfermedades de larga duración a la discapacidad¹⁴.

En este contexto, recientemente se han dictado diversos pronunciamientos en instancia, donde nuevamente se apuesta por la calificación de la nulidad de la extinción del contrato de trabajo por motivo de la enfermedad de la persona trabajadora, si bien en esta ocasión la novedad reside en que la enfermedad alegada es la afectación por COVID-19.

En el presente estudio procederemos a analizar uno de estos pronunciamientos judiciales, concretamente la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró de 1 de febrero de 2021¹⁵, ya que nos parece sumamente interesante conocer los argumentos que han servido de fundamento para adoptar esta decisión judicial y, de esa forma, también valorar la solidez de los mismos a efectos de consolidar dicha doctrina judicial en instancias superiores.

II. EL DESPIDO DE LA PERSONA TRABAJADORA POR CONTAGIO POR COVID-19: ¿DESPIDO IMPROCEDENTE O DESPIDO NULO?

1. Supuesto enjuiciado

Con fecha de 10 de junio de 2020 tiene entrada, en el Juzgado de lo Social Núm. 1 de Mataró, la demanda por despido de un trabajador que venía prestando sus servicios como peón especialista mediante un contrato de obra o servicio determinado para una empresa constructora y que sin comunicación previa procedió a su extinción con fecha de 27 de marzo de 2020.

Los hechos que se relatan en la demanda y que dan pie a su presentación son los siguientes:

- a) En fecha de 25 de marzo de 2020 el actor causó baja por IT derivada de enfermedad común por infección de COVID-19, fijándose en el primer parte de baja médico un proceso de curación medio, de una duración estimada de 50 días.
- b) Esta circunstancia se procede a comunicar a la empresa el mismo día 25 de marzo a fin de que las personas que habían estado en contacto con el actor tomarán las medidas oportunas.
- c) En fecha de 27 de marzo de 2020 la empresa demandada, sin realizar ningún tipo de comunicación previa con el trabajador, procede a dar de baja en la Seguridad Social al mismo.
- d) En fecha de 27 de agosto de 2020 la parte actora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto de conciliación el día 10 de junio con resultado de "intentado sin efecto" por incomparecencia de la demandada.

Una vez cerrada la vía de resolución extrajudicial del conflicto, la parte actora presentó la correspondiente demanda solicitando, en

primer lugar, la declaración de nulidad del despido al considerar que la actuación empresarial constituye una vulneración del art. 14 CE y, subsidiariamente, la declaración de improcedencia.

2. Fundamentos jurídicos de la decisión judicial

Atendiendo a la petición de nulidad del despido que solicita la parte demandante, el procedimiento seguido en la sentencia para justificar el fallo va a llevar al órgano judicial a realizar un extenso análisis de algunos de los argumentos que hasta el momento han sido utilizados en sede judicial para defender la nulidad de la extinción del contrato por motivos de enfermedad, los cuales ya han sido apuntados en la presentación de este trabajo.

De este modo y una vez resueltas las cuestiones procedimentales que presenta el caso, se procede a realizar una extensa exposición de la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la configuración de la enfermedad como factor discriminatorio, tanto en su vertiente de elemento estigmatizante, como en la de su equiparación en ciertos supuestos a la discapacidad, haciéndose también expresa mención a la jurisprudencia comunitaria más reciente y, concretamente, al *Asunto Daouidi*¹⁶.

En este sentido, el órgano judicial se centra en analizar la posibilidad de equiparar la enfermedad COVID-19 que padece el actor con el concepto de discapacidad que permite calificar una extinción como despido nulo. A este respecto entiende que el hecho de que el informe médico de IT indique que el tipo de proceso que padece el actor, es "medio" y que se establezca como duración estimada de la misma 50 días, sólo puede llevar a concluir la concurrencia de

los indicios que establece la jurisprudencia comunitaria y considerar que la limitación que padecía el mismo “no presentaba una perspectiva bien analizada en cuanto a su finalización a corto plazo”. Ahora bien, también se indica que tal conclusión no determina necesariamente la calificación de discriminatorio del despido impugnado, siendo necesario además que el trato desfavorable por motivos de discapacidad deba constituir una discriminación con arreglo al art. 2.2 de la Directiva 2000/78.

Junto a estas valoraciones, también se recuerda que la enfermedad no se encuentra entre las causas referenciadas en el art. 14 ET, en las que se toma en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de presión o segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales. No obstante, también se indica que es posible incluir la enfermedad en la cláusula abierta de prohibición de discriminación, a través de la cual se entienden causas prohibidas de discriminación otras distintas a las mencionadas en el precepto constitucional, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, en sí misma considerada, o en la estigmatización como persona enferma a quien lo padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud de la persona trabajadora para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

Pues bien, todas estas consideraciones el órgano judicial estima que el motivo del despido del trabajador no es el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del período de cuarentena, sino que la verdadera razón del despido es el hecho de que el actor era

sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa y, a juicio de la juzgadora esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir enfermedad que produce en tercera persona actitudes de rechazo, reparo o miedo.

A este respecto se recuerda que el momento en que se produce el despido es el 27 de marzo de 2020, lo cual significa que sólo habían pasado dos semanas desde la declaración del estado de alarma y había una situación sin precedentes de temor generalizado frente a contagios masivos. Siendo indiferente que la enfermedad fuera duradera o no, o que tuviera cura o no, sino que lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio.

En conclusión, el órgano judicial considera que el despido del actor se ha producido con vulneración de los derechos fundamentales del trabajador e infringiendo la prohibición de discriminación y que el despido “ha supuesto una “barrera” al impedir su recuperación y con ella “la participación plena y efectiva” del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones que el resto de miembros de la plantilla de la empresa.

Finalmente, cabe indicar que la declaración de nulidad del despido se acompañará, además, obviamente, del abono de la retribución dejada de percibir desde la extinción del contrato, del reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios al trabajador, al observar el órgano judicial la comisión de una infracción muy grave de acuerdo con el art. 8.12 LISOS, consistente en la adopción de una decisión unilateral por parte de la empresa que comportó la vulneración de derechos fundamentales.

III. VALORACIÓN FINAL

La cuestión planteada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, de 1 de febrero de 2021, es una clara muestra más de los conflictos laborales que se han ido suscitando a raíz de la situación de emergencia sanitaria producidos por la COVID-19 y a los que diariamente se tienen que enfrentar nuestros órganos judiciales.

En este caso, resulta de máximo interés conocer cuál es la solución que debe darse a una extinción del contrato que se produce a raíz del contagio por COVID-19 de una persona trabajadora. Con ello se pone nuevamente en primera línea de actualidad un debate ya clásico que se ha venido planteando, tanto a nivel judicial, como doctrinal, sobre la calificación del despido por motivos de enfermedad. A este respecto, por tanto, se plantea la disyuntiva de si debe seguirse la regla general del despido por enfermedad y calificarlo como improcedente o si, por el contrario, debe optarse por la nulidad al considerarse discriminatorio.

La línea seguida por el órgano judicial es la declaración de la nulidad de la extinción por considerarla discriminatoria, fundamentando su decisión en el efecto estigmatizante de una enfermedad que resulta altamente contagiosa. No obstante, esta solución ha generado algunas dudas por tratarse de una enfermedad de corta duración, y en la que las restricciones de contacto social ya se producen durante el período de cuarentena o curación, por lo que las dificultades de participación profesional o tienen fecha de caducidad o son inherentes a la restricción de movilidad¹⁷.

En todo caso, a nuestro parecer, se trata de una valoración que debe contextualizarse desde un punto de vista temporal, en tanto que la decisión empresarial se produce sólo

unas semanas después de la declaración del estado de alarma por la COVID-19 y en ese momento, ciertamente se puede considerar que la percepción de riesgo de contagio de la enfermedad era muy generalizada. Habrá que valorar con el paso del tiempo y los avances médicos (vacunación, tratamientos médicos) si sigue existiendo en la sociedad esta misma percepción de riesgo.

Por otro lado, cabe destacar que en este caso el órgano judicial rechaza la declaración de la nulidad del despido por discriminación por la vía de equiparar la enfermedad por COVID-19 a la discapacidad. Ciertamente no parece posible realizar dicha equiparación en tanto que, en principio, salvo algunas excepciones, se trata de una enfermedad de corta duración. Otro supuesto diferente y que apuntamos de cara al futuro es la calificación del despido nulo por discriminación que puede plantearse en base a los efectos o secuelas permanentes que, en algunos casos, se están diagnosticando a personas que han enfermado de COVID-19 y que, en su caso, podrían ser valoradas en su momento como enfermedades crónicas o de larga duración, equiparándose a un supuesto de discapacidad siguiendo la línea jurisprudencial que hemos apuntado en este trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁZAR ORTIZ, S.: "De nuevo sobre la discriminación por discapacidad. Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Social, Sección 1ª\) núm. 387/2020, de 22 de mayo de 2020](#)", *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 1, 2020.

– "La incapacidad temporal y la enfermedad vistas desde la jurisprudencia del TJUE sobre discriminación y discapacidad" en *AAVV: Las*

incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Laborum, Murcia, 2017.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013.

BARREIRA IGUAL, M.B.: "Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018.

DESDENTADO DAROCA, E.: "El despido del enfermo y la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#) dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017.

GINÉS FABRELLAS, A.: "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 18, 2010.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Las leyes de emergencia a juicio de los tribunales: entre avales (diálogos) y reveses (conflicto)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, p. 209.

MORENO GENÉ, J.: "La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013.

SÁNCHEZ TORRES, E.: "La enfermedad como causa "improcedente" de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Discriminación laboral por enfermedad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013.

VELASCO PORTERO, T.: "El despido del trabajador enfermo: ¿Improcedencia o nulidad?", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

[1] Ley 11/1994 por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social. (BOE de 23 de mayo de 1994).

[2] No se incluye dentro de este supuesto la extinción objetiva motivada por la ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora con posterioridad a su contratación, ni la falta de adaptación de la misma a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo que, como es sabido, son circunstancias que están previstas como causas de extinción del contrato de trabajo en el art. 52 a) y b) del ET. Igualmente, cabe recordar que hasta la aprobación del RD-ley 4/2020, de 18 de febrero por el que se deroga el art. 52 d) ET, las faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes en los términos previstos en la norma también podían dar lugar a la extinción lícita del contrato de trabajo, pese a las críticas que suscitaba su aplicación, en especial tras la Reforma Laboral de 2012. En relación a estos supuestos vid., entre otros, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *Absentismo laboral*, Civitas, Madrid, 2013; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013; y MORENO GENÉ, J.: "La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.

[3] Vid., en este sentido, por ejemplo, SSTSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000 y de 26 de septiembre de 2002; STJ de Murcia de 24 de mayo de 2004 y STSJ de Canarias de 8 de marzo de 2004.

[4] Para un estudio sobre este tema vid., entre otros, GINÉS FABRELLAS, A.: "La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial", *Revis-*

ta *Doctrina Aranzadi Social*, núm. 18, 2010; SÁNCHEZ TORRES, E.: "La enfermedad como causa *improcedente* de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2006; SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Discriminación laboral por enfermedad", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013; VELASCO PORTERO, T.: "El despido del trabajador enfermo: ¿Improcedencia o nulidad?", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.

[5] Vid., por ejemplo, STS de 12 de julio de 2004.

[6] Vid., por ejemplo, STS de 22 de septiembre de 2008. A este respecto, cabe indicar que cuando el Tribunal ha constatado la existencia de una conducta empresarial que pone en riesgo la salud de la persona trabajadora ha declarado la nulidad del despido. Así sucede en la STS de 31 de enero de 2011, en donde se constata la presión empresarial para que la persona trabajadora, en situación de baja médica, se reincorporara a su puesto de trabajo.

[7] Vid. STS de 29 de enero de 2001. Fundamento Jurídico Segundo.

[8] Vid. Fundamento Jurídico 6.

[9] Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

[10] STJUE de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/2005).

[11] STJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos C-335/11 y C-377/11).

[12] STJUE de 1 de diciembre de 2016 (Asunto C-395/15).

[13] STJUE de 18 de enero de 2018 (Asunto C-270/2016).

[14] Para un estudio sobre este tema vid., entre otros, ALCÁZAR ORTIZ, S.: "De nuevo sobre la discriminación por discapacidad. Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo \(Sala de lo Social, Sección 1ª\) núm. 387/2020, de 22 de mayo de 2020](#)", *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 1, 2020 y "La incapacidad temporal y la enfermedad vistas desde la jurisprudencia del TJUE sobre discriminación y discapacidad" en AAVV: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Laborum, Murcia, 2017; BARREIRA IGUAL, M.B.: "Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 4, 2018 y DESDENTADO DAROCA, E.: "El despido del enfermo y la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#) dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas", *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2017.

[15] Vid., también SJS Núm. 9 de Murcia de 10 de diciembre de 2020 y SJS Núm. 26 de Barcelona de 14 de diciembre de 2020.

[16] Vid. Fundamento de Derecho 5.

[17] Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: "Las leyes de emergencia a juicio de los tribunales: entre avales (diálogos) y reveses (conflicto)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, p. 209.

LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 5 DE BILBAO DE 9 DE FEBRERO DE 2021

The consequences of breach of the commitment to maintenance of employment. On the purpose of the Judgement of the Social court no. 5 of Bilbao of feb 9, 2021

Autor: José Antonio Buendía Jiménez

Cargo: Magistrado del Juzgado de lo Social núm. tres de Elche

Resumen: La legislación de urgencia provocada por la COVID-19 ha suscitado muchas dudas interpretativas, en especial la relativas a las consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo previsto en la Disposición Adicional Sexta del RDLEY 8/2020. Entre esas dudas se encuentra la relativa a si dicho incumplimiento puede afectar a la calificación de una extinción de la relación laboral, producida por una de las causas no contempladas en dicha disposición, según la redacción dada a la misma por la Disposición Final del RDLEY 18/2020.

Palabras clave: Compromiso del mantenimiento del empleo, jubilación del empresario, improcedencia del despido, titular de la opción.

Abstract: The emergency legislation caused by COVID-19 has raised many interpretative doubts, especially regarding the consequences of non-compliance with the commitment to maintain employment provided for in the Sixth Additional Provision of RDLEY 8/2020. Among those doubts is the one regarding whether said non-compliance may affect the qualification of a termination of the employment relationship, produced by one of the causes not contemplated in said provision, according to the wording given to it by the Final Provision of RDLEY 18/2020.

Keywords: Commitment to maintain employment, retirement of the employer, inadmissibility of dismissal, holder of the option.

SUMARIO

- I. EL REAL DECRETO-LEY 8/2020 Y SUS MODIFICACIONES POR LAS SUCESIVAS NORMAS DE URGENCIA
- II. LA INFLUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE EMPLEO EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO. [LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 5 DE BILBAO DE 9 DE FEBRERO DE 2021](#)
- III. NECESIDAD URGENTE DE LA DOCTRINA UNIFICADORA Y BREVES CONCLUSIONES

I. EL REAL DECRETO-LEY 8/2020 Y SUS MODIFICACIONES POR LAS SUCESIVAS NORMAS DE URGENCIA

La pandemia que tanto ha cambiado nuestras vidas ha provocado, entre otras cosas, un aluvión de normas que afectan a la legislación laboral común, de forma que nuestro actual gobierno desde el 14 de marzo de 2020 ha hecho uso del Real Decreto Ley en hasta 37 ocasiones, muchos de ellos con un importante contenido laboral y de Seguridad Social.

Entre esas normas, y en lo que ahora interesa, cabe destacar el RDLEY 8/2020, de 17 de marzo, sobre medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, norma que contiene una Disposición Adicional Sexta a tenor de la que “las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente Real Decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”.

La redacción de la norma planteó la interrogante de a qué medidas se refería y qué consecuencias tendría el posible incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo. Así surgieron dudas sobre cómo se computaba el plazo de los 6 meses, si dicho compromiso se refería a todos los trabajadores de la empresa o solamente de los trabajadores afectados por el ERTE, si se refería a las cuotas objeto de exoneración por mor del art. 24 del citado RD, si implicaba tener que abonar los salarios de los trabajadores que estuvieron sometidos al ERTE y la consiguiente devolución de las prestaciones por desempleo percibidas por estos, si estas consecuencias serían respecto a todos los trabajadores del ERTE o solo los despedidos incumpliendo el compromiso.

Todos estos interrogantes fueron en parte aclarados por la redacción dada a la DA 6ª RDLEY 8/2020 por la disposición final del RDLEY 18/2020. Así, la nueva redacción aclaró que el plazo se computaba desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. También despejaba la duda de los trabajadores afectados al indicar que se entendería incumplido el compromiso si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes, así como que el mismo solo afectaba a aquellas empresas que habiendo realizado un ERTE por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP), estas últimas tan solo a partir del art. 5 del RDLEY 30/2020, se hubieran beneficiado de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social.

La nueva redacción concretaba qué tipo de extinciones no se considerarían incumplimiento del compromiso de empleo enumerando en forma de “*numerus clausus*”. Así, ni el despido disciplinario declarado como procedente, ni la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo, llevarían aparejadas las consecuencias que conllevaba tal incumplimiento.

Expresamente quedaban exoneradas del compromiso aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, precepto que remite al art. 2.4 de la citada norma y que actualmente va referida a lo dispuesto en el art. 2.4 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Tex-

to Refundido de la Ley Concursal, de modo que no estarán obligadas por el compromiso de mantenimiento del empleo aquellas empresas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Que se haya producido una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.
- Que se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.
- Que tengan embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- Que se haya producido un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- Que se haya producido el sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso o el de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades–
- Cuando haya habido un alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

Particular exclusión realizaba la norma respecto de la finalización de los contratos temporales cuando extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación (ninguna alusión se hace a los contratos de interinidad

por sustitución, interinidad por vacante o al contrato de relevo).

Ahora bien para que la extinción de estos contratos temporales no suponga incumplimiento será preciso que los contratos no hubiesen sido suscritos en fraude de ley con las consecuencias previstas en el art. 15.3 ET, por el que se entenderán indefinidos todos los contratos celebrados en fraude de ley, o no se hubiere producido la desnaturalización del contrato de obra o servicio, o se hubiera producido su conversión en indefinidos por aplicación de la previsión contenida en el art. 15.5 ET: “los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”.

Esta última exoneración provoca que cobren especial relevancia a efectos de tener por incumplido el compromiso de empleo algunos recientes pronunciamientos judiciales, tales como la [STS de 29-12-2020 \(RCUD 240/2018\)](#) que produce un cambio en la doctrina mantenida por el TS desde 1997, por todas [STS de 15-1-1997 \(RCUD 3827/1995\)](#), y se descarta que la licitud del contrato de obra o servicio para cubrir una contrata, entendiendo como permanente la actividad de prestar servicios para terceros a través de la descentralización productiva, abandonando el criterio de que el contrato para obra o servicio mantenía una causa válida mientras subsistiera la necesidad temporal de los empleados, porque la empleadora continuara siendo adjudicataria de la contrata o concesión que había motivado el contrato temporal.

También es relevante la [STS de 10-12-2020 \(RCUD 1858/2018\)](#) que interpretando el segundo párrafo del art. 15.5 (lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente) entiende que hay encadenamiento de contratos en los supuestos de subrogación empresarial cuando la contrata mercantil objeto de su contrato temporal fue adjudicada a una empresa distinta de la inicialmente contratante.

Gran importancia va a tener, en lo atinente al cumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, la [STJUE de 11-2-2021 \(C-760/18\)](#) cuando entiende que deben considerarse como parte de la cadena de contratos, a efectos de las cláusulas 1 y 5, apartado 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada y, por tanto, también del art. 15.5 ET las prórrogas de los contratos de trabajo de duración determinada.

Téngase en cuenta que, a la luz de estos nuevos criterios, muchísimas empresas de las que han hecho uso de la suspensión temporal de los contratos de trabajo acogándose a las exoneraciones contempladas en el art. 24 del RDLEY 8/2020, caso de que precisen acudir a medidas de flexibilidad interna o externa serán incumplidoras del compromiso de empleo pues no liberan del mismo las extinciones contractuales por despido objetivo o colectivo por causas organizativas, económicas técnicas o de producción o por fuerza mayor e incluso, tampoco, los supuestos de extinción a petición del trabajador en los supuestos de traslados o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, aunque tanto las medidas de flexibilidad externas como internas sean ajustadas a derecho.

También las extinciones por muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física, por mutuo acuerdo sobrevenido (mu-

tuo disenso), por cumplimiento de cláusula válidamente consignada en el contrato, por desistimiento durante el período de prueba o por extinción a instancia de trabajadora víctima de violencia de género, supondrán el incumplimiento de la obligación prevista en la DA sexta del RDLEY 8/2020, de 17 de marzo.

Dicha inobservancia traerá como consecuencia, así lo dispone la Disposición adicional sexta RDLEY 8/2020 según redacción dada por la disposición final 1ª del RDLEY 18/2020 la obligación de reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, cuestión esta de gran interés y sobre la que todavía existen múltiples interrogantes pero que excede con mucho el objeto de este comentario, lo que no impide sostener que este compromiso es una exigencia con efectos en materia de gestión recaudatoria, sin repercusión alguna en materia de derecho sustantivo laboral.

II. LA INFLUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO DE EMPLEO EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 5 DE BILBAO DE 9 DE FEBRERO DE 2021

De conformidad con la legislación de urgencia parecía claro que el incumplimiento del compromiso de empleo en nada afectaría a la calificación judicial de los ceses impugnados judicialmente, de modo que las controversias relativas a si había habido incumplimiento o no del compromiso, y si procedía o no el reintegro de las cuotas exoneradas, quedarían reservadas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo ocuparse la jurisdicción social tan solo de valorar las consecuencias de las ex-

tinciones obviando el art. 2 RDLEY 9/2020, sin que fuera posible que las extinciones producidas incumpliendo la obligación del mantenimiento del empleo pudieran calificarse como nulas o improcedentes por este solo motivo.

Sin embargo, esta primera impresión, compartida por otros juristas como Ignasi Beltrán o Juan Martínez Moya, ha sido puesta en entredicho por la [sentencia del Juzgado n.º 5 de Bilbao de fecha 9-2-2021](#) que, tras dedicar gran parte de su fundamentación a razonar si ha habido incumplimiento del compromiso de empleo, resuelve en tres líneas que el incumplimiento del compromiso de empleo determina que deba declararse la improcedencia del cese impugnado.

El relato fáctico de la citada resolución noticia que la demandante, trabajadora con una larga antigüedad en la empresa, había estado afectada por un ERTE de suspensión entre el 16-3-2020 y el 11-5-2020 y por un ERTE de reducción de jornada del 50% entre el 12-5-2020 y el 30-7-2020, y que la demandada se jubiló con efectos desde el 3-7-2020, cesando en la actividad el 31-7-2020 y comunicando a la demandante la extinción de su contrato de trabajo al amparo de lo establecido art. 49.1 g) ET con derecho al abono de una indemnización equivalente a un mes de salario.

La sentencia condena a la empleadora a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, opte entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo o abonarle una indemnización en cuantía de 46.493,62 €, de la que debería descontarse la indemnización ya abonada de 1.581,19 € y, en caso de optar por la readmisión, una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 64,57 € diarios.

Entre las muchas curiosidades de esta sentencia, cabe destacar que razonó sobre a quien correspondía, al haber cesado la empresa en la actividad, la opción entre indemnizar o readmitir, si a la empleadora o a la trabajadora, cuestión esta que es resuelta manteniendo la opción en favor del empresario considerando que el hecho de haber cesado en la actividad no le priva del derecho a optar.

Este razonamiento podría hacer pensar, aunque la sentencia no lo recoge expresamente, que en el acto de juicio se anticipó por el empresario la opción por la indemnización si bien, no obstante, la sentencia no declaró extinguida la relación laboral con condena directa a la indemnización, sin salarios de tramitación, lo que hubiera parecido más coherente, incluso en el caso de que el empresario no hubiera anticipado la opción, de conformidad con el ya antiguo criterio del TS, por todas [SSTS de 29-1-1997](#) –extinción *ante tempus* del contrato temporal– y [STS de 13-5-2003 \(RCUD 813/2002\)](#) –muerte del trabajador durante la pendencia del proceso por despido–, según la cual, cuando a fecha de la sentencia no era posible la condena alternativa por haber concurrido otra causa extintiva durante la pendencia del procedimiento, la condena debería ser por aplicación del art. 1134 del Código Civil, al otro miembro de la obligación alternativa, es decir, la indemnización, condena que tras la reforma de 2012 debía ser sin condena a salarios de tramitación al no haberse producido la readmisión.

Se plantea así un nuevo tema de debate sobre la interpretación del art. 110 LRJS, que viene a unirse a los ya resueltos por el TS relativos a los efectos de la utilización del trabajador de la facultad que le confiere el art. 110. 1 b) LRJS ([STS DE 19-7-2016, RCUD 338/2015](#)), a los efectos de la declaración de la improcedencia del despido en el supuesto de acumulación de acciones o de procesos

de extinción de contrato al amparo del art. 50 ET y despido ([STS de 20-3-2018, RCU 2271/2016](#)), a la posibilidad de si el Fondo de Garantía Salarial, en sustitución de la empresa, cuando ésta no comparezca y la misma sea la titular del derecho de opción, puede en el acto del juicio de despido, y para el supuesto que éste fuera declarado improcedente, optar por la extinción contractual indemnizada cuando la readmisión no sea posible ([STS de 5-3-2019, RCU 620/2018](#)), y la relativa a la prevalencia de la opción, cuando tanto el/la demandante como el Fondo de Garantía Salarial solicitan que se tenga por hecha la opción ([STS de 4-4-2019, RCU 4064/2017](#)).

Como puede apreciarse la sentencia comentada “castiga” la jubilación de la empresaria y no distinguiendo entre el incumplimiento del compromiso de empleo y la mal llamada prohibición de despedir (art. 2 RD Ley 9/2020: “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”) entiende que todo incumplimiento de la obligación de mantener el empleo debe equipararse a un cese sin causa y lo califica como improcedente.

Siendo este el sentir de la sentencia podría incluso haber ido más allá y haber declarado la nulidad del despido, como ya hicieron otras resoluciones judiciales como la [SJS n.º 29 de Barcelona de 28-7-2020](#) o la [SJS n.º 3 de Sabadell de 6-7-2020](#), o más recientemente las [SSTSJ del País Vasco de 26-1-2021](#) y de [23-2-2021](#), que considerando que existe una prohibición de despedir por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción se ha producido un fraude de ley que debe ser

sancionado con la nulidad del despido, lo que hace obviando que la jurisprudencia reiterada (por todas [STS de 30-12-1997, RCU 1649/1997](#)) excluye la nulidad en los casos de despido sin causa o fraudulentos, de forma que para el TS cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de la improcedencia del despido y no la de nulidad del mismo.

Decisión esta que hubiera podido ampararse en antiguos pronunciamientos tanto de la [Audiencia Nacional, sentencia de 22-10-2014](#), que consideró nulo un despido colectivo después de haberse realizado un ERTE pactado en el que se incluía el compromiso de la empresa de mantener el empleo, como del TS, [STS de 26-3-2014](#), que consideró nulo el despido colectivo por realizado incumpliendo una cláusula de compromiso de mantenimiento del empleo pactada en un ERTE anterior en la empresa. Si bien estas resoluciones tenían como fundamento el incumplimiento de la buena fe negocial, lo que no parece que pueda resultar de aplicación en los que la obligación no es pactada, sino que viene impuesta por una norma con rango de ley.

En fin, nos encontramos con una nueva resolución judicial que no hace sino añadir más inseguridad jurídica a la ya existente en cuanto a la interpretación que deba darse a la legislación de urgencia provocada por la COVID-19, lo que hace imprescindible la unificación de doctrina por parte del TS, para que con independencia de “los muertos que queden por el camino” se alcance la paz y sepamos a qué atenernos.

Lo que se dice sin olvidar que, dadas las exigencias del recurso de suplicación relativas a la consignación o aval del objeto de condena, muchos pronunciamientos como el que

ha motivado este comentario alcanzaran firmeza sin posibilidad de rectificación o reparación por parte de los órganos judiciales superiores

III. NECESIDAD URGENTE DE LA DOCTRINA UNIFICADORA Y BREVES CONCLUSIONES

No obstante, hasta que lleguen las sentencias unificadoras, entendemos que en lo relativo a las consecuencias de la extinción del contrato la DA sexta del RDLEY 8/2020 y el art. 2 RDLEY 9/2020 no tienen conexión alguna, obedeciendo a supuestos y finalidades totalmente distintas y que, en caso alguno, el incumplimiento del compromiso del empleo debe tener relevancia sobre la calificación de las extinciones contractuales porque, a pesar de los pronunciamientos judiciales como el que ahora se comenta, las consecuencias de no respetar el mantenimiento del empleo no deben trascender a las exigencias de las cuotas que hayan sido objeto de exoneración, como ya ocurrió en su día con la DA 4ª del RDLEY 16/2014 por el que se regulaba el Programa de Activación para el Empleo, siendo este el criterio de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, expuesto en la nota Informativa de fecha 6-12-2020 sobre la devolución de cotizaciones exoneradas por incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo previsto en la DA 6a del Real Decreto Ley 8/2020.

En este sentido debe tenerse siempre presente que las causas de extinción a la que alude el art. 2 RDLEY 9/2020 no son las mismas que las que motivan el incumplimiento del compromiso de empleo, hasta el punto de un despido objetivo o colectivo declarado procedente por entenderse que no resulta de aplicación la mal llamada prohibición de despedir (en este sentido se pronuncian las [STSJ de Cataluña de 24-11-2020](#) y la [STSJ de Aragón de 15-2-2021](#)) puede suponer un incumplimiento del compromiso a que obliga la DA sexta del RDLEY 8/2020, lo que evidencia que ambos preceptos tienen diferente recorrido y que sus caminos no están llamados a coincidir.

Resulta también necesario señalar que opiniones como las recogidas en la sentencia comentada llevan a resultados totalmente desproporcionados, de forma que un empresario que se ha ahorrado las cuotas de 5 meses resulta sancionado con el pago de 46.493,62 €, desproporción entre el incumplimiento y la consecuencia del mismo que descarta, por si sola, que la voluntad del legislador haya sido que la falta de respeto al compromiso de mantenimiento del empleo tenga incidencia alguna en la calificación del cese.

Esperemos que el TS ponga las cosas en su sitio y que los operadores jurídicos sepamos a que atenernos y el ciudadano se sienta protegido y no piense que esto de la justicia es como una especie de ruleta rusa donde cada uno interpreta las normas como le viene en gana.

LA DEPENDENCIA COMO RASGO FUNDAMENTAL DE LA RELACIÓN LABORAL

Dependence as a fundamental feature of the employment relationship

Autor: Luis Fernando de Castro Mejuto

Cargo: Presidente de la Sala de lo Social del TSJ Galicia. Magistrado especialista. Fiscal en excedencia. Profesor asociado de la UDC. Doctor en Derecho

Resumen: La existencia de una relación laboral, que radica en la presencia de determinados elementos esenciales (dependencia, ajenidad, retribución y voluntariedad) es una cuestión casuística, que debe decidirse sobre la base de la concurrencia de indicios que permitan deslindar esa figura del contrato de arrendamientos o de otras parecidas. De entre esos elementos, el fundamental es la dependencia y el Tribunal Supremo ha indicado que el sindicalista o asesor sindical dependiente es también personal laboral, pues la autonomía que disfruta no puede interpretarse de una manera tan estricta que impida cierta capacidad de planificar el trabajo encomendado, en el que se seguirán las instrucciones de la dirección del sindicato, siendo compatible con su libertad y autoorganización.

Palabras clave: Relación laboral, dependencia, sindicalista.

Abstract: The existence of an employment relationship, which lies in the presence of certain essential elements (dependence, ajenity, payment and willingness), is a case-by-case, which must be decided on the basis of the concurrence of evidence to demarcate that figure from the lease or similar ones. Among those elements, the fundamental one is the dependence and the Supreme Court has indicated that the trade unionist or dependent trade union adviser is also labour staff, since the autonomy he enjoys cannot be interpreted in such a strict way as to impede a certain capacity to plan his entrusted work, in which the instructions of the management of the trade union will be followed, being compatible with his freedom and self-organization.

Keywords: Labour relation, dependence, trade unionist.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES DEL CASO
- II. LA DEPENDENCIA COMO RASGO FUNDAMENTAL DE LA RELACIÓN LABORAL
- III. LA TRASCENDENCIA DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

I. ANTECEDENTES DEL CASO

Los rasgos que definen la relación laboral hace tiempo que se fijaron por nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, siempre existen aristas que permiten discutir situaciones en las que no se pueden afirmar con contundencia determinadas características y aseguran el juego de las opiniones. Esta situación es la planteada por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2021](#), dictada en el Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 2387/2018, de la que es ponente el Excmo. Sr. Sempere Navarro, y en la que se resume de manera sincrética la doctrina jurisprudencial sobre las notas definitorias de una relación laboral y se resuelve de manera clarificadora un supuesto harto discutible.

Para centrar el objeto de este comentario, es preciso recordar –siquiera someramente– el marco fáctico en el que se ha producido la decisión judicial, pues las conclusiones adoptadas tienen una íntima relación con aquel. De entrada, el pleito se planteó como una reclamación frente al acoso laboral y vulneración de los derechos fundamentales del actor, en el que los elementos más relevantes conciernen a que, en primer lugar, aquél ha suscrito varios contratos de trabajo con el sindicato demandado desde 2005 (en 2005 con dos prórrogas; en 2009, en 2012 y en 2013), fijándose en que su condición era la de «adjunto sindical» o «sindicalista», en ocasiones a tiempo completo y en otras a tiempo parcial. En segundo lugar, el objeto de dichos contratos era parecido y consistió en «visitar empresas, elegir delegados de prevención y realizar elecciones sindicales durante 2005-2006», «efectuar una campaña de trabajo para la FSC PV en Alicante, consistente en visitar empresas, realizar elecciones sindicales y elegir delegados de prevención, durante los ejercicios 2009-2010», «realizar en el PV hasta la finalización del 9^a

congreso de la CC.OO P.V una campaña consistente en visitar empresas, informar y asesorar a trabajadores/a, elegir delegados de prevención y realizar elecciones sindicales. Para la realización de este trabajo de extensión afiliativa el/la trabajador/a podrá estar desplazado/a por diferentes localidades de la Provincia» y, finalmente, «cumplir con el mandato del último Congreso Confederal según los documentos y Estatutos aprobados de la Confederación Sindical CC.OO P.V». En tercer lugar, el actor fue elegido vocal del consejo del sindicato intercomarcal de octubre de 2012 a febrero de 2017. Y, en cuarto lugar –se trata del rasgo al que se atribuyó mayor trascendencia por las Sentencias previas del Juzgado de lo Social y por el Tribunal Superior de Justicia– el demandante disponía de autonomía absoluta para efectuar su actividad y no tenía horario fijo, siendo la ejecutiva del sindicato la que elaboraba planes de trabajo con objetivos y, por su parte, él se encargaba de llevarlos a cabo, de tal forma que se le pasaba el listado de empresas que tendría que visitar para desarrollar la actividad sindical, pero él se organizaba libremente, sin recibir instrucciones detalladas.

El *iter* procedimental pasó de una desestimación en instancia, en la que se apreció la existencia de una incompetencia, pues se entendió que la relación entre actor y demandado no era laboral, al contar con una autonomía tal que no existía dependencia; y, más tarde, a una decisión en segunda instancia confirmatoria de la precedente, habida cuenta que el Tribunal Superior de Justicia consideró que no se había probado que el régimen de prestación de servicios lo fuese bajos criterios de dependencia, retribución y ajenidad.

Dicha sentencia fue recurrida en casación y, tras el análisis correspondiente sobre la existencia de la contradicción que abre su puerta, el Tribunal Supremo llega a una conclusión discrepante de las previas, pues considera sobre la base del relato histórico con-

corriente –excluyendo lo que, en su criterio, era mera «valoración jurídica– que sí existía una relación laboral entre las partes: sindicalista y sindicato; habida cuenta que el actor no ha sido elegido para desplegar funciones de representación sindical en alguno de los órganos de dirección y, por lo tanto, no existe un vínculo asociativo, sino que «se limita a cumplir con su trabajo con arreglo a las instrucciones impartidas por los dirigentes», es más, «[s]u integración en el Consejo Intercomarcal ni es la causa de su relación laboral, ni ha venido a alterar significativamente el tipo de tareas desempeñadas a lo largo de muchos años». Y, como corolario, recuerda la precedente [Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2005](#) en la que se expresó que la elección para un cargo representativo no altera a calificación del nexo por el que se prestan tareas sindicales, si siguen cumpliendo con los presupuestos del contrato de trabajo. Algo que está presente en el supuesto resuelto, toda vez que lo está la dependencia (rasgo fundamental de la relación laboral).

II. LA DEPENDENCIA COMO RASGO FUNDAMENTAL DE LA RELACIÓN LABORAL

Hasta aquí el marco fáctico y procesal en el que se ha desarrollado el pleito, pero lo interesante es la manera en la que se aprecia por la Sentencia la presencia de los rasgos definidores de la relación laboral o, más concretamente, el rasgo, pues el objeto del recurso se ha centrado en la existencia o no de la dependencia por parte del actor respecto del sindicato.

No está de más recordar que este elemento se recoge en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores como uno de las características que atribuyen la laboralidad a una

relación, al normarse que los servicios se «presten [...] dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona». Y es, como centra la [Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2021](#), su ingrediente esencial, pues ya desde antiguo la jurisprudencia¹ destacaba que «[l]a integración dentro del ámbito de la organización y de dirección de la empresa es el carácter vertebral que se viene perfilando como el más decisivo en la relación laboral, este rasgo»; se puede apreciar el adjetivo empleado –*vertebral*– para referirse a este elemento caracterizador, lo que eleva su importancia sobre todos los demás. Y, además, ayuda a diferenciar dicha relación de otras análogas, porque la línea divisora entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga (particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios), regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello, es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un «precio» o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso –y sobre todo– dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada².

En definitiva, la nota de dependencia se identifica en la doctrina como puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador, definiéndola la jurisprudencia desde antiguo como «la situación del trabajador sometido a la esfera organicista, rectora y disciplinaria de la empresa»³; y recordando la resolución comentada que se identifica también como subordinación y se define como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es de-

cir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) [...] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concurra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades»⁴; añadiendo que es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa»⁵. Dicho de otra forma, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial; no obstante, este requisito no concurrirá cuando el contratado actúa con plena autonomía⁶. En concreto, ese elemento definidor «expresa la incorporación del trabajador a una organización ajena y, como consecuencia, la intervención o "mediatización" de su trabajo por un tercero que actúa desde una posición de supremacía. Lógicamente, también hace referencia a un singular modo de estar del trabajador; un estar a disposición de un ajeno a quien se ha cedido previamente la utilidad del trabajo propio»⁷.

En todo caso, la dependencia ha ido evolucionando históricamente y, además, admite diversas graduaciones según las características del contrato de trabajo, siendo incluso posible que, en alguno de ellos, no concurren determinadas facultades de dirección empresarial⁸, o que la misma dependencia se halle atenuada (caso del trabajo a distancia, de los representantes de comercio o de los tertulianos⁹) y que, en otros, se encuentre acentuada (supuesto de trabajo en la marina mercante o en las industrias militares). Finalmente, no parece de más señalar que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial¹⁰ son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia,

entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Es más, «[c]omo dato relevante en cuanto a la concurrencia del supuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años»¹¹. Es decir, la dependencia podría excluirse en la hipótesis de que la persona contratada actuase con plena autonomía, ya que, como ha precisado doctrina¹², «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma» y «también es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial»¹³; afirmación íntimamente relacionada con la ajenidad y la existencia de pagos lineales durante el desarrollo de la relación (que es otro de los rasgos presentes en el supuesto de hecho de la Sentencia que se está comentando, pero que no fue analizado al considerarse indubitado). No puede olvidarse que la dependencia y la ajenidad son conceptos abstractos que se manifiestan de forma distinta, según cuál sea la actividad y el modo de producción, y que guardan entre sí una relación estrecha¹⁴.

Esto ha implicado una cierta evolución en el sentido de que los requisitos que han de concurrir para apreciarla se han flexibilizado –y de la que es una muestra la resolución comentada–, porque se ha pasado inicialmente de manifestaciones estrictas y rígidas de la dependencia (sumisión completa al poder

organicista, rector y disciplinario de la empresa –en un sentido tradicional–), a otras más atenuadas –y más modernas, también–, en las que se alude a la propia expresión estatutaria de prestar servicios «dentro del ámbito de organización y dirección empresarial». Ya la [Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1979](#)¹⁵ matizó aquella exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa», porque en la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha atemperado (máxime con las innovaciones tecnológicas, que han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios). En otras palabras, se ha pasado de la puesta a disposición del poder de dirección del empresario de la fuerza de trabajo del trabajador, en un sentido casi equivalente a sometimiento, subordinación o sumisión, a otro en el que se integra en esfera del haz de facultades y derechos del empresario, que tiene que interpretarse en cada caso concreto, pues las situaciones son infinitas y, con ellas, también las soluciones. Prueba de ello es que la exclusión de un horario fijo o el empleo de herramientas propias no implican que la dependencia esté ausente, dado que los indicios identificadores de la relación laboral «son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales»¹⁶; de hecho, se ha llegado a sostener (se trataba de profesores) que la falta de control sobre el desarrollo del contenido de las tareas, del temario y de la evaluación de los alumnos, no implica que no exista dicha dependencia, que radica en que el empleado se encuentra sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa (fijación del lugar de trabajo, sometimiento a un horario o programación de la actividad por parte de la empresa)¹⁷.

III. LA TRASCENDENCIA DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Es cierto que ya habían existido precedentes sobre la declaración de laboralidad de un sindicalista, sólo hay que recordar la [Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2005 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 2854/2004–](#) en la que se analizaba la simultaneidad de un contrato de trabajo (o sucesivos contratos de trabajo) con el desempeño de cargos orgánicos y de dirección en el sindicato empleador, reconociéndose la compatibilidad entre ambos; es cierto –se repite–, pero la comentada hace hincapié en uno de los elementos esenciales de la relación laboral: la dependencia; elevándolo sobre los demás e identificándolo como el trascendente a los fines de determinar cuándo podemos encontrarnos ante una relación laboral y enmarcándose en la corriente doctrinal de moderar su exigencia estricta y residenciarlo en rasgos mucho más etéreos, maleables y laxos.

No debe perderse de vista que la existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar la nota de la dependencia –y, también, de ajenidad– a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (conforme al mandato establecido en el artículo 3.1 del Código Civil), lo que exige valorar –de manera ponderada– la autonomía de la que goza el discutido trabajador, pues la esfera organicista, rectora y disciplinaria en la que habrá de integrarse el trabajador dependerá de las circunstancias concretas de la actividad, contenido y características del servicio, y siempre se concluirá la existencia de una relación laboral, cuando se pueda sostener que el empleado se sitúa «dentro del ámbito de organización y dirección empresarial» (artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Es obvio que la ajenidad, la retribución o la voluntariedad son elementos que no ofrecen dudas –al menos, los dos úl-

timos–, pero la dependencia sí; es más, esta sentencia pone en valor dicho rasgo para cristalizar una conclusión contraria a la sostenida en las dos instancias anteriores, pues –razona– el obligado cumplimiento de las instrucciones, siquiera admita cierta planificación del trabajo encomendado, implica por sí la dependencia.

La trascendencia de esta decisión, con el importante valor que tiene la jurisprudencia unificadora, deriva de las consecuencias que se pueden obtener, por una parte, de la consolidación de aquella evolución respecto de los rasgos laborales de cualquier relación *inter partes*, ya no se exigirá una concurrencia en forma rígida, sino flexible de esos elementos (adaptada a los distintos supuestos planteables); y, por otra parte, la dependencia se convierte en el rasgo esencial para apreciar la laboralidad, pues es la que permite diferenciar las distintas figuras de las que el contrato laboral es una especie.

[1] Así la define la [Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1990](#).

[2] Véanse la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2014 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 739/2013–; y de 25 de septiembre de 2020 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 4746/2019–.

[3] Véase, como ejemplo, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990](#).

[4] Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3205/2012–.

[5] Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero 2018 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3389/2015–; de 1 de julio de 2020 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3585/2018–; y de 2 de julio de 2020 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 5121/2018–.

[6] Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1994 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 615/1993–; de 29 de diciembre de 1999 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 1093/1999–; y de 3 de mayo de 2005 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 2606/2004–.

[7] Cfr. DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER UGUINA, J. R. y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, 10ª edición, p. 136.

[8] Así, puede verse en la [Sentencia del Tribunal Supremo 6 de junio de 1990](#).

[9] Se sostiene por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3205/2012–, que en el supuesto de los tertulianos que se conectan a distancia (en ese caso, telefónicamente), pese a que dicha dependencia está muy atenuada, pues la empleadora sólo fija el tema de debate, concurre, habida cuenta que debe participar los días que se le señalen, en el horario de los programas en que interviene y se ha diseñado como una actividad profesional.

[10] Se resumen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 5319/2003– y se reiteran en la Sentencia que se está comentando.

[11] Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3205/2012–.

[12] Para todas, la precedente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 1093/1999– y la más moderna de 27 de febrero de 2020 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3230/2017–.

[13] Son palabras de la lejana Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1994 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 558/1993–.

[14] Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de [2] 24 de enero de 2018 –Recursos de Casación para la unificación de doctrina núm. 3595/2015 y 3394/2015–; de 8 de febrero de 2018 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3389/2015–; y de 29 de octubre de 2019 –Recu-

so de Casación para la unificación de doctrina núm. 1338/2017–.

[15] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 4746/2019–, que la cita.

[16] Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 –Recurso de Casación para la uni-

ficación de doctrina núm. 3389/2015–; y 4 de febrero de 2020 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 3008/2017–.

[17] Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2019 –Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 1338/2017–.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE IMPONER A LOS TRABAJADORES LA REALIZACIÓN DE UNA PRUEBA PCR O LA VACUNACIÓN FRENTE A LA COVID-19

Imposing workers to carry out a PCR test or vaccine against COVID-19

Autor: M^a Del Puy Abril Larrainzar

Cargo: Abogada. Profesora y Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Tras la declaración de la pandemia ocasionada por la COVID-19, muchas han sido las dudas generadas en torno a adopción de determinadas medidas que pudieran considerarse necesarias para garantizar el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de toda persona trabajadora.

En este sentido, si durante los primeros meses de desescalada, los principales interrogantes giraron en torno a la posibilidad de imponer a los empleados la realización de un test de antígenos o PCR, tras el inicio de la campaña de vacunación, son ya muchas las empresas que se preguntan sobre la posibilidad de imponer la inoculación de una vacuna llegado el momento.

Así, definir los límites del principio de voluntariedad en una materia como la vigilancia de la salud no es tarea fácil, máxime en un contexto de crisis sanitaria como el actual.

Por este motivo se ha escogido la sentencia objeto del presente comentario, porque permitirá repasar el marco normativo de referencia, reflexionar sobre los contornos de la voluntariedad u obligatoriedad de los reconocimientos médicos y responder así a los interrogantes planteados.

Palabras clave: Prevención de riesgos laborales, vigilancia de la salud, vacunación.

Abstract: After the declaration of the pandemic caused by COVID-19, there have been many doubts generated around the adoption of certain measures that could be considered necessary to guarantee the right to life, physical integrity, and health of every working person.

In this sense, if, during the first months of de-escalation, the main questions revolved around the possibility of imposing employees to carry out an antigen or PCR test, after the start of the vaccination campaign, there are already many companies who wonder about the possibility of imposing the inoculation of a vaccine when the time comes.

Thus, defining the limits of the principle of volunteering in a matter such as health surveillance is not an easy task, especially in the context of a health crisis such as the current one.

For this reason, the sentence that is the subject of this comment has been chosen, because it will allow us to review the normative framework of reference, reflect on the contours of the voluntary or compulsory nature of medical examinations and thus answer the questions raised.

Keywords: Prevention risks, health surveillance, vaccination.

SUMARIO

I. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN COMENTADA

II. HECHOS RELEVANTES

III. TÉRMINOS DEL CONFLICTO

IV. CUESTIÓN JURÍDICA DEBATIDA

V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO

VI. DOCTRINA BÁSICA

1. Sobre la calificación jurídica del tiempo destinado a la realización de la prueba PCR
2. Sobre la posibilidad de imponer la realización de la prueba PCR o análoga
3. La garantía de indemnidad en el caso enjuiciado

VII. COMENTARIO

1. Contexto jurídico-legal sobre la voluntariedad u obligatoriedad de la vacunación en España
2. Vacunación de la COVID-19: principio de voluntariedad
3. Ámbito jurídico-laboral de la vacunación frente a la COVID-19

VIII. CONCLUSIÓN

I. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN COMENTADA

1. Tipo de resolución judicial: sentencia.
2. Órgano judicial: Juzgado de lo Social de Móstoles número 3.
3. Fecha de la resolución judicial: Sentencia de 29 de diciembre de 2020.
4. Procedimiento: despido individual.
5. Ponente: Dña. Yolanda Urban Sánchez.

II. HECHOS RELEVANTES

Del extenso relato de hechos probados, interesan ser destacados los siguientes:

1. El día 26 de marzo de 2019, la empresa demandada y Corporación de Radio y Televisión Española SA (RTVE) suscribieron un contrato para "la producción y entrega de una serie de ficción compuesta inicialmente de 190 capítulos". Dicho contrato preveía la posibilidad de la "extensión de la serie" en virtud del cual, RTVE tendría derecho a prorrogar el contrato para la producción y emisión de una nueva temporada con los capítulos adicionales que precisara.
2. El demandante fue contratado en fecha 9 de julio de 2019 mediante contrato temporal de obra o servicio determinado con la categoría de pertiguista.
3. La relación laboral entre las partes se formalizó mediante contrato de trabajo temporal a tiempo completo para la realización de una obra o servicio vinculado a la "la realización de la serie de televisión".

4. La fecha prevista para la finalización del contrato era el 11 de marzo de 2020, previendo expresamente el contrato que la misma tendría "carácter orientativo".

5. El 10 de marzo de 2020 la empresa demandada y RTVE suscribieron una prórroga del contrato para la realización de la segunda temporada de la serie.

6. El 18 de julio de 2020 el trabajador fue dado de baja en Seguridad Social por fin de contrato.

7. Un mes antes, la dirección de la productora demandada remitió un correo electrónico informando del fin de la grabación de la primera temporada (17 de julio de 2020) y la fecha de reinicio de la actividad para la grabación de la segunda temporada (3 de agosto). Dicho correo electrónico recuerda a la plantilla, que antes de incorporarse de nuevo en agosto, debían realizarse la prueba PCR. En concreto, reza cuanto sigue: "Recordaros que antes de volver a trabajar de nuevo en la serie tendremos que hacer test COVID a todo el equipo, para los que se incorporen el 3 de agosto se harán el 31 de julio, y para los que se incorporen el 10 de agosto se harán el 7 de agosto".

8. El demandante se mostró disconforme con hacerse el test PCR en su periodo de vacaciones y antes de firmar un nuevo contrato. El motivo aducido es que, al no estar dado de alta por cuenta ajena, en caso de arrojar resultado positivo, se vería privado de la prestación económica de incapacidad temporal por dicha circunstancia; siendo además que temía no ser contratado de nuevo.

9. Los 150 trabajadores de la mercantil fueron contratados nuevamente con excepción del actor.

III. TÉRMINOS DEL CONFLICTO

1. El demandante impugnó la finalización de su contrato de trabajo del día 18 de julio por entender que su contrato estaba vinculado a la serie en su totalidad y no a la primera temporada. En concreto, interesa la declaración de nulidad de dicha extinción por entender que la misma obedeció a una represalia por reclamar contra la decisión empresarial de imponer la realización de una PCR en vacaciones.

2. La mercantil demandada se opone a la demanda sobre la base de que el contrato estaba vinculado a los primeros 190 capítulos (primera temporada) y que, por tanto, procedía la finalización del mismo y la formalización de uno nuevo coincidente con el inicio de la grabación de la segunda temporada. La empresa entiende que esta práctica estaba habilitada por el artículo 12 f) del II Convenio Colectivo de la Industria de la producción audiovisual. En consonancia con ello, la empresa niega la vulneración del derecho fundamental. Reconoce que el único trabajador que no volvió a ser contratado fue el demandante. Con todo, defiende su posición en el hecho de que el trabajador no se realizó la PCR (a diferencia del resto de compañeros) y no compareció en la empresa en la fecha indicada.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA DEBATIDA

En consonancia con los términos en que el conflicto ha sido planteado en sede judicial, lo que se dirime en la sentencia objeto de comentario es si la decisión empresarial de no volver a contratar al trabajador ha de ser calificada como nula por vulneración de la garantía de indemnidad.

Sin embargo, antes de abordar tal cuestión, la magistrada de instancia considera necesario responder, además, a las dos siguientes cuestiones jurídicas controvertidas:

- i. ¿Qué calificación jurídica debe atribuirse al tiempo destinado por los trabajadores para la realización de una revisión médica?
- ii. ¿Puede una empresa obligar a sus trabajadores a someterse a la realización de la prueba PCR?

V. NORMATIVA APLICABLE AL CASO

1. Artículo 24 de la Constitución Española ("CE"): derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad.
2. Artículo 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social ("LRJS"): necesidad de acreditar una justificación objetiva, razonable, y suficientemente probada de las medidas adoptadas por parte de la empresa y de su proporcionalidad ante la concurrencia de indicios de vulneración de derecho fundamental (inversión de la carga de la prueba).
3. Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 9 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo artículo 14.4 prevé que la vigilancia de la salud podrá ser parte de un sistema nacional de sanidad.
4. Artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ("LPRL"): derecho a la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

5. Artículo 22.1 de la LPRL: vigilancia de la salud. Por su especial trascendencia para el objeto de este comentario, a continuación, se reproduce el literal del apartado relevante:

“El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”.

6. Artículo 29 de la LPRL: obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Entre ellas destacan las de: (i) velar según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional (artículo 29.1 de la LPRL); y (ii) contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (artículo 29.2. 5º de la LPRL).

VI. DOCTRINA BÁSICA

Tras reconocer la sentencia comentada que el contrato de trabajo suscrito entre las partes estaba vinculado a la realización de la serie en su totalidad (y no solo a la primera temporada), a los efectos del presente comentario, y por cuanto aquí interesa, la doctrina acuñada puede resumirse del siguiente modo:

1. Sobre la calificación jurídica del tiempo destinado a la realización de la prueba PCR

La fundamentación jurídica de la sentencia concluye que el tiempo dedicado a la realización de los reconocimientos médicos (y, por tanto, de la prueba PCR) debe computar como tiempo de trabajo efectivo.

En este sentido, la referida resolución razona que, a pesar de la falta de previsión legal o reglamentaria, los reconocimientos médicos nunca deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para el trabajo.

Dicho perjuicio no debe entenderse en un sentido puramente económico. Y es que, el reconocimiento médico tampoco podrá suponer una consecuencia negativa o evidencia de carga que repercuta en el tiempo de dedicación laboral.

Por ello, la realización del reconocimiento médico (o prueba PCR) debiera realizarse siempre dentro de la jornada laboral, y en caso de que ello no fuera posible, el tiempo invertido en su realización debería ser considerado como tiempo de trabajo efectivo.

En suma, “el principio de gratuidad que impone el art. 14 de la LPRL (ningún tipo de coste para el trabajador)” es interpretado “no solo desde el punto de vista estrictamente eco-

nómico, sino también social, al objeto de que se traduzca en una verificación de inexistencia de tener que soportar la realización de dicho reconocimiento médico, por mucho que sea voluntario o condicionado, a una realización coyuntural fuera de la jornada y tiempo de trabajo”¹.

2. Sobre la posibilidad de imponer la realización de la prueba PCR o análoga

La magistrada a quo llega a la conclusión de que las empresas pueden imponer la realización de la prueba PCR sobre la base de los siguientes razonamientos:

- a) El derecho a la integridad física de los trabajadores y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales que el art. 4.2 del ET consagra como uno de los derechos laborales básicos, impone al empresario la obligación de garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- b) La imposición de la PCR estaría justificada en la necesidad de garantizar la seguridad y salud de terceros, por lo que encajaría en la excepción contemplada en el artículo 22 de la LPRL.

La meritada sentencia recuerda las obligaciones que todo trabajador tiene en materia de prevención de riesgos laborales *ex* artículo 29 de la LPRL.

En este sentido, corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional.

Entre dichas exigencias se encuentra el deber de contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad com-

petente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo y cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

Así las cosas, y sobre las premisas anteriores, la magistrada a quo entiende que “la empresa sí podía obligar a sus trabajadores a someterse a la prueba médica PCR o análoga (...) por imprescindible a los efectos de preservar la salud y seguridad de todo el colectivo implicado en el rodaje de la serie”.

En este sentido, afirma que “la realización de test para verificar si los trabajadores de una empresa están afectados por la COVID-19, y, consiguientemente, su prestación laboral puede constituir un peligro para ellos mismos, para el resto del personal o para otras personas relacionadas con la empresa, constituye una medida amparada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que la normativa de protección de datos no debería obstaculizar y que debe poder adoptarse sin necesidad de contar con el consentimiento explícito del afectado”.

Por todo ello, la sentencia concluye que: “la negativa del empleado a someterse a tales pruebas podría haber generado actuaciones de carácter disciplinario”.

- c) Sin perjuicio de lo anterior, no podrá imponerse la obligación de facilitar información sobre anticuerpos del coronavirus en los procesos de selección.

De conformidad con el Informe 17/2020 de la Agencia Española de Protección de Datos (“AEPD”) la normativa de protección de datos personales, en tanto que dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, se aplica en su integridad a la situación actual de pandemia dado que no existe razón alguna que

determine la suspensión de derechos fundamentales ni dicha medida ha sido adoptada².

Toda información relativa al desarrollo de anticuerpos es un dato de la salud. En torno a su incardinación en la excepción del artículo 9.2 del RGPD la AEPD sostiene que “solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID-19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación de Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en particular del deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales previsto en la LPRL”.

En base a lo anterior, la sentencia concluye que “en los procesos de selección laboral no es admisible solicitar información sobre la condición de inmunidad a la COVID-19”.

3. La garantía de indemnidad en el caso enjuiciado

Como ha sido expuesto en líneas precedentes, en el caso concreto no concurrió negativa del trabajador a realizarse la PCR, sino disconformidad con el momento y la forma en que la empresa pretendía llevarla a cabo. Tampoco existió una medida disciplinaria por parte de la compañía, sino la finalización de un contrato de obra, siendo que ambas situaciones hubieran podido concluir con soluciones diferentes –en el decir de la meritada resolución–.

Así las cosas, la magistrada a quo entiende que se aportaron indicios de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva suficientes por parte del demandante, sin que la empresa hubiera aportado al procedimiento una justificación objetiva y razonada para su proceder; “cuestión que además se presenta de facilidad probatoria indudable bastando acreditar que el trabajador estaba citado para hacer el test PCR en

una fecha, hora y lugar concreto al que efectivamente no acudió o que fue convocado a firmar el contrato en una fecha, hora y lugar concreto y no se presentó. Es, en definitiva, lo que alega la empresa, pero sin apoyo probatorio alguno”. Por todo ello, la sentencia termina declarando la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad.

VII. COMENTARIO

Como se advertía previamente, la sentencia comentada aborda, sin duda, una de las cuestiones que más dudas habría suscitado tras los primeros meses de desescalada, cual es la posibilidad de que los empresarios pudieran imponer a sus trabajadores la realización de una PCR con el objeto de garantizar la seguridad y salud del resto de los compañeros.

En tal sentido, ya ha sido expuesto que el artículo 22 de la LPRL permitiría imponer la realización de los test que identificaran la presencia de coronavirus en las personas trabajadoras; pero también lo es que dicha posibilidad es contemplada en la Ley como excepción al principio de voluntariedad que debe regir los reconocimientos médicos.

Y es que no puede olvidarse que la vigilancia de la salud solo “podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”; motivo por el que se habla de la consagración del denominado “principio de la voluntariedad” en los reconocimientos médicos; principio que puede ser formulado del siguiente modo: “el trabajador es libre a la hora de someterse o no a los mismos y, también, lo es para decidir a qué pruebas, de entre las varias que se pueden realizar, desea someterse y a cuáles no”³.

Por ello, la vigilancia de la salud únicamente puede imponerse cuando dicha medida sea necesaria para garantizar la seguridad y salud del resto de la plantilla. En consonancia con lo anterior, se echa en falta en la sentencia comentada, el análisis de la justificación e idoneidad por la que se llega a la conclusión de que en el supuesto enjuiciado dicha medida cumplía con el requisito de idoneidad y proporcionalidad. Cierto es que, en un sector como el audiovisual, en el que actores, actrices y especialistas deben actuar sin mascarilla y sin poder mantener las distancias de seguridad, parece obvio que la realización de pruebas como la PCR o tests de antígenos reúnan la doble cualidad requerida. Sin embargo, a la hora de exceptuar el carácter voluntario que todo reconocimiento debe revestir, no debería ignorarse el papel fundamental que los servicios de prevención y las evaluaciones de riesgos deberían desempeñar en un momento de pandemia como el actual, siendo los informes de estos expertos los que deberían evaluar la idoneidad y necesidad a la hora de imponer la vigilancia de la salud.

Con todo, y dejando al margen las posibles dudas generadas sobre la posibilidad de que los empresarios obliguen a la realización de las pruebas PCR, desde el pasado 29 de diciembre de 2020, tras una ardua espera por iniciar un proceso de regreso a la normalidad, la población española comenzó a ser vacunada con dosis de la vacuna desarrollada por Pfizer/BioNTech, tras su aprobación el día 28 del mismo mes y año por la Comisión Europea.

Así las cosas, cuando la población vacunada aun no alcanza el 4%, muchas han sido las dudas suscitadas en el mundo de las relaciones laborales; y en concreto, la siguiente: ¿podría el empresario obligar a los trabajadores a vacunarse? ¿sería predicable lo dicho hasta ahora respecto de los reconocimientos médicos?.

La respuesta requiere analizar las siguientes consideraciones:

1. Contexto jurídico-legal sobre la voluntariedad u obligatoriedad de la vacunación en España

Como premisa, debe partirse de un principio general, cual es que la vacunación en España o cualquier otro tratamiento médico o quirúrgico, se rige por el principio del consentimiento informado. Es decir, la inoculación de cualquier vacuna exigiría el consentimiento previo y voluntariedad del paciente.

Así se deduce del artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ("Ley 41/2002"), cuyo tenor literal dispone:

"2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley".

Ahora bien, dicha norma general (voluntariedad y consentimiento previo del paciente), encuentra excepciones que el legislador ha recogido expresamente en dos normas.

En primer lugar, el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio ("LO 4/1981"):

"En los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha

contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales”.

En este sentido, el artículo cuarto de la LO 4/1981, recoge las siguientes situaciones:

- “(a).- Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- (b).- Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”.

Y adicionalmente, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (“LO 3/1986”):

“Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”.

Así las cosas, atendiendo a la normativa citada, las autoridades sanitarias podrían imponer la vacunación como tratamiento preventivo obligatorio para determinados colectivos de población, atendiendo a cuestiones que permitieran suponer la existencia de un peligro para la salud de la población.

El hecho cierto es que la constatación o existencia de razones superiores que justificaran la imposición de una vacuna, no supondría una novedad en nuestro país, ya que contamos con antecedentes en los que las autoridades sanitarias han impuesto a determinados colectivos una vacuna o tratamiento concreto.

A tal respecto, cabe destacar la Base cuarta de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de Sanidad Nacional, modificada por la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV, cuyo tenor literal recoge:

“Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”.

En suma, la vacunación contra la viruela, la difteria e infecciones tíficas y paratíficas, podría ser declarada obligatoria por el Gobierno cuando por la existencia de casos repetidos, se considerara conveniente.

Adicionalmente a todo ello, es preciso recordar que nuestros Tribunales ya han validado en el pasado algunas decisiones de las respectivas Consejerías de Sanidad, adoptadas con la finalidad de prevenir la propagación de enfermedades infecciosas⁴.

Por todo ello, puede colegirse, sin dificultad, que la vacunación en España se rige por el principio general de voluntariedad (consentimiento previo); regla que podrá ser exceptuada cuando las autoridades sanitarias acordaran la inoculación obligatoria a fin de preservar la seguridad y salud de los ciudadanos bajo circunstancias excepcionales.

Ahora bien, visto el marco general por el que se regula la vacunación en nuestro país, es turno ya de analizar el contexto jurídico y social en que se encuentra, en concreto, la vacuna contra la COVID-19.

2. Vacunación de la COVID-19: principio de voluntariedad

Desde el inicio de la pandemia, los tratamientos farmacológicos para paliar los efectos de la COVID-19 han sido escasos, quedando depositadas las esperanzas de recobrar la “antigua normalidad” en la aparición de una vacuna eficaz contra el nuevo coronavirus.

En este contexto, el 21 de diciembre de 2020, las buenas noticias llegaron cuando la Agencia Europea del Medicamento (“AEM”), autorizó el uso en Europa de la vacuna desarrollada por Pfizer/BioNTech.

Con la autorización posterior de la Comisión Europea, el siguiente paso, en clave nacional, quedaba limitado al reparto e inoculación de las vacunas. En aras de gestionar dicho reparto interno, ante la inminencia de la aprobación de la vacuna de Pfizer/BioNTech, y a fin de organizar el reparto interno de las vacunaciones, el 18 de diciembre de 2020, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, publicó el documento “Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España”, en el que se determinaron los principios y directrices que habrían de regir la vacunación contra el coronavirus en todos los territorios de España, así como el orden de inoculación de la vacuna entre la población⁵.

En este sentido, las vacunas actualmente aprobadas son, además de la de Pfizer/BioNTech, la de Moderna (autorizada el 6 de enero de 2021) y la de AstraZeneca (autorizada el 29 de enero de 2021).

Adicionalmente a todo lo anterior, las personas vacunadas deberán continuar adoptando las medidas preventivas ordenadas hasta la fecha por el Gobierno de España, toda vez que los resultados publicados hasta la fecha, no son concluyentes en lo que respecta a la capacidad de contagio de los ciudadanos vacunados. Esto es, las personas que reciben

la vacuna no desarrollarían sintomatología alguna, pero sí podrían contagiar en caso de infección. O lo que es lo mismo, no hay evidencias de que las vacunas eviten la propagación del virus a ciudadanos que todavía no han sido vacunados.

Asimismo, cabe destacar que la estrategia diseñada por el Consejo Interterritorial, se asienta sobre un principio rector básico: la vacunación será voluntaria para todos los ciudadanos⁶.

3. Ámbito jurídico-laboral de la vacunación frente a la COVID-19

La obligación empresarial descrita en los artículos 4.1, 14 y 15 de la LPRL, constituye un deber constante que no ha encontrado salvedad en situaciones absolutamente excepcionales como la que estamos atravesando.

Lo cierto es que, a día de la fecha, no hay ninguna norma que excluya al coronavirus de la catalogación de riesgo laboral. Ello implica por tanto que cualquier empleador cuenta con el inexcusable deber de evitar cualquier riesgo al que puedan estar sometidos sus empleados “con motivo u ocasión del trabajo” (art. 4.2º de la LPRL). Lo que proyectado sobre un escenario de crisis sanitaria, significa que cualquier compañía debería adoptar las medidas preventivas que se encontraran a su alcance para evitar que cualquier empleado pudiera ser infectado por el coronavirus durante la prestación de servicios en la empresa. Y sólo en el supuesto de que la supresión total y absoluta de ese riesgo, no fuera posible, tratar de reducirlo al máximo.

Ahora bien, algunas voces han venido interpretando la posibilidad de que el empresario obligue a los trabajadores a que se vacunen contra la COVID-19 –pudiendo adoptar decisiones disciplinarias en caso contrario–, es-

grimiendo para defender dicha tesis la aplicación del artículo 22.1 de la LPRL.

Pues bien, sin entrar a valorar las diferencias entre una revisión médica y la inoculación de un agente externo en el organismo de la persona, lo cierto es que, al día de la fecha, resultaría cuanto menos difícil argumentar que la inyección obligada de la vacuna lo es para prevenir la seguridad y salud de terceros.

Y lo anterior, toda vez que, tal y como se expone en el documento “Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España”, a pesar de que los ciudadanos sean vacunados, habrán de seguir adoptando las medidas de distancia y seguridad aprobadas por el Gobierno; toda vez que, no hay evidencias todavía de que aquéllos no puedan portar y contagiar el virus. Es decir, conforme a los documentos oficiales, la vacuna protegería al individuo vacunado; no a los terceros.

Así las cosas, si todavía no hay evidencias científicas de que las vacunas autorizadas generan una inmunidad que impida el contagio, en modo alguno podría justificarse que la vacunación obligatoria de un trabajador respondiera a la protección del resto de empleados de la empresa, o de otras personas relacionadas.

Igualmente, si en el momento actual la vacuna es voluntaria, no podría afirmarse que la misma fuera una obligación para el trabajador que derivara de la relación laboral, y por tanto, que fuera exigible por el empresario. Ni siquiera por vía del artículo 29.2. 5º de la LPRL (que incluye, entre los deberes de las personas trabajadoras, el de “contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo”).

Ahora bien, a lo anterior no obsta a que sigan desarrollándose vacunas que sí permi-

tieran asegurar la inmunidad e imposibilidad de contagio y que permitieran, en próximos meses, alcanzar una conclusión distinta a la anteriormente expuesta.

VIII. CONCLUSIÓN

De todo cuanto ha sido expuesto, podría concluirse que la realización de las pruebas PCR en el entorno laboral debe regirse por el principio de voluntariedad, pudiendo imponerse por parte del empresario única y exclusivamente cuando la misma sea necesaria para garantizar la seguridad y salud del resto de empleados y siempre y cuando se considere un medio idóneo y proporcional para alcanzar dicho objetivo (ex artículo 22 de la LPRL).

En dicha justificación deberían desempeñar un papel fundamental los servicios de prevención, debiendo incluir los motivos y la idoneidad del test como medio necesario para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

Lo anterior no puede predicarse sin embargo respecto de la posibilidad de forzar a los trabajadores a vacunarse. Y ello por dos motivos esenciales: (i) la campaña de vacunación contra el coronavirus se rige por el principio de voluntariedad, sin que las autoridades sanitarias hayan impuesto su inoculación obligatoria en ningún caso; y (ii) a día de la fecha, no existen evidencias de que la vacuna evite el contagio, imponiendo los documentos oficiales que las personas vacunadas respeten las mismas medidas de seguridad y distanciamiento que el resto.

Con todo, habrá que esperar al avance del estado actual de la pandemia, al desarrollo de nuevas vacunas que permitan inocular al 100% de la población, a las posibles decisio-

nes del Gobierno sobre la obligatoriedad de determinados grupos de ciudadanos de ser vacunados, y a la posible evolución de la normativa laboral de aplicación en materia de seguridad y salud en el trabajo.

[1] La fundamentación jurídica de la resolución comentada parte de la doctrina de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contemplada en la SAN, de 20 de marzo de 2020 (Proced. 279/2019), y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, reflejada en la STSJ Galicia de 17 de octubre de 2019 (Rec. 3241/2019).

[2] Para una rápida localización, a continuación se reproduce el enlace en el que el mismo puede ser encontrado: <<https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>>.

[3] Siguiendo la STS de 7 de marzo de 2018 (Rec. 42/2017).

[4] A título ilustrativo puede destacarse Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Granada, de 24 de noviembre de 2010 (Proc. 918/2010), por el que se acordó autorizar la vacunación forzosa de los treinta y cinco niños que constaban en el listado de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería de Salud de 22 de noviembre de 2010; Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Ourense, de 14 de junio de 2019, (Proc. 155/2019), en virtud del cual, el Juez autorizó la hospitalización obligatoria de un paciente bajo custodia y medidas que impidieran su huida. Todo ello con el objetivo de que se aplicara «la medida sanitaria correspondiente hasta que dej(ara) de representar un riesgo para la salud pública»

[5] Documento sometido a actualización constante; actualmente en su cuarta versión.

[6] Así se recoge expresamente en el apartado 6 del “Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España” en su actualización cuarta.

PERMISO RETRIBUIDO POR NACIMIENTO DE HIJO REGULADO POR CONVENIO COLECTIVO TRAS LA MODIFICACIÓN DEL ET POR EL RDL 6/2019, DE 1 DE MARZO SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 98/2021, DE 27 DE ENERO

Leave withdrawn for the birth of a child regulated by collective agreement after the modification of the ET by RDL 6/2019, of march 1

Autora: Carmen Sánchez Trigueros

Cargo: Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: La sentencia comentada analiza las consecuencias de suprimirse el permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo [artículo 37.3 b) ET] y de equipararse los derechos laborales de ambos progenitores tras el nacimiento de su hijo (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación).

El Tribunal Supremo examina argumentos históricos, lógicos y teleológicos, para concluir que carece de aplicabilidad el convenio colectivo que preveía un permiso por nacimiento de hijo en favor del padre. No sería coherente que el otro progenitor tuviera un periodo más dilatado que la madre

para atender al neonato; y, como las seis primeras semanas tras el nacimiento son de obligado disfrute, pasado ese tiempo tampoco posee sentido un permiso por nacimiento.

Palabras clave: Permiso por nacimiento de hijo, suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo, inaplicabilidad de convenio colectivo.

Abstract: The commented sentence analyzes the consequences of eliminating the paid leave of two days for the birth of a child [article 37.3 b) ET] and of equalizing the labor rights of both parents after the birth of their child (Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, of urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation).

The Supreme Court examines historical, logical and teleological arguments, to conclude that the collective agreement that provided for a permission for the birth of a child in favor of the father lacks applicability. It would not be consistent for the other parent to have a longer period than the mother to care for the newborn; And, since the first six weeks after birth are mandatory, after that time a birth permit does not make sense either.

Keywords: Permission for the birth of a child, suspension of the employment contract due to the birth of a child, inapplicability of collective agreement.

SUMARIO

- I. EL SUPUESTO DE HECHO
- II. CONTEXTO NORMATIVO
- III. RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL TRIBUNAL SUPREMO
- IV. VALORACIÓN
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. EL SUPUESTO DE HECHO

La Confederación Sindical ELA presenta demanda de conflicto colectivo con el objeto de que se reconozca el derecho de los trabajadores de la empresa Eusko Trendibeak-Ferrocarriles Vascos, SA, a disfrutar de los tres días de permiso por paternidad previstos en

el art. 30 del convenio colectivo de la empresa, precepto que la entidad empleadora negaba que estuviera ya vigente.

La demanda de conflicto colectivo fue desestimada por la [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de julio de 2019 \(autos 16/2019\)](#).

La citada sentencia fue recurrida en casación por la Confederación Sindical ELA, por UGT y por la Confederación Sindical de CC.OO. de Euskadi.

Los tres recursos de casación denuncian la infracción del art. 30 del convenio colectivo de la empresa. El recurso de ELA denuncia también la infracción de los arts. 82.3 y 41 ET y del art. 37.1 CE. Y CC.OO. considera asimismo que la sentencia recurrida ha aplicado erróneamente el art. 2. Nueve, además de otros preceptos, del RDL 6/2019, de 1 de marzo, en relación con los arts. 3, 1280 y 1281 del Código Civil (CC).

Los recursos solicitan que se reconozca el derecho de los trabajadores de la empresa al disfrute de los tres días de paternidad previstos en el art. 30 del convenio colectivo empresarial.

II. CONTEXTO NORMATIVO

El art. 30 del convenio colectivo de la empresa demandada ("Permiso por paternidad") hace referencia al "permiso legalmente establecido", conectándolo al "alumbramiento"¹. Sin embargo, en su último párrafo establece que "además del permiso legalmente establecido, dispondrá [el padre] de 3 días naturales contados desde la fecha en que se produzca el parto". Dicha norma se venía aplicando en la práctica, tal y como reconocen ambas partes, en el sentido de que el precepto del convenio establece una mejora de un día adicional respecto de los dos días de permiso que ya concedía la norma legal².

El debate se centra en analizar la situación en que queda el citado derecho convencionalmente previsto, tras aprobarse la supresión del permiso retribuido de dos días por nacimiento de hijo que hasta la fecha reco-

nocía el art. 37.3.b ET³, así como la equiparación de la suspensión del contrato de ambos progenitores (según la redacción vigente del art. 48.4 ET). Y es que el art. 2. Nueve del RDL 6/2019 dio una nueva redacción al citado precepto, de forma que quedaba suprimida la referencia al nacimiento de hijos dentro de los supuestos previstos para el permiso.

Por su parte, el original art. 48 del actual ET regulaba de distinta manera los supuestos de suspensión del contrato de trabajo del padre y de la madre. En cuanto al del padre, además, se preveía que dicha suspensión se disfrutaría "desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente". Y es que el art. 2. Doce del aludido RDL 6/2019 modificó este artículo, equiparando la duración del período de suspensión del contrato de trabajo de ambos progenitores por nacimiento y suprimiendo toda referencia al previo permiso con fundamento en el mismo motivo. Asimismo, dispone la obligatoriedad de la suspensión del contrato de ambos progenitores durante las primeras seis semanas ininterrumpidas posteriores al parto (art. 48.4 ET).

III. RAZONAMIENTO JURÍDICO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para dar respuesta al litigio, el Tribunal Supremo se apoya en el análisis de la evolución normativa de las instituciones analizadas.

Evolución histórica. En primer lugar, destaca la existencia de un dispar sistema de beneficios para los progenitores derivados del nacimiento de los hijos. En concreto, señala que a la madre biológica le correspondía un período de suspensión del contrato más amplio (de dieciséis semanas), frente al que se concedía al otro progenitor, consistente tan solo en un breve permiso (de dos días). Pre-

cisamente por ello, resultaba frecuente que la negociación colectiva mejorase en muchos casos la duración del permiso de paternidad.

Además, debe recordarse que inicialmente no se incluía la paternidad como una de las causas de suspensión del contrato. Esto no tuvo lugar hasta la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuya disposición adicional décimo primera, apartado Once, introdujo un nuevo art. 48 bis en el Estatuto de los Trabajadores vigente por aquel entonces (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo).

Solo a partir de ese momento se reguló la paternidad como una causa de suspensión del contrato. Sin embargo, su duración seguía siendo inferior a la prevista para la madre biológica. Si para esta última era de dieciséis semanas, para el otro progenitor fue paulatinamente incrementándose, de los trece días iniciales, primero a cuatro y, más adelante, a cinco semanas. Precisamente esa desigual duración es lo que explica el mantenimiento del permiso retribuido por nacimiento, cuyo disfrute era previo, adicional y acumulativo a la suspensión del contrato por paternidad. Además, no casualmente se especifica que dicha causa de suspensión tiene comienzo una vez que termina el permiso "previsto legal o convencionalmente".

Equiparación de derechos. Sin embargo, con la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, se modifica todo el panorama previo. Así, a la vez que acuerda la equiparación de los períodos de suspensión de ambos progenitores (fijándolos en dieciséis semanas), establece también la supresión del permiso por nacimiento; circunstancias estas que el Tribunal Supremo entiende correlacionadas. Precisamente por ello destaca que una interpretación distinta, tendente a mantener el derecho al permiso, daría lugar a lo que considera como una auténtica para-

doja: sería el progenitor distinto de la madre biológica quien pudiese disfrutar de un mayor período de descanso tras el parto.

Mejora de norma inexistente. Regresando al supuesto litigioso, la sentencia comentada profundiza también en los aspectos concretos que se le plantean. Entre otras circunstancias, destaca que el convenio colectivo se suscribió en 2018, esto es, con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019. A continuación, recuerda que el precepto convencional conecta el reconocimiento del derecho con el previsto en el texto legal; de forma gráfica, señala que esta licencia se disfrutará "además del permiso legalmente establecido". Así, razona que el art. 30 del convenio colectivo viene a mejorar una norma que actualmente ya no existe, de lo que concluye la dificultad de que "pueda tener vida autónoma propia".

Imposible coetaneidad. Además, la nueva redacción de la suspensión del contrato establece la obligatoriedad, tanto para la madre biológica como para el otro progenitor, de que tenga lugar inmediatamente a continuación del parto. La imperatividad de esta regulación acaba por excluir la posibilidad de disfrute del permiso de dos días por nacimiento en esas mismas fechas. Y transcurridas seis semanas ya no cabe hablar de permiso por nacimiento, al encontrarse este acontecimiento muy alejado en el tiempo. Estamos ante un argumento fundamental: el período previsto para el disfrute del permiso por nacimiento resulta incompatible con la obligatoriedad de que el período de suspensión del contrato establecido por el Real Decreto-ley 6/2019 tenga lugar de manera inmediatamente posterior al parto.

Incompatibilidad de instituciones. En esta misma línea, la resolución comentada descarta la posibilidad de compatibilizar ambas instituciones mediante el mecanismo de posponer el derecho al disfrute hasta la fina-

lización del período de suspensión del contrato. Al respecto, destaca que ello implicaría que el permiso se disfrutase en un momento especialmente alejado del nacimiento, con lo que se difuminaría la finalidad del derecho.

Derecho a la negociación colectiva. Finalmente, la sentencia aborda un aspecto que es planteado en exclusiva por el sindicato ELA. Este sostiene que la supresión del derecho convencional a través de una norma con rango de ley supondría una vulneración del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Además, entiende que la empresa debió acudir a las vías previstas para modificar condiciones laborales o para inaplicar el convenio colectivo.

La resolución rechaza dicho planteamiento, para lo que recuerda que del art. 37 CE no emana un derecho a la intangibilidad del convenio colectivo frente a normas legales, incluso sobrevenidas. Al contrario, debe tenerse en cuenta que, en atención al principio de jerarquía normativa, es precisamente la Ley la que prevalece sobre el convenio, que debe someterse a aquella. Precisamente por ello descarta también la aplicabilidad de los mecanismos de flexibilidad interna previstos en el art. 41 y 82.3 ET, en tanto que estos se sustentan en la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sin embargo, no se trata de la concurrencia de tales causas en el presente supuesto, sino más bien de la mera aplicación de una reforma legal y sus consecuencias sobre una norma jerárquicamente inferior: el convenio colectivo.

IV. VALORACIÓN

La sentencia comentada, sin duda de manera acertada, acude a una lectura histórica del permiso por nacimiento, así como de la sus-

pensión del contrato de trabajo por paternidad, para resolver la cuestión que se le plantea. Pero, además, no se conforma con ello, sino que se adentra en el análisis de la finalidad de las distintas instituciones en juego. No en vano, trae a colación la redacción del preámbulo del Real Decreto-ley 6/2019, que conecta la equiparación de los períodos de suspensión del contrato, con la necesidad de dar un paso más “en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores”. Precisamente en atención a esos objetivos se consideró imprescindible que tales suspensiones se iniciasen de manera obligatoria inmediatamente a partir del parto, así como que tuviesen carácter intransferible, lo que respondía a un claro objetivo político: acabar con el distinto régimen de hombres y mujeres en cuanto al nacimiento de sus hijos y, especialmente, con las consecuencias perjudiciales que ello venía causando en la práctica.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto, como cualquier otra intervención legislativa, puede implicar algunos efectos colaterales respecto de los derechos reconocidos en el ámbito de la negociación colectiva; es el caso de la supresión o alteración de algunos de ellos, siendo este un supuesto paradigmático de lo expuesto. Es cierto que alguno de tales efectos colaterales puede traer resultados absolutamente indeseables. No resulta difícil advertir que cualquier derecho que mejore las previsiones legales habrá sido probablemente fruto de arduas negociaciones, implicando incluso cesiones en otros aspectos, tanto por la representación obrera como por la empresarial. Precisamente por ello, este tipo de intervenciones legales deben ser acogidas con cautela, especialmente cuando afectan a derechos ya conseguidos, en tanto que pueden causar importantes desequilibrios en el ámbito de la negociación colectiva.

Por el contrario, resulta difícil compartir alguno de los otros razonamientos incluidos en la sentencia. En concreto, hacemos referencia a la negación de la autonomía del derecho reconocido en la norma colectiva una vez que el previsto en la Ley ha sido derogado. Este argumento resulta muy discutible, en especial a la vista del propio texto del convenio colectivo, que establece el derecho al permiso de una forma absolutamente autónoma, al señalar que este se reconoce “además del permiso legalmente establecido”. En este sentido, es cierto que convencionalmente se ha establecido un derecho que supone una mejora respecto del previsto legalmente. Pero no es tan claro que un derecho conseguido en el ámbito de la negociación colectiva, y que mejoraba lo establecido en la legislación básica laboral, deba desaparecer al perder esta última su vigencia.

Desde luego, existirán supuestos en que el derecho reconocido en convenio colectivo pueda quedar derogado por una reforma legislativa; ello ocurrirá cuando el texto legal no se limite a suprimir un derecho, sino que vaya más allá, negándolo, ya sea de forma expresa o tácita. Precisamente, del razonamiento contenido en la resolución comentada, puede deducirse la existencia de una derogación tácita: aunque no existe norma alguna que expresamente establezca la imposibilidad de reconocer el derecho a permisos por nacimiento, la regulación actual de la suspensión del contrato por ese motivo, y especialmente las concretas circunstancias en que se encuentra regulado, resultan abiertamente incompatibles con la posibilidad de disfrutar del permiso inmediatamente a continuación del parto.

Quizás este último razonamiento podría encontrar alguna grieta a la vista de la más moderna Jurisprudencia (entre las que destaca la [STS núm. 145/2018, de 13 de febrero de 2018](#)), que ha entendido que los permisos

deben poder ser disfrutados a partir del siguiente día laborable desde la producción de la circunstancia que los origina. Sin embargo, ello tiene sentido cuando el disfrute del derecho puede verse pospuesto algunos días por coincidir con días festivos, con lo que no se trata más que de garantizar la integridad del derecho. En cambio, en el presente supuesto se aborda una circunstancia muy diferente, ya que el retraso del permiso hasta que concluyese la suspensión del contrato terminaría por descausalizarlo absolutamente y desconectarlo con la propia circunstancia del nacimiento. Por este motivo, y partiendo de la regulación del derecho concreto que se contiene en el convenio colectivo (donde la circunstancia protegida es el “alumbramiento”), consideramos que el resultado difícilmente podría haber sido distinto.

También conviene aclarar que el convenio siempre podrá mejorar las previsiones legales y que, en ese sentido, no deberíamos cerrar la posibilidad de tipificar causas de permiso ajenas a la Ley. Otra cosa es que no pueda anudarse un permiso al mero “nacimiento”, pero sí, claro, al cuidado del menor; en tales casos, adicionalmente, la titularidad del derecho ya no podrá ser exclusiva del padre sino que debería abrirse a ambos progenitores. Aplicar todas estas variantes, seguramente, es ir más allá de la mera interpretación y penetrar en el terreno de la regulación. De ahí que la sentencia haya optado por una posición más apegada al papel propio de los órganos judiciales.

V. BIBLIOGRAFÍA

Palomino Saurina, Pilar: “Incompatibilidad entre el permiso por nacimiento de un hijo y la suspensión del contrato por nacimiento (Comentario de la [Sentencia del TS de 27 de](#)

enero de 2021", C. 188/2019)", *Diario La Ley*, núm. 9817, 202.

Rojo Torrecilla, Eduardo: "¿Fin al debate sobre el posible mantenimiento de días de permiso por nacimiento de hijo/a? Notas a la sentencia del TS de 27 de enero de 2021", <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/fin-al-debate-sobre-el-posible.html>

– "El permiso por nacimiento de hijo sigue vigente si está regulado por convenio colectivo. Notas a la [sentencia de la AN de 30 de octubre de 2020](#), que confirma y reitera doctrina judicial anterior iniciada por sentencia de [29 de noviembre de 2019](#)", <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/11/el-permiso-por-nacimiento-de-hijo-sigue.html>

– "Previsible final de la saga "¿disfrute de permisos en días laborables o naturales?". Notas a la [sentencia de la AN de 6 de julio de 2020](#), tras la sentencia del TJUE de 4 de junio (asunto C-588/18), y recordatorio de la conflictividad jurídica anterior", <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/previsible-final-de-la-saga-disfrute-de.html>

Sánchez Trigueros, Carmen: *Los permisos retribuidos del trabajador: (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*, Aranzadi, 1998.

Viqueira Pérez, Carmen: "¿Subsisten las mejoras convencionales vinculadas al desaparecido permiso por nacimiento?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2/2021.

[1] RESOLUCIÓN de 13 de noviembre de 2018, de la Directora de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Con-

venio Colectivo de la Sociedad Pública Eusko Trenbi-deak/Ferrocarriles Vascos, S.A., 2017-2020. (Boletín Oficial del País Vasco núm. 229 de 28/11/2018).

[2] Aunque el tenor literal del párrafo del art. 30 del convenio no parece muy claro, es "admitida pacíficamente por la parte social", según afirma la sentencia recurrida en casación, la aplicación práctica que venía haciendo la empresa, en el sentido de que el precepto convencional mejora en un día adicional (y no en tres) los "dos días por el nacimiento del hijo" de permiso retribuido que tradicionalmente reconocía el art. 37.3 b) ET, hasta su supresión por la nueva redacción dada al precepto legal por el art. 2. Nueve del RDL 6/2019.

[3] El art. 37.3.b ET contemplaba como hecho desencadenante de licencia el "nacimiento de hijo", uno de los que suelen identificarse como permiso por razones familiares; se trataba de eximir al trabajador de su obligación de desarrollar la actividad comprometida (art. 5.a ET) cuando se considera que ha de darse preferencia a una singular obligación surgida en su círculo humano más próximo. En este caso las necesidades extralaborales atendidas no residen en las dificultades por las que atraviesen determinados familiares (enfermedad grave, fallecimiento) sino en, algo por lo general mucho más grato, como el nacimiento de un descendiente directo en primer grado. El clásico permiso por nacimiento de hijo perseguía que el padre pudiera acompañar a su pareja en momentos muy especiales, al tiempo que compartir las primeras horas de vida de su hijo; sólo podía solicitarlo el varón. El supuesto, por lo demás, encuentra sus antecedentes inmediatos en el art. 25.3.b de la Ley de Relaciones Laborales, pero también estaba presente en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 (art. 80) y de 1944 (art. 67) sin que la consideración pormenorizada de esas normas parezca aportar datos de relevancia en orden al mejor entendimiento de la ahora derogada. Con carácter general, el art. 37.3.b ET disponía que la duración del permiso por nacimiento de hijo sea de dos días, planteándose la duda sobre si se trata de fechas laborables o naturales al estar tal norma a renglón seguido de otra (sobre matrimonio) en la que se había especificado que hablaba de naturales. Sin abandonar el sistema de cómputo a través de días naturales, un buen número de convenios se ha dedicado a mejorarla por el clásico camino de aumentar el número de las fechas retribuidas.

LA LESIÓN SUFRIDA EN EL APARCAMIENTO DE LA EMPRESA ES ACCIDENTE DE TRABAJO POR APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA OCASIONALIDAD RELEVANTE. A PROPÓSITO DE LA STS DE 13 DE OCTUBRE DE 2020

The injury suffered in the company parking is a work accident by application of the theory of relevant occasionality for the purpose of the STS of october 13, 2020

Autora: Carlota M^a Ruiz González

Cargo: Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: En este trabajo se realiza un comentario a la STS de 13 de octubre de 2020, que viene a considerar como accidente de trabajo la lesión sufrida por el trabajador durante su tiempo de descanso. Al amparo del art. 156.1 TRLGSS, la Sala sostiene, en aplicación de la teoría de la ocasionalidad relevante, que el trabajo es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento lesivo, lo que evidencia la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba el trabajador cuando se produjo la caída y el tiempo y lugar de trabajo.

Palabras clave: Accidente de trabajo, tiempo de descanso, ocasionalidad.

Abstract: In this work, a comment is made to the STS of October 13, 2020 that comes to consider as a work accident the injury suffered by the worker during his time off. Under the protection of art. 156.1 TRLGSS, the Chamber maintains, in application of the theory of relevant occasional, that the work is the condition without which the injurious event would not have occurred, this evidences the existence of a direct and necessary link between the situation in which was the worker when the fall occurred and the time and place of work.

Keywords: Work accident, break time, occasionality.

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA
- II. SUPUESTO ENJUICIADO: ANTECEDENTES Y HECHOS
- III. DOCTRINA BÁSICA DEL TRIBUNAL SUPREMO
- IV. CONCLUSIÓN FINAL
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Una de las cuestiones que da lugar a más litigiosidad en el marco de la Seguridad Social es el accidente de trabajo, es decir, delimitar si la lesión o daño sufrido por el trabajador se ha producido, o no, como consecuencia de la actividad realizada por cuenta ajena, y ello, como resume Gala Durán, por tres motivos fundamentales: 1) por la propia amplitud del concepto contenido en el art. 156 TRLGSS, que incluye la posibilidad de lesión corporal generada no sólo por consecuencia directa, sino también con ocasión de la actividad realizada por cuenta ajena; 2) por el hecho que, al tratarse de un accidente de trabajo el importe a percibir en concepto de prestación es más alto que en caso de accidente no laboral, ya que el cálculo se basa, con carácter general, en la media de las retribuciones percibidas por el beneficiario en los últimos doce meses; y, 3) porque se requieren menos requisitos para poder acceder a la prestación de que se trate, al no exigirse ningún periodo de cotización previo y aplicarse la figura del alta presunta o de pleno derecho, según la cual, aun cuando el empleado no se encuentre en situación de alta en el sistema de la Seguridad Social, tendrá derecho a recibir la prestación, anticipándola el propio sistema¹.

Respecto al concepto legal de accidente de trabajo incluido en el apartado primero del art. 156 TRLGSS comprende, aun con leves variaciones, la noción ya recogida en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900², en el sentido de integrar “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. De esta delimitación del accidente cabe observar tres elementos básicos que lo configuran: la existencia de una lesión corporal, la condición del trabajador por cuenta ajena del sujeto accidentado y la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión. Dichos

requisitos han sido generosamente interpretados los pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales que han venido ampliando progresivamente los supuestos protegidos en manifestación de una postura claramente protectora para el beneficiario³.

Sobre la “lesión corporal”, como señalábamos en el comentario a la [STS de 16 de julio de 2020 \(rcud. 1072/2018\)](#)⁴, es ya tradicional su interpretación en sentido comprensivo y amplio, incluyendo no sólo los daños o lesiones físicas, sino también las de carácter psicológico, y tanto las producidas por accidentes como, en determinados supuestos, por enfermedad.

A su vez, la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión admite interpretarse bien de manera estricta (por consecuencia), bien en forma más amplia y relajada (con ocasión), de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente con la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral –tan sólo– la ocasionalidad pura. Dicha diferencia “queda más resaltada”, en palabras del Tribunal Supremo, “si se considera que en el primer supuesto [“por consecuencia”] estamos en presencia de una verdadera “causa” [aquello por lo que –*propter quod*– se produce el accidente], mientras que en el segundo caso [“con ocasión”], propiamente se describe una condición [aquello sin lo que –*sine qua non*– se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto”⁵. Ello enlaza con el antiguo criterio jurisprudencial conocido como teoría de la “ocasionalidad relevante” que se caracteriza por la apreciación de una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo; y la positiva es que o bien el trabajo, o bien las actividades normales de la vida de trabajo, hayan sido condición sin la que no se hubiese

producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquélla⁶.

En definitiva, el apartado primero del art. 156 TRLGSS define accidente de trabajo de modo y manera que si la lesión no aparece vinculada a la ocasión o la consecuencia laboral no existe el mismo, salvo que concurren determinadas circunstancias que el propio artículo declara en sus siguientes apartados o por vía de presunción legal *iuris tamtum*. En base a esta presunción la norma permite considerar incluido en el concepto accidente de trabajo las lesiones sufridas durante el tiempo y lugar de trabajo, salvo prueba en contrario. Por tanto, será el término "tiempo de trabajo" el elemento realmente determinante en la resolución de los supuestos en los que se pretenda aplicar la presunción. De este modo, se han considerado como tal determinados lapsos temporales en los que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo, pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo⁷.

Esta cuestión, como puede observarse, no es en absoluto novedosa, y su pretendida finalidad es dilucidar "de nuevo" si, tal y como sostiene la parte recurrente (MUTALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social núm. 2), la lesión sufrida por el trabajador no puede considerarse como accidente de trabajo, al no haberse producido en tiempo de trabajo, sino en tiempo de descanso, todo ello en aplicación de los arts. 156.1 y 3 TRLGSS. No obstante, y aun tratándose de una materia ciertamente familiar para los laboristas (de hecho, hace escasos 2 meses el Tribunal Supremo venía a resolver un supuesto similar comentado en el número 1 de esta revista), el contenido muestra cierta repercusión y ha sido objeto de numerosos comentarios periodísticos, principalmente por la extensión que realiza del término tiempo de trabajo al espacio temporal de descanso, permitiendo que durante ese tiempo se desplieguen los efectos de la presunción. En tal

sentido, entiende el Tribunal que la realidad evidencia que es ordinario o habitual este tipo de salidas en jornadas que superan las seis horas de trabajo continuado. Por ello, no cabe considerar que estemos ante una salida desvinculada con el trabajo que hasta instantes antes se ha realizado, sino que, por el contrario, se deben entender concurrentes los elementos negativo y positivo, anteriormente mencionados, en base a los cuales puede afirmarse que el evento lesivo se produce con ocasión del trabajo, siendo el mismo concausa, más o menos próxima y, en todo caso, coadyuvante de la patología generatriz del proceso de incapacidad temporal que se trata⁸.

II. SUPUESTO ENJUICIADO: ANTECEDENTES Y HECHOS

Un trabajador cuando se dirigía a su vehículo situado en el aparcamiento de la empresa durante su tiempo de descanso de 40 minutos, se resbaló cayendo al suelo, consecuencia de lo cual sufrió una contusión en su hombro derecho y una pequeña herida en el codo. Ese mismo día acude a la Mutua que no emite parte de baja por considerar que no se trata de un accidente de trabajo, al no haberse producido en tiempo de trabajo, sino de descanso. Sin embargo, le proporciona asistencia médica procediendo a la inmovilización con cabestrillo y analgesia. Acude el trabajador, entonces, a su médico de cabecera que emite parte de baja con el diagnóstico de luxación acromio-clavicular derecha.

Agotada la vía administrativa, el trabajador presenta demanda ante el Juzgado de lo Social, solicitando que el proceso de IT iniciado el 29 de septiembre sea declarado derivado de la contingencia de accidente de trabajo, siendo estimada dicha pretensión⁹. Discon-

forme la Mutua con esta valoración, interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del [Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, que en sentencia de 10 de abril de 2018 \(rec. 523/2018\)](#) procede a desestimar el recurso interpuesto y confirma la resolución recurrida. En ambos pronunciamientos se sostiene que la salida del trabajador a la calle estaba vinculada con su trabajo, pues solamente por esa razón se produjo la salida y, por tanto, el evento lesivo. En consecuencia, concluye el TSJ, la calificación profesional vendrá dada porque el hecho que genera la patología se produce con ocasión del trabajo, y no por aplicación de la presunción.

Contra esta sentencia se formula por la Mutua recurso de casación para la unificación de doctrina, que resuelve confirmar la sentencia recurrida y desestima la petición formulada por la demandada, y ello pese a sus alegaciones en cuanto a que el motivo principal del desplazamiento al exterior del centro de trabajo (aparcamiento) lo era por razones totalmente ajenas a la actividad laboral, aunque lo fuese en tiempo de descanso, concluyendo desorbitada la pretendida extensión del concepto profesional de accidente de trabajo a actividades más o menos privadas, libres, particulares y de consideración propia del trabajador.

III. CLAVES DOCTRINALES DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esta sentencia, y sin mayores preludios dada la conformidad con los antecedentes de hecho, el Tribunal Supremo se adentra en el fondo del asunto para inmediatamente dejar constancia de su conformidad con los pronunciamientos previos recaídos sobre el supuesto.

La Sala recuerda, siguiendo doctrina precedente, que la definición de accidente de trabajo contenida en el art. 156 TRLGSS está “concebida en términos amplios” y por cuanto se refiere al número 1 del precepto “debe ser entendida de conformidad con el resto del artículo y con las otras normas que han venido a desbordar aquella concepción de accidente de trabajo”¹⁰. En consecuencia con esta idea, la necesidad de apreciar un nexo de causalidad, entre el trabajo y la lesión que sufra el trabajador, no debe ser interpretado en sentido estricto, pues no siempre el trabajo será la causa única y directa del accidente, siendo admisibles otras circunstancias motivadoras siempre que dicho nexo causal se mantenga de alguna manera. En esta agrupación subsidiaria se incluye el supuesto comentado, donde el trabajo no causa directamente el accidente, sino más bien se manifiesta como acontecimiento sin el cual no se produciría la lesión.

Seguidamente el Tribunal enlaza esta argumentación con la teoría de la “ocasionalidad relevante”, de indudable aplicación al caso, y caracterizada como se ha dicho por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera, se refiere a que los elementos determinantes del accidente no sean inherentes o específicos del trabajo. Ello es apreciable en el caso enjuiciado, pues el trabajador se accidenta cuando sale de la empresa al dirigirse a su vehículo, durante el tiempo de descanso para la comida, actividad considerada por el Tribunal como “habitual, social y normal en el mundo del trabajo”; La segunda circunstancia implica la necesidad, bien del trabajo o bien de las actividades normales de la vida de trabajo, de constituirse como condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes del accidente. Dicho elemento también concurre en este caso, desde el momento que la caída al suelo del trabajador se produce en el parking de la empresa, en el cual no se encontraría de no haber descansado en su

jornada laboral o no prestar servicios para dicha entidad.

Consecuentemente con lo dicho, concluye la Sala, el nexo de causalidad se mantiene vigente, o dicho de otro modo, nunca se ha roto, "porque la pausa era necesaria" y la utilización de los 40 minutos de descanso para la comida "se produjeron con criterios de total normalidad". Tales hechos evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba el trabajador, cuando se produjo la caída, y el tiempo y lugar de trabajo, lo cual permite aplicar la presunción del art. 156.3 TRLGSS, pero no acreditada por la observancia de los parámetros "tiempo" y "lugar" de trabajo, sino por la producción del accidente "con ocasión" del desplazamiento al aparcamiento de la empresa, conforme al art. 156.1 TRLGSS.

IV. CONCLUSIÓN FINAL

Pese a la redacción arcaica del art. 156.1 TRLGSS, y pese a la amplitud del concepto legal de accidente de trabajo, es evidente que la doctrina judicial y jurisprudencial, e incluso científica, conciben incluido dentro de la "ocasionalidad" los supuestos donde la lesión sufrida por el trabajador no tiene causa directa en la ejecución de las obligaciones laborales, pero sí tiene su origen en operaciones o actividades normales e indispensables de la vida de trabajo.

Indudablemente el trabajador podría sufrir esa caída en cualquiera de sus actividades de carácter personal o privado, pero la producción del hecho en el parking de la empresa, minutos después de finalizar esa jornada, muestran una vinculación entre el trabajo y la lesión, o dicho con otras palabras, el ac-

cidente se podría producir en cualquier otro aparcamiento, pero es claro que su producción en el de la empresa, es causa directa del trabajo, de lo contrario el empleado no se encontraría en ese lugar en dicho espacio temporal.

Sin duda alguna, este pronunciamiento permite "de nuevo" apreciar el carácter poliédrico del término accidente de trabajo, si en la [Sentencia de 16 de julio de 2020](#) el Tribunal Supremo se centraba en observar el tiempo de trabajo como elemento determinante en la condición del suceso como contingencia profesional, ahora se detiene en la circunstancia del trabajo como condición propia del accidente. En definitiva, misma solución, aun con distinto enfoque legal, en cuanto a considerar contingencia profesional aquellas lesiones no vinculadas estrictamente al tiempo y lugar de trabajo.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18ª ed., Madrid, 2002.

GALA DURÁN, C.: «Trabajo. El concepto de accidente de trabajo y su aplicación en el sector público. Salud laboral», *La Administración Práctica*, núm. 7, Aranzadi, Pamplona, 2018.

MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Accidente de trabajo: teoría de la ocasionalidad relevante y presunción en tiempo y lugar», en BARRIOS BAUDOR, G. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.), *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019.

RUIZ GONZÁLEZ, C.: «El episodio cardiovascular ocurrido durante la pausa del bocadillo: tiempo y lugar de trabajo y presunción de la-

boralidad (Comentario a la [STS de 16 de julio de 2020](#))», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 1, 2020.

VALDES ALONSO, A.: «La conflictiva valoración del “tiempo de trabajo” en la presunción de existencia de accidente laboral. (Comentario de la [STS de 4 de octubre de 2012](#))», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014.

[1] GALA DURÁN, C.: «Trabajo. El concepto de accidente de trabajo y su aplicación en el sector público. Salud laboral», *La Administración Práctica*, núm. 7, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 2.

[2] Cfr. SSTSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2006 (rec. 1789/2006); 19 de mayo de 2017 (rec. 251/2017) y, de 20 de octubre de 2017 (rec. 696/2017).

[3] ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18º ed., Madrid, 2002, pp. 69 y 70. Asimismo, VALDES ALONSO, A.: «La conflictiva valoración del “tiempo de trabajo” en la presunción de existencia de accidente laboral. (Comentario de la [STS de 4 de octubre de 2012](#))», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2014, p. 2, considera la presunción una manifestación de la protección del accidente de trabajo en nuestro sistema de Seguridad Social que, “ante la incertidumbre o desconocimiento de las circunstancias precisas en las que acaeció el hecho lesivo, opta por deparar la máxima protección

al trabajador asumiendo la laboralidad del mismo”, todo ello por la necesaria “protección del trabajador asalariado debido a su más que evidente inferioridad tanto en la vertiente económica como en la personal frente a la preeminente posición que ocupa el empresario”.

[4] Véase RUIZ GONZÁLEZ, C.: «El episodio cardiovascular ocurrido durante la pausa del bocadillo: tiempo y lugar de trabajo y presunción de laboralidad (Comentario a la [STS de 16 de julio de 2020](#))», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 1, 2020, p. 131.

[5] STS de 23 de junio de 2015 (rcud. 944/2014) y reiterada, entre otras, en SSTS de 1 de diciembre de 2017 (rcud. 3892/2015) y 13 de diciembre de 2018 (rcud. 398/2017).

[6] MARTÍN RODRÍGUEZ, O.: «Accidente de trabajo: teoría de la ocasionalidad relevante y presunción en tiempo y lugar», en BARRIOS BAUDOR, G. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (dirs.): *Derecho vivo de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 105 y ss.

[7] Cfr. [STS de 4 de octubre de 2012 \(rcud. 3402/2011\)](#).

[8] [STSJ de País Vasco, de 10 de abril de 2018 \(rec. 523/2018\)](#).

[9] SJS núm. 3 de Donostia/San Sebastián, de 18 de diciembre de 2017.

[10] SSTS de 9 de mayo de 2006 (rcud. 2932/2004) y 27 de enero de 2014 (rcud. 3179/2012).

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) NÚM. 4267/2020, DE 9 DE DICIEMBRE DE 2020 (RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 55/2020), SOBRE EL CÓMPUTO DE DESPIDOS PARA DETERMINAR SI SE ESTÁ ANTE UN DESPIDO COLECTIVO

Case commentary on the Supreme court (social chamber) decision no. 4267/2020, of 9 december 2020 (appeal no. 55/2020), on the calculation of the number of dismissals taken into consideration in order to determine whether a collective dismissal has taken place

Autora: Sara Alcázar Ortiz

Cargo: Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Resumen: Según la doctrina del TJUE establecida en su [sentencia de 11 de noviembre de 2020 \(Asunto C-300/19\)](#) –sobre el concepto de despido colectivo, los métodos de cálculo del número de despidos y el periodo de referencia que ha de tomarse en consideración–, para determinar el número de trabajadores afectados en un despido colectivo deberá tenerse en cuenta todo el periodo de 90 días consecutivos, ya sean anteriores o posteriores al despido individual impugnado, en el que se haya llevado a cabo ese despido individual y durante el que se hayan llevado a cabo el mayor número de despidos por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador. Dicha circunstancia no concurre en el caso. Tampoco es aplicable la Directiva 98/59/CE, al resultar las extinciones en los diferentes centros de trabajo inferiores a 20 trabajadores. No se aprecia fraude de ley.

Palabras clave: Despido colectivo, cómputo de los despidos, Directiva 98/59/CE.

Abstract: According to the doctrine of the CJEU established in its judgment of 11 November 2020 (Case C-300/19) –on the concept of collective dismissal, the methods for calculating the number of redundancies and the reference period to be taken into consideration– the entire period of 90 consecutive days must be taken into account in order to determine the number of workers affected in a collective redundancy, whether before or after the contested individual dismissal, in which the individual dismissal was carried out and during which the greatest number of dismissals were carried out for one or more reasons not inherent to the worker's person, must be taken into account. This circumstance is not present in this case. Directive 98/59/EC is not applicable either, since the terminations in the different work centers are less than 20 workers. There is no fraud of law.

Keywords: Collective dismissal, calculation of the number of dismissals, Directive 98/59/CE

SUMARIO

- I. SOBRE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE DESPIDO COLECTIVO Y LOS MOTIVOS DEL RECURSO
- II. SUPUESTO DE HECHO QUE SE PLANTEA
- III. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA, DERECHO ESPAÑOL Y DOCTRINA DEL TJUE APLICABLE
- IV. EL FALLO DE LA SENTENCIA.
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. SOBRE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE DESPIDO COLECTIVO Y LOS MOTIVOS DEL RECURSO

La sentencia que se comenta¹ resuelve un recurso de casación interpuesto por UGT-FICA, contra la [Sentencia de 31 de enero de 2020 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento 257/2019](#), en actuaciones seguidas en virtud de demanda presentada por UGT-FICA contra ORACLE IBÉRICA, S.R.L., en materia de despido colectivo. En dicha demanda se suplicaba que se dictara sentencia por la que se declarara “la nulidad de los despidos efectuados por la demandada durante el mes de octubre de 2019 condenando a la misma a la inmediata readmisión de los trabajadores despedidos, abonándoles los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su efectiva readmisión”. UGT-FICA entiende que las extinciones individuales llevadas a cabo por la empresa superaron los umbrales del artículo 51.1 ET, por lo que considera que deben declararse nulas las extinciones correspondientes al mes de octubre de 2019.

El fallo de la [Sentencia de 31 de enero de 2020 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional](#) era el siguiente: “Se desestima la demanda de despido colectivo promovida por UGT-FICA, absolviendo a ORACLE IBÉRICA, S.R.L. de sus pedimentos”.

En cuanto a los motivos del recurso, en virtud del artículo 207.d) LRJS, la recurrente interesa la revisión de los hechos probados para que se adicione un nuevo hecho probado. El TS entiende que no ha lugar a dicha pretensión, “por cuanto los documentos consistentes en unas certificaciones de vida laboral, ya han sido valoradas por el Tribunal de Instancia en valoración conjunta de las pruebas practicadas y en modo alguno pueden desvirtuar la conclusión de instancia ni en cuanto a la plantilla ni a las extinciones practicadas”; añadiendo que “la sentencia recurrida señala que ninguna de las partes ofrece prueba para sentar el dato concluyente, pero que en todo caso se trata de una empresa de más de 300 trabajadores”. Precisa además que “discutiéndose si nos encontramos o no ante un despido colectivo por superación de

los umbrales del art. 51.1 ET, deviene intrascendente la revisión, pues admitida la obviedad de que la empresa cuenta con más de 300 trabajadores, es claro que si se superan los umbrales previstos en tal caso, se estaría sin más, ante un despido colectivo”.

Por otra parte, en virtud de artículo 207.e) LRJS, la recurrente formula dos motivos de censura jurídica al considerar que se ha producido la infracción del artículo 51.1 ET en relación con el artículo 124.11 LRJS y la Directiva 98/59/CE², solicitando la nulidad de los despidos llevados a cabo el 18 de octubre de 2019 por superar los umbrales del despido colectivo. Asimismo, considera la infracción del mismo precepto en relación con el artículo 122 LRJS y el artículo 6.4 CC, con idéntica finalidad de consideración de nulidad de los aludidos despidos por concurrir fraude de ley.

II. SUPUESTO DE HECHO QUE SE PLANTEA

La empresa ORACLE IBÉRICA, S.R.L., llevó a cabo en diversos centros de trabajo despidos colectivos en 2013, 2015 y 2017.

El 20 de febrero de 2019 se llevó a cabo una extinción contractual en virtud del artículo 50 ET, con acuerdo judicial, en Madrid, y el 22 de marzo de 2019 se produjo otra extinción de esta misma modalidad, llegándose a un acuerdo en el SMAC.

El 12 de abril de 2019 se realizaron 24 despidos en diferentes áreas de los centros de trabajo de Madrid y Barcelona, siendo 3 de ellos por motivos disciplinarios y el resto por causa organizativa. La empresa y la representación legal de los trabajadores suscribieron un “Acuerdo Marco para los despidos colectivos en Oracle Ibérica, S.R.L. en

el periodo comprendido entre el 1-04-19 y el 30-04-19”, por el cual se les aplicarían las condiciones del despido colectivo (de 2017), afirmándose en el citado acuerdo que los despidos se llevan a cabo por causas productivas u organizativas o, en su caso, como consecuencia de un despido disciplinario declarado o reconocido como improcedente, si bien no alcanzan los umbrales para proceder a un despido colectivo. UGT tiene presencia en los órganos de la representación legal de los trabajadores que llegaron al Acuerdo Marco referido de 2019 (y también al que se alcanzó en 2018).

El 18 de octubre de 2019 se llevaron a cabo 17 despidos fundados en causas objetivas en los centros de trabajo de Madrid y Málaga, 4 de ellos justificados en circunstancias productivas y el resto en causas organizativas. Ese mismo mes de octubre de 2019 se realizaron otros 3 despidos por causas objetivas en la empresa ORACLE GLOBAL SERVICES SPAIN, S.L.U.

En las cartas de despido de distintas fechas de los años 2018 y 2019 se alude a diversas causas técnicas, organizativas y productivas afectantes a áreas o puestos ocupados por los trabajadores afectados, e igualmente a causas disciplinarias. En las cartas de octubre de 2019 se alude a la necesidad de ajustar la estructura a las exigencias de la demanda o a la situación del mercado en el que opera la empresa, especificando la situación concreta acerca del área o puesto de trabajo ocupado por el trabajador afectado.

III. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA, DERECHO ESPAÑOL Y DOCTRINA DEL TJUE APLICABLE

La normativa de la Unión Europea aplicable es la Directiva 98/59/CE; la normativa es-

pañola se centra en el artículo 51.1 ET interpretado, a partir de la [STS de 17 de octubre de 2016](#)³, en el sentido de que la unidad de referencia que se debe tener en cuenta es el centro de trabajo y no la empresa⁴.

El TS examina en primer lugar si se está ante un despido colectivo y, aunque en el caso concreto queda indeterminada cuál es la plantilla de la empresa, sin embargo, a dichos efectos lo que importa es que la empresa cuenta con más de 300 trabajadores. Recuerda que la SAN recurrida señala que “aplicando las reglas de cómputo establecidas por el Tribunal Supremo (por todas, [STS 11-1-17, rec. 2270/2015](#)), no ocurrieron en un mismo periodo de 90 días ni tampoco en los periodos sucesivos a que alude el art. 51.1 para referirse al conocido como “goteo sucesivo” de extinciones que buscaría evadir la aplicación del trámite de despido colectivo”.

Aquí trae a colación el TS la reciente [STJUE de 11 de noviembre de 2020](#)⁵, en la cual resuelve las siguientes cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona: 1- ¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el periodo de referencia de 30 ó 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo siempre se ha de computar antes de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento?; 2- ¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la Directiva 98/59 puede interpretarse en el sentido de que el periodo de referencia de 30 ó 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo se puede computar después de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento sin necesidad de que sean consideradas dichas extinciones posteriores fraudulentas?; 3- Los periodos de referencia del artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la Directiva 98/59 ¿admiten una interpretación tal que permita tener en cuenta los despidos

o extinciones ocurridas dentro de 30 ó 90 días ubicándose el despido objeto de enjuiciamiento dentro de dichos periodos?.

Pues bien, la [STJUE de 11 de noviembre de 2020](#), tras señalar que el artículo 1, apartado 1, letra a) de la Directiva 98/59 establece que el concepto de despido colectivo alude a los despidos llevados a cabo por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren ciertos requisitos de carácter cuantitativo y temporal, declara que dicho artículo “debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición”.

En cuanto a la técnica fraudulenta de los “despidos por goteo”, cabe decir que, siendo el concepto de despido colectivo una norma imperativa, el fraccionamiento de los despidos por la misma causa empresarial en periodos sucesivos de 90 días⁶, implicará la nulidad de las nuevas extinciones a partir de la superación de los límites numéricos del despido colectivo, y ello porque estaremos ante un “despido colectivo de hecho”, resultando el elemento clave que todos los despidos obedezcan a idéntica causa, considerando los hechos o las circunstancias que la configuran. Nos situamos ante una regla antifraude, existiendo la presunción *iuris et de iure*⁷ de la actuación contraria a derecho del empleador que opera de ese modo. La norma de cobertura es el artículo 52.c) ET y la norma que se defrauda es el artículo 51.1 ET,

de manera que siendo obligatorio seguir el procedimiento de despido colectivo, no hacerlo implica la nulidad de las decisiones extintivas. Solo se consideran nulas las nuevas extinciones, lo cual es lógico pues hasta que no llega la extinción que supera el límite que determina la calificación del despido como colectivo no se produce el fraude de ley.

IV. EL FALLO DE LA SENTENCIA

La pretensión de UGT-FICA es que se declare la nulidad de los despidos llevados a cabo en octubre de 2019, esto es, 17 despidos por causas objetivas en los centros de trabajo de Madrid y Málaga de ORACLE IBÉRICA, S.R.L. y otros 3 despidos por causas objetivas en la empresa ORACLE GLOBAL SERVICES SPAIN, S.L.U., no produciéndose ningún despido más hasta la fecha del juicio, que tuvo lugar el 29 de enero de 2020.

El TS tiene en cuenta la [STJUE de 11 de noviembre de 2020](#) y establece que, en el caso de los 90 días posteriores al despido que se cuestiona no consta que se haya llevado a cabo ninguna extinción y tampoco en los 90 días anteriores, "pues las últimas (24) fueron el 12/04/2019, por lo tanto, ni en los 90 días consecutivos anteriores, ni en los posteriores se localiza un periodo de mayor número de despidos, pues solo existen los que tuvieron lugar el 18/10/2019, y tres más también en octubre, por lo tanto no alcanzan los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para considerar que estamos ante un despido colectivo".

Por su parte, también entiende el TS que no se ha llegado en ninguno de los centros de trabajo a un número de al menos 20 trabajadores (al cual alude el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii, de la Directiva 98/59/CE), ya que los 17 despidos que

se llevaron a cabo en los centros de trabajo de Madrid y Málaga el 18 de octubre de 2019 fueron por causas objetivas, y los otros 3 despidos por causas objetivas se produjeron en la empresa ORACLE GLOBAL SERVICES SPAIN, S.L.U., y no en ORACLE IBÉRICA, S.R.L.

Asimismo, considera el TS que no puede concluirse que los despidos formen parte de una estrategia fraudulenta, dado que no queda constancia de que respondan a idénticas causas, considerando que "si bien los despidos por causas objetivas se justifican siempre en motivos organizativos, productivos o técnicos, es claro, como señala la sentencia recurrida, que lo determinante no es la clasificación dentro de cada una de las cuatro grandes categorías referidas en el art. 51.1 ET, sino las concretas causas en las que se basen", precisando que estas circunstancias son distintas en cada supuesto, como se puede ver en las comunicaciones individuales, no habiéndose llevado a cabo ninguna prueba dirigida a sostener lo opuesto, recordándose que, además, cuando se está ante la valoración de causas económicas se ha de acudir como punto de referencia no a la empresa en su conjunto sino a cada uno de los centros de trabajo afectados.

Por todo ello, el TS concluye que no se dan las circunstancias para aplicar la norma antifraude del artículo 51.1, último párrafo, ET, no situándonos ante "despidos por goteo", pues las extinciones inmediatamente anteriores se llevaron a cabo el 12 de abril de 2019, situándose fuera del posible cómputo del plazo de 90 días, y tampoco se han acreditado extinciones hasta el 29 de enero de 2020, fecha del juicio.

Así, el TS entiende que la sentencia recurrida no lleva a cabo las infracciones denunciadas, desestimándose el recurso de casación interpuesto y confirmando la [SAN de 31 de enero de 2020](#), declarándose la firmeza de la misma.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El despido colectivo en el derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

[1] STS 4267/2020 (ECLI:ES:TS:2020:4267).

[2] Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de los Estados miembros en relación a despidos colectivos.

[3] STS 848/2016, de 17 de octubre de 2016. En este mismo sentido, la STS de 7 de febrero de 2018.

[4] Sobre el particular, ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control*

judicial, Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 54-59.

[5] STJUE, de 11 de noviembre de 2020, Asunto C-300/19, UQ y Marclean Technologies, S.L.U.

[6] Los tribunales se refieren expresamente al despido “por goteo” [por todas, STSJ de Madrid de 23 de julio de 2012]. Sobre esta técnica fraudulenta, son interesantes también las siguientes sentencias: SSTS de 25 de noviembre de 2013, de 17 de mayo de 2016 y de 9 de abril de 2019; SAN de 4 de julio de 2019; STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2018), STSJ de Andalucía/Sevilla de 13 de junio de 2019 y STSJ de Asturias de 13 de diciembre de 2016.

[7] Efectivamente, como señalan MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El despido colectivo en el derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 69, “la técnica jurídica utilizada por el legislador es la presunción *iuris et de iure* de fraude, cuando concurren los requisitos que tipifica la norma”. Sin embargo, la STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2012) la califica como presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) 1137/2020, DE 29 DE DICIEMBRE

Case commentary on the Supreme court (social chamber) decision no. 1137/2020, Of 29 december

Autor: Martín Godino Reyes

Cargo: Doctor en Derecho. Director de Sagardoy Abogados

Resumen: El contrato para obra o servicio determinado regulado en el artículo 15.1 a) ET no es válido cuando la duración temporal del mismo está justificada en la celebración por la empresa de una contrata de prestación de servicios con otra empresa, puesto que en tal caso el contrato carece de autonomía y sustantividad, dado que la actividad normal de la empresa es precisamente la prestación de esos servicios para terceras empresas, sus clientes.

Palabras clave: Contrato para obra o servicio determinado, finalización de contrata, extinción de contrato, duración temporal, autonomía y sustantividad.

Abstract: The contract for a specific work or service regulated in article 15.1 a) of the Workers Statute is not valid when the temporary duration of the contract is justified by the signature by the company of a contract for the provision of services with another company, since in such a case the contract lacks autonomy and substantivity, given that the normal activity of the company is precisely the provision of these services for third party companies, its clients.

Keywords: Contract for a specific work or service, termination of contract, temporary duration, autonomy and substantivity.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES ESENCIALES DEL CASO
- II. LA SUSTANCIAL IDENTIDAD QUE JUSTIFICA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
- III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA
- IV. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y SUS POSIBLES EFECTOS FUTUROS

I. ANTECEDENTES ESENCIALES DEL CASO

El trabajador demandante había iniciado en el año 2000 su prestación de servicios para la empresa Babcock Montajes, S.A. a través de un contrato para obra o servicio determinado, contrato en el que se subrogó en el año 2008 la empresa Masa Puertollano, S.A. (en adelante, MASA). La actividad del trabajador durante toda la duración del contrato fue la realización de trabajos contratados, primero con Babcock y luego con Masa, por la Central Térmica de Elcogás, S.A. (en adelante, ELCOGÁS), para el mantenimiento mecánico, eléctrico y de instrumentación y control del ciclo combinado, fraccionamiento de aire,

preparación de carbón, gasificación y desulfuración de su planta situada en la localidad de Puertollano.

Durante toda la duración del contrato de obra o servicio determinado el trabajador realizó la misma actividad profesional, en la Central Térmica de ELCOGÁS, y en virtud de sucesivos contratos mercantiles de prestación de servicios entre la empresa principal y las dos sucesivas contratistas, cuyo objeto no ha tenido sustanciales variaciones a pesar de estar sometido a plazos periódicos de revisión.

En el año 2015 ELCOGÁS notificó a MASA la terminación del contrato mercantil, como

consecuencia del cese de la explotación de la central térmica sin que, por tanto, haya habido contratista posterior para la misma actividad. Y, de forma inmediata, el 31 de agosto del mismo año, MASA comunicó al trabajador la extinción de su contrato de obra o servicio determinado por la finalización de los trabajos para los que había sido contratado.

La sentencia del Juzgado de lo Social de Ciudad Real desestimó la demanda por despido interpuesta por el trabajador, validando la extinción del contrato por terminación de la obra o servicio determinado para el que había sido contratado. Pero el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en sentencia de 17 de octubre de 2017, estimó el Recurso de Suplicación interpuesto por el trabajador y declaró que la extinción del contrato de trabajo del demandante constituía un despido improcedente, con los efectos legales anudados a tal calificación.

Es esta sentencia la que se recurre en casación para unificación de doctrina por la empresa MASA y la que da lugar a la [Sentencia del Tribunal Supremo 29 de diciembre de 2020](#), que confirma la sentencia de suplicación y es objeto de nuestro comentario.

II. LA SUSTANCIAL IDENTIDAD QUE JUSTIFICA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Si justificar la sustancial identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que requiere la admisibilidad del RCUD es casi siempre una ardua tarea, no parece ser el caso. La sentencia invocada como de contraste, en el particular motivo de casación que se refiere a la calificación de la extinción del contrato para obra o servicio determinado que vinculaba al trabajador demandante con su empresa, es otra del mismo Tribunal Superior de Justicia

de Castilla-La Mancha, del año 2009, que resolvía también sobre la extinción de un contrato de la misma naturaleza, formalizado por la misma empresa, Babcock Montajes, también en el año 2000, para la prestación de los mismos servicios que en el caso ahora resuelto y para la misma central térmica de ELCOGÁS.

Por tanto, identidad incuestionable en los hechos, fundamentos y pretensiones y pronunciamientos contradictorios, puesto que la sentencia de contraste había aceptado la válida extinción del contrato temporal para obra o servicio determinado cuando Babcock perdió la contrata con ELCOGÁS.

III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

La [Sentencia de 29 de diciembre de 2020](#), dictada por el Pleno de la Sala, aborda el debate definiendo de manera encomiablemente clara el objeto del mismo, y por tanto dando cuenta de la trascendencia de lo que se va a decidir: "Lo que se nos plantea es la cuestión de la calificación del contrato de trabajo, desde la óptica de su duración. En particular, se suscita la cuestión de la naturaleza de una relación que, acogida a la modalidad contractual de obra o servicio determinado, busca su justificación de delimitación en el tiempo en atención a la existencia de un vínculo mercantil de la empresa con un tercero".

Para fijar la doctrina correcta sobre la cuestión enunciada, la Sala considera necesario realizar algunas observaciones previas, que tienen una importancia relativa para resolver el caso, pero que sirven sin duda para enmarcar y delimitar los términos y alcance de la solución que se va a dar a la cuestión planteada. Así, advierte la sentencia:

- a) Que el problema analizado ya no se puede dar en los contratos celebrados tras la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio, luego convalidado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, porque en la nueva redacción del artículo 15.1 a) ET se limita a tres años la duración de los contratos para obra o servicio. determinado, periodo que puede ampliarse un año más por convenio sectorial.
- b) Que el contrato para obra o servicio determinado requiere “la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que en el contrato se especifique e identifique, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas”.
- c) Que la Sala ha venido aceptando –se citan una serie larga de sentencias, iniciada con la de [15 de enero de 1997 \(RCUD 3827/1995\)](#)– la validez del contrato para obra o servicio determinado, y por tanto la eficacia de su duración temporal, cuando está vinculada a una contrata de prestación de servicios o de ejecución de obra de la empresa –contratista– con otra empresa –principal–, por entender que en tales casos se trataba de una “necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, siendo una limitación conocida por las partes en el momento de contratar”.
- d) Que la aplicación de tal regla general requería en todo caso que el contrato de obra o servicio se mantuviera durante todo el tiempo de duración de la contrata y únicamente mientras la empresa fuera adjudicataria de la contrata o concesión

que justificaba la temporalidad. Y cita la Sala nuevamente las sentencias precedentes que avalan dichas afirmaciones recordatorias.

- e) En fin, advierte la sentencia que ya en otras más recientes, todas posteriores a 2018, la Sala había matizado su doctrina precedente en supuestos en los que la contrata se desarrollaba durante un largo periodo de tiempo sin solución de continuidad, aunque había sufrido modificaciones como consecuencia de nuevos procesos reiterados de negociación y adjudicación, porque “la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación, se desdibuja al convertirse en una actividad que, por sus características de reiteración a través de sucesivas ampliaciones y renegociaciones, evidencia que la empresa necesariamente ha incorporado ya a su habitual quehacer, pese a lo cual ha mantenido el mismo contrato de obra o servicio”.

Dibujado el marco de referencia y los antecedentes más señalados la Sala, que como reconoce podía haber resuelto el caso concreto cuestionando la naturaleza temporal del contrato de obra o servicio con apoyo precisamente en la duración inusualmente larga del mismo, más de quince años, y en las propias vicisitudes de la contrata, que había tenido renovaciones y renegociaciones sucesivas, opta sin embargo por cuestionar su propia doctrina tradicional, mantenida desde el año 1997, para volver a reformular y preguntarse sobre la cuestión desde su planteamiento inicial: “la propia licitud de acudir a este tipo de contrato temporal cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios a terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso”.

Y en esa reformulación se utilizan, lo que es poco frecuente en la jurisprudencia española, pero bastante más habitual por ejemplo

en la doctrina del TJUE, algunos datos estadísticos significativos, aunque conocidos y en absoluto novedosos: que el número de contratos temporales sobre el total de asalariados en España excede de los cuatro millones sobre un total de menos de diecisiete y que de aquellos, 1.653.900 estaban contratados mediante contrato para obra o servicio determinado, un 46% por ciento de ellos en el sector servicios.

Sobre ese panorama estadístico, la Sala considera que en el contrato de obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata mercantil celebrada por la empresa con otra no concurren ni autonomía ni sustantividad “porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”. Más claramente, “quienes ofrecen servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación con éstos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio busca atender”.

Avanzada la solución, la sentencia aporta dos razonamientos adicionales que conducen a la misma:

- a) La nota de temporalidad de este tipo de contrato “está justificada por la particularidad de la obra o servicio, en la medida en que ésta pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente, por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de la actividad de la empresa”.
- b) Pero nada de esto ocurre “cuando la actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros. Éstos, como tales, estarán sujetos a una duración en atención al nexo contractual entablado con la empresa cliente, pero tal delimitación temporal en su ejecución no puede permear la duración de la relación laboral

de la plantilla de la empresa si no se atienden a las notas estrictas del art. 15.1 a) ET”.

A partir de aquí la sentencia no añade nuevos argumentos propiamente jurídicos sino, más ampliamente, de carácter social y de modelo de mercado de trabajo. Se advierte que el uso masivo de este tipo de contratos pone en riesgo la garantía buscada por la Directiva 99/70, que incorpora el Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, y que promueve la consideración del contrato indefinido como forma normal y habitual de la relación laboral, en la medida en que contribuye a la calidad de vida de los trabajadores afectados. Y, seguramente con conciencia de la convulsión que la nueva doctrina puede tener inicialmente en un mercado de trabajo como el nuestro, señala la Sala que la variabilidad de las necesidades de la demanda debe ser atendida mediante otros mecanismos jurídicos presentes en nuestro ordenamiento, como son la distribución irregular de la jornada, los trabajos a tiempo parcial o fijos discontinuos, la adaptación de las condiciones de trabajo o incluso la extinción por causas objetivas derivada de la pérdida de la contrata.

La sentencia rechaza, pues, la validez de la naturaleza temporal del contrato de obra o servicio determinado celebrado entre las partes y confirma la sentencia de suplicación que había declarado la improcedencia del despido por considerar que se trataba de un contrato realmente indefinido.

IV. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y SUS POSIBLES EFECTOS FUTUROS

En los algo más de dos meses transcurridos, desde que se publicó la sentencia comentada hasta el momento de escribir este comentario, se han publicado ya numerosos

comentarios y opiniones sobre la misma, no solo en el ámbito de la doctrina laboralista sino también en el más amplio de la opinión pública, tanto en medios generalistas como económicos, y con origen en expertos de áreas diversas, además de organizaciones políticas, empresariales y sindicales, lo que da cuenta de la trascendencia de la doctrina que ahora se sienta y que, expresada por el Pleno de la Sala, tiene lógicamente intención de perdurabilidad en el tiempo.

Ya se dice acertadamente en la sentencia que el criterio que ahora se modifica se consolidó en la [Sentencia de la propia Sala de 15 de enero de 1997](#), que a su vez alteró una doctrina anterior mucho más restrictiva sobre la admisión de contratos de obra o servicio vinculados a la duración de una contrata. Aquella sentencia puso los cimientos jurídicos de la doctrina que ahora se rectifica sobre cuatro argumentos:

- a) En la contrata existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida y esa es una limitación conocida por las partes.
- b) Lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato, el contratista.
- c) Una contrata para la prestación de servicios para otra empresa tiene sustantividad y autonomía propia dentro de la esfera de actuación del empresario.

La sentencia de 8 de junio de 1999 reforzó la dogmática argumental de la tesis expuesta, negando que con ello se trasladara al trabajador el riesgo empresarial, porque en realidad la temporalidad de la contrata no era un riesgo sino una certidumbre, prevista y regulada por las partes, y descartando igualmente que se diera con ello un trato desigual a los empresarios que realizan actividades limitadas por el carácter temporal de la contrata de otros en los que no se diera tal circunstancia.

La reforma legal del año 2010, que también se cita en la sentencia comentada, reducía teóricamente la intensidad del problema, porque introduce un límite temporal en la duración de los contratos de obra o servicio –aunque no contamos con datos fiables sobre el efecto real que pueda haber tenido esta limitación–, pero al no afectar a los contratos ya celebrados (Disposición Transitoria Primera de la Ley 35/2010) y tampoco a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas (Disposición Adicional 15ª ET) ha dejado abiertos supuestos como los resueltos en la [Sentencia de 29 de diciembre de 2020](#).

En todo caso, no es ocioso señalar que la limitación temporal que ahora establece el artículo 15.1 a) ET quita intensidad al problema, pero no lo hace desaparecer, porque seguirá siendo ineficaz la cláusula de temporalidad y descartable la utilización de este tipo de contrato cuando la razón de aquella y de éste sea la vinculación a la duración de la contrata celebrada por la empresa con un tercero, aunque esta sea inferior a tres años.

En realidad, el cambio de doctrina que ahora de manera inequívoca acoge la [Sentencia de 29 de diciembre de 2020](#) se había atisbado ya, como reconoce también la propia sentencia, a partir de la dictada también por el Pleno de la Sala el [19 de julio de 2018 RCU 824/2017](#) y [1037/2017](#)), siguiendo en cierta medida la estela de la [Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 \(C-677/16, caso Montero Mateos\)](#) que, aunque referida a un contrato de interinidad, había utilizado la duración inusualmente larga del contrato como elemento que permitiría examinar la posibilidad de “recalificarlo” como contrato fijo. En efecto, la sentencia de 19 de julio de 2018 ya había advertido que no es posible el mantenimiento del carácter temporal del contrato de obra o servicio determinado cuando “la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el man-

tenimiento inusual y particularmente largo de la adscripción del trabajador a la atención de las mismas funciones que se van adscribiendo a sucesivas modificaciones de la misma contrata inicial. Se excede y supera así la particular situación de la mera prórroga de la contrata, desnaturalizando la contratación temporal y pervirtiendo su objeto y finalidad”.

A pesar de esos antecedentes, es indudable que la [Sentencia de 29 de diciembre de 2020](#) es mucho más que una “evolución” jurisprudencial. Se trata de un cambio rotundo de perspectiva y de apreciación, y así lo reconoce de manera clara la propia sentencia. Se parte ahora de que el contrato para obra o servicio justificado en la duración de una contrata carece de autonomía y sustantividad, porque la actividad regular de la empresa es precisamente la de prestar los servicios que son objeto de la contrata, cualquiera que sea la duración de la misma.

La trascendencia de la doctrina sentada es enorme, y la evaluación de su impacto todavía difícil de conocer, pero sin duda muy relevante. Ya la sentencia posterior de la [Sala de 27 de enero de 2021](#) ha aplicado la misma doctrina a la ejecución de una encomienda de gestión por parte de TRAGSA, negando la posibilidad de hacer frente a la misma mediante la celebración de contratos para obra o servicio, cuando se trata de una actividad cíclica pero permanente de la empresa que asume tal encomienda.

Desde el punto de vista dogmático el razonamiento de la sentencia comentada resulta impecable, aunque tampoco puede decirse que no estuviera fundado el criterio mantenido hasta ahora. La clave de la nueva posición se encuentra en descartar que la temporalidad en la relación entre las empresas, contratista y principal, pueda sustentar también la autonomía y sustantividad que justifica la temporalidad del contrato para obra o servicio determinado. La operación jurídi-

ca que se acomete, a mi juicio con razón, es separar el carácter temporal de la relación entre empresas, que es perfectamente habitual en el tráfico jurídico mercantil y además regla general en cualquier modelo de prestación de servicios, hasta el punto de que la permanencia es lo extraordinario, del carácter temporal del contrato de trabajo, cuando precisamente la actividad ordinaria y habitual de la empresa que incorpora al trabajador es prestar servicios o realizar obras para otros, sus clientes.

Desde tal perspectiva, se entiende perfectamente que la duración del contrato no puede quedar temporalmente limitada por el hecho de que los servicios que ofrece la empresa en el mercado estén sometidos a la demanda de los clientes. En realidad, esa demanda es siempre temporal en cualquier sector de actividad, no solo cuando se trata de contratos de obras o servicios sino también cuando la empresa ofrece sus productos o servicios al consumidor final, que siempre tiene en su mano la terminación de la demanda del producto o servicio ofrecido, y por tanto la afectación a la dimensión de la plantilla necesaria para prestarlo por parte de la empresa que lo ofrece.

Ahora bien, la doctrina que ahora se sienta, aunque jurídicamente irreprochable, obliga a tener en consideración un efecto evidente, que la propia sentencia apunta. Si la duración del contrato de trabajo no puede ya estar vinculada a la duración de la contrata de obra o servicio, es evidente que la empresa contratista deberá articular mecanismos de flexibilidad interna y/o externa para ajustar su plantilla a la pérdida de una contrata. Y ese ajuste, en la mayoría de ocasiones, no se podrá acometer únicamente con medidas como la distribución irregular de la jornada o el cambio de lugar de trabajo o de las condiciones de trabajo, sino que en muchos casos conducirá a la necesidad objetiva de extinguir contratos de trabajo y, cuando se supe-

ren los umbrales previstos en el artículo 51 ET, promover un despido colectivo.

Pero es notorio que el despido colectivo, en nuestro ordenamiento y en nuestra sociedad, donde ha calado poco el mecanismo de la llamada flexiguridad, tan presente en otros países europeos, arrastra un estigma que dificulta su planteamiento, encarece su aplicación y está sometido a un escrutinio judicial en ocasiones demasiado exigente, en

el que la ausencia de acuerdo hace más que insegura la probabilidad de que sea validado en caso de impugnación. Si el modo normal de ajustar la plantilla, tras la pérdida de una contrata, resulta ser el despido objetivo, individual o colectivo, es necesario que la utilización de este mecanismo de flexibilidad externa, por supuesto con el cumplimiento de los requisitos legales, sea objeto de "normalización" en el tráfico jurídico y en el ámbito de las relaciones laborales.

EFFECTOS ECONÓMICOS DE LA IT CON ETIOLOGÍA CUESTIONADA. COMENTARIO A LA STS 22/2021 DE 13 DE ENERO (RCUD 2245/2019)

Economic effects of ti with questioned aetiology. Commentary on STS 22/2021 of 13 january (rcud 2245/2019)

Autor: Fermín Gallego Moya

Cargo: Abogado. Profesor Asociado (acred. Contratado Doctor) Universidad de Murcia

Resumen: El esquema tradicional según el cual la acción protectora que el sistema de Seguridad Social dispensa hace coincidir la fecha de efectos económicos de la prestación de incapacidad temporal con la de su hecho causante, quiebra en los supuestos en que los principios de automaticidad y oficialidad devienen inaplicables porque la persona trabajadora no ejerce su derecho a cuestionar la contingencia, inicialmente declarada como común, en el plazo de tres meses desde la emisión del parte de baja médica. Dedicamos el presente comentario al análisis que el Tribunal Supremo efectúa del art. 53.1. LGSS, en un caso en que el inicio tardío del expediente de determinación de contingencia provoca, pese al reconocimiento ulterior de su carácter profesional, la limitación de efectos económicos de la prestación de incapacidad temporal.

Palabras clave: Efectos económicos, retroactividad, oficialidad y automaticidad de las prestaciones.

Abstract: The traditional framework according to which the protective action provided by the social security system coincides with the date of the economic effects of the temporary incapacity benefit with that of its causative event, fails in cases where the principles of the automatic nature and official nature of the insurance system becomes inapplicable because the worker does not exercise his or her right to challenge the contingency, initially declared as common, within three months of the issuance of the sick leave report. We dedicate this commentary to the Supreme Court's analysis of art. 53.1. LGSS, in the case in which the late initiation of the file for determining the contingency causes, despite the subsequent recognition of its occupational nature, the limitation of the economic effects of the temporary incapacity benefit.

Keywords: Economic effects, retroactivity, official and automatic nature of benefits.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. REFERENCIA SUCINTA A LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS

1. Expediente de determinación de contingencia que concluye con el reconocimiento judicial del carácter profesional de la incapacidad temporal
2. Confirmación en suplicación

III. PLANTEAMIENTO CASACIONAL CENTRADO EN LA FIJACIÓN TEMPORAL DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS

1. El recurso de casación unificadora
2. La sentencia referencial
3. Análisis de la competencia funcional de la Sala de suplicación
4. La decisión del Tribunal Supremo: la oficialidad no alcanza a los supuestos que requieren la colaboración del trabajador

IV. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA Y REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

Determinación de contingencia y responsabilidad prestacional ante un infarto agudo de miocardio desencadenado en tiempo y lugar de trabajo, en paciente con antecedentes coronarios previos. Lo anterior es el “lastre” que el proceso ha perdido en su ascenso hasta una casación unificadora que, partiendo sí de dichos antecedentes, y debiendo resolver la fecha de efectos económicos de una prestación, inicialmente común, virada a profesional por sentencia judicial, alcanza una

conclusión de gran calado: la inaplicación de los principios de automaticidad y oficialidad a las prestaciones económicas de incapacidad temporal en las que el trabajador tenga la obligación de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia. Interpretación singular del art. 53.1. LGSS¹ que va a determinar que la declaración del carácter profesional de un proceso de baja médica a raíz de una solicitud “tardía” de determinación de contingencia, deshaga la coincidencia, tan lógica como deseable, entre el hecho causante y sus efectos económicos.

II. REFERENCIA SUCINTA A LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS

1. Expediente de determinación de contingencia que concluye con el reconocimiento judicial del carácter profesional de la incapacidad temporal

Un trabajador, con antecedentes de enfermedad coronaria aguda en 2011, presta sus servicios como capataz para la empresa CESP, S.A., acudiendo el día 11 de noviembre de 2014, en su horario habitual, al trabajo, sintiéndose indispuesto y precisando asistencia sanitaria urgente a las 9:30 horas, siendo diagnosticado de infarto agudo de miocardio.

Expedido parte de baja médica por enfermedad común, se inicia por el trabajador expediente de determinación de contingencia mediante solicitud de fecha 30 de abril de 2015 que resuelve el INSS, el 3 de junio del mismo año, confirmando su carácter común, decisión frente a la que aquel acciona judicialmente, obteniendo sentencia favorable del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña que declara el carácter profesional del proceso de incapacidad temporal referido, fijando los efectos económicos de tal declaración en la fecha del hecho causante, así como la responsabilidad de la Entidad Colaboradora MC MUTUAL.

2. Confirmación en suplicación

Con los "clásicos" argumentos que el lector de este comentario ya estará anticipando (fortaleza de la presunción del art. 156.3 LGSS, con exigencia de prueba suficiente por quien la niega, además de la relativización del efecto excluyente de los antecedentes médicos previos), la Sala de lo Social del TSJ gallego confirma la resolución de instancia.

En cuanto a los efectos económicos, que es lo que aquí interesa, afirma el órgano colegiado, desestimando el recurso de la Mutua también en este aspecto, la inaplicabilidad del art. 53.1. LGSS que limita los efectos económicos a los tres meses anteriores a la solicitud de las prestaciones de Seguridad Social, "porque lo solicitado por el actor no era la prestación de IT, que ya le había sido reconocida, sino la determinación de la contingencia por la que debería regirse".

III. PLANTEAMIENTO CASACIONAL CENTRADO EN LA FIJACIÓN TEMPORAL DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS

Con independencia del interés que, a buen seguro, tenía el pleito para las partes en litigio, lo cierto es que en términos jurídicos simplemente presenciábamos el conocido pulso entre quienes afirman y niegan la presunción de laboralidad ante patologías que no excluyen una etiología laboral. A partir de aquí, la Mutua recurrente en suplicación acepta la decisión del Tribunal Superior y asume que ha de hacer frente al abono de una prestación de incapacidad temporal que, declarada como profesional, le corresponde abonar. La cuestión es ¿desde cuándo ha de hacerse cargo?.

1. El recurso de casación unificadora

En este contexto, el Letrado de la Mutua plantea un recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que ya no discute la etiología de las dolencias que dan lugar a la situación de incapacidad temporal, sino tan solo la fecha de efectos económicos de su reconocimiento como accidente de trabajo, para sostener que debe limitarse a los tres meses anteriores a la presentación por

el actor de la solicitud de determinación de contingencia; considera, pues, que el TSJ de Galicia incurrió en violación por inaplicación o, en su caso, interpretación errónea, del art. 53.1 LGSS.

2. La sentencia referencial

Como sentencia de contraste aporta el recurrente la de la Sala de lo Social del [Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 6 de febrero de 2018, dictada en el recurso de suplicación n.º 2501/2017](#), que resuelve un supuesto parejo: trabajador que es dado de baja médica por enfermedad común en 21 de septiembre de 2015 y que presenta solicitud de determinación de contingencia (en este caso, pretendiendo la declaración de enfermedad profesional) el 29 de diciembre de 2016, resolviendo el INSS, en fecha 30 de marzo de 2017, mantener la contingencia inicial, ante lo cual demanda y obtiene pronunciamiento judicial favorable del Juzgado de lo Social, que la Sala confirmará solo en parte, al entender que en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1 LGSS, la fecha de efectos económicos de tal reconocimiento no puede retrotraerse más allá de los tres meses anteriores a la solicitud de determinación de contingencia.

No es obstáculo a la contradicción el hecho de que, en la referencial, sea la enfermedad profesional y no el accidente laboral la contingencia reclamada (en la medida en que ambas son "profesionales"), ni el hecho de que esta aplique una norma anterior: el art. 43 LGSS/1994, al coincidir en contenido con el actual art. 53.1 LGSS/2015, siendo además en ambos casos de aplicación el art. 6 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre (RCL 2009/1856), que regula el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante de los procesos de incapacidad temporal.

La cuestión jurídica que resulta del contraste de ambas sentencias, y que el Alto Tribunal debe, por tanto, unificar es determinar si los efectos económicos del reconocimiento de tal contingencia profesional se retrotraen a la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal, o deben limitarse a los tres meses anteriores a la presentación por el trabajador de la petición de determinación de contingencia.

3. Análisis de la competencia funcional de la Sala de suplicación

Con carácter previo, el Ministerio Fiscal introduce una cuestión que, de atenderse por el Tribunal, habría puesto fin al recurso: ¿era recurrible en suplicación por la Mutua y, por tanto, cabe plantearse la casación, de la Sentencia del Juzgado 4 de A Coruña?² En efecto, si la controversia es determinar si la fecha de los efectos económicos derivados del reconocimiento de la contingencia de accidente laboral debe limitarse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud de determinación de contingencia presentada el 30 de abril de 2015, o ha de extenderse al momento del hecho causante de la incapacidad temporal el 4 de noviembre de 2014, es evidente que la diferencia económica derivada de ello (apenas tres meses) no alcanza la suma de 3.000 euros que determina la competencia funcional de la Sala de Suplicación.

El Tribunal afirma el carácter recurrible de la sentencia, pues si bien la casación ha quedado finalmente reducida a ese único extremo, lo cierto es que el objeto del proceso judicial, conforme a lo peticionado en la demanda, es la determinación de la contingencia por la que debe regirse la incapacidad temporal reconocida al actor, siendo el "origen" de la contingencia una cuestión más amplia que la meramente económica, determinante para la concreción del derecho a la obtención de otro tipo de prestaciones de la Seguridad

Social. En definitiva, la discusión entablada en el proceso³ no versó sobre la cuantía de una prestación sino sobre el origen laboral o común de la contingencia y “ello hace que el problema trascienda y elimine el de la cuantía que es sobre el que el legislador quiso establecer límites al recurso de suplicación”.

4. La decisión del Tribunal Supremo: la oficialidad no alcanza a los supuestos que requieren la colaboración del trabajador

Para el Tribunal Supremo, la aplicación del art. 53.1 tiene como “resultado” que los efectos económicos de las prestaciones de Seguridad Social se generan en la fecha del hecho causante, si la solicitud se ha presentado en los tres meses siguientes, y con esa misma retroacción máxima desde la solicitud que se haya cursado una vez transcurrido tal plazo; esto es, la “generación” de tales efectos iniciales queda “condicionada” a la presentación, en plazo no superior a tres meses, de la correspondiente solicitud.

Ello, en principio, no afectaría a prestaciones como la incapacidad temporal, protegida por el principio de automaticidad y presidida por el de oficialidad, en la medida en que el derecho a su percepción no precisa de una previa solicitud⁴.

No obstante, el argumento “quiebra” (y esta es la clave de la resolución analizada) cuando se discute la etiología de las dolencias de las que deriva la incapacidad temporal, y el trabajador debe presentar una solicitud de determinación de contingencia para discutir la calificación de enfermedad común atribuida por la entidad gestora, conforme a lo previsto a tal efecto en el art. 6 del RD 1430/2009, precepto que establece que el procedimiento al efecto podrá iniciarse a partir de la fecha de emisión del parte de baja médica, de oficio por parte de la propia entidad gestora, o a instancia del trabajador o de la Mutua, me-

dante la presentación de una solicitud que deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para poder determinar la contingencia, incluidos, en su caso, los informes y pruebas médicas realizados⁵.

Es, por tanto, esa participación necesaria por parte del trabajador, en la gestión de la prestación, la que impide aplicar el principio de oficialidad; en efecto, “cuando el trabajador sostiene que la incapacidad temporal trae causa de contingencias profesionales que no le han sido reconocidas por la entidad gestora o colaboradora, y cuestiona su calificación como derivada de enfermedad común, ... se ve abocado a presentar una solicitud en tal sentido, y a la aportación de toda la prueba necesaria para acreditar los elementos de juicio controvertidos que acrediten la naturaleza profesional de las dolencias”.

Ajustándose a lo dispuesto, el fallo de la Sentencia, estimatorio del recurso, fija los efectos económicos de la prestación el día 30 de enero de 2016, lo que sin duda es un error material que habrá de ser aclarado, pues es palmario que si la solicitud de determinación de contingencia se presentó el 30 de abril de 2015, los efectos que el TS quería reconocer son los de 30 de enero de 2015.

IV. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA Y REFLEXIÓN FINAL

La cuestión analizada tiene una gran trascendencia económica, pues son muy frecuentes los expedientes de determinación de contingencia que se inician mucho tiempo después de haber comenzado la baja médica⁶, y algunos, también, los que se instan una vez que la persona trabajadora ha sido dada de alta médica. Esta tardanza en cuestionar la contingencia puede obedecer a factores

tan diversos como el propio desconocimiento tanto del derecho a plantear el cambio de contingencia, como de los efectos “positivos” del mismo; también la complejidad y las dudas jurídicas sobre el éxito de la pretensión, o la dificultad económica para asumir los costes del asesoramiento profesional, pueden estar detrás de dicha decisión.

Muchas veces es la propia prolongación del proceso de baja médica y la consiguiente aceptación de una presumible y ulterior incapacidad permanente, la que motiva la solicitud tardía del cambio de contingencia, en ocasiones tras ser informado el trabajador del incremento que su pensión experimentarían si se considerase profesional; a ello podríamos añadirle –anticipará el lector–, la noticia posterior de mejoras voluntarias convencionales (complementos de IT e indemnizaciones aparejadas a los distintos grados de incapacidad permanente) o incluso el análisis de las condiciones de seguros privados (muchos de los cuales cubren situaciones de incapacidad y/o fallecimiento por motivo profesional).

En otras ocasiones, es la constatación de una lesión (o incluso de su agudización) en una prueba diagnóstica practicada tardíamente, la que permite “relacionar” el cuadro patológico actual con un acontecimiento traumático pretérito, de modo que no es hasta tener dicha constatación empírica cuando se puede iniciar realmente el expediente de determinación de contingencia.

Si se me permite, incluso la preferencia por recibir un tratamiento médico de unos profesionales sanitarios (los del Servicio Público de Salud), en lugar de otros (los de la Mutua colaboradora), puede demorar el inicio del expediente, no registrándose la solicitud hasta el momento en que el beneficiario de la asistencia sanitaria entiende superadas las fases más críticas de su tratamiento.

Sin olvidarnos de las veces en que es la propia Inspección Médica del Servicio Público de Salud (durante el proceso de baja médica) o del Instituto Nacional de la Seguridad Social (normalmente al valorar la incapacidad permanente) la que considera, respectivamente, proponer el cambio o variar directamente la contingencia mantenida hasta ese momento.

Por todo ello, la decisión de fijar los efectos económicos de tal declaración en una fecha distinta al hecho causante de la incapacidad tiene una trascendencia incuestionable, tanto para el pagador como para el perceptor.

Ciertamente, cuesta encajar en el esquema tradicional de la acción protectora, un supuesto en que la prestación aparejada al siniestro, habitualmente más cuantiosa en caso de accidente o enfermedad profesional, no despliegue su efecto protector, una vez reconocida tal contingencia, desde el mismo momento en que la persona trabajadora inició dicha situación de incapacidad temporal; sin que el argumento diferencial de la “colaboración” necesaria de quien pretende el cambio de contingencia resulte, al menos aparentemente, decisivo, para neutralizar los principios de automaticidad y oficialidad. No obstante, la solución no es novedosa, alineándose con pronunciamientos similares en otras materias, como la prestación por recargo de prestaciones, cuya retroacción máxima se sitúa en los tres meses previos a la solicitud, y no desde el reconocimiento de la prestación derivada de contingencias profesionales⁷.

La doctrina que el Tribunal Supremo unifica plantea la duda de qué ocurre con la prestación de IT correspondiente al período anterior al de los tres meses previos a la solicitud de determinación de contingencia (cuantía y entidad responsable de su abono)⁸. Derivadamente, cabría preguntarse también si esta reducción de los efectos económicos

afectaría a los complementos empresariales fijados por la negociación colectiva como mejora voluntaria.

[1] Art. 53.1: "El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud".

[2] Recordando su propia doctrina (STS 2-12-2020) afirma el Alto Tribunal que la cuestión relativa a la recurribilidad de la sentencia de instancia afecta al orden público procesal y a la propia competencia funcional de la Sala de suplicación y consiguiente acceso al recurso de casación, por lo que debe examinarla de oficio sin quedar vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación, y sin necesidad de que concurra o no el requisito o presupuesto de contradicción.

[3] Recuerda el Tribunal que "la cuantía litigiosa a estos efectos queda ... configurada de manera inalterable en función de lo que sea objeto de reclamación en la demanda, sin que pueda verse modificada por la circunstancia de que con posterioridad resulte inferior el valor económico de la petición formulada por

el trabajador en el recurso de suplicación cuando la sentencia del juzgado ya hubiere acogido en parte sus pretensiones" (STS 4-4-2019).

[4] En este sentido, afirma el TS que desde su sentencia de 2-11-1993 (Rec. 3737/92), se ha mantenido el principio de que ni la prescripción ni la retroactividad de los tres meses podía ampliarse a la prestación de IT, sobre el argumento básico de que el abono de la prestación económica correspondiente no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario, sino que (cumplidos los presupuestos generales para su percepción; alta, período de carencia en su caso) se hace efectivo de modo directo y automático conforme al principio de "oficialidad", una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación.

[5] Se "acota" con ello el principio de oficialidad, que "tiene sentido aplicarlo a las prestaciones derivadas de enfermedad común en trabajadores por cuenta ajena puesto que ellos no tienen obligación alguna de colaborar documentalmente en la gestión de la contingencia".

[6] La propia sentencia de contraste es un ejemplo de ello (la solicitud se registra quince meses después de emitirse el parte de baja médica).

[7] Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 2016.

[8] La sentencia no indica si la Mutua cubría también la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, 217/2021, DE 17 DE FEBRERO, SOBRE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR FALTA DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO: AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LA PREVENCIÓN QUE TAL VEZ LLEGUEN DE LA MANO DEL SARS-COV-19

Protection of fundamental rights due to lack of occupational risk prevention measures in the public employment sector: progress in the protection of risk prevention may be triggered by SARS-COV-19

Autora: Raquel Vida Fernández

Cargo: Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Resumen: Sentencia del Tribunal Supremo que ratifica el alcance reconocido por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación a la existencia de vulneración de los derechos fundamentales (vida e integridad física), derivados del incumplimiento del deber prevención de riesgos laborales por el Servicio Vasco de Salud, ante la exposición de su personal al SARS-COV-2. Resuelve, además, dos cuestiones procesales importantes como son la competencia del orden jurisdicción social en este caso, y la adecuación del proceso de tutela de derechos fundamentales.

Palabras clave: Tutela de derechos fundamentales, prevención de riesgos laborales, empleados públicos, exposición al SARS-COV-2.

Abstract: The Supreme Court ratifies the scope of the Basque Country High Court of Justice ruling concerning the violation of fundamental rights (life, health and physical integrity) by the Basque Health Service through the breach in occupational risk prevention duties derived from exposing its personnel to SARS-COV-2. The Supreme Court also addresses two key procedural issues such as competency of social jurisdiction in this case, and the adequacy of the process of protecting fundamental rights.

Keywords: Enforcement of fundamental rights, occupational risk prevention, public employment, exposure to SARS-COV-2.

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
- II. DOS CONFLICTIVAS CUESTIONES PROCESALES RESUELTAS EN TORNO A LA TUTELA EN MATERIA PREVENTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
- III. EL ALCANCE DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS A EFECTOS DE ESTIMAR LA EXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA
- IV. REFLEXIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO Y EL POTENCIAL PAPEL DE LA SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La sobrevenida enfermedad por la COVID-19 ha supuesto, en términos de prevención, la exposición de muchos profesionales, –con particular incidencia en los sanitarios–, a un nuevo riesgo biológico de considerable peligrosidad. Esta situación, igual que la aparición de cualquier otro riesgo que se materialice en el ámbito profesional, conlleva la obligación empresarial de actualizar la evaluación de riesgos para, a resultas de dicha evaluación, poder planificar la actividad preventiva necesaria según el caso y la persona expuesta, (información, equipos de protección, coordinación, etc...), a fin de neutralizar o minimizar la exposición al mismo, (arts. 15, 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, entre otros).

Pues bien, la sentencia objeto de comentario es ejemplo de una de tantas situaciones inusuales y límites que se han vivido en el último año: el reflejo de la acción sindical frente a una situación excepcional, en la que los trabajadores (en este caso empleados públicos sanitarios), se han visto abocados a prestar servicios en una situación de insuficiente protección frente a la exposición a un nuevo riesgo biológico, y las empresas (en este caso Administración pública autonómica), que se han visto obligadas a hacer frente a la preceptiva exigencia de actualizar la actividad preventiva y adecuarla al nuevo riesgo y conforme a las características de sus trabajadores y las tareas que desarrolla cada uno, viéndose sobrepasadas en medios para afrontar tan anómala situación.

El interés de esta sentencia radica, por un lado, en que supone un paso adelante definitivo en la consolidación de la competencia jurisdiccional social en el ámbito de la protección de todos los empleados públicos, en materia de tutela de los derechos fundamentales a la vida y salud cuando son vulnerados

por el incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva por el empleador. Por otro lado, es útil en cuanto supone el afianzamiento de la importancia y entidad de las obligaciones en materia preventiva, sea cual sea la situación de la que derive el incumplimiento empresarial de garantizar las condiciones de seguridad y salud adecuadas que derivan de la evaluación de riesgos laborales.

En el caso concreto se resuelve por el Tribunal Supremo el Recurso de Casación planteado por el sindicato Comisiones Obreras, contra la [sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco núm. 866/2020, de 7 de julio de 2020](#), en la que se estimó parcialmente la demanda presentada por dicho sindicato, reconociendo la existencia de vulneración de los derechos fundamentales a la vida e integridad física del personal perteneciente al Servicio Vasco de Salud, por incumplimiento de la Administración empleadora en su deber de prevención de riesgos laborales, pero limitando la condena, a la vista de las pruebas practicadas, –de las que se deduce la existencia de actividad preventiva frente al riesgo de exposición al SARS-COV-2 en la mayoría de los centros hospitalarios–, al cumplimiento de su obligación de llevar a cabo “la evaluación de riesgos por la COVID-19 de los puestos de trabajo y por tareas específicas”, en dos centros hospitalarios de la región y en la red de salud mental de Araba, que eran los únicos que, en la fecha en que se presenta la demanda, no contaban con la actualización de la actividad preventiva frente al nuevo riesgo biológico.

Los tres puntos clave de la sentencia de la Sala son: la resolución de la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social, y la excepción de inadecuación de procedimiento, planteadas por el Ministerio Fiscal, y la resolución de la cuestión de fondo que versa sobre el incumplimiento empresarial, en la figura de la administración demanda-

da, el reconocimiento en el fallo de la existencia de falta de prevención de riesgos laborales, su alcance (que de hecho determina la extensión del fallo, que solo estima parcialmente la demanda), y la gravedad del incumplimiento de la Administración obligada en materia preventiva, que justifica el reconocimiento de la existencia de vulneración de los derechos fundamentales a la vida e integridad física de los empleados públicos afectados.

La Sentencia del Tribunal Supremo, objeto del presente comentario, ratifica en todos sus términos la resolución de la Sala, si bien, refuerza los argumentos sobre el fondo, consolidando conceptos en torno a la interpretación del alcance de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales y su relación con los derechos fundamentales a la vida e integridad física y, también, dos cuestiones procesales controvertidas, como son competencia de la jurisdicción social y la adecuación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales vinculada derivada del incumplimiento en los deberes empresariales en materia de prevención.

II. DOS CONFLICTIVAS CUESTIONES PROCESALES RESUELTAS EN TORNO A LA TUTELA EN MATERIA PREVENTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Parte de la importancia de la reciente sentencia del Supremo en materia de tutela de derechos fundamentales vinculada a prevención de riesgos, radica en la resolución de dos cuestiones procesales que han sido objeto de posturas contradictorias en los Juzgados de lo Social, en los diversos procedimientos vinculados a la pandemia:

En primer lugar, con esta sentencia el Tribunal confirma, y así afianza de forma defini-

tiva, la debatida competencia del orden jurisdiccional social en todos los aspectos vinculados a la prevención de riesgos laborales que afecten a empleados públicos, aunque se planteen vinculados a tutela de derechos fundamentales. Realmente el reconocimiento de esta atribución competencial al orden social ya se había hecho constar en anteriores sentencias ([STS 903/2018, de 11 de octubre](#)), así como el [Auto 12/2019](#), de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo núm. 12/2019.

De hecho, este es el espíritu de la norma reflejado en el tenor literal de artículo 2 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en su apartado e) reconoce la competencia del orden social “para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención...”.

En relación a este particular, en el fundamento de derecho segundo, la Sala deja constancia de que, –pese a la insistencia del Ministerio Fiscal, que alega que el art. 2, f) LRJS no incluye a funcionarios en la tutela de derechos fundamentales–, es “fácilmente deducible” que la norma no excluye las reclamaciones en materia de prevención que se canalicen por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, igual que tampoco el art. 2.f, excluye “el conocimiento de la tutela de los derechos fundamenta-

les del personal estatutario o funcional, derivados del incumplimiento en materia de prevención”, dándose la circunstancia añadida de que el legislador deja patente en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Social de forma especialmente expresiva, que la finalidad de esta nueva regulación es “convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños con carácter pleno, incluyendo a funcionarios o personal estatutario...”.

De esta forma, como antes decía, queda definitivamente resuelta y reconocida en toda su extensión, la competencia del orden social, frente al contencioso-administrativo, en cualquier cuestión que se plantee en materia de prevención de riesgos laborales que afecte a los empleados públicos (con independencia de cuál sea la naturaleza del vínculo).

En segundo lugar, se resuelve la cuestión previa del Ministerio Fiscal sobre inadecuación de procedimiento de tutela de derechos fundamentales frente al más acertado, en su opinión, de conflicto colectivo, alegando que “se banaliza el concepto de derechos fundamentales a la vida y a la integridad física intentando igualarlos con los derechos a la seguridad e higiene en el trabajo”, (y acusando a los demandantes, –de forma poco elegante, dadas las circunstancias...–, de uso estratégico y abusivo del proceso de derechos fundamentales). También se cuestiona la legitimación activa del sindicato demandante, al considerar que sí gozaría de dicha legitimidad en un proceso de conflicto colectivo, pero no en el de tutela de derechos fundamentales, por ser titulares los trabajadores afectados.

Pues bien, el Tribunal desestima esta desgraciada cuestión procesal, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Constitu-

cional (STC 160/2007 y 62/2007), dejando claro que:

El artículo 15 de la Constitución ampara de forma autónoma el derecho fundamental a la integridad física y moral, incluyendo la protección frente a ataques a la persona, pero también frente a “cualquier clase de intervención” que carezca del consentimiento del titular. El derecho a la integridad personal incluye el derecho a que no se ponga en riesgo o se dañe la salud personal, pero solo implicará “una vulneración del derecho fundamental aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma” (STC 5/2002), sin que sea necesaria la existencia de lesión, dado que esta exigencia “convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por tanto que se acredite un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse” (STC 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras).

Así pues, la Sala no reconoce una equivalencia entre el derecho fundamental a la integridad física y a la seguridad laboral, pero sí reconoce que la “omisión de los elementales deberes de prevención ante un riesgo constatado de producción cierta y potencial un daño para la salud derivado de la COVID-19 podría afectar, en función de las circunstancias a los derechos que protege el artículo 15 CE” (Fundamento de Derecho Tercero, apartado 3). Consecuentemente, –y con independencia de que los hechos acrediten o no, la existencia de dicha vulneración–, siendo notorios los riesgos asumidos por el personal sanitario ante una situación de pandemia como la vivida, se evidencia la potencial relación causa-efecto entre el riesgo cierto y de graves consecuencias, con el presunto incumplimiento de obligaciones preventivas, siendo por ello procesalmente adecuado sustanciar la cuestión mediante el proceso de tutela de derechos fundamentales. De hecho, –y esta sería la grave consecuencia de estimar la excepción procesal planteada–,

sin perjuicio de que prospere o no la acción, “si, ejercitándose una pretensión cualificada se niega el proceso, se estaría privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales” (STC 31/1984). –Sobre este punto no puedo evitar dudar sobre si dicha apreciación de la “adecuación de procedimiento” se aceptaría también en una situación donde la notoriedad del “riesgo cierto” derivado de faltas de medidas de prevención no fuera tan evidente y notorio para los juzgadores como lo es el caso de la pandemia, y por tanto las posibilidades de este tipo de acción para otros supuestos vinculados a prevención–.

Por otra parte, en relación a la cuestión de la legitimidad del sindicato para solicitar la tutela de derechos fundamentales, la Sala lo califica como de “indudable”. En un caso como el que se plantea, en el que de forma evidente las lesiones de los derechos invocados afectan a un grupo genérico de trabajadores, es obvio que procede reconocer la legitimación sindical.

Aunque los titulares de los derechos a la vida e integridad física sean los empleados públicos, cabe reconocer la legitimidad procesal a los sindicatos ante unas circunstancias tan particulares como las del asunto de autos, que son generalizadas y que afectan a los trabajadores que representan, siendo esta intervención, precisamente, parte del “núcleo duro de su actividad sindical y del ejercicio de unos de sus principales cometidos, cual es la defensa de los derechos de los trabajadores” (Fundamento Tercero, apartado 3). La Sala matiza, además, que la legitimación que se confiere en el art. 177 LRJS no se limita al derecho de libertad sindical, sino “que se extiende a la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas”, siendo consolidada la jurisprudencia sobre este particular, (STS de 18 de febrero de 1994).

III. EL ALCANCE DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS A EFECTOS DE ESTIMAR LA EXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA

En cuanto al fondo del asunto el Supremo también ratifica la sentencia del TSJ del País Vasco, desestimando la modificación de hechos probados planteada por el recurrente al amparo del art. 207 d) LRJS, por considerar que no cumple con las puntuales condiciones que la interpretación jurisprudencial exige para que este tipo de motivos prosperen, y de los que la sentencia hace un sistemático repaso, (STS de 18 de mayo de 2016, Rec. 108/2015, entre otras). Manifiestan que no se acredita la existencia de error del juzgador “a quo”, considerando además, que el motivo de recurso se basa, exclusivamente en deducciones e interpretaciones parciales, relativas a la valoración de la prueba, (se pretendía por el recurrente modificar los hechos para que se hiciera constar que la actualización de la evaluación de riesgos realizada por la Administración con ocasión de la pandemia, fue “por escenarios de riesgo”, y no por puestos de trabajo, que es lo que exige la ley, y que se reclamaba en la demanda. Las pruebas practicadas ante la Sala llevaron al juzgador a concluir que sí se había realizado evaluaciones por puestos, salvo en tres centros sanitarios que son los que justifican la estimación parcial de la demanda, y la condena, exclusivamente en relación a éstos).

La desestimación del primer motivo de recurso conlleva a su vez la desestimación del segundo motivo, dado que en él se plantea la existencia de infracción de norma por la sentencia recurrida, basando su argumentación en la modificación de hechos probados que se pretendía y que se desestimó, (se alegaba vulneración del artículo 15 y 40.2 CE y artículos 15, 16 y 17 de la Ley de Prevención de

Riesgos Laborales, y 2 y 4 del RD 39/1997, con la finalidad de modificar el fallo de la sentencia y que se condenase a la administración demanda a la realización de evaluación de riesgos por puestos y tareas en todos los ámbitos sanitarios, salvo en uno que sí había cumplido con este requisito).

Sin perjuicio de que, como se deduce de lo expuesto, el contenido de la sentencia en este punto viene muy condicionada por el contenido de la sentencia objeto de recurso y por la propia naturaleza limitada que procesalmente tiene el recurso de casación, considero interesante destacar dos aspectos que figuran en la fundamentación del Supremo, y que aportan una idea clara de la dimensión de las circunstancias que deben darse para la estimación de un supuesto de demanda por vulneración de los derechos fundamentales a la vida e integridad física de los trabajadores, vinculados al incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales. En concreto son:

Primero, es importante la manifestación que hace el juzgador en el Fundamento Quinto, apartado 3, en relación al alcance del proceso de tutela de derechos fundamentales porque, efectivamente, es un proceso de "cognición limitada", que se ciñe a comprobar si existe o no vulneración del derecho fundamental cuya tutela se invoca, y las consecuencias que deriven de la vulneración (STS de 24 de septiembre de 1996, Rec. 683/1996). Esto es importante a efectos de valorar la estrategia procesal que se deba seguir según los casos (en este, dada la urgencia y gravedad de la situación la acción procesal elegida es acertada, sin duda), y la necesidad de un enfoque certero, –y nada fácil–, que exige la defensa del asunto por quien ejercita la acción porque, como señala el Tribunal, la contrapartida de este proceso especial con sus notorios privilegios, es la limitación del objeto de discusión, que se ciñe "a enjuiciar las lesiones directas derivadas

de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional o de las normas legales que los regulan" (STS de 24 de septiembre de 1996, Rec. 683/1996), dejando fuera aquellos extremos que solo cabe enjuiciar en proceso ordinario, –que, a la vista de la resolución, es lo que valora el juzgador que sucede en el supuesto de autos–.

En segundo lugar, y completando la cuestión del alcance y sentido del proceso de tutela de derechos fundamentales y más en concreto en materia de seguridad laboral, el Tribunal hace constar que, conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia (STC 62/2007), no cualquier infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos conduce a la vulneración del derecho a la salud o la integridad física del art. 15 CE, siendo únicamente aquellos incumplimientos de la normativa que, de forma acreditada, generen riesgos que en sí mismos supongan un "peligro grave y de producción cierta o potencial de un perjuicio para la salud del trabajador" (STC 220/2005, 12 de septiembre), los que se reconocerán como vulneradores del derecho a la integridad física y la salud.

Así, en el presente caso, al centrarse el debate de fondo en que las evaluaciones de riesgos realizadas en el Servicio Público de Salud no se ajustan al concepto técnico-jurídico de "evaluación" que exige la norma (que efectivamente deben ser por puestos de trabajo y tareas, según exige el art. 4 del RD 39/1997), incluso si se hubiese acreditado la ausencia de dichas evaluaciones por puestos, según manifiesta el Tribunal, tampoco habría sido estimado este motivo de recurso por la forma en que este se plantea. En concreto, según valora la Sala, el recurrente se basa en una mera "denuncia de inobservancia de normas" relativas a la forma de realizar la evaluación, (fundamento quinto, apartado 3), que no sería suficiente para considerar la existencia de vulneración del derecho fundamental a la integridad física de los trabaja-

dores, al considerar que por sí mismo dicho incumplimiento no acredita la existencia de un riesgo grave y cierto para la integridad física de estos trabajadores. Entiendo que esta postura que expone el Tribunal se sustenta sobre la premisa de que era acreditado que no existió “riesgo en la mayoría de los centros y servicios de la demanda”, y en que, efectivamente, el recurrente plantea su motivo de recurso en términos de mera “denuncia de incumplimiento de normas”, sin prueba alguna sobre esos riesgos ciertos y graves que son condición para la estimación de este procedimiento.

Sin embargo, sobre este particular considero que hay que matizar que, en otras circunstancias (si no se existiesen esas pruebas sobre la suficiente actividad evaluadora de la empresa), la mera acreditación del incumplimiento en cuanto a la obligación de realizar la evaluación actualizada de riesgos por puestos, ante un nuevo riesgo grave como en este caso es la exposición a la COVID, sí que podría ser considerada razón suficiente para valorar esa existencia de riesgos potenciales ciertos y graves, y por tanto para apreciar la existencia de vulneración de los susodichos derechos fundamentales. Digo esto porque, como es sabido, la “evaluación de riesgos por puestos y tareas” que exige el legislador, constituye en sí misma una obligación cualificada en materia preventiva, dado que es el diagnóstico de lo que hay en la empresa, la valoración del nivel de riesgos, las características y vulnerabilidades de cada trabajador, y el elemento que determina las exigencias de las actividades preventivas. En definitiva, es un condicionante absoluto para poder contar con una planificación preventiva real y efectiva por la empresa, porque es el principio y base de toda acción preventiva, y por tanto marca el éxito del cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención laboral a atender para garantizar la seguridad laboral de los trabajadores.

A diferencia de esto, el otro incumplimiento que también se hace constar en motivo de recurso, que es falta de consulta a los representantes de los trabajadores exigida por la ley, evidentemente en sí mismo no genera ningún riesgo, en contraste con la falta de evaluación actualizada por puestos ante un grave riesgo biológico que sí es un incumplimiento normativo que acredita una ausencia de diagnóstico, y consecuentemente ausencia de actividad preventiva adecuada, que conlleva la existencia de exposición de los trabajadores a un riesgo cierto y grave.

Además de lo hasta ahora expuesto, la prueba de ese exigente alcance de la infracción de la norma que conduce a valorar la existencia de vulneración de derechos fundamentales en esta materia, se deduce del contenido del fallo que ratifica la sentencia del Supremo, que sí estimaba la demanda en relación a dos hospitales y el área de salud mental que, en los que se acredita que la Administración autonómica no realizó actuación alguna, –ni tan siquiera genérica–, de actualización de la evaluación de riesgos. Así pues, es el incumplimiento total de la obligación, lo que sí se considera por el juzgador a quo, (y así se confirma y declara firme en la sentencia), como una infracción de la norma sobre prevención que acredita en sí mismo un riesgo potencial grave y cierto para la salud de los trabajadores, siendo la razón por la que se estima que constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la salud e integridad física de los empleados públicos afectados.

En definitiva, la sentencia proporciona una idea clara del alto nivel de exigencia en cuanto al incumplimiento en materia preventiva, y la exigente prueba que será precisa poder valorar la existencia de violación de derechos fundamentales, del que hay que tomar nota.

IV. REFLEXIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL EMPLEO PÚBLICO Y EL POTENCIAL PAPEL DE LA SENTENCIA

Es sabido que la prevención de riesgos laborales en el ámbito del empleo público es una asignatura pendiente para la mayoría de las Administraciones Públicas de nuestro país. La dejadez sobre esta materia es un clásico, es más, parece casi simbólico el hecho de que los empleados públicos están actualmente incluidos en el ámbito aplicación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos gracias a que ésta es la trasposición de la Directiva Marco 89/391/CEE, que establecía la extensión de dicha regulación a los empleados públicos, (y no por voluntad o inquietud del legislador español).

Dicho esto, es evidente que la sentencia objeto de comentario, así como otras tantas que se han resuelto en diversos Juzgados y Tribunales con variados enfoques en materia de seguridad laboral de empleados públicos vinculada a la exposición del riesgo biológico que supone el SARS-COVID-19, es la prueba de que algo se ha movido en el ámbito de la tutela de la prevención riesgos del empleo público en el último año. Así, considero que es una buena noticia que los sindicatos accionen en materia de protección de los derechos vinculados a la seguridad laboral, –que

no solía venir siendo una prioridad–; es bueno que se accione incluso a nivel de tutela de derechos fundamentales cuando proceda, como es el caso; es bueno que se aclare la competencia jurisdiccional del Orden Social en esta materia para todos los empleados públicos, sea cual sea el vínculo, y sea cual sea la reclamación que se plantea en materia de prevención, porque esta es la intención de la Ley de Prevención y de la de la Jurisdicción Social; es bueno ver, como sucede en el asunto de autos, que se lleva a cabo una actuación de la Inspección de Trabajo propuesta de requerimiento a la Administración ante incumplimientos en materia prevención, y mejor sería si, a partir del contexto que nos ha tocado afrontar, se plantease una reforma para que articular alguna forma de sanción en estos casos, que actualmente está vetada por el art. 45 de la Ley de Prevención, y que supone una desprotección en esta materia para los empleados públicos.

Desgraciadamente, una pandemia ha tenido que llegar para que estemos hablando sobre el eterno tema pendiente de la prevención de riesgos en la Administraciones Públicas, esperemos que no quede en algo tan excepcional como los tiempos que vivimos, y que sea el principio del camino para lograr una seguridad laboral digna y efectiva en el ámbito del empleo público.

ESCRITORIOS LIMPIOS Y LIBERTAD SINDICAL

White desk and trade unions

Autora: Isabel Marín Moral

Cargo: Abogada. Doctora en Derecho y Profesora de la Universidad Francisco de Vitoria

Resumen: La creciente implementación de protocolos de trabajo en la empresa para el cumplimiento del Reglamento Europeo de Protección de Datos y la posterior Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de Derechos Digitales tiene como consecuencia la creación de políticas de escritorios limpios. La finalidad es precisamente evitar las fugas de información y que cualquier error pueda suponer a la empresa sanciones económicas muy altas. La información es en nuestros días de indudable valor. Por otro lado, las representaciones de los sindicatos en la empresa tienen reconocido el derecho a distribuir información sindical en el centro de trabajo a los empleados. Este derecho, junto con el resto que desarrollan el derecho de libertad sindical, se reconocen en el art. 28.1 CE, posteriormente desarrollado por la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985, derechos que vienen a reiterar los previstos en el Convenio 87 OIT de 1948. Estas normativas se aprobaron en el marco de unas relaciones laborales presenciales y sin herramientas de trabajo informáticas, donde los datos personales no se trataban ni se protegían como hoy en día. Aún así los sindicatos sostienen su derecho a la entrega de información sindical en papel en las zonas de trabajo de la empresa. La conjunción del derecho de protección de datos y la libertad sindical se convierte así en una materia que obligatoriamente precisa de un análisis donde los límites y las especialidades de cada caso son determinantes.

Palabras clave: Libertad sindical, escritorios limpios, protección de datos, derecho a repartir información sindical.

Abstract: The growing implementation of work protocols in the company for compliance with the European Data Protection Regulation and Organic Law on Data Protection and Guarantees of Digital Rights has determined the creation of white desk policies. The purpose is precisely to avoid information leaks and high economic penalties for the company if any mistake is made. The information has in our days an undoubted value. On the other hand, the representations of the unions in the company have recognized the right to distribute union information in the workplace to the employees. This right, along with the rest that develop the right to freedom of association, are recognized in art. 28.1 CE later developed by the Organic Law on Union Freedom of 1985, rights that reiterate those provided for in ILO Convention 87 of 1948. These regulations were approved within the framework of face-to-face labor relations and without computer work tools, where the personal data was not processed or protected as it is today. Even so, the unions uphold their right to the delivery of union information on paper in the company's work areas. The conjunction of the right to data protection and freedom of association thus becomes a subject that necessarily requires an analysis where the limits and specialities of each case are decisive.

Keywords: White desk, data protection, union freedom, right to distribute union information.

SUMARIO

- I. DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO
- II. SOBRE LOS ESCRITORIOS LIMPIOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS
- III. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL A REPARTIR INFORMACIÓN SINDICAL EN PAPEL Y DIGITAL
- IV. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS
- V. A MODO DE CONCLUSIONES

I. DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO

Cada empresa tiene sus peculiaridades y en el caso de las empresas de telemarketing telefónico y de atención al cliente, al tratar datos personales y confidenciales, se hace necesario disponer de protocolos para que no existan brechas de información. Esto supone la imposición de instrucciones que, como en el caso que se va a analizar, impiden a los empleados tener bolígrafos, papeles, pendrive o bolsos en la zona de trabajo. Son lo que se denominan zonas limpias de cualquier material que pueda suponer un riesgo para la protección de datos que debe garantizar la empresa por imperativo legal y para evitar altas sanciones.

Que no haya material como papeles implica que no haya información sindical en papel y es aquí donde radica el problema, ya que es un derecho incuestionado que la representación sindical tiene derecho a la distribución de la información sindical. Nuestra Ley Orgánica de Libertad Sindical así lo contempla y establece el límite hacerlo fuera de las horas

de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa, facilitando así al derecho del trabajador a recibir la información que le remita su sindicato (art. 8.1 b) y c) LOLS).

En el caso estudiado la empresa facilitaba a los representantes la entrega de información en determinadas zonas, en concreto en todas las comunes menos en la de producción en aplicación de las políticas de seguridad de la compañía. Los representantes sostienen su derecho a entregar información también en esta zona y es precisamente esto lo que es objeto de pronunciamiento judicial. Y ello, con independencia de que la empresa pusiera a disposición de la representación sindical la opción de enviar la información a través de vía telemática/informática, opción que consideraban inoperativa.

El sindicato demandante y ahora recurrido es CGT si bien se adhieren al procedimiento UGT, CCOO, USO, CSIF y CIGA. Tanto la libertad sindical como el derecho a la protección de datos son derechos fundamentales y por ello es preciso realizar una ponderación en cada caso para concluir, en el supuesto que

resuelve el [Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 2020 \(Rec. 39/2019\)](#), que los sindicatos mantienen su derecho a repartir información sindical, confirmando así la sentencia de la Audiencia Nacional.

II. SOBRE LOS ESCRITORIOS LIMPIOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

La empresa recurrente tiene una política de escritorios limpios. Estas políticas tienen una doble finalidad, por un lado se busca garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales a los que se accede por los trabajadores desde la empresa o desde los ordenadores de la empresa que, en el caso de autos, son datos sensibles como los financieros y de salud de los clientes o relativos a la empresa; por otro lado, también se persigue proteger a la compañía que con sus buenas prácticas en materia de ciberseguridad y protección de datos obtiene una buena reputación y queda libre de multas de la AEPD. El Instituto Nacional de Ciberseguridad (<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/que-te-interesa/proteccion-puesto-trabajo>), en esa línea, insiste en que las empresas deben perseguir que los puestos de trabajo sean escritorios limpios. Sin embargo, estas medidas generan controversias en la aplicación práctica, tal y como se ve en el supuesto tratado en la sentencia, razón por la que es preciso que haya doctrina jurisprudencial.

En el caso de autos la empresa prohibió, sobre la instrucción de escritorios limpios incluida en sus políticas de seguridad, distribuir información sindical en papel para garantizar la seguridad de los datos de los clientes. Con ello, la empresa buscaba proteger el derecho a la intimidad del conjunto de los consumidores y esto lo hace sobre la

base del Reglamento Europeo 2016/679, que le responsabiliza del tratamiento de los datos personales cedidos por sus clientes. La instrucción de escritorios limpios la impone la empresa bajo el argumento del poder de dirección y organización que le otorga el artículo 20 ET.

Los datos a los que acceden los empleados de la empresa son datos personales, datos de tarjetas de crédito o débito, información financiera, datos de campañas, información o documentación sobre procedimientos/procesos, estrategia o campañas de los clientes, material de formación, información confidencial de negocio, contraseñas de acceso y documentación, procedimientos y política de la compañía. Se trata de datos sensibles sobre los que el empleado debe guardar confidencialidad y de los que es responsable la empresa, razón por la que la empresa implementa las políticas de seguridad de escritorios limpios.

El derecho de protección de datos si bien puede considerarse relativamente nuevo entronca en el clásico derecho a la intimidad y ha sido en los últimos años analizado, desarrollado y limitado, precisamente por el alto impacto en el derecho de las nuevas tecnologías. A este respecto la [STC 292/2000, de 30 de noviembre](#), "consagró la protección de datos como derecho fundamental autónomo, vinculado a la privacidad de las personas, ya que el derecho a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de las personas sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales porque su objeto no es solo la intimidad individual, protegida por el artículo 18.1 de la Constitución, sino los datos de carácter personal. Los datos amparados no son solo los relativos a la vida privada o íntima sino todos aquellos que identifiquen o puedan identificar a una persona".

A la vista de todo ello, la empresa debe garantizar el derecho de protección de datos, pero también el clásico derecho de libertad sindical, lo que obliga a aplicar criterios de ponderación, analizando si distribuir información sindical en papel en las zonas de trabajo realmente afecta al derecho de protección de datos.

Esta valoración puede hacerla el empresario en aras del art. 20 ET pero también, como no puede ser de otra forma, se puede hacer con la participación de la representación sindical, que es lo que, en el marco de solución extra-judicial de conflictos, ocurrió en la empresa. De esta forma se admitió aplicar las políticas de seguridad y escritorios limpios de manera más flexible, con sentido común.

La estimación de la demanda, como se verá más adelante, lleva a una primera conclusión que es la recomendación de que la empresa, en su negociación con los sindicatos, ya sea en reuniones con la empresa o a través de convenio colectivo, establezca los criterios a aplicar en estos casos, pudiendo ser los "escritorios limpios" un nuevo contenido de negociación que va en beneficio de todas las partes (empresa, sindicatos y clientes), que es acorde con las necesidades que impone la normativa de protección de datos.

III. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL A REPARTIR INFORMACIÓN SINDICAL EN PAPEL Y DIGITAL

La LOLS data de 2 de agosto de 1985. En ese momento no se contemplaba que pudiera haber distribución o entrega de información sindical a través de sistemas informático porque la tecnología no tenía el desarrollo actual. Por eso ha de interpretarse el derecho, que en su origen solo contempla la entrega en

papel, para que sea válido aplicando herramientas tecnológicas, respetándose en todo caso el límite impuesto por la LOLS que es no afectar a la actividad normal de la empresa.

Pues bien, en el caso que se trata, a pesar de la implementación por parte de la empresa de sistemas informáticos para que la representación de los trabajadores pueda ejercer su derecho, la falta de acuerdo sobre cómo articular ese derecho desde la perspectiva digital hizo que los representantes consideraran fallida esa vía y optaran por la entrega en papel, lo que genera el conflicto que se resuelve.

Hasta ese momento la empresa había desarrollado una plataforma informática donde los representantes sindicales pudieran poner a disposición de los empleados la información sindical. Pero esta plataforma se consideró inoperante. Según consta en sentencia, los sindicatos hicieron una serie de propuestas de mejora de operatividad, pero algunos cambios o mejoras solicitadas no fueron aceptados, como la posibilidad de que el portal se abriera automáticamente cuando el trabajador enciende su ordenador. Sin embargo, sí se implementaron cambios propuestos por la representación de los trabajadores, como son la activación de una alarma indicando que hay un nuevo comunicado del sindicato y la posibilidad de llevar un control o registro de las visitas a la zona sindical.

A pesar de todo ello, los sindicatos sostienen que el sistema no funciona correctamente y es obvio que para que el derecho a recibir la información sindical pueda disfrutarse por el trabajador es preciso que el portal esté operativo y se pueda acceder a la información sindical de manera sencilla y segura. Por ello concluye el Tribunal que "la empresa no ha facilitado a los representantes de los trabajadores un sistema digital fiable, eficaz y seguro para que puedan realizar esa actividad sindical". Por tanto, no es tan importante

que haya un sistema de comunicación digital como que funcione correctamente, que garantice que las comunicaciones llegan de una a otra parte, que no haya injerencias y que haya consenso con los representantes de los trabajadores.

La empresa en la sentencia comentada tiene una historia de conflicto amplia en materias que afectan a los escritorios limpios existiendo dos acuerdos alcanzados en el SERCLA, por lo que la vía de la negociación y consenso ha informado los pasos que se han ido dando. En uno de los acuerdos alcanzado con motivo de una huelga, la empresa admitió que se pudiera entregar información sindical en papel, rompiendo así con la taxativa negación a su entrega que argumentaba en sus políticas de seguridad y protección de datos. También admitió la entrega de información en papel, de manera puntual, con motivo de las elecciones sindicales, por lo que nuevamente la propia empresa es la que permite inaplicar las políticas de seguridad. Por tanto, la compañía ha admitido y permitido que estas políticas se flexibilicen en función de circunstancias puntuales sin que haya sido la protección de datos un impedimento para la toma de dichos acuerdos, lo que lleva al Tribunal a concluir que “no se ha acreditado que ello haya vulnerado el sistema de seguridad de la empresa ni los datos personales de algún cliente o usuario”. En el caso estudiado, la opción de la empresa podría haber sido hacer una mejora en los sistemas informáticos y dar un paso en la mejora de la implantación de herramientas digitales de la mano de los sindicatos, pero no fue así, terminando en un nuevo conflicto.

Debe destacarse que la sentencia comentada hace un análisis completo del derecho de libertad sindical partiendo del art. 28.1 CE y continuando por la Ley Orgánica de Libertad Sindical que lo desarrolla. Incide de manera exhaustiva en el contenido esencial del derecho, integrándose en él el derecho de acción

sindical, con actividades como son la distribución de información sindical. En este sentido, se destaca la sentencia [STC 281/2005 de 7 de noviembre](#) que, analizando el derecho a la transmisión de la información sindical como expresión de la acción sindical, considera que “el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales”.

No genera duda al Tribunal al ser “meridianamente claro”, que “la libre difusión de información y comunicaciones sindicales en la empresa forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional”.

IV. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

Los derechos no son absolutos y tienen límites, incluso si se trata de derechos fundamentales como el derecho de libertad sindical. En esta línea la LOLS en su art. 8 condiciona la distribución de información sindical a hacerlo “fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa, así como recibir la información que les remita su sindicato”, límite que se considera constitucional a la luz de la [STC 94/1995, de 19 de junio](#). En la sentencia comentada no se cuestiona que se vulneren estos límites, centrándose únicamente en la posible colisión con el derecho de protección de datos.

Habida cuenta de la concurrencia de dos derechos fundamentales el Tribunal Supremo hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional que considera que “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales,

pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” (SSTC 57/1994, FJ 6, y 143/1994, FJ 6, por todas).

Por otro lado, el Tribunal Supremo considera que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho de libertad sindical, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para lo que es preciso analizar si la medida que pretende limitar el derecho cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

El Tribunal Supremo tras el análisis concluye que “no parece una medida de seguridad prohibir los comunicados e información sindicales en papel pues no se vislumbra en qué puede afectar a la seguridad de los datos personales almacenados en la empresa, ya que la simple introducción de dichos informes o comunicados, sin posibilidad de consignar o escribir nada en el papel, dado que están prohibidos los bolígrafos u otro medio de escritura, resulta una acción inocua, por lo que la prohibición no es una medida idónea”.

En cuanto a si es una medida necesaria afirma que “no consta dato alguno que permita concluir que se ha producido una vulneración del derecho de protección de datos por la di-

fusión de dichos comunicados o informaciones sindicales, o que por tales actuaciones se haya generado un riesgo de que se produzca dicha vulneración”.

Por último, el Tribunal considera que no se supera el juicio de ponderación porque no consta “dato alguno que permita concluir que se ha producido una vulneración del derecho de protección de datos por la difusión de comunicados o informaciones sindicales en formato papel, o que por tales actuaciones se haya generado un riesgo a que se produzca dicha vulneración”.

Tras el análisis anterior concluye que no se han de prohibir las actuaciones sindicales de distribución de información en papel.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

La sentencia es coherente con la normativa actual y los criterios jurisprudenciales, por lo que no hay nada que reprochar. El fallo, que permite la distribución de información sindical en papel, lo sustenta en hechos contrastados que son que no se ha acreditado que al permitirse el reparto en papel se haya vulnerado el sistema de seguridad de la empresa ni los datos personales de clientes y, por otro lado, ha quedado acreditado que el sistema implementado por la empresa no era fiable, eficaz y seguro para realizar la distribución de la información sindical.

Ahora bien, deben traerse a colación algunas reflexiones prácticas que, a veces, escapan de la resolución de conflictos genéricos como es el tratado, máxime cuando las políticas de escritorios limpios son recientes.

No hay duda de que la libertad sindical y el derecho de protección de datos deben con-

vivir en la empresa y, por ello, ante la masiva informatización y las crecientes garantías en derechos de protección de datos, deberían comenzarse a tratar como una materia de especial relevancia en la comunicación y negociación con los sindicatos y RLTs.

La interpretación de los avances informáticos no se puede dejar exclusivamente a una de las partes como es la empresarial, por eso, tanto sindicatos como empresa deben valorar la implementación de sistemas tecnológicos para avanzar en el derecho de libertad sindical sin que se vulnere su contenido esencial. En ningún caso debe usarse como arma arrojadiza o como forma de crear conflicto.

Los sindicatos, así mismo, deben también asumir la importancia que actualmente tienen los datos e información digital de la empresa, por lo que deben trabajar con la empresa para que estos datos estén protegidos y esto conlleva transmitir a los trabajadores la importancia de velar por la información sensible. En el caso tratado en la sentencia, la empresa ya había sido sancionada por una brecha de seguridad de datos por la Agencia de Protección de Datos, así que estaba especialmente sensibilizada y posiblemente es la razón de su postura. Para evitar conflictos como el tratado, dentro de las materias que se deben informar a los representantes sindicales y legales de los trabajadores, deberían incluirse las que afectan a expedientes

y multas en materia de protección de datos, porque condicionan la toma de decisiones futuras. Y, por otro lado, los representantes deberán colaborar con la empresa en acercar a los trabajadores la necesidad de velar por los datos e información sensible.

Esto lleva a afirmar que es recomendable la participación de la representación de los trabajadores y sindicatos en la redacción e implantación de las políticas de seguridad y digitales en la empresa, lo que incluye acuerdos o protocolos que deben firmar los empleados y que deberán estar redactados de forma sencilla para que todos puedan comprenderlos. En esos acuerdos, entre otras cosas, se debería incluir si el empleado puede usar ese papel para algo más que no sea recibir los mensajes escritos que le facilita el sindicato, así como cuánto tiempo puede mantenerlo en su escritorio o cómo desecharlo el papel.

En definitiva, la política de escritorios limpios y cómo ejercer el derecho a la distribución de información sindical son materias que deberían desarrollarse y deben consensuarse con la representación sindical y legal de los trabajadores en el seno de la empresa, precisamente porque cada compañía tiene sus peculiaridades en materia de protección de datos y, además, ambas partes deberán velar por que las plataformas digitales sean fiables, eficaces y seguras.

► Criterios interpretativos relevantes

Relevant interpretative criteria

Autor: Juan Ignacio Del Valle De Joz

Cargo: Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM

Autor: Alberto Llorente Álvarez

Cargo: Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM

SUMARIO

- I. **CRITERIO DE GESTIÓN 21/2020** DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA **SEGURIDAD SOCIAL**, DE **12** DE NOVIEMBRE DE **2020**, SOBRE EXENCIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE POR EXISTENCIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO, A EFECTOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD POR PARTE DE LA MUJER QUE ACREDITA TODOS LOS REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE PAREJAS DE HECHO
- II. **CRITERIOS DE GESTIÓN 22/2020**, DE **18** DE NOVIEMBRE DE **2020**, Y **4/2021**, DE **4** DE FEBRERO DE **2021**, DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA **SEGURIDAD SOCIAL**, SOBRE CONTINGENCIA DE LA QUE DERIVAN LAS PRESTACIONES OCASIONADAS POR EL CONTAGIO DEL VIRUS **SARS-COV2** POR EL PERSONAL SANITARIO O SOCIO-SANITARIO
 1. Criterio de gestión 22/2020
 2. Criterio de gestión 4/2021
- III. **CRITERIO DE GESTIÓN 5/2021** DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA **SEGURIDAD SOCIAL**, DE **15** DE FEBRERO DE **2021**, SOBRE LEGITIMACIÓN DE LAS EMPRESAS PARA INTERVENIR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES
 1. Condición de interesado
 2. Trámite de audiencia
 3. Legitimación activa del empresario en los procedimientos judiciales sobre incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales
- IV. **CRITERIO DE GESTIÓN 7/2021** DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA **SEGURIDAD SOCIAL**, DE **18** DE FEBRERO DE **2021**, SOBRE SOLICITUDES DE INGRESO MÍNIMO VITAL PENDIENTES DE RESOLVER A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DEL **REAL DECRETO-LEY 3/2021**, DE **2** DE FEBRERO

1. Solicitudes que debían ser desestimadas con arreglo a la legislación anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por tratarse de situaciones no contempladas, que pueden ser estimadas conforme a la nueva regulación establecida por dicho Real Decreto-ley
2. Desestimación de solicitudes por imposibilidad de acreditar los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho en el momento de su presentación

I. CRITERIO DE GESTIÓN 21/2020 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020, SOBRE EXENCIÓN DEL REQUISITO DE CONVIVENCIA EN EL MOMENTO DEL HECHO CAUSANTE POR EXISTENCIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO, A EFECTOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD POR PARTE DE LA MUJER QUE ACREDITA TODOS LOS REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE PAREJAS DE HECHO

<http://www.seg-social.es/descarga/100059>

Mediante el presente criterio la entidad gestora asume la doctrina establecida por la [STS nº 908/2020, de 14 de octubre](#), en la que reconoce el derecho a la pensión de viudedad de pareja de hecho de la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, cumpliendo los restantes requisitos legalmente exigidos.

El criterio afirma que el TS realiza una interpretación del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 1 de junio (actual artículo 221 de la LGSS) con perspectiva de género, habida

cuenta que el tenor literal de dicho artículo establece que tiene derecho a la pensión de viudedad “quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho”. Entre otros requisitos, se exige, concretamente, “una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”.

El TS razona que esta exigencia responde a la necesidad de que quede demostrada la realidad y existencia de la unión de hecho, realidad que acredita la convivencia común. Pero, matiza a continuación, que esta lógica necesidad no es razonable que se exija en los casos de violencia de género sufrida por la mujer integrante de esa unión de hecho, dado que “(..) en estos supuestos en que el otro integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que convive, la protección de esta mujer lo que precisamente exige es, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia con vistas a impedir que siga sufriendo una situación de violencia. En estos casos, la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la vio-

lencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia”.

En el apartado 4 del fundamento de derecho tercero de la sentencia se invoca a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que reclama contra dicha violencia una protección, integral y transversal, que se va afinando y perfeccionando según se detectan lagunas y déficits de protección.

De conformidad con la STS, un exponente de cómo se van superando déficits de protección cuando tales déficits se detectan y manifiestan, lo constituye “la entronización de la violencia de género en la regulación de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio (artículo 174.2 LGSS de 1994 y actual artículo 220.1 y 2 LGSS de 2015). Ello se hizo por el apartado décimo de la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, para eximir del requisito de ser acreedoras de pensión compensatoria a las mujeres que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio.”

De este modo, el TS realiza la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) de dicha previsión al supuesto de la pensión de viudedad de parejas de hecho:

“En primer lugar, porque la concurrencia de violencia de género debe eximir del cumplimiento de determinados requisitos que, no solo carecen de sentido cuando existe aquella violencia (en nuestro caso, la exigencia de la convivencia en el momento del fallecimiento a

pesar de que la convivencia haya debido y tenido que cesar por la violencia ejercida contra la mujer), sino que exigir esa convivencia en tales circunstancias de violencia es radicalmente incompatible con la protección de la mujer víctima de malos tratos. En nuestra STS 22/2016, 20 de enero de 2016 (rcud 3106/2014), ya hablábamos de la exención del cumplimiento de determinados requisitos “cuando se trate de víctimas de violencia de género.”

Y, en segundo lugar y, sobre todo, porque si las mujeres separadas y divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad, lo mismo debe poder suceder con las mujeres que forman uniones de hecho y que son igualmente víctimas de violencia de género.”

II. CRITERIOS DE GESTIÓN 22/2020, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2020, Y 4/2021, DE 4 DE FEBRERO DE 2021, DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SOBRE CONTINGENCIA DE LA QUE DERIVAN LAS PRESTACIONES OCASIONADAS POR EL CONTAGIO DEL VIRUS SARS-COV2 POR EL PERSONAL SANITARIO O SOCIO-SANITARIO

<http://www.seg-social.es/descarga/100060>

<http://www.seg-social.es/descarga/100065>

Estos dos criterios desarrollan sendas previsiones, adoptadas mediante Real Decreto-ley, relativas a la contingencia determinante de las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2 por el personal sanitario o socio-sanitario.

1. Criterio de gestión 22/2020

El criterio de gestión 22/2020 aclara determinados aspectos en relación con la aplicación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que establece lo siguiente:

1. Desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

2. El contagio y padecimiento de la enfermedad se acreditará mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

3. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Lo previsto en este precepto fue objeto de regulación, inicialmente, por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y Tributarias para paliar los efectos de la COVID-19, cuya vigencia fue prorrogada por el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales; este último Real Decreto-ley perdió su vigencia al no ser convalidado, si bien el contenido del referido artículo 9 se reformuló en la citada disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020.

Algunas de las cuestiones tratadas por el criterio 22/2020 en relación con dicha disposición adicional son las siguientes:

1. Ámbito de aplicación

- a) Quedan excluidas de la consideración de accidente de trabajo aquellas prestaciones del sistema de la Seguridad Social que no guarden vinculación con el contagio de la COVID-19.
- b) No se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que trabajando en centros sanitarios o socio-sanitarios que desempeñe otras funciones distintas a la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios (por ejemplo el personal administrativo, el personal de limpieza, celadores, etc.).
- c) Tampoco se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios exclusivamente fuera de dichos centros sanitarios o socio-sanitarios.
- d) Sí se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones causadas por

el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios tanto en centros sanitarios o socio-sanitarios como fuera de dichos centros.

A este respecto, se indica que cabe considerar centros sanitarios o socio-sanitarios únicamente a los centros dedicados a actividades comprendidas en la sección Q ("actividades sanitarias y de servicios sociales") de la CNAE, si bien solo las que se enumeran en la División 86 ("actividades sanitarias") y dentro de la 87 solo los del grupo 87.1 ("Asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios"). Quedando excluidos los centros dedicados al resto de actividades relacionadas en la indicada sección Q, así como otros tipos de centros (por ejemplo, los dedicados a pompas fúnebres y actividades relacionadas, CNAE 9603, o al comercio al por menor de productos farmacéuticos en establecimientos especializados, CNAE 4773, que se incluyen en secciones distintas de la sección Q).

2. Límite temporal

La previsión de considerar accidente de trabajo las prestaciones derivadas del contagio por COVID-19 que cause el personal referido debe considerarse aplicable desde el día 11 de marzo de 2020, fecha de la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud, hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Se considerará que el contagio se ha producido en la fecha en que quede acreditado en el parte de accidente de trabajo.

Lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, sobre fallecimiento del personal indicado dentro de los 5 años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, ha de entenderse, como luego se in-

dicará, que ha quedado sin vigencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 3/2021 2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

Conforme al criterio 22/2020, cuando el contagio haya tenido lugar fuera de los límites temporales establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 (desde el 11 de marzo hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19), se aplicará lo siguiente:

- a) A los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, el contagio se considerará, con carácter excepcional, como situación asimilada a accidente de trabajo, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 de la LGSS.
- b) Respecto del resto de prestaciones se consideran derivadas de enfermedad común, excepto en aquellos casos en que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de su trabajo, según previene el apartado 2.e) del artículo 156 de la LGSS, habiéndose emitido a tal efecto el correspondiente parte de baja por accidente de trabajo.

3. Aplicación retroactiva

Una vez que la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 se refiere a "la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud", es necesario entender que solo puede aplicarse retroactivamente a los contagios producidos desde el 11 de marzo de 2020.

2. Criterio de gestión 4/2021

Recoge la respuesta dada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social a efectos de interpretar el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, el cual establece lo siguiente:

1. El personal que preste servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes que, en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, haya contraído el virus SARS-CoV-2, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional.

2. Los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus SARS-CoV-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

3. Una vez acreditado el contagio del virus en el ámbito temporal establecido en el apartado 1, y aportado el informe previsto en el apartado 2, se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

4. La entidad responsable de dichas prestaciones será aquella que cubriera las con-

tingencias profesionales en el momento de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad.

En relación con la interpretación conjunta que haya de darse a la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 y al artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, el criterio afirma que la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 tiene como finalidad considerar como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, mientras que el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021 se circunscribe a las prestaciones (no a la contingencia), declarando que en los supuestos contemplados (unos y otros son los mismos en la disposición que en el artículo), se tendrán las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional. Por tanto, en la medida en que ambas disposiciones no se oponen, sino que regulan cuestiones diferentes, debe mantenerse la vigencia del párrafo primero de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020. Asimismo, por las mismas razones, ha de entenderse en vigor el apartado 2 de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020.

El criterio expone que, al no oponerse lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021 respecto del informe del servicio de prevención de riesgos laborales al que también se hace referencia en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, puesto que en ambos supuestos opera como presunción *iuris et de iure* con el objeto de acreditar que el contagio se ha producido en el ejercicio de la profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, se mantendría en vigor también en

este extremo el párrafo primero de la citada disposición adicional cuarta.

Finalmente, el criterio declara que queda derogado, por oponerse a lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, el apartado 3 de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, que se refería a los supuestos de fallecimiento dentro de los 5 años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma.

III. CRITERIO DE GESTIÓN 5/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 15 DE FEBRERO DE 2021, SOBRE LEGITIMACIÓN DE LAS EMPRESAS PARA INTERVENIR EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

<http://www.seg-social.es/descarga/100066>

El criterio 5/2021 se dirige a aclarar distintas cuestiones sobre la legitimación de las empresas en los procedimientos de declaración de incapacidad permanente, efectuando diversas consideraciones en relación con algunos aspectos relativos a dicha intervención, en las que, fundamentalmente, se recoge la doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

Las cuestiones sobre las que se pronuncia el presente criterio son las siguientes:

1. Condición de interesado

Según se expone en el criterio, la empresa tiene la consideración de "interesado" en el

procedimiento administrativo de reconocimiento al trabajador de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales puesto que, desde el momento en que en dicho procedimiento se decide sobre la responsabilidad de la misma, se está en el supuesto del apartado b) del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que considera interesados en el procedimiento administrativo a "los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte". A este respecto, se citan diversos preceptos de la normativa específica de Seguridad Social que contemplan la posibilidad de intervención de las empresas responsables de las prestaciones.

La cuestión de la legitimación de la empresa para intervenir como interesadas en los procedimientos de declaración de incapacidad permanente en los que pudiera declararse su responsabilidad sobre las prestaciones ha venido siendo reconocida por la doctrina del TS. Así, como expone, entre otras, la *STS de 18 de mayo de 2017 (recurso nº 1720/2015)*, reconociendo que la (hoy derogada) Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común "es aplicable a la actividad administrativa de reconocimiento de las prestaciones por parte de los organismos gestores de la Seguridad Social, hemos partido de que, ciertamente, el empresario tiene la consideración de "interesado" en el procedimiento administrativo que reconozca la pensión de incapacidad permanente de sus trabajadores, en los términos que se desprenden del art. 31.1.b) de la Ley 30/1992, según el cual tienen esa consideración «los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte», y éste es obviamente el caso de quien, como el empleador, podría llegar a ser declarado responsable del pago de

una parte de la prestación en la propia resolución administrativa"; el citado artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992 se corresponde con el artículo 4.1.b) de la vigente Ley 39/2015 a que hace referencia el criterio. Como afirma el TS, dicha doctrina se ha afirmado tanto en aquellos casos en que se trataba de procedimientos de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad como en los supuestos en que el procedimiento administrativo tenía por objeto la declaración de la situación de incapacidad permanente.

2. Trámite de audiencia

El criterio recoge la doctrina del TS (afirmada, entre otras, en [sentencias de 3 de julio de 2007, recurso nº 3152/2006](#) y [12 mayo 2014, recurso nº 635/2013](#)) en cuya virtud la omisión del trámite de audiencia a la empresa en los procedimientos administrativos en los que tiene la condición de interesado no supone necesariamente que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento ni que la omisión, en sí misma, cause la indefensión proscrita en la Constitución, siempre que el acto administrativo reúna los requisitos indispensables para alcanzar su fin y la falta de audiencia no haya privado a las partes del conocimiento de la iniciación del procedimiento y hayan podido personarse en el mismo y formular alegaciones tanto en el procedimiento inicial como en la reclamación previa y en el proceso judicial. La indefensión no equivale a la propia falta del trámite de audiencia, sino que ha de ser real y efectiva y, por ello, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.

En todo caso, el criterio administrativo afirma que la omisión del trámite de audiencia, cuando sea preceptivo, como ocurre con el

supuesto recogido en el art. 11.4 de la Orden de 18 de enero de 1996 (propuesta de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad) podría dar lugar a la nulidad de la resolución cuando le ha producido indefensión relevante al empresario.

3. Legitimación activa del empresario en los procedimientos judiciales sobre incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales

El criterio señala que el artículo 17.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, reconoce legitimación activa a los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo para ejercitar acciones ante la jurisdicción social en los términos establecidos en las leyes, así como que el artículo 71 de dicha ley exige la interposición de reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social.

Basándose en la jurisprudencia del TS (afirmada, entre otras, en [sentencias del TS de 19 de mayo de 2015, recurso nº 1455/2013](#), de [4 de abril de 2011, recurso nº 556/2010](#), y de [20 de mayo de 2009, recurso nº 2405/2008](#)), el criterio afirma que cabe considerar que la empresa es parte interesada en los procedimientos de reconocimiento de incapacidad permanente, derivada de contingencias profesionales, en aquellos procedimientos en los que la empresa cuestiona la contingencia de la que deriva la prestación reconocida al trabajador, así como en aquellos en los que se pretende la revisión hacia un grado inferior de incapacidad de la que ha sido previamente declarada responsable o en los que se impugna la resolución administrativa que haya declarado a la empresa responsable de las prestaciones. Indicándose que también ostenta legitimación activa cuando haya sido declarada responsable de la prestación o del recargo por falta de medidas de seguridad.

IV. CRITERIO DE GESTIÓN 7/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 18 DE FEBRERO DE 2021, SOBRE SOLICITUDES DE INGRESO MÍNIMO VITAL PENDIENTES DE RESOLVER A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 3/2021, DE 2 DE FEBRERO

<http://www.seg-social.es/download/100068>

El criterio de gestión 7/2021 aclara algunas cuestiones relativas a los efectos de las solicitudes y de las reclamaciones previas de la prestación de Ingreso Mínimo Vital (IMV) pendientes de resolver a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

El referido Real Decreto-ley 3/2021 ha introducido diversas modificaciones en la regulación de la prestación de IMV, con la finalidad de permitir dar cobertura al mayor número de personas e incluir algunas situaciones que, con la regulación anterior, no se contemplaban o no contaban con una operativa que permitiera incorporarlas correctamente a la prestación. A tal fin, se modifica la regulación de las personas usuarias de prestaciones de servicio residencial para ampliar la capacidad de ser beneficiarias de la prestación a las personas que residan en establecimientos financiados con fondos privados, dado que en la redacción previa solo se extendía a establecimientos públicos. Asimismo, se elimina el límite de titulares del ingreso mínimo vital en una misma vivienda, con el fin de eliminar las barreras de acceso al mismo que han podido experimentar las personas usuarias de prestaciones de servicio residencial, así como de reconocer la realidad de personas en situación de vulnerabilidad que se agrupan en

una misma vivienda con el fin exclusivo de compartir gastos.

Por otro lado, se consideran determinados casos especiales de empadronamiento, en concreto, el caso del empadronamiento en establecimientos colectivos y el empadronamiento en infraviviendas y de personas sin domicilio, los cuales ponen de manifiesto una realidad, la de residencia en centros colectivos y el sinhogarismo o residencia en infraviviendas, que requieren una consideración especial y que difiere del régimen general de empadronamiento establecido en el artículo 19 del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. En este supuesto, se permite que la unidad de convivencia se configure por el titular, por las personas unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho, y, en su caso, con sus descendientes menores de edad hasta el primer grado de consanguinidad, afinidad, adopción o en virtud de régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, pudiéndose extender en algunos supuestos hasta el segundo grado.

Asimismo, otro fenómeno que también afecta a los potenciales beneficiarios de la prestación es la posibilidad de residir en un domicilio con personas con las que tuvieran vínculos propios de la unidad de convivencia, pero que esta convivencia se deba a una situación especial, tal como tener el carácter de mujer víctima de violencia de género, haber iniciado los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, acompañada de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente, o haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado inhabitable por causa de accidente o fuerza mayor; salvo en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género, la consideración de unidad de convivencia independiente se prevé que tendrá carácter

temporal. Asimismo, se permite el acceso a la prestación a personas solas en situación de exclusión social que convivan con otras personas solas o unidades de convivencia y que no tengan vínculos de parentesco.

Teniendo en cuenta las modificaciones señaladas, el criterio administrativo lleva a cabo una interpretación respecto del tratamiento que se debe dar a las solicitudes y reclamaciones previas de la prestación de IMV pendientes de resolver a la fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 3/2021 (4 de febrero de 2021), con base en informe de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de febrero de 2021, distinguiéndose los siguientes supuestos:

1. Solicitudes que debían ser desestimadas con arreglo a la legislación anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por tratarse de situaciones no contempladas, que pueden ser estimadas conforme a la nueva regulación establecida por dicho Real Decreto-ley

De acuerdo con el criterio administrativo, los principios de eficacia administrativa, racionalización y agilidad del procedimiento anteriormente citados, aconsejan que aquellos supuestos que no estaban protegidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, pero que sin embargo sí lo están tras la misma, puedan ser resueltos de conformidad con las nuevas disposiciones. Ahora bien, se dispone que, en estos supuestos, la fecha de efectos económicos debe ser el primer día del mes de marzo de 2021, es decir, el día primero del mes siguiente al del cumplimiento de los requisitos (establecidos en la nueva norma) que permiten la estimación de la solicitud, haciendo constar en la resolución que se dicte al efecto, la circunstancia que lleva a la

gestora a reconocer la prestación con efectos de dicha fecha.

2. Desestimación de solicitudes por imposibilidad de acreditar los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho en el momento de su presentación

En relación con aquellos supuestos en los que la dificultad acreditativa de los requisitos exigidos para el acceso al derecho impedía su reconocimiento, la entidad gestora considera que no encuentra inconveniente en que dicha dificultad sea solventada admitiendo las certificaciones acreditativas emitidas por los servicios sociales o, en su caso, por los mediadores del IMV, en los supuestos previstos en el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero. En este caso, acreditados todos los requisitos, si la solicitud se hubiera presentado antes del 31 de diciembre de 2020, se retrotraerán los efectos económicos conforme a lo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo; y, en otro caso, sería de aplicación el artículo 11.1 del propio Real Decreto-ley 20/2020.

Téngase en cuenta que, como todos los criterios del INSS, la información que contienen los aquí recogidos se ha elaborado teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha de los mismos y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53.f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar), advirtiéndose que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.

► **Contenidos llamativos de negociación colectiva**

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE LA NUEVA NORMATIVA LEGAL EN MATERIA DE TRABAJO A DISTANCIA. BALANCE DE SU PRIMER SEMESTRE DE VIGENCIA

Collective bargaining in the face of the new legislation on remote working. Balance of the first half-year in force

Autor: Bernardo García Rodríguez

Cargo: Abogado Laboralista. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. LOS DISTINTOS RÉGIMENES JURÍDICOS CONTENIDOS EN EL REAL DECRETO-LEY 20/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA
- II. CONVENIOS COLECTIVOS PUBLICADOS EN EL BOE DURANTE EL SEMESTRE SIGUIENTE A LA VIGENCIA DEL RD-L 28/2020
- III. LAS REGULACIONES CONVENCIONALES PROGRAMÁTICAS O GENERALES SOBRE TRABAJO A DISTANCIA
 1. Las declaraciones generales de intenciones, sin contenido normativo
 2. El trabajo a distancia vinculado a las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral
- IV. CONVENIOS COLECTIVOS QUE HAN ACOGIDO LA NUEVA NORMATIVA LEGAL Y DESARROLLADO SU CONTENIDO
 1. El Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 3-12-2020)
 2. El II Convenio colectivo del Grupo Vodafone (BOE 9-2-2021)
- V. BREVE CONCLUSIÓN

I. LOS DISTINTOS RÉGIMENES JURÍDICOS CONTENIDOS EN EL REAL DECRETO-LEY 20/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA

En una primera aproximación al Real Decreto-ley 28/2020, se advierte que contiene la previsión de varios regímenes del trabajo a distancia, a saber:

– Trabajo a distancia regular, al que se le aplica el régimen general contenido en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre.

– El trabajo a distancia no regular, que es aquel que se presta, en un periodo de referencia de tres meses, por debajo del treinta por ciento de la jornada, o del porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo. Esta modalidad no cuenta con un régimen jurídico legal específico de aplicación, quedando extramuros de la aplicación del Real Decreto-ley 28/2020, conforme a lo dispuesto en su artículo 1.

– Trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19, implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, como prevé la disposición transitoria tercera del RL-L 28/2020.

– Trabajo a distancia en empresas o sectores con convenio o acuerdo colectivo vigente a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2020, que regule condiciones de prestación de servicios a distancia y para las relaciones de trabajo vigentes en dicho momento. En estos casos el régimen jurídico general contenido en la nueva norma legal no resulta de aplicación hasta la pérdida de la vigencia de tales convenios y acuerdos, y

sino hubieran previsto un plazo de duración al respecto, durante el año siguiente, o hasta los tres años en caso de acuerdo expreso, a la publicación del Real Decreto-ley 28/2020, de conformidad con su disposición transitoria primera.

– Trabajo a distancia del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, al que resultará de aplicación el nuevo artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre.

Se trata por tanto de un entramado normativo legal complejo, con diferentes remisiones a la norma convencional, sobre las que nos vamos a detener, pero limitadamente a los tres primeros supuestos, analizando su impacto sobre los convenios colectivos publicados en el Boletín Oficial del Estado desde la vigencia del Real Decreto-ley 28/2020 y hasta la fecha de este documento, en marzo de 2021, transcurridos por tanto escasos seis meses.

II. CONVENIOS COLECTIVOS PUBLICADOS EN EL BOE DURANTE EL SEMESTRE SIGUIENTE A LA VIGENCIA DEL RD-L 28/2020

Se advierte en el análisis de los convenios publicados de ámbito de aplicación territorial superior a una comunidad autónoma, un gran número de pactos de prórroga de la vigencia temporal de convenios, incluso de su periodo de ultraactividad, hasta 14 de ellos, así como de mera revisión de tablas salariales de convenios vigentes, hasta 27 pactos. Ello parece reflejar la afectación de la crisis sanitaria de COVID-19 en el normal desenvolvimiento de los procesos de negociación colectiva.

Se comprueba que la mayoría de los convenios publicados, no realizan ninguna previsión sobre la regulación del trabajo a distancia, en concreto únicamente 7 de 31 en el ámbito de empresa, y 2 de 7 en el ámbito sectorial.

III. LAS REGULACIONES CONVENCIONALES PROGRAMÁTICAS O GENERALES SOBRE TRABAJO A DISTANCIA

1. Las declaraciones generales de intenciones, sin contenido normativo

En algunos convenios de los analizados en este periodo se advierte una tendencia a realizar menciones a la forma del trabajo a distancia o del teletrabajo, pero sin contener un auténtico régimen jurídico sobre su ejercicio, aproximándose a la materia con contención, por no decir reserva.

Así en el III Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas de España (BOE 5-2-20219, en su disposición transitoria octava, se prevé la realización de una prueba piloto de trabajo a distancia, que afectará solo al personal de oficinas, con la consulta y participación de la representación de los trabajadores; en el Acuerdo de modificación del Convenio colectivo del ciclo integral del agua (BOE 21-1-2021), que menciona expresamente al RD-L 28/2020 y recoge parcialmente algunas de sus previsiones, pero no incorpora un contenido propio reseñable a tal efecto; el Convenio colectivo de las empresas de seguridad para el año 2021 (BOE 26-11-2020), que en su preámbulo reconoce, con modestia, que quedan todavía regulaciones pendientes necesarias para el sector, como es ahora la adaptación del convenio a la regula-

ción del teletrabajo; y el VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 2-3-2021), que en su artículo 21 regula el teletrabajo, con recordatorio de que la empresa fue puntera en la implantación de las jornadas continuas y flexibles y la primera gran empresa del IBEX-35 en establecer como horario general la jornada continua todo el año, para a continuación limitarse a referir el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de 2002 y guardar silencio sobre la nueva norma legal vigente, terminando por decir que *la asignación de la modalidad de teletrabajo, en todo caso, deberá cumplir los términos y condiciones marcados en la normativa específica desarrolla (sic) por la Compañía que se da por reproducida en este artículo*, en un supuesto de remisión en blanco, jurídicamente muy discutible, a unas reglas que parecen además, por la lectura del precepto convencional, elaboradas por la propia empresa de manera unilateral.

2. El trabajo a distancia vinculado a las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Aunque en la tramitación del Real Decreto-ley 28/2020 se suscitó un debate sobre la conexión del trabajo a distancia y los derechos de conciliación, siendo muy expresivo en este sentido el dictamen del Consejo Económico y Social de julio de 2020, que consideró categóricamente como conclusión de que *en ningún caso pueda enfocarse el trabajo a distancia como una medida de conciliación, ni que pueda perpetuar una visión estereotipada de la conciliación o los cuidados*; lo cierto es que en su exposición de motivos se menciona el contenido de la Directiva 2019/1158 (UE) del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas las fórmulas de trabajo a distancia, vinculando en definitiva este a los derechos de conciliación.

Este planteamiento es recogido expresamente en varios convenios de los analizados en este periodo, como el II Convenio colectivo del Grupo Vodafone (BOE 9-2-2021), en su artículo 30 al regular el que denomina *smart working* (sic); el XV Convenio colectivo de Schweepes (BOE 10-1-2021), en su sección VIII, con una mera previsión entre las medidas de conciliación, pero sin ningún desarrollo; el Convenio colectivo de Lintia Networks (antes Ufinet Telecom) (BOE 23-11-2020), en su disposición transitoria tercera, también con una mera referencia al mantenimiento del programa de teletrabajo del convenio anterior (BOE 14-12-2016), que contenía sobre la materia, sin auténtica regulación normativa alguna, en su disposición adicional primera, una valoración positiva de las ventajas de esta modalidad de prestación de servicios, *permitiendo una notable mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores*; el Convenio colectivo de Federación Farmacéutica (BOE 22-3-2021), en su artículo 22, al regular la adaptación de la jornada, incluyendo una previsión sobre la posibilidad del trabajo a distancia *para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, sin más consideraciones sobre su régimen de disfrute; y en el II Convenio colectivo de Bureau Veritas y Testing, Bureau Veritas Solutions e Instituto de la Calidad (BOE 10-3-2021), en cuyo artículo 43, sobre conciliación de vida familiar y laboral, incluye el teletrabajo entre las opciones posibles, junto a la reducción de jornada ordinaria, distribución irregular de la jornada y la movilidad funcional o geográfica, alguna de ellas alejada por cierto de la naturaleza propia de las medidas de conciliación.

La conclusión que cabe extraer es que la vinculación del trabajo a distancia con las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que se contiene en las normas convencionales analizadas en este periodo, salvo la del Grupo Vodafone, se limita a me-

ras declaraciones genéricas, huérfanas de regulación concreta.

IV. CONVENIOS COLECTIVOS QUE HAN ACOGIDO LA NUEVA NORMATIVA LEGAL Y DESARROLLADO SU CONTENIDO

1. El Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 3-12-2020)

Resulta especialmente reseñable la regulación de esta norma convencional sectorial, contenida en su artículo 14, sobre trabajo a distancia y teletrabajo, así como sus disposiciones adicionales 11ª y 12ª, por su calidad técnica y el desarrollo coordinado con el RD-L 28/2020 que contiene.

Tiene presente este convenio colectivo los distintos regímenes jurídicos contenidos en el RD-L 28/2020, dedicando el artículo 14 al régimen general de trabajo a distancia, señalando concretamente la dotación de medios proporcionados por la empresa a tal efecto (*ordenador, tablet, smartPc* o similar, teléfono móvil con línea y datos necesarios y suficientes para la conexión (*wifi*); y a petición de la persona trabajadora silla ergonómica homologada; también teclado, ratón y pantalla, o de una cantidad a tanto alzado de hasta 130 € para la adquisición justificada de los mismos, a opción de la empresa); así como la compensación de los gastos que por cualquier concepto pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, que se cifra en la cantidad máxima de 55 € mensuales, en proporción al porcentaje de jornada de teletrabajo acordada. El contenido regulado alcanza a la reversibilidad del trabajo a distancia a trabajo presencial, a instancia de la empresa o de la persona trabajadora, con un preaviso de 30 días

naturales, siempre que el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo; así como otras previsiones sobre derechos de información y participación, seguridad y salud laboral, y derechos colectivos y sindicales.

A su vez este convenio cuenta con una regulación específica sobre el teletrabajo como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19 o de circunstancias imprevisibles o extraordinarias sobrevenidas, en su disposición adicional 11ª, cumpliendo de esta manera el mandato contenido en la disposición transitoria 3ª del RD-L 28/2020. En este caso el régimen general convencional, contenido en el artículo 14 del convenio, no resultará de aplicación, aunque se contienen previsiones sobre dotación de medios a cargo de la empresa en términos semejantes a los previstos en el régimen general referido, aunque sin previsión de dotación de la silla ergonómica y reduciendo la cantidad para adquirir teclado, ratón y pantalla a 45 €, en lugar de los 130 € previstos en el artículo 14, en una diferencia de condiciones de la que no llega a atisbarse su fundamento objetivo.

Y finalmente resulta especialmente reseñable la regulación que lleva a cabo el convenio en su disposición adicional 12ª, sobre lo que denomina trabajo no presencial inferior al 30% de la jornada de trabajo, es decir el trabajo a distancia no regular, que queda fuera del ámbito de aplicación del RD-L 28/2020, como establece expresamente su artículo 1. Es aquí donde la norma convencional colma la regulación, previendo la dotación de medios a cargo de la empresa, siempre que sean necesarios para el desarrollo de la actividad profesional, concretando estos en un ordenador, *tablet*, *smartPc* o similar y teléfono móvil, con línea de datos.

La regulación convencional del trabajo a distancia no regular, al que no se le aplica el régimen jurídico del RD-L 28/2020, tiene un

curioso supuesto en el Convenio colectivo de R Cable y Telecable Telecomunicaciones (BOE 19-2-2021), que se limita en su artículo 9 a regular exclusivamente esta fórmula de trabajo a distancia, al disponer que se contará cada mes de cinco días completos de trabajo, lo que supone una prestación de servicios en todo caso inferior al 30% de la jornada, para que no resulte de aplicación el régimen del RD-L 28/2020, sobre el que no se hace ningún desarrollo o previsión de su régimen jurídico, salvo para excluir su aplicación, como se ha referido.

2. El II Convenio colectivo del Grupo Vodafone (BOE 9-2-2021)

En el ámbito de negociación colectiva empresarial, resulta especialmente reseñable este convenio, que también coordina su regulación con la derivada del RD-L 28/2020. Prevé el máximo de jornada semanal durante el que se puede trabajar en remoto, hasta un 40%, que se concreta en hasta dos días de trabajo a la semana (con previsión de un plan piloto de hasta un 60% de la jornada, para compartir las conclusiones del mismo con la representación sindical); la reversibilidad total o parcial del trabajo a distancia, por cualquiera de las partes con un preaviso de dos meses; y se concreta la dotación de medios (teléfono móvil, ordenador portátil, silla ergonómica, soporte elevador de portátil, ratón, teclado y auriculares), compensando los gastos de línea móvil con tarifa de voz y datos ilimitados, y descuento exclusivo para las personas trabajadoras del 50% de conectividad fija.

Termina el convenio posponiendo la entrada en vigor de este régimen jurídico al fin de la pandemia o a *las medidas de trabajo remoto que se están aplicando actualmente en la Compañía asociadas a la pandemia por COVID-19*, de las que no se da más noticia en el texto del convenio.

V. BREVE CONCLUSIÓN

Las remisiones contenidas en el RD-L a la negociación colectiva, que son abundantes y sustanciales, no han tenido respuesta en los convenios colectivos publicados en el BOE en el último semestre, salvo los ejemplos indicados del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 3-12-2020) y el II Convenio colectivo del Grupo Vodafone (BOE 9-2-2021), resultando especialmente reseñable la norma sectorial referida, dado su contenido y ámbito de aplicación.

La previsión de determinación de la forma de compensación de los gastos derivados para

la persona trabajadora por la implantación excepcional del trabajo a distancia, en aplicación del artículo 5 del RD-L 8/2020, contenida en la disposición transitoria 3ª del RD-L 28/2020, no ha encontrado ningún eco en los convenios colectivos analizados, salvo en reseñado Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 3-12-2020), a pesar de la necesidad de atender esta situación transitoria de manera inmediata, lo que deja en evidencia, una vez más, que la remisión de la Ley a lo que disponga la norma convencional resulta muy loable, pero provoca finalmente un vacío normativo, que cabría evitar con una regulación mínima legal, que pudiera ser concretada y colmada en su caso en cada ámbito de negociación colectiva correspondiente.

► Recensiones bibliográficas

RECENSIÓN: LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: CUESTIONES CRUCIALES

Recension: unemployment protection: crucial issues

Autora: Camino Ortiz de Solórzano Aurusa

Cargo: Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

FICHA DE LA PUBLICACIÓN

TÍTULO: «LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: CUESTIONES CRUCIALES»

AUTORES: (VVAA) Directora: M.^a Begoña García Gil

EDITORIAL: Thomson Reuters Aranzadi

PATROCINIO: Universidad Rey Juan Carlos

LUGAR Y AÑO DE LA PUBLICACIÓN: Cizur Menor (Navarra), 2020

IDIOMA: Castellano

ENCUADERNACIÓN: Tapa Blanda

NÚM. DE PÁGINAS: 586

ISBN: 978-84-1346-527-2

Cuando la Constitución sienta los aspectos nucleares que deben definir nuestro sistema de protección social hace una referencia expresa al desempleo. El régimen público de Seguridad Social que los poderes públicos deben mantener, tiene que garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

Nuestro mercado laboral padece un problema endémico, estructural, de desempleo. Es

una de las mayores preocupaciones de los españoles y es uno de los principales problemas del país. La situación se ha agravado por la crisis sanitaria derivada de la pandemia de COVID-19, que ha provocado en nuestro país un escenario sin precedentes a todos los niveles. El confinamiento domiciliario y la caída de la actividad han supuesto un brusco impacto en el desempleo, con la consiguiente repercusión en la economía española.

El desempleo es un fenómeno complejo con consecuencias de tipo personal, social y

económico, que requiere una respuesta global. Por una parte, son necesarias las políticas activas de empleo para incorporar más personas al mercado de trabajo y también para mejorar los niveles de cualificación y las competencias de las personas en activo. Con ello se trata de paliar el desempleo y, en definitiva, de reducir el número de desempleados. Pero sin descuidar lo anterior, también es necesario proteger a quien ha salido del mercado de trabajo dotándole de un medio de subsistencia en tanto recupera el empleo. Ante esta necesidad de tutela responde el ordenamiento jurídico creando un complejo sistema de protección en el que conviven prestaciones de distinto cariz y que requiere encontrar el equilibrio entre la necesaria protección del desempleado con el riesgo de su posible desmovilización en la activación para el empleo, así como ante el peligro de situaciones de abuso de derecho o fraude de ley.

Esta obra colectiva aborda aspectos significativos y relevantes –cruciales, como manifiesta el mismo título– de la protección por desempleo. No se trata de un estudio clásico, al uso, de una prestación de nuestro sistema de Seguridad Social que pretenda agotar el análisis de su régimen jurídico. Al contrario, se ha hecho una selección de cuestiones determinantes y concretas con un criterio de relevancia y actualidad. Se trata de un análisis innovador que aporta una perspectiva diferente tanto de aspectos esenciales de la prestación como de otros que pueden parecer más colaterales –el fraude de ley, el régimen de infracciones y sanciones o la tutela judicial– pero que determinan la efectividad de la protección.

La variedad de los temas tratados nos sitúa ante una obra coral, dirigida por la Prof.^a Be-goña García Gil, de la Universidad Rey Juan Carlos, entidad que patrocina la edición de esta poligrafía. Lo anterior no restringe el elenco de autores que, si bien está integrado en su mayoría por profesores e investi-

gadores vinculados con la URJC, cuenta con la participación de los profesores Elisa Sierra Hernáiz (Universidad Pública de Navarra), Inmaculada Baviera Puig (Universidad de Navarra) y Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura).

Desde el punto de vista de su estructura, la obra se divide en veinticinco capítulos que se distribuyen en ocho partes. En la primera se analizan las coordenadas generales de la prestación por desempleo, entre las cuales cobra un especial protagonismo la situación legal de desempleo que –prevista en el artículo 267 LGSS– se configura como uno de los requisitos necesarios para acceder a la protección. Junto con el exhaustivo análisis de los supuestos que integran esta situación se aborda su necesaria acreditación, sin la cual no es posible el reconocimiento de la prestación. La cuantía del subsidio contributivo es otro de los aspectos relevantes del que depende el acabado cumplimiento del mandato constitucional de suficiencia de las prestaciones. Junto con los aspectos básicos para la determinación de la cuantía se realiza una referencia específica al importe las prestaciones extraordinarias por desempleo creadas tras la declaración del estado de alarma para hacer frente a la crisis sanitaria de la COVID-19.

La segunda parte del libro repara en algunos problemas específicos que presenta la protección por desempleo de nivel asistencial. La vinculación de la protección en este ámbito al requisito económico de carencia de rentas hace necesario conocer cuáles son las rentas computables a estos efectos y la forma de cómputo de las mismas. También son objeto de atención las reglas de cálculo de la carencia de rentas, atendiendo tanto al límite previsto como la existencia o no de responsabilidades familiares, teniendo en cuenta la aplicación de reglas específicas en los casos de percibir varias rentas en la unidad familiar. Un capítulo específico se

dedica al subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Esta prestación se convierte en muchos casos en el único puente hacia la pensión de jubilación para personas en situación de necesidad económica, ante la práctica ausencia de expectativas laborales. La reforma del subsidio por el RD-Ley 8/2019 hace especialmente necesaria la actualización normativa y jurisprudencial, que se realiza atendiendo a aspectos tales como la incompatibilidad del subsidio con el trabajo o el alcance de la cotización realizada durante su percepción.

La parte del libro dedicada a la dinámica de la prestación se centra –en sendos capítulos– en dos cuestiones de gran actualidad: la reposición de la prestación por desempleo y los efectos de la salida al extranjero del beneficiario sobre la prestación. En el contexto generado por la pandemia adquiere singular importancia la reposición del desempleo, como figura jurídica que reconoce el derecho a recuperar el periodo de la prestación consumida durante la suspensión o reducción de jornada ex art. 47 ET en caso de un posterior despido. El estudio del régimen jurídico de esta institución coyuntural, en las dos normas que hasta la fecha lo han establecido, se acompaña de un interesante análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de algunos problemas suscitados, en particular relacionados con el reconocimiento y disfrute de la reposición del desempleo. Por otra parte, el auge de la movilidad internacional en los últimos tiempos, obliga a analizar la incidencia que tiene en el sistema de protección la ausencia del territorio nacional del beneficiario de la prestación y, más concretamente, cuándo su traslado al extranjero puede suponer la extinción o la suspensión del derecho. El desplazamiento o la salida al extranjero del beneficiario es posible tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de terceros países, siempre y cuando se cumplan algunos

requisitos formales y dentro de un marco temporal determinado; todo ello sin olvidar la posibilidad de exportación de la prestación por desempleo en el caso de desplazamientos dentro de la UE.

En la parte cuarta del libro, bajo el epígrafe “Obligaciones de la persona beneficiaria”, se hace referencia a dos cuestiones muy relacionadas entre sí y, a su vez, con el carácter de renta sustitutiva del salario que tiene la prestación por desempleo. En nuestro sistema de Seguridad Social la realización de actividades profesionales incompatibles con la prestación por desempleo y la obtención de ingresos por encima del mínimo establecido en el subsidio, implican deberes de información a la entidad gestora. El incumplimiento de estos deberes puede generar la suspensión e incluso la extinción del derecho a la prestación, de ahí que sea relevante conocer en profundidad tanto el deber de comunicar los ingresos derivados de la actividad profesional como el propio régimen de la suspensión y extinción de la prestación. Lo anterior conecta directamente con el régimen de compatibilidad de las prestaciones por desempleo. Pese a que las normas en materia de Seguridad Social establecen como regla general la incompatibilidad de las prestaciones, en el caso del desempleo existe un régimen específico de compatibilidades e incompatibilidades que es objeto de estudio, reparando de modo particular en el análisis de aquellos supuestos en los que el debate doctrinal y jurisprudencial ha sido más intenso. El estudio se completa con el análisis del régimen de compatibilidad con las distintas prestaciones que se han incorporado para hacer frente a la pandemia, en el caso de los autónomos –cese de actividad– empleados de hogar, artistas en espectáculos públicos o el subsidio excepcional por fin de contrato temporal.

La Renta Activa de Inserción forma parte de la acción protectora por desempleo del régi-

men de Seguridad Social, si bien con carácter específico y diferenciado de los niveles contributivo y asistencial, al amparo del artículo 265.2 LGSS que señala que esa acción protectora incluirá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los desempleados. El objetivo de esta prestación es doble: tanto incrementar las posibilidades de inserción laboral de determinados colectivos con especial dificultad para encontrar empleo –mayores de 45 años, parados de larga duración, etc.– como mitigar y atender las necesidades económicas del solicitante. La especialidad de la Renta Activa de Inserción justifica su tratamiento específico en la parte quinta de esta obra, en la que se analizan dos aspectos de particular interés. Por un lado, los requisitos para acceder al subsidio y para su mantenimiento, especialmente aquellos que han sido objeto de controversia o, cuando menos, han tenido que ser delimitados por los tribunales de una manera específica. Por otra parte, se analizan los hechos o causas que comportan la baja en el programa de Renta Activa de Inserción. Dentro del elenco de supuestos contemplados en la norma, merece una especial atención el agotamiento de la duración máxima, que ha planteado serias dudas sobre su posible equiparación con el agotamiento de un subsidio por desempleo a efectos de poder acceder al de mayores de 52 años. Este interrogante ha sido despejado por el TS en el sentido de equiparar la RAI al subsidio por desempleo a través de una doctrina unificada que es analizada en sus diversos pronunciamientos.

La protección por desempleo no se agota en la regulación sustantiva de las prestaciones, cuya efectividad es garantizada por los tribunales; de ahí la importancia de abordar la protección por desempleo también desde una perspectiva procesal. En concreto, la séptima parte de la obra se dedica a un aspecto que está en la entraña misma del

derecho a la tutela judicial efectiva como es el derecho a obtener una resolución que se corresponda con la pretensión deducida. Lo contrario, la incongruencia, consiste en el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos –o cosa distinta– de lo pedido. El contenido y tipología de asuntos que se resuelven por los Tribunales en relación con el desempleo es muy variado y, en relación con la incongruencia omisiva, permite ofrecer un amplio elenco de casos. Estos oscilan entre la no apreciación de la existencia de dicha incongruencia tanto por razones materiales –o de fondo– como procesales y la apreciación de la misma; en este grupo pueden destacarse los casos en los que la omisión del pronunciamiento implica, por su gravedad e intensidad, la nulidad de las actuaciones. La casuística permite analizar supuestos donde los Tribunales se limitan a ratificar el criterio de la entidad gestora sin examinar los motivos de impugnación, así como otros casos en los que no se examinan suficientemente los motivos. Otras veces la congruencia se analiza desde una pretensión principal ajena al desempleo, pero influida de algún modo por éste –importe de las prestaciones, duración, carencia, cotización...–.

Un aspecto particularmente relevante en la protección por desempleo es el régimen de infracciones y sanciones en la materia, que se aborda en la parte séptima del libro, a través del análisis de dos aspectos particularmente controvertidos. De una parte, el alcance de las actas levantadas por la inspección de trabajo en el desarrollo de actuaciones inspectoras. Se analizan en este punto tanto las obligaciones e incumplimientos susceptibles de sanción como el propio régimen de sanciones. Además, se incluye una referencia a las modificaciones en materia sancionadora derivadas de la COVID-19 en relación con los ERTes y las prestaciones por desempleo una vez declarado el estado de alarma. El otro

aspecto objeto de estudio es el fraude de ley en relación con el desempleo, prestando una especial atención a la doctrina de los tribunales en los supuestos de pago único de la prestación, así como de las eventuales contrataciones y extinciones fraudulentas para lucrar la prestación, sin olvidar el tratamiento penal del fraude en las prestaciones por desempleo.

El volumen se cierra con una parte dedicada a las bolsas de empleo como expediente complementario de protección. El estudio se centra en las bolsas de empleo en el ámbito privado, en un enfoque innovador respecto del predominante hasta el momento en la doctrina científica, centrada en el empleo público. Se acomete el análisis de las bolsas de empleo en tanto que constituye un instrumento que propicia la incorporación o el reingreso al trabajo de aquellos colectivos que resulten atrayentes para el empresario, sin necesidad del concurso de otras entidades públicas o privadas en el proceso de contratación. Una parte importante del estudio se centra en el tratamiento dispensado por

la negociación colectiva a las bolsas de empleo. En concreto, se centra la atención en los convenios colectivos aparecidos desde el año 2015 tanto de ámbito nacional, autonómico o provincial. Entre ellos, los hay que se limitan a perfilar los colectivos que integran las bolsas, hasta aquellos otros que regulan con detalle la mecánica de este instrumento de ocupación, abordando con especial precisión aspectos tales como su ámbito subjetivo, la prelación en los llamamientos o las causas de exclusión.

En definitiva, el lector tiene ante sí una obra de referencia en materia de desempleo que conjuga la profundidad del análisis jurídico con el carácter práctico en el enfoque de los asuntos tratados. Constituye un estudio que puede resultar de indudable interés tanto para los investigadores especializados en el ámbito de la protección social como para quienes se dedican a la práctica profesional, ya que facilitará su labor de asesoramiento y de gestión de los conflictos en la materia, tratándose de una fuente sólida y de fácil manejo.

► **Las otras revistas**

EN BUSCA DE LOS ORÍGENES (II). REFLEXIONES DEL MAESTRO LUIS ENRIQUE DE LA VILLA SOBRE EL PAPEL DE LAS REVISTAS EN LA DOCTRINA LABORAL (PRIMERA PARTE)

Looking for the origins (II): considerations of professor Luis Enrique de la Villa about magazines' role in labor doctrine (first part)

Autor: Jesús R. Mercader Uguina

Cargo: Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

Cuando en el número anterior presentaba esta sección decía que su objeto sería servir de foro de reflexión sobre el significado de las Revistas doctrinales en el mundo laboral en la historia y en la actualidad, tratando, en la medida de lo posible, de evitar balances meramente coyunturales. Para ello, apuntaba, nos acercaremos al estudio conjunto recordando las que fueron y han desaparecido y las que marcan el rumbo de la reflexión doctrinal a día de hoy. Y concluía señalando que, para tal fin, conversaríamos con quien fueron o son hoy sus Directores con el objetivo de reflexionar con ellos sobre los objetivos y las finalidades que se marcaron con su puesta en marcha. A nadie sorprenderá que inaugure estas conversaciones con mi querido Maestro Luis Enrique de la Villa Gil.

La experiencia del Profesor De la Villa es extraordinaria y su afán renovador indiscutible. Iniciamos por ello con él este apartado de reflexiones vivas. Estoy seguro que sus lúcidas ideas y reflexiones serán del interés de

todos cuantos nos dedicamos a la investigación universitaria en el campo laboral.

Pregunta: Muchas gracias Maestro, muchas gracias querido Luis Enrique por prestarte a esta entrevista en la que nos gustaría conocer tus opiniones sobre las revistas en las que has participado como autor y aquellas otras que nacieron bajo tu mano. Por empezar por las primeras:

¿Cuáles eran las revistas jurídicas laborales de referencia cuando comenzaste a desarrollar tu actividad investigadora en la Universidad?

Respuesta: Cuando nosotros empezamos había tres revistas a las que podíamos tener acceso, una era la Revista de Derecho del Trabajo de Pérez Botija. Era un fascículo grande del tamaño de hojas de periódico. Luego estaba la Revista del Ministerio de Trabajo, que era una revista al servicio de la política del Ministerio en la que la mayor parte de las colaboraciones

eran de los funcionarios. En ella se narran, principalmente, las actividades que se desarrollan en él con un enfoque de glosa del estado nacional sindicalista. Y, finalmente, estaba la Revista de Política Social, que era la única revista que coincidía con lo que podríamos entender como una revista científica. La publicaba el Instituto de Estudios Políticos.

Pregunta: Volveremos, si te parece bien, con la Revista de Derecho del Trabajo de Pérez Botija pero ¿Qué recuerdos guardas de la Revista de Política Social" (en adelante, "RPS")?

Respuesta: Esta era una revista institucional, como decía, vinculada al Instituto de Estudios Políticos. En el seno de esta institución publicaban dos revistas excelentes. Una era la Revista de Administración Pública que era una de las mejores revistas que ha habido en España, porque en ella coincidieron un grupo de grandes administrativistas: García de Enterría, Villar Palasí, etc... En ella publiqué varios trabajos¹. Y luego estaba la Revista de Estudios Políticos que, dejando aparte su orientación, tenía autores de mucha categoría.

En aquel momento publicar en la Revista de Política Social para nosotros era el máximo. El primer trabajo que publiqué fue un artículo muy largo sobre la cogestión: "La codecisión y la cogestión en las esferas privada y pública"². Había estado yo en Alemania, en el seminario de Wolfgang Siebert. Allí tomé muchas notas, hice un artículo muy extenso. Y Alonso Olea lo publicó en la Revista de Política Social de la que era Secretario, lo que para mí tiene una importante significación histórica. Además, con motivo de esa primera publicación, Alonso Olea me enseñó a corregir pruebas. Me decía: "tú pon aquí cualquier garabato que los de las imprentas son muy listos".

En ella publiqué muchos trabajos pero guardo especial recuerdo de: "El principio de irrenun-

ciabilidad de los derechos laborales"³, en el número 85 del año 1970. Número en el que, por cierto, se publicaron todas las lecciones magistrales de los que intervenimos en las oposiciones celebradas para la provisión de las Cátedras de Derecho del Trabajo en las Facultades de Derecho de las Universidades de Valencia, Oviedo, Murcia y Santiago de Compostela.

Pregunta: ¿Qué recuerdos tienes de la célebre Revista de Derecho del Trabajo que elaboraba Pérez Botija con su mujer María Palancar? Hemos oído muchos rumores y comentarios sobre la misma pero queremos conocer tu opinión

Como pequeña nota introductoria a la anterior cuestión sepa el lector que la Revista de Derecho del Trabajo nace a comienzos de 1954 y termina su andadura a finales de 1963, cubre e informa en sus sesenta números de diez años decisivos en la evolución de la legislación y la jurisprudencia laboral. Una característica de la Revista de Derecho del Trabajo fue su apertura al exterior. Ello se refleja en el listado de corresponsalías científicas extranjeras que dan su apoyo: Nipperdey, Durand, Barassi, Deveali, Cabanellas, De la Cueva, la única española corresponde a García Oviedo. En 1958 las corresponsalías científicas no incluyen ya a españoles y se añaden a los anteriores corresponsales autores como Hueck, Siebert, Kahn Freund, Carullo y Lega⁴.

Respuesta Contra la historieta que se cuenta de gente malintencionada y perversa de que María Palancar le hacía los trabajos a Pérez Botija, la realidad era completamente distinta. Era más bien al contrario, yo no sé si se los llegaba a escribir, pero le gustaba que María estuviera presente. Creo que es muy interesante para conocer la personalidad de Pérez Botija el trabajo que hace unos años publiqué y que se titulaba "El nuevo Derecho del Trabajo: la portentosa contribución del maestro Eugenio Pérez Botija",

en el libro editado por el Ministerio de Trabajo y coordinado por mí: *Semblanza del profesor Eugenio Pérez Botija*.

Bayón me decía con su tradicional solemnidad: “convendría Villa, que entrará usted con él en sus Seminarios le puede ayudar mucho, le puede ser muy formativo”. Con todo, aunque le tenía gran afecto, me creaba tremendos sobresaltos en el momento de formación en el que me encontraba. A lo mejor, en medio del seminario que impartía y antes de que yo estudiara en Alemania, me pedía que tratara algún tema muy específico del Derecho del Trabajo alemán. Citaba una larga frase en alemán y me pedía que la escribiera en la pizarra. O, una vez que estaba explicando derecho comparado de Seguridad Social, me dice: “A ver Villa, mañana podría usted explicar a los alumnos las singularidades de la Seguridad Social y, en particular, del sistema de pensiones de Grecia y Turquía. Seguro que usted ha estudiado griego en el Colegio”. Afortunadamente, existía una serie legislativa que publicaba la OIT con traducciones y entonces, si tenías suerte te ibas a ir a bucear a la biblioteca de la Facultad y de pronto encontrabas un trabajo suelto, a lo mejor no sobre la invalidez en Turquía y entonces en relación con eso ya elaborabas la intervención que Pérez Botija recibía siempre con elogios.

Cuando acababa la clase, te decía, me voy a casa, le llevo. En medio del camino, decía, voy a parar (y se paraba en las pescaderías coruñesas): ¿Le gustan a usted las angulas?, le voy a regalar unas angulitas (50 gramos). Llegabas a tu casa de tus padres con los 50 gramos y mi padre que era comilón, decía: “tocamos a una angula cada uno”. Pero tenía esos detalles, era entrañable.

Como decía antes, la Revista tenía el formato de un periódico. De relaciones que tenía Pérez Botija, porque asistía a todos los Congresos Internacionales, surgió el listado de corresponsales internacionales. P. Durand era amigo personal suyo. Su trágico fallecimiento en el terremoto de Agadir le causó una profunda

depresión. Luego había una serie de personas, gente bastante significativa, que colaboraba con él. No eran docentes puros. Tenían vinculación con el Ministerio, con la Seguridad Social, con la inspección que era lo normal en las revistas de aquel momento. Entre ellos destacaban Arturo Núñez Samper y, también, Juan Eugenio Blanco (que había estado en la División Azul y era un gran tipo), hermano del que fue el Gobernador Civil de Madrid durante muchos años.

Pregunta: ¿Cómo nacen los míticos “Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo” de la Universidad de Valencia (en adelante, “CCDT”)?

Respuesta: Cuando llegué a la Cátedra de Valencia estaban Ignacio Albiol, e Ignacio García Ninet que se sentaba una silla de tijera, con una radio inmensa porque él es muy melómano y entonces estaba todo el día oyendo música clásica y era un becario sin sueldo. Estaba también un Inspector de Trabajo que se llamaba Alfonso Aguilar y una persona muy, muy interesante, Luis Tarabini, que tiene una hija que es Profesora de nuestra disciplina. Luis estaba en una empresa de Ejecutivo y era inteligente, muy agudo.

Al poco de llegar me invitaron a dar una conferencia y debieron ir a algunos representantes sindicales de sindicatos como UGT o CNT, me oyeron y vieron que no era glosador del régimen, sino que criticaba las cosas y, por supuesto, mucho. A ese colectivo le gustó y un tal (Santiago) Tronchoni que había sido de FAI (Federación Anarquista Ibérica), me iba a ver con frecuencia y me contaba cosas. Eso llegó a ser comentado en la Facultad. Vicente Sampedro, que se había incorporado me dijo: No es bueno que venga tanto el Tronchoni por aquí. Era una persona quizás sin rigor académico pero muy respetable por la historia que había vivido. Si te fijas en el número 1 escribe un trabajo Tronchoni⁵. También se me ocurrió hacer una encuesta sobre las colectivizaciones en todo Levante en las que realizaba 40-50 preguntas a quienes

vivieron esa regulación y pensamos publicarlo. Todavía conservo ese material, que nunca he decidido hacer público porque siendo original y entrañable, resultó excesivamente voluntarista.

En esa línea pensé: ¿Por qué no hacer una publicación periódica? Pero no teníamos dinero para ello. Hablé con el Decano de la Facultad, Miaja de la Muela, internacionalista. Me dijo: "claro compañero, pero es que si hiciéramos eso, todos los colegas (menuda es la gente), aquí pediría todo el mundo". A través de amigos conseguimos fondos. En todos los números se ponía en la contraportada quien había colaborado económicamente y entonces conseguimos el apoyo de los tranvías de Valencia que dependían de una cooperativa que se llamaba SALTUV. También de Astilleros Españoles, SA; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia, la Unión Naval de Levante. Con esa ayuda y una imprenta modesta intentamos hacer la revista. Hicimos el primer número muy bien, el segundo, el tercero y el cuarto.

Lo que quise era hacer una revista distinta, no una revista neutral, una revista de compromiso. Esto que decía Celaya al maldecir la poesía "entendida como un lujo, cultural por los neutrales", con cuidado de no mancharse. Me pareció que era importante que las Cátedras tuvieran una comunicación y por eso incorporamos una sección de todo lo que estaban haciendo. De toda la gente que estaba haciendo tesis en España, en cada Universidad. Incluíamos, además, una crítica de dos libros: uno moderno y uno antiguo también desde una óptica muy crítica, ahí es donde hice, por ejemplo, la crítica no hagiográfica del Derecho del Trabajo de Alonso Olea⁶. A pesar de que concluía reconociendo que el libro era el mejor publicado en España, no le gustó mucho al gran maestro.

En todos los números se publicaba un estudio. En el primer número publicó Albiol, "En torno a la polémica ajenidad-dependencia"⁷. En el número 2 publicó Montalvo, "Absorción y compensación de salarios en los convenios

colectivos"⁸. En el número 3 Almansa, "Los principios generales del derecho en las fuentes normativas del derecho del trabajo"⁹. Y en el número 4 yo publiqué *Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho Español*¹⁰. Luego pequeños comentarios de lo que va iba pasando o de alguna sentencia. Ahí, por ejemplo, comentó yo la primera sentencia que se declara un futbolista trabajador: "Los futbolistas son trabajadores"¹¹.

En aquellos días ese anunció una conferencia para que yo hablara de esa sentencia en el edificio de la antigua Universidad de Valencia, en el Paraninfo. No me di cuenta que era un miércoles que eran el día de los partidos de la Copa de Europa. Solo había una señora. Estuve esperando un rato y ya le dije, señora, ¿usted tiene interés? Si quiere usted nos tomamos un café y hablamos un poquito. Es quizás el ejemplo de la conferencia en que he tenido menos número de asistentes. El máximo lo tuve en una conferencia que dimos el Prof. Sagardoy y yo mismo en Colombia con motivo de la Olimpiada de la discapacidad, en un campo de fútbol y había allí 50 o 60.000 personas¹². En ella Sagardoy recomendaba a los discapacitados: "ustedes lo que deberían hacer para defender sus derechos es sacar sus carritos a la calle e interrumpir el tráfico". Además vi, por vez primera, la traducción al lenguaje de signos cosa que ahora es frecuente, pero entonces llama mucho la atención.

Pregunta: ¿Cuándo llegas a la Universidad de Madrid los "Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo" se convierten en los "Cuadernos de Derecho del Trabajo" (en adelante, "CDT")?

Respuesta: Al volver al Madrid en 1974, contratado como Catedrático por el CEU, convertido los Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo en Cuadernos de Derecho del Trabajo, y junto con Juan Antonio Sagardoy y creamos la Sociedad de Estudios Laborales (SELSA) que vive lo que vive esa revista.

Hicimos 5 números, un número cero y 4 números. El último fue el que publicó las intervenciones de unas Jornadas muy importantes sobre la Constitución Española, en la que aportaron Ponencias grandes profesores europeos como Gérard Lyon Caen, Verdier, Giugni, Mancini y Däubler, acompañados del organizador Rodríguez-Piñero, más Valdés, Ojeda, Durán y Martín Valverde. Miguel aceptó que Aurelio Desdentado y yo aportáramos el primer trabajo laboralista sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social.

Para financiar la los CDT, conseguimos Sagaroy y yo el apoyo de unos hermanos de cuantiosa fortuna que tenían varios negocios. Les encantaba reunirse con nosotros porque disfrutaban de la conversación sobre temas, sociales, políticos o económicos, de actualidad, cuya importancia su generosidad sobrevaloraba.

Cuando me incorporé a la Universidad Autónoma de Madrid en 1976, habían cambiado mucho las circunstancias, dejamos de publicar la revista y además disolvimos SELSA.

Pregunta: Querido Luis Enrique ha sido interesantísimo todo lo que nos has contado y seguro que los lectores estarán encantados de conocer todas estas vivencias. Pero creo que nos queda otro ámbito muy importante de tu actividad como Director de Revistas: La Dirección de las distintas ediciones de la Revista del Ministerio de Trabajo en sus tres épocas desde 1989 hasta este mismo año. Creo que esto merece un tratamiento aparte. Así que, si te parece, quedamos emplazados a una nueva conversación para recabar tus vivencias en relación con la trayectoria de esta Revista tan importante en la historia de nuestra disciplina.

Respuesta: Perfecto, Jesús. Quedamos emplazados para seguir conversando mientras de-

gustamos un pato laqueado buenísimo, en un moderno restorán en el que los chinos hablan un castellano perfecto porque son peruanos.

[1] Ejemplo de ello son los artículos *La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado*, *Revista de administración pública*, 1963, núm. 40, pp. 121 a 176, o *Los convenios colectivos en la Administración Pública: sobre la experiencia positiva de USA*, 1965, núm. 46, pp. 419 a 430.

[2] RPS, 1959, núm. 41, pp. 39 a 117.

[3] RPS, 1970, núm. 85, pp. 7 a 75.

[4] Un extenso análisis del significado de esta revista puede verse en M. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Pérez Botija y la Revista de Derecho del Trabajo, L.E. DE LA VILLA (Coord.), *Semblanza del profesor Eugenio Pérez Botija*, Madrid, MESS, 2016, pp. 53-77. En concreto, las referencias aquí citadas corresponden a p. 56.

[5] Efectivamente, en el n.º 1 de los Cuadernos de la Catedra de Derecho del Trabajo aparece un trabajo de Santiago Tronchoni que firma como "Obrero", sobre el tema: "El sindicato profesional", pp. 51-53.

[6] CCDT, 1971, núm. 2, pp. 111 a 118.

[7] CCDT, 1971, núm. 1, pp. 1 a 44.

[8] CCDT, 1972, núm. 2, pp. 1 a 44.

[9] CCDT, 1972, núm. 3, pp. 1 a 48.

[10] CCDT, 1972, núm. 4, pp. 1 a 88.

[11] En CCDT, 1971, núm. 2, pp. 45 a 55. La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de junio de 1971 "Asunto Pipi" que podemos encontrar reproducida en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 79, pp. 853 a 858.

[12] De la que queda la huella del artículo de L.E. VILLA GIL y J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El derecho al trabajo de los minusválidos*, RT, 1985, núm. 79, pp. 9 a 33.

► Diálogo social y solución de conflictos

SEXTO ACUERDO DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES DE ÁMBITO ESTATAL: LA MADUREZ DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

Sixth agreement independent labour dispute resolution at the state level: the maturity of the system

Autora: Beatriz Losada Crespo

Cargo: Inspectora de Trabajo y Seguridad Social Directora de la Fundación SIMA FSP

Resumen: Tras 25 años de la firma del primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos (ASEC) . el pasado 26 de noviembre de 2020, se firma el sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos, donde las organizaciones firmantes reconocen la madurez y consolidación del sistema a través de importantísimas novedades que sitúan el sistema de solución autónoma español al más alto nivel internacional. Se abandona el modelo exclusivamente reactivo ante la presencia del conflicto laboral, apostando por un modelo preventivo del conflicto y llamando a la autonomía colectiva para la promoción de la negociación.

Palabras clave: Conflicto, solución autónoma, prevención, negociación.

Abstract: After 25 years of the signing of the first agreement on extrajudicial labour dispute resolution, the sixth agreement independent labour dispute resolution was signed on November 26, 2020, where the signatory organizations recognize the maturity and consolidation of the system through very important new features that place the system of independent Spanish solution at the highest international level. The exclusively reactive model is abandoned in the presence of labor conflict, betting on a preventive model of the dispute and relying on collective to promote negotiation.

Keywords: Dispute, independent, solution, prevention, negotiation.

SUMARIO

- I. MODELO DE RELACIONES LABORALES
- II. VEINTICINCO AÑOS DEL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES ESPAÑOL
- III. VI ACUERDO DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES

I. MODELO DE RELACIONES LABORALES

El modelo de relaciones laborales derivado de la Constitución Española y que gira en torno a los artículos 7 y 37, da vida a un modelo basado, sin duda, en el diálogo. Esta premisa constituye el eje central en todos los modelos de relaciones laborales de las sociedades desarrolladas: el conflicto laboral tiene una fisonomía propia y su trascendencia pública obliga de un lado, a un reconocimiento social y jurídico pero también, al establecimiento de vías de solución del mismo.

Las sociedades desarrolladas reconocen de manera clara y expresa la existencia del conflicto laboral y lo vinculan al establecimiento de vías que permitan su solución pacífica a través de normas, de instituciones y de procesos sociales. Todo ello constituye un sistema de relaciones laborales donde se produce, por un lado el reconocimiento de la realidad del conflicto en el seno de la sociedad y de su funcionalidad, dado que el conflicto siempre cumple una función social y permite el avance de la propia sociedad y de su desarrollo, provocando así en primer lugar un conjunto normativo propio basado en el diálogo social, igualmente aparecen unos agentes protagonistas de este conflicto y sus asociaciones, que son aquellos que están legitimados para alcanzar la solución del mismo a través de la negociación. Por ello el reconocimiento de que los agentes sociales pueden organizarse en asociaciones representativas libremente y que el objeto principal de las mismas sea la negociación colectiva en defensa de sus respectivos intereses es presupuesto fundamental del sistema de relaciones laborales en una sociedad democrática.

Junto a ello, el reconocimiento de la existencia de instrumentos de presión de trascendencia, tanto interna como externa a la propia empresa, permiten encauzar el conflicto sin encorsetarlo, simplemente creando

instrumentos de presión de las partes, que hacen posible a su vez la negociación.

Solo podremos hablar de un sistema democrático de relaciones laborales si se reconoce la legitimidad tanto de las medidas de fuerza como por ejemplo la huelga, como de otras medidas o instrumentos basados en una solución pacífica.

Por ello constituye una consecuencia lógica la creación o el establecimiento de vías de solución pacíficas del conflicto que permitan que el conflicto se desarrolle y se solvete minimizando sus consecuencias negativas y potenciando sus efectos positivos.

Es en este marco, donde se desarrolla el establecimiento dentro de nuestro ordenamiento de vías de solución pacífica del conflicto que se materializaron a partir del año 1996.

II. VEINTICINCO AÑOS DEL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES ESPAÑOL

Desde la firma del primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos, el 25 de enero de 1996 han transcurrido casi 25 años.

El primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos suponía claramente la voluntad decidida de las organizaciones firmantes CCOO, UGT, CEOE y CEPYME de poner en marcha y desarrollar un mecanismo de solución de conflictos colectivos laborales de ámbito superior a una comunidad autónoma.

Aquella voluntad se vio reafirmada con cada nueva actualización del acuerdo, en las que se fueron introduciendo aquellas mejoras necesarias para adaptarlo a la experiencia

adquirida en el transcurso de los años y a la evolución de las relaciones laborales en España.

Es indudable que estos acuerdos han contribuido a la mejora de la comunicación y el encuentro entre las partes abordando la resolución de los conflictos colectivos laborales siempre desde la negociación en aras de alcanzar un acuerdo reduciendo el nivel de conflictividad y siempre como una alternativa a la judicialización dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

Desde sus orígenes, el modelo de solución extrajudicial, basado en la adhesión voluntaria, evolucionó hasta la importantísima modificación obrada en el año 2012, cuando las organizaciones firmantes del quinto acuerdo de solución (V-ASAC), optaron por denominarlo por primera vez como sistema de solución autónomo, por contraposición a la anterior denominación como extra judicial y poniendo con ello el acento en que la principal característica era que se configuraba como una verdadera alternativa a la vía judicial, permitiendo por lo tanto a través de este ejercicio responsable de la autonomía colectiva, instaurar un buen clima laboral en las empresas.

Igualmente, el V Acuerdo introduce el reconocimiento de su eficacia general y directa de modo que ya no era necesario una adhesión expresa al acuerdo, pasando a ser obligatorio acudir a las instalaciones de la Fundación SIMA -FSP para intentar resolver los conflictos colectivos laborales incluidos en su ámbito funcional, a través de los procedimientos de mediación o arbitraje, ampliando su ámbito de aplicación a todos los sectores y empresas.

Con fecha 26 de noviembre del año 2020¹, la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, de la Unión General de Trabajadores, de la Confederación Espa-

ñola de Organizaciones Empresariales y de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, firman el sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos laborales.

III. VI ACUERDO DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES

Con la firma de este sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos, los interlocutores sociales dan un paso más hacia la promoción de los sistemas autónomos de solución de conflictos introduciendo cambios relevantes.

Estas organizaciones que ostentan la representatividad exigida en el título tercero del texto refundido del Estatuto de los trabajadores conforme el contenido del artículo 83.3 del mismo, alcanzan un acuerdo sobre materias concretas, al que dotan de una eficacia general y directa para todas las empresas y personas trabajadoras y sus respectivos representantes correspondientes a los ámbitos de actuación incluidos en el mismo.

El VI ASAC se pone a disposición de la autonomía colectiva, tanto para la promoción de la negociación como para prevenir controversias siempre que esto sea a petición de ambas partes.

Igualmente se extiende el ámbito personal de aplicación, en este caso previa adhesión, a las empleadas y empleados públicos de la Administración General del Estado y demás entidades de derecho público de ellas dependientes para la solución de conflictos colectivos.

Del mismo modo, se extiende su ámbito de aplicación a las personas trabajadoras au-

tónomas económicamente dependientes en las controversias colectivas derivadas de sus acuerdos de interés personal.

Se incorporan importantes novedades relativas a la necesidad de crear un código ético para el desarrollo de la función mediadora y el arbitraje, como eje sobre el que se asienta la actuación de estas personas en el desarrollo de esta labor fundamental.

Sin lugar a duda, con el sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos se alcanza la madurez del sistema. El sistema deja de ser exclusivamente reactivo, conviviendo con un modelo proactivo que hace pivotar sobre el ejercicio responsable de la autonomía colectiva de los agentes sociales, la capacidad de impulsar la negociación y prevenir el conflicto.

El impulso de la negociación colectiva dentro del respeto a la autonomía de las partes, pone el sistema a su servicio, a través de iniciativas tendentes a estimular la actividad negociadora y sugerir el desarrollo de sus contenidos.

Igualmente, no va a ser necesario esperar a que se produzca un conflicto para poder acudir a un proceso de mediación o arbitraje, sino que cuando ambas partes lo estimen oportuno podrán acudir a la Fundación con una finalidad preventiva del conflicto.

Otro de los aspectos fundamentales tratados en este sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos de manera innovadora, es prescindir de la tradicional configuración sectorial de vinculación de las personas que ejercen labores de mediación o de arbitraje.

Del mismo modo, la formación se convierte en un elemento relevante dado que aspira a impulsar un modelo formativo común con el resto de organismos autonómicos, dotando así de profesionalidad a las personas

que ejercen tales funciones en el ámbito laboral.

Resulta igualmente importante, el refuerzo sobre la confianza de las partes en los sistemas de solución autónoma de conflictos, poniendo a su disposición dos figuras novedosas como son la abstención y la recusación del mediador o mediadora. Como sabemos los procesos de mediación giran en torno a la relación de confianza de las partes en conflicto respecto a la persona que ejerce la función mediadora. Solo desde la imparcialidad y desde la neutralidad puede ayudarse a las partes en conflicto. Las partes en conflicto, es decir, representaciones legales de personas trabajadoras o de empresas tienen a su disposición herramientas como la recusación para poner de manifiesto la pérdida de confianza sobre la persona que ejerce la labor mediadora. Del mismo modo se pone a disposición de los que consideren que no deben intervenir, la figura de la abstención, por considerar que concurre causa de incompatibilidad.

Destacan igualmente las novedades introducidas en la gestión de los procedimientos específicos en los supuestos de huelga, dado que se requiere exclusivamente la acreditación de haber instado el procedimiento de mediación al momento de comunicar formalmente la huelga, facilitando por lo tanto que la mediación se pueda realizar durante el periodo de preaviso y que se extienda por todo el tiempo que sea necesario con la finalidad de poner fin a las discrepancias que originan el conflicto, extendiéndose incluso durante la celebración de la huelga con la finalidad de poner fin a la misma.

La madurez y consolidación del sistema han ofrecido a las partes firmantes del acuerdo, el respaldo suficiente para apostar por la figura del órgano unipersonal en los procesos de mediación y de arbitraje, pudiendo incluso delegar en el servicio Interconfederal de me-

diación y arbitraje la designación de la persona que intervendrá en el procedimiento en cuestión, en ausencia de elección por las partes.

No podemos olvidar, para finalizar, lo relevante que resulta para los agentes sociales un funcionamiento rápido y efectivo de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, incluyendo en este sexto acuerdo un anexo de recomendaciones donde se insiste en el importante papel que en nuestro ordenamiento jurídico ocupan las comisiones paritarias.

El sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos tiene por objeto servir de referencia a los distintos sistemas de solución de conflictos que pudieran acordarse tanto a nivel territorial como sectorial o de empresa siempre dentro del respeto absoluto de su autonomía.

Sin duda, debemos coincidir con las organizaciones firmantes del sexto acuerdo, que

son múltiples los beneficios que estos sistemas despliegan en las relaciones laborales con la consecuente incidencia en la economía y en la sociedad en su conjunto.

Este sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos representa un esfuerzo conciliador de las organizaciones firmantes y sobre todo un acto valiente de futuro, abandonando un modelo exclusivamente reactivo para apostar por el futuro de las relaciones laborales basado en que los agentes sociales gestionarán las relaciones laborales desde un punto de vista integral: negociación, prevención del conflicto y solución pacífica del mismo.

[1] Fecha publicación en BOE: 23/12/2020 Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial), siendo partes firmantes las organizaciones CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. CONTE

► **Reflexión monográfica**

EFFECTOS SECUNDARIOS DEL ERROR DE DIAGNÓSTICO EN LAS DOLENCIAS DEL DERECHO DE HUELGA

Side effects of diagnostic error in the wrongs of right to strike

Autora: M. Luisa Gómez Garrido

Cargo: Presidenta de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha. Doctora en Derecho

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE HUELGA EN ESPAÑA, UN CASO DE CREACIÓN Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
- II. Y ENTRE MEDIAS, LA ANUNCIADA DEROGACIÓN DEL ART. 315.3 DEL CP
- III. LAS EVENTUALES CONSECUENCIAS DE LA DEROGACIÓN DEL ART. 315.3 DEL CP DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PENAS A IMPONER
- IV. LA BASE DEL ENTUERTO. EL MALETENDIDO EN CUANTO A LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
- V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE HUELGA EN ESPAÑA, UN CASO DE CREACIÓN Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

La historia del derecho de huelga en España presenta peculiaridades que se relacionan en gran medida con el sobradamente conocido abandono legislativo. Ciertamente, puede considerarse una anomalía histórica que, a pesar de la solemne proclama del art. 28.2 de la CE, que tras definir la huelga

como un derecho fundamental, prevé de manera expresa una ley de regulación (necesariamente de rango orgánico por imperativo del art. 81.1 de la CE), la institución siga rigiéndose por el preconstitucional RDL 17/1977 de 4 de marzo, depurado y reconstruido por la [STC 11/1981 de 8 de abril](#). Resulta también clásica la reclamación de una regulación del derecho de huelga, asentada más bien en sectores doctrinales, en la patronal, e incluso en ciertos periodos históricos, en la opinión pública,

que en el ámbito sindical, reacio a cualquier tipo de regulación.

Pero ante una situación como la indicada, resulta más que oportuno preguntarse: ¿cómo es posible que una democracia constitucional, un estado de derecho refinado como el español, haya sobrevivido más de cuarenta años sin regular el derecho de huelga? La respuesta puede resultar de la consideración de un conjunto complejo de factores, pero es, en todo caso, más sencilla de lo que cabría esperar. Hemos sobrevivido porque sí tenemos regulación, y esta es lo bastante y razonablemente buena, como para que los sindicatos puedan permitirse el lujo de ser tan reticentes a una más completa normativización del derecho de huelga, de la que no parece que quieran ni oír hablar tras el fracasado intento del proyecto de Ley Orgánica de huelga y de medidas de conflicto colectivo de 1992, tal vez en el entendimiento de que cualquier regulación del derecho de huelga debería acometer algunas limitaciones a su ejercicio, particularmente en el ámbito de la preservación de los servicios mínimos y de los servicios esenciales, seguramente mayor que la prevista en aquel proyecto de 1992.

La regulación del derecho de huelga con la que contamos tiene sin lugar a dudas una importante peculiaridad. Esta es que su base no está formada por reglas en el sentido estricto del término, es decir, por normas escritas emanadas del legislativo, excepto por lo que se refiere al ya citado RDL 17/1977. Sino por un importante acerbo de pronunciamientos constitucionales y judiciales. El primero de ellos, la [STC 11/1982](#) ya aludida, que reconstruyó íntegramente la norma preconstitucional, en una sentencia ya no solo interpretativa sino abiertamente creativa, que reventó ya muy tempranamente todos los límites posibles de los pronunciamientos constitucionales. Y después, un séquito numeroso de sentencias del mismo TC y de otros órganos judiciales, particularmente y

como es lógico, del Tribunal Supremo. Nuestro modelo regulativo es, entonces, muy distinto al habitual en nuestro sistema, que es justamente al revés, esto es, una base normativa, sobre la que se asienta una jurisprudencia de desarrollo más o menos amplia según los casos. Lo que ocurre con el derecho de huelga, es que su regulación está formada en su mayor parte por una amplísima casuística judicial y constitucional que ha conformado un paradigma de referencia. Quien quiera saber sobre el derecho de huelga, debe afrontar un estudio mucho más cercano al anglosajón, de tipo problemático y predictivo, que al europeo continental, de tipo sistemático y analítico. Esto es, el derecho español es, en materia del derecho de huelga, mucho más parecido al sistema del precedente en el *common law*, que al de legalidad del *civil law*.

Por otra parte, la regulación resultante de este conjunto paradigmático de decisiones judiciales y del Tribunal Constitucional, ha resultado ser muy garantista con el derecho de huelga, que ha configurado dentro del modelo de la huelga-derecho *erga omnes*, tan lejano ya no solo de los antiguos modelos de huelga-delito, sino incluso de huelga-libertad tolerada, o de los sistemas contractualistas. Se ha hecho esto además confiriendo un innegable protagonismo a los sindicatos. Reconociendo para el derecho de huelga un amplio margen de ejercicio, incluso en los límites siempre brumosos de las huelgas ilegales y las abusivas. Determinando la extensión posible de los servicios de seguridad y mantenimiento, y de los servicios mínimos, en atención a una exigencia de adecuación o proporcionalidad entre interés general esgrimido y la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga, así como imponiendo una fuerte justificación a los actos administrativos relacionados con los servicios esenciales. Ampliando el concepto de esquirolaje. Y en fin, estableciendo un cauce seguro de desarrollo.

Ante este panorama, puede comprenderse mejor que hiciera fortuna el conocido lema de los sindicatos: «la mejor ley de huelga es la que no existe». No resulta ser un aspecto lo suficientemente ponderado, pero lo que se deriva del mismo, no es ya solo la mera reticencia a una regulación del derecho de huelga, que pudiera otorgar al parlamento y a la ley emanada del mismo mayor protagonismo que a la negociación con los sindicatos, como por el contrario ocurrió con el proyecto de Ley orgánica de 1992. Sino también, y no en menor medida, una confianza tan grande como merecida en la administración que el poder judicial está realizando del derecho de huelga y de sus implicaciones prácticas. No cabe duda alguna de que, si la situación fuera de otra manera, si la administración judicial del derecho de huelga hubiera sido reprochable, no hubiera propiciado una protección adecuada, o no hubiera sido capaz de generar un corpus sólido de respuestas útiles, entonces y justamente al revés de lo que ahora ocurre, sería esperable que los propios sindicatos tuvieran interés en sustituir esa administración fundamentalmente judicial del derecho de huelga, por una regulación legal más completa que dispensara otro marco de referencia.

II. Y ENTRE MEDIAS, LA ANUNCIADA DEROGACIÓN DEL ART. 315.3 DEL CP

Si el análisis que se viene haciendo hasta el momento tiene algún fundamento, entonces la conclusión más evidente es que el legislador, la sociedad y los agentes sociales, y muy especialmente los sindicatos, parecen estar satisfechos en lo esencial con la administración judicial del derecho de huelga. Y como se viene sosteniendo, con mucha razón. Ahora bien, esta administración judicial se realiza en un frente muy amplio, que no se refiere

solo a las soluciones del Tribunal Constitucional o a la jurisprudencia y los criterios judiciales de la jurisdicción social, sino también en el ámbito de la jurisdicción penal, cuya intervención en dicha administración ha sido francamente irrelevante a efectos cuantitativos, pero significativa desde la perspectiva material. Allí donde empieza el trabajo de la jurisdicción penal, se sitúa el límite del ejercicio lícito del derecho de huelga. Y es precisamente en este ámbito donde se está produciendo en este momento un intento de incidir en la *constructa* que sustenta el derecho de huelga, como consecuencia de la iniciativa legislativa que tiene por objeto la derogación del art. 315.3 del CP, y que al momento de escribirse estas líneas, acaba de ser aprobada en el Congreso y remitida al Senado. Es posible que tal situación no se traduzca en una real afectación de los elementos básicos de la institución, pero las consideraciones metajurídicas que sobrevuelan las jurídicas concernidas en el caso, presentan un indudable interés. Particularmente porque, como se intentará demostrar, la reforma legislativa de los delitos relacionados con el derecho de huelga podría resultar finalmente intrascendente, o incluso deparar un indeseado efecto contrario al pretendido.

Como es bien sabido, en septiembre de 2020 el Grupo Parlamentario Socialista registró en el Congreso una «Proposición de Ley Orgánica de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal» (BOCG de 18 de septiembre de 2020), en el que se castiga la participación en los que daremos en llamar *piquetes violentos*. Que se quiera eliminar dicha tipificación es una simple cuestión de política o de oportunidad legislativas, perfectamente legítimas. Presentan mayor interés, sin embargo, las razones esgrimidas para llevar a cabo tal modificación legislativa, el eventual desajuste entre dichas razones y la realidad de las cosas, y la consecuencia final que tal desajuste puede tener en la penalidad de la conducta. Vayamos por partes.

En cuanto a las razones esgrimidas para eliminar el referido tipo, es sobradamente conocido el llamado *argumentario* político que se ha repetido machaconamente desde fechas anteriores a la presentación de la proposición de Ley orgánica hasta momentos más recientes, que básicamente ha consistido en afirmar: a/ que el anterior gobierno conservador había criminalizado el derecho de huelga b/ que a tal efecto, además de castigar penalmente los piquetes, se había azuzado a la fiscalía general del estado, que había dictado instrucciones para perseguir a los piquetes y c/ que el actual gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sustentaba iba a acabar con tal situación para hacer posible el derecho de huelga hasta ahora condicionado. Tales afirmaciones han tenido cierto éxito en parte de la opinión pública y de los medios de comunicación demostrando, una vez más, qué fácil es ocupar el espacio dejado por la falta de explicaciones ofrecidas desde los ámbitos más profesionales.

No hace falta retrotraernos en el tiempo a momentos históricos remotos. Basta con examinar el más reciente y vigente código penal de 1995, el llamado popularmente *código penal de la democracia*, aprobado en la etapa de un gobierno socialista, siendo ministro de justicia Juan Alberto Belloch, para constatar que la redacción originaria de su art. 315, además de castigar a quienes “mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”, hacía lo propio en su apartado tercero con quienes “actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga”, con una redacción en cuanto a la descripción del tipo, exactamente coincidente con la vigente que ahora se quiere derogar.

No es discutible que en tal precepto no se castiga la mera participación en piquetes, sino algo de muy distinta naturaleza, el ejer-

cicio de coacciones para impedir a los demás hacer lo que desean, o dicho de otro modo, el empeño en dar a una huelga una extensión mayor de la que espontáneamente pudiera alcanzar, por medio de grupos de personas que desarrollan actitudes intimidatorias.

Pues bien, lo que ocurrió con la reforma operada en el código penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que se promulgó, esta vez sí, con una mayoría parlamentaria y un gobierno conservador, es que, manteniéndose el tipo penal en sus estrictos términos, se rebajó la penalidad. En efecto, si antes la participación en piquetes violentos se castigaba igual que limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga cuando ello se hacía con fuerza, violencia o intimidación, esto es, con pena de prisión de tres años y un día a cuatro años y medio, y multa de doce meses y un día a dieciocho meses, ahora la pena era de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses. Decimos que se rebajó la penalidad porque se aumentó algo la pena de multa, pero esta se conformaba como optativa y no acumulativa con la de prisión, que, esta sí, se reducía sustancialmente.

Además de lo anterior, no se conoce la existencia de ninguna instrucción de la Fiscalía General del Estado que incidiera de manera específica en los delitos contra los derechos de los trabajadores, incluyendo el delito de participación en piquetes violentos del art. 315.3 del CP, y mucho menos para estimular su persecución, o para dar criterios que implicaran un tratamiento procesal más severo. La única circular publicada que desde el año 2015 hasta la fecha se ha referido a tales delitos, ha sido la 3/2015, «sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015», que tenía como único objeto establecer unas pautas interpretativas sobre las disposiciones transitorias contenidas en la Ley de reforma, que podían incidir

en la reducción de la penalidad en delitos ya sentenciados. Nada que ver, como puede observarse, con una pretendida promoción de la persecución de los piquetes, cualquiera que fuera la naturaleza de estos.

Por otro lado, no existe constancia alguna de que se produjera a partir de 2015 un aumento significativo de detenciones y posteriores enjuiciamientos y condenas de personas implicadas en actos coactivos relacionados con su integración en piquetes de huelga, por más que la detención y condena por tales hechos pudiera estar plenamente justificada. La razón de que no tengamos datos seguros al respecto, es que ni los datos de detenciones de los anuarios estadísticos del Ministerio del Interior, ni las estadísticas de condenados del INE y del CGPJ, que toman como fuente de información las condenas en sentencias firmes e inscritas en el Registro Central de penados, distinguen entre la variedad de tipos de delitos contenidos como delitos contra los derechos de los trabajadores en el título XV del libro II del código penal. Recuérdese que en el título reseñado se contiene una variedad de tipos penales, relativos a conductas especialmente graves de vulneración de los derechos de los trabajadores, contra la libertad sindical, en materia de normas de seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de mano de obra, migración fraudulenta, etc. Pues bien, las estadísticas aludidas no informan de las detenciones ni de las condenas por cada tipo de delito, y solo se refieren con carácter general a la categoría de delitos contra los derechos de los trabajadores¹.

En realidad, la única pista sólida que tenemos sobre el número de delitos cometidos, estrictamente relativos a la participación en piquetes violentos, proviene de los repertorios jurisprudenciales, que aún así ofrecen datos parciales, dado que solo contienen las resoluciones dictadas por órganos judiciales unipersonales de especial interés, limitán-

dose a acoger las sentencias de los tribunales colegiados, y sin hacer mención alguna a las actuaciones instructoras previas. Aún así, el resultado es más que significativo. Del conjunto de 3673 resoluciones contenidas en el tesoro del Centro de Documentación Judicial del Poder Judicial (del que se nutren el resto de repertorios suministrados por empresas privadas del país), dictadas en materia de "delitos contra los derechos de los trabajadores", solo 43 se refiere a "delitos contra el derecho de huelga", esto es, el 1,17% del total de sentencias del indicado grupo general². A su vez, examinadas las 43 sentencias indicadas, resultan ser casi todas ellas de Audiencias Provinciales, menos una del Tribunal Supremo y siete de Juzgados de lo Penal. Por otra parte, 8 son absolutorias o confirmatorias de absolución, y 35 condenatorias o confirmatorias de condena, aunque en este caso se produce en alguna de ellas matizaciones en la calificación de los delitos. Finalmente, la consideración del número de sentencias por año en la materia concernida, pone de manifiesto que no existe realmente una variación significativa en el número de pronunciamientos judiciales sobre la participación en piquetes violentos a partir de 2015, o en los años inmediatamente posteriores, aplicando el natural retraso de las instrucciones previas, en cuanto ya en años anteriores, y particularmente entre 2006 y 2014, el número de pronunciamientos por año se encontraba notablemente estabilizado en unos tres casos al año³.

Es seguro, como se acaba de hacer notar, que existen más investigaciones o instrucciones judiciales previas, y posteriores pronunciamientos de los juzgados de lo penal, que no se reflejan en los datos del Centro de Documentación judicial. Pero si tales decisiones no han llegado al conocimiento de las audiencias provinciales, significa, o bien que se ha producido una sentencia de conformidad, o bien que las partes se han conformado luego con el pronunciamiento, que debemos

suponer generalmente absolutorio para los acusados, dado que en la mayor parte de los casos decididos por las audiencias provinciales que constan en los repertorios, los recurrentes eran los integrantes de los piquetes violentos que habían sido condenados inicialmente. En todo caso, si hubiera producido un cierto incremento de actividad judicial en algunos de los años considerados, en los órganos judiciales cuyas resoluciones no se recogen en los repertorios, tal eventual circunstancia estaría plenamente justificada si se considera el dato sociológico relativo a la conflictividad social, y en especial al número de huelgas convocadas en momentos históricos concretos, relacionados con crisis económicas claramente identificables. De este modo, y tal como se deriva de las estadísticas de huelgas ofrecidas por el Ministerio de Trabajo, el número de huelgas promovidas al año en todo el país estaba sustancialmente estabilizada hasta que el comienzo de la gran crisis de 2008, cuando se incrementa el número de huelgas convocadas, incluyendo las huelgas generales consecutivas de 2010, 2011 y 2012, volviendo a estabilizar a partir de 2014 con un cierto repunte en el año 2019, y sin incidencias significativas a partir de la reforma del código penal de 2015 a la que ya nos referimos⁴.

Para terminar este breve repaso por la realidad del tratamiento de los piquetes violentos en la jurisdicción penal, parece conveniente recordar, aun a grandes rasgos, qué tipo de conductas se están castigando en el caso de sentencias condenatorias. Existe una notable variedad resultante de la inevitable casuística, pero la gran mayoría, con aplastante prevalencia, se refieren a la realización de actos que impiden a terceros auto determinar su voluntad, profiriéndose graves amenazas e insultos⁵, ejecutando agresiones físicas, tanto a particulares como a agentes de la autoridad (en este caso se entra en concurso con lesiones y atentado a la autoridad), y daños en las cosas (el destrozo de locales,

las pintadas y el daño en vehículos son los más frecuentes), impidiendo la entrada o salida de recintos, en este último caso encerrando a las víctimas, y en fin, el ejercicio de compulsión causada por acciones de intenso amedrantamiento, derivado no solo de la intervención de grupos numerosos (en algunas sentencias de hasta 200 personas), sino también del uso de petardos de gran intensidad y otros mecanismos explosivos que han causado daños de cierta importancia, y lesiones en las personas.

El análisis de las resoluciones judiciales dictadas en relación al delito del art. 315.3 del CP, y la consideración de los factores sociológicos que han rodeado la conflictividad generadora de los hechos enjuiciados, desmonta con inusitada facilidad aquel *argumentario* que ha tenido por objeto justificar una medida legislativa que no precisaba en absoluto de tales consideraciones. En efecto, la tipificación del delito de participación en piquetes violentos es muy anterior a la reforma de la Ley Orgánica 3/2015, que solo redujo la penalidad prevista. No solo no existe constancia de cambio alguno de criterio en la fiscalía en relación a tales delitos, sino que tampoco existe rastro de un incremento de la actividad punitiva en el ámbito de tales conductas, a pesar del incremento en algunos momentos históricos concretamente determinados de la conflictividad social. Y nada de lo relatado en las sentencias condenatorias analizadas se relaciona con el ejercicio del derecho de huelga, ni con la participación en piquetes informativos. Se trata, por el contrario, de actos de vandalismo y acusada violencia, cuya criminalización no puede ser cuestionada, salvo que se quiera dejar un ámbito de impunidad paralelo a la inevitable desprotección que ello generaría en la sociedad, por el simple hecho de que tales hechos se producen en el ámbito de una huelga.

III. LAS EVENTUALES CONSECUENCIAS DE LA DEROGACIÓN DEL ART. 315.3 DEL CP DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PENAS A IMPONER

Llegado este punto, parece igualmente interesante considerar el efecto jurídico de la inminente derogación del art. 315.3 del CP, que no parece vaya a ser despenalizar ciertas conductas, y ni tan siquiera proveer para las mismas una penalidad menor.

Resulta ciertamente significativas las consideraciones contenidas en la exposición de motivos de la Proposición de Ley Orgánica de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal, a la que ya hicimos referencia con anterioridad, y en las que se produce una marcada infiltración de tipo abiertamente político y estratégico, en detrimento de las invocaciones estrictamente jurídicas. De este modo, se atribuye al gobierno conservador llegado al poder en 2012 un «proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno», así como la adopción de una reforma laboral que, no pareciendo suficiente al anterior gobierno así recriminado, «se reforzó, con ataques directos, (a) todas las medidas que exterioricen el conflicto, utilizando la legislación en vigor, como la Ley de seguridad ciudadana, y el artículo 315.3 del Código Penal, en el corto plazo y trabajando, en el medio plazo, para desplegar un entramado de leyes que asfixian la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales, hacia las políticas del Gobierno». Sobre la reforma laboral realizada por el gobierno conservador aludido, se puede tener muy diversas opiniones de base técnica, pero como acabamos de explicar, no existe rastro alguno de esa especie de causa general represiva que se quiere presentar como base de la reforma de la derogación del art. 315.3 del CP.

Tras las anteriores consideraciones, la exposición de motivos se adentra ya en otras especialmente interesantes, en cuanto se intenta fundamentar la derogación en razones pretendidamente jurídicas, pero aún así igualmente apartadas de la realidad. Así, se dice que «se ha aplicado la forma agravada de coacciones prevista en el artículo 315, apartado 3, del Código Penal, sobre la más atenuada de coacciones genéricas, aunque en la mayoría de los casos los hechos no puedan ser entendidos como violentos o coactivos y, en consecuencia, como un riesgo cierto para la integridad de las personas o de los bienes o instalaciones donde se desarrollan». Pero la transcrita afirmación es incierta, y lo es desde dos perspectivas distintas.

- a) en primer lugar, porque como acabamos de ver, las conductas castigadas implican siempre el uso de violencia o intimidación, incluso de cierta intensidad, generalmente acompañadas de otras conductas típicas como lesiones o daños.
- b) en segundo lugar, porque las sentencias consideradas valoran de manera detallada si ha existido prueba suficiente de cargo, tanto en relación con la existencia de los hechos imputados, como por lo que se refiere a la participación de los acusados, absolviendo en caso contrario. Y del mismo modo, alguna de las sentencias analizadas ya tienen en cuenta si las conductas consideradas se han producido “en grupo” o de manera individual, castigando, en su caso, por el tipo genérico de coacciones del art. 172 del CP si no consta que la reprochable actuación se produjera formando parte de un piquete.

En fin, la exposición de motivos acaba con una pirueta argumental un tanto llamativa. Si bien ha recriminado al gobierno censurado el desarrollo de una actividad represiva utilizando como instrumento el art. 315.3 del CP, no puede dejar de reconocer que «la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se

modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, vino a mitigar la respuesta punitiva de la Ley», aunque ello no le parece suficiente al grupo proponente, en cuanto se dice que tal reforma «no da una respuesta proporcionada, ni añade nada nuevo ni necesario atendiendo a la finalidad que la norma atendía», y por ello «el artículo 315.3 del Código Penal debe desaparecer de nuestro ordenamiento punitivo, toda vez que el genérico delito de coacciones ya protege de manera adecuada la libertad de no hacer huelga».

Que a falta de un tipo específico el delito genérico de coacciones ya protege la libertad de no hacer huelga es evidente, pero, ¿depara una penalidad más liviana a los integrantes de un hipotético piquete violento? Pues no parece que ello vaya a ser así. La causa es que, como vimos en apartados anteriores, la pena prevista para el delito del art. 315.3 de participación en piquetes violentos es la de prisión de un año y nueve meses hasta tres años, o bien alternativamente pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses, y esto es decisivo, sobre la indicada no puede aplicarse la agravante de abuso de superioridad derivada de la actuación en el grupo que constitutivamente define al piquete. Recuérdese que el art. 67 del CP recoge el llamado principio de inherencia cuando señala: «Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse». Esto es, no puede aplicarse una agravante cuando la forma de actuar a la que se asocia ya está prevista en el tipo penal en cuestión. Por otro parte, y por aplicación de la regla contenida en el art. 66.1 6ª del CP «Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstan-

cias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Lo anterior significa que con el precepto considerado vigente se puede imponer la pena prevista en toda su extensión, y por tanto también la mínima cuantía de pena o de prisión (un año y nueve meses de prisión o dieciocho meses de multa).

Ahora bien, la aplicación del tipo genérico de coacciones del art. 172 del CP, castiga al que «sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto», con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Como puede observarse sin mayores esfuerzos, la penalidad es idéntica al del actual tipo del art. 315.3 del CP en los límites máximos, apenas se diferencia en el límite mínimo de la multa, que es de 12 meses en lugar de 18 meses, y es más significativa en el límite mínimo de la pena de prisión, que es de seis meses en lugar de un año y nueve meses.

Sin embargo, cabe suponer que en la mayoría de los supuestos el límite mínimo de la pena quedará inoperativo por la simple razón de que la actuación de un piquete lleva implícita la actuación en grupo, que como es bien sabido, se considera como un caso típico de abuso de autoridad, susceptible de integrar la agravante del art. 22. 2ª del CP, en cuanto se provoca un debilitamiento de la defensa posible de la víctima derivado de la superioridad de los agresores, del desequilibrio de fuerzas, y de la mayor facilidad para la obtención de los fines previstos. En tales condiciones y de acuerdo con la regla del art. 66.1 3ª del CP, concurriendo una o dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito. Esto es, la pena de prisión debería moverse necesariamente entre los veintiún meses a los tres años, y la de multa entre los

18 y los 24 meses, es decir, exactamente en el mismo margen que el del art. 315.3 del CP. Por lo demás, en atención al conjunto de circunstancias concurrentes, como la agravante de abuso de superioridad no se beneficiaría del principio de inherencia, resulta que sería más fácil que concurrieran más de dos circunstancias agravantes, caso en el que, a tenor del art. 66.4ª del CP, podría aplicarse la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior, con lo cual nos situaríamos ya en el tramo de tres años y un día, a tres años y nueve meses de pena.

Por lo demás, la misma consecuencia de aplicar la pena del art. 172 del CP en su mitad superior, podría derivar de la previsión del precepto cuando ordena tal efecto para el caso de que «la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental». En efecto, los piquetes violentos suelen intentar la limitación de la libertad deambulatoria de las personas, afectando con ello, como veremos a continuación, un derecho fundamental. Así lo ha entendido, entre otras, la [STS \(sala II\) de 26 de noviembre de 2008 \(rec. 10211/2008\)](#): «El art. 17 de la CE, incluido en el Capítulo dicho, garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad desde la perspectiva de que nadie puede ser privado de aquélla sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y forma previstos en la ley, que incluye específicamente la libertad en su manifestación de libre circulación, movilidad o locomoción de la persona, es decir, la libertad ambulatoria, de forma que cuando es esta manifestación la que resulta afectada por la violencia, intimidación o compulsión que exige el tipo de las coacciones, debe ser aplicado el subtipo agravado que comentamos».

Lo que se deriva de todo lo dicho hasta el momento, es que la derogación del art. 315.3 del CP no resultará más beneficiosa para los autores del delito eventualmente cometido,

sino que la penalidad quedará igual, e incluso podría empeorar con mayor facilidad por la concurrencia de agravantes, todo ello por el juego de la relativa al abuso de autoridad. Aplicando el clásico refrán, “para este viaje no necesitábamos tales alforjas”.

IV. LA BASE DEL ENTUERTO. EL MALENTENDIDO EN CUANTO A LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ya hemos dicho que en todo este pequeño embrollo de efectos indeseados latían consideraciones de estrategia y marketing políticos, que pueden resultar muy interesantes y sugestivas, pero que no interesan en nuestro desarrollo. Ahora bien, subyace también algo más de otra naturaleza, cuya concurrencia habría hecho posible la creencia de que una reforma legislativa del tipo analizado, podría deparar alguna ventaja para las personas integrantes de piquetes violentos. Esta creencia subyacente se encuentra relativamente extendida y es fruto de un malentendido. Consiste en asumir el que llamaremos modelo de *huelga iracunda*, esto es, en sostener que la huelga implica por su propia naturaleza una dosis relevante de agresividad, que no solo puede causar incomodidad, o interferir hasta cierto punto en el desarrollo de la normal vida ciudadana, sino que además propicia ciertas agresiones verbales o incluso físicas que deben entenderse como parte inherente a la huelga, y deben soportarse por los demás de forma estoica como expresión habitual del derecho.

El malentendido sobre el que se asienta tal creencia proviene de una errada interpretación de los pronunciamientos del TC, que consiste en afirmar que el derecho de huelga debe prevalecer por su carácter de derecho fundamental (art. 28.2 de la CE), sobre el

derecho al trabajo del resto de los posibles afectados, que no tiene tal rango, al contenerse en el art. 35.1 de la CE, en la sección 2ª y no en la sección 1ª, del capítulo segundo, del título I de la CE. Tal asunción es errada, en cuanto pone en tensión y dialogo dos derechos defectuosamente identificados, y aplica en consecuencia criterios del TC pensados para situaciones distintas.

En efecto, la eventual colisión entre el derecho de huelga y el derecho al trabajo, que son en efecto de rango distinto, se ha evaluado por el TC en circunstancias particulares. Por ejemplo, en orden a determinar si los servicios mínimos designados por la empresa eran o no excesivos, dado que los mismos no podían ser de tal extensión que, al socaire del derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas, se limitara excesivamente el derecho de huelga ([STC 80/2005, de 4 de abril](#)). Igualmente, otra familia de resoluciones, como la [STC 88/2003, de 19 de mayo](#), retoma su doctrina y la del TEDH para recordar que «cuando un órgano judicial aplica una norma penal ... que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental ... ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquéllos que son ejercicio ... [del derecho] ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad ex art. 25.1 CE deviene aún más reforzada». Pero lo hace para valorar una muy concreta conducta consistente en que, en el seno de una reclamación sobre condiciones de trabajo, unos funcionarios permanecieran en las dependencias de un Ayuntamiento, primero y durante varias horas sin observación en con-

tra de la alcaldía, situación que se hizo equivalente a un consentimiento tácito, y luego, tras darse la orden de desalojo, durante tres horas más hasta que se produjo el desalojo, todo ello sin producirse alteración alguna del orden.

Como puede observarse, en los casos considerados a modo de simple ejemplo, como en otros similares, se preserva la oposición entre el derecho de huelga y el derecho al trabajo, en cuanto no se pone en cuestión la voluntad de persona o personas concretas que son eventualmente compelidas y violentadas para hacer lo que no quieren. En este último caso, por el contrario, no hay ya ponderación posible entre el derecho de huelga y el derecho al trabajo, sino entre el derecho de huelga y el derecho de libertad deambulatoria del art. 19 de la CE, o la dignidad de la persona del art. 10.1 de la CE, o la integridad física y moral del art. 15 CE que son, ahora sí, de rango fundamental. Cuando una persona decide hacer lo que considera oportuno, es indistinto que se dirija al trabajo o a hacer la compra, su designio debe ser inquebrantable salvo que exista condicionamiento derivado de una norma con rango de ley, o acción legítima de la autoridad.

Esta es de hecho una asunción asumida por el TC que la ha invocado de manera constante en sus resoluciones. Así, por ejemplo, en la [STC 137/1997, de 21 de julio](#), recuerda su constante doctrina en el sentido de que el derecho de huelga comprende «no sólo la publicidad del hecho mismo de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición... La actividad del llamado piquete de huelguistas con sus funciones de información, propaganda, persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga o disuasión a los que han optado por continuar el trabajo, integra pues el contenido del dere-

cho reconocido en el art. 28.2 C.E.". Pero acto seguido señala de manera inequívoca: «... este Tribunal también ha reiterado que, en lo que aquí interesa, el derecho de huelga no incluye la posibilidad de ejercer coacciones sobre terceros porque ello afecta a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de trabajar o la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral que plasman los arts. 10.1 y 15 C.E». Recordando al propio tiempo otras resoluciones en las que se había entendido que eran completamente ajenas al derecho de huelga conductas como impedir a clientes, trabajadores, o al empresario entrar a las dependencias de la empresa, o abuchear a la clientela conminándola a no comparar productos, golpear y amenazar, agredir e insultar, o interceptar y golpear vehículos que son, como puede comprobarse, conductas muy idénticas a las relatadas en apartados anteriores.

Como puede observarse en esta sucinta, casi telegráfica exegesis de pronunciamientos del TC, no parece que pueda sostenerse, en cualquiera de las interpretaciones posibles, que un delito pueda dejar de serlo porque se haya cometido en nombre del ejercicio de un derecho fundamental, que sin embargo ha quedado extralimitado en su ejercicio. O dicho de otro modo. En los derechos de ejercicio colectivo, como ocurre en el de huelga o en el de manifestación, su convocatoria e incluso su desarrollo, pueden producirse dentro de los límites de su contenido esencial, que debe ser respetado por el resto. Pero ello es compatible con que en su seno se desarrollen por personas concretamente determinadas actos extralimitados, que al afrentar el ámbito de derechos fundamentales de otras personas se tornan ilícitos.

Este principio ha sido expresamente y reiteradamente acogido en el ámbito de la legalidad penal ordinaria. Y así, la [STS de 12 de diciembre de 2007 \(rec. 25/07\)](#), tras reproducir algunas de las consideraciones del TC ya

vistas, insiste en que «es patente que quien ejerce la coacción psicológica o presión moral para extender la huelga se sitúa extramuros del ámbito constitucionalmente protegido y del ejercicio legítimo del derecho reconocido en el art. 28.2 C.E.». Y si bien es cierto que en alguna ocasión el TS parece haber sido algo más equívoco en sus consideraciones, por ejemplo, cuando el [ATS de 25 de enero de 2019 \(rec. 20440/17\)](#) alude a una eventual devaluación penal de una conducta coactiva producida en el seno de una huelga, tales argumentos se producen en relación a casos muy concretos, y en el mencionado, en su supuesto de aplicación de la disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015, que reportaba una solución específica.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

No se insistirá lo bastante en la incondicionada legitimidad del poder legislativo para adoptar las reformas que estime oportunas en las leyes vigentes, orientadas a hacer efectivo el programa político de las fuerzas parlamentarias que sustentan tales iniciativas. Esa es la esencia de la democracia. Pero tampoco se insistirá lo suficiente en la necesaria y sosegada consideración previa que debería acompañar a toda medida legislativa. Cualquier ciudadano, y desde luego también los técnicos del derecho, puede comprender el margen de maniobra estratégico que tantas veces acompaña a la actividad parlamentaria. Pero cuando esa estrategia se impone sobre los objetivos reales y los medios idóneos para conseguirlos, y termina con ello por comprometer la finalidad, al menos aparente, de la medida en cuestión, entonces merece la pena detenerse a considerar qué está ocurriendo realmente, y los eventuales efectos perniciosos asociados a tal proceder.

Si se permite el juego de palabras, podríamos decir que el legislativo no tiene por qué dar explicaciones de lo que hace, pero sí de porqué lo hace. En esto último le va la preservación de su propio prestigio, de la base deliberativa de la democracia, y de la propia confianza que debe inspirar el sistema. Las instituciones se basan en una aceptación social muchas veces implícita, pero no tan inconsciente como podría parecer a primera vista. Solo los profesionales son expertos en compraventas, en seguros o en huelgas, pero los ciudadanos acomodan de manera espontánea su proceder en base al conocimiento acumulado de cómo funcionan tales cosas, porque tienen expectativas asentadas en la buena fe y la seguridad jurídica de qué ocurrirá previsiblemente cuando compren una casa, concierten un seguro o secunden o dejen de secundar una huelga.

Alterar estas asunciones colectivas no debería hacerse de manera frívola. Puede modificarse una institución, y es ciertamente discutible en qué grado debe castigarse cualquier delito, y por supuesto el de participar en un piquete violento. Pero acometer dicha modificación dando razones aparentes y generando expectativas infundadas no parece muy acertado. Si se comete, el delito en cuestión seguirá siendo castigado, del mismo modo que seguirá protegiéndose enérgicamente el derecho de huelga. Pero no sería de extrañar que algunas personas, quebrado aquel marco de referencia emocional y cognitivo en el que fundan de ordinario sus decisiones, integren en el futuro un piquete en la convicción de que podrán hacer cosas que les seguirán estando prohibidas. Y la responsabilidad por las consecuencias de tales actos no será precisamente de los jueces que administran el sistema jurídico institucional.

Las estrategias tienen su utilidad y su campo de actuación, y cabe preguntarse qué está ocurriendo cuando se convierten en las protagonistas, con sus propias exigencias y di-

námicas de actuación, en detrimento de las medidas que quieren promover o explicar. Pero esa es harina de otro costal.

[1] El número de condenas para el conjunto de delitos contra los trabajadores fue de 635 en 2005, 720 en 2006, 368 en 2007, 340 en 2008, 278 en 2009, 353 en 2010, 365 en 2011, 345 en 2012, 854 en 2013, 1018 en 2014, 941 en 2015, 1050 en 2016, 821 en 2017, 719 en 2018, y 686 en 2019.

[2] Si aplicáramos el indicado porcentaje al número de detenciones totales para el conjunto de delitos contra los trabajadores, como elemento orientativo para evaluar cuántas de ellas se han podido producir aproximadamente por la participación en piquetes violentos, resultaría en el año con menos detenciones 4 detenidos por tal causa, y en el año con más detenidos, 12 detenidos. La proporción resultante es perfectamente plausible si se considera el impacto que tiene en las detenciones, las sucesivas campañas de la inspección de trabajo para prevenir los más reprimibles actos contra los derechos de los trabajadores.

[3] En concreto, de las 43 sentencias aludidas se dictaron 1 en el año 1997, 1 en el año 1998, 1 en 1999, ninguna en 2000 y 2001, 1 en 2002, ninguna en 2003, 1 en 2004, 1 en 2005, 3 en 2006, 3 en 2007, 1 en 2008, 3 en 2009, 2 en 2010, 4 en 2011, 2 en 2012, 3 en 2013, 4 en 2014, 2 en 2015, 3 en 2016, 2 en 2017, 2 en 2018, 1 en 2019 y 2 en 2020.

[4] El número de huelgas por año fue el siguiente: 727 huelgas en 2000, 729 en 2001, 684 en 2002, 674 en 2003, 707 en 2004, 669 en 2005, 779 en 2006, 751 en 2007, 810 en 2008, 1001 en 2009, 984 en 2010, 777 en 2011, 878 en 2012, 994 en 2013, 777 en 2014, 615 en 2015, 641 en 2016, 730 en 2017, 726 en 2018, y 898 en 2019.

[5] Que se trata de amenazas e insultos de entidad objetiva y no mero producto menor del acaloramiento, se deriva de las consideraciones de algunas de las expresiones más repetidas: «te vamos a matar», «te vamos a cortar la cabeza», «esto no va a quedar así», «vamos a volver y somos muchos». Resulta especialmente significativa la consideración de los insultos cuando se dirigen a mujeres: «después de chuparle la polla sigues recogiendo puta».

Contacto

vLex Networks SL

Oficina Madrid:
Edgar Neville 6
28020 Madrid

Oficina Barcelona:
Edificio Ecourban
Almogàvers 119-123
08018 Barcelona

T: 932 722 685

revistaderechotrabajo@vlex.com

www.vlex.es
ISSN: 2696-7286

v|lex