

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2018¹

Por

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

daniel.perez.delprado@uc3m.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 51 (2018)

RESUMEN: En su quinta edición, el Informe “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España 2018” le ofrece una síntesis, que por concreta no es menos rigurosa, de los principales hitos por los que ha transitado el iuslaboralismo a lo largo del último año. En concreto, en las páginas que siguen, los expertos integrantes de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) analizan para usted, en primer lugar, las principales resoluciones europeas y nacionales en materia de igualdad y no discriminación, acoso en sus más diversas manifestaciones, libertad religiosa y libertad de expresión. Asimismo, se abordan también las cuestiones relativas al empleo y la contratación, casi monopolizadas por el impacto de las plataformas y las consecuencias del caso de Diego. En materia de vicisitudes, sin perder importancia el despido colectivo, observará un cierto auge de los casos relativos a sucesión empresarial, movilidad funcional y empleo público. En el ámbito del derecho colectivo, además de analizarse el IV AENC, encontrará un estudio pormenorizado de las principales resoluciones en materia de libertad sindical, representación unitaria y ultraactividad. La sección relativa a conciliación y corresponsabilidad incluye este año como novedad un apartado relativo a violencia de género, al hilo de los avances normativos derivados del Real Decreto-ley 9/2018. Los epígrafes concernientes a la protección social y la prevención de riesgos laborales crecen de forma significativa en esta edición, lo que ha permitido abordar la evolución jurisprudencial para buena parte de las prestaciones y riesgos previstos en la Ley. Por último, las expertas del apartado de derecho procesal se han encargado de revisar a fondo los casos más significativos en el marco de las modalidades procesales especiales, con especial hincapié en el ámbito concursal. También han abordado la jurisprudencia constitucional más reciente sobre el de recurso de reposición. En

¹ Han participado en la elaboración del presente Informe, Maiedah JALIL NAJI (Coordinadora de la sección “Derechos fundamentales inespecíficos”), Olga GARCÍA COCA, María del Mar CRESPI FERRIOL, Francisco Xabiere GÓMEZ GARCIA, Belén Del Mar LÓPEZ INSUA, Alexandre PAZOS PÉREZ, Pedro SÁNCHEZ PERÉZ; M^a Carmen AGUILAR MARTÍN. (Coordinadora de la sección de contratación laboral y empleo), Rafael ÁLVAREZ GIMENO, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Lidia GIL HERNÁNDEZ. Juan Alberto TORMOS PÉREZ (Coordinador de la sección de vicisitudes), Alfonso ESTEBAN MIGUEL, Rosa María RODRÍGUEZ ROMERO, Sergio YAGÜE BLANCO, Rafael MOLL NOGUERA (coordinador de la sección de derecho colectivo), Maravillas ESPÍN SÁEZ, Patricia NIETO ROJAS, Isabel RIBES MORENO, Nerea ERENAGA DE JESÚS (Coordinadora de la sección de la conciliación a la corresponsabilidad) Vanessa CORDERO GORDILLO, Djamil Tony KAHLE CARRILLO, Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Concepción, SANZ SÁEZ (Coordinadora de la sección de protección social), María Angustias BENITO BENÍTEZ, Óscar CONTRERAS HERNÁNDEZ, CHABANNES, Matthieu, ISPIZÚA DORNA, Enea, MARTÍN LÓPEZ, Ángela, ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, Francisco Miguel, Mirentxu MARÍN MALO (coordinadora de la sección de prevención de riesgos laborales), Julen LLORENS ESPADA, Amanda MORENO SOLANA, Marta NAVAS-PAREJO ALONSO, Josefa ROMERAL HERNANDEZ, Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, Beatriz RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO, Julia DORMIDO ABRIL (coordinadora de la sección de derecho procesal), Cristina ARAGÓN GOMEZ, Lucía DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR y Daniel PÉREZ DEL PRADO (coordinador del informe).

suma, tienen ante usted un trabajo científico consolidado en el tiempo y sólido en cuanto al contenido, fiel reflejo de, a pesar del difícil contexto, el buen hacer de la joven doctrina iuslaboralista española.

PALABRAS CLAVE: Derecho del trabajo; Derecho de la Seguridad Social; prevención de riesgos laborales jurisprudencia; modalidades contractuales; extinción del contrato de trabajo; protección social; prevención de riesgos; derecho procesal.

SUMARIO: SUMARIO: I. Derechos fundamentales inespecíficos.- II. Contratación y empleo.- III. Vicisitudes en el contrato de trabajo.- IV. Derecho colectivo.- V. De la conciliación a la corresponsabilidad.- VI. Protección social.- VII. Prevención de riesgos laborales.- VIII. Derecho Procesal.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2018

ABSTRACT: The fifth edition of the report, "Labour and Social Security Law in Spain in 2018" analyses the key issues in the changing scenario of Labour Law and Social Security during last year. Elaborated by the Young Scholars' Section of the Spanish Association of Labour and Social Security Law focuses on the following thematic blocks: non-specific fundamental rights; employment contracts and employment; issues related to employment relationship; collective rights; equality and co-responsibility; occupational risks prevention; and procedural law. In conclusion, you may find here a concrete but detailed analysis of the the main legal and case law novelties of Spanish Social Law.

KEYWORDS: Labour Law; Social Law; case law; occupational risk prevention; types of contract; termination of employment relationship; social protection; occupational risk prevention; procedural law.

SUMMARY: I. Unspecific fundamental rights.- II. Contracts and employment.- III. Variation of the employment relationship.- IV. Collective Labour law.- V. From work-life balance to co-responsibility.- VI. Social Security Law.- VII. Occupational risk prevention.- VIII. Procedural Law.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS²

1.1. Introducción

Es objeto de este apartado referenciar las diferentes novedades legales y, especialmente, jurisprudenciales en relación a la eficacia y tutela de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral. La conflictividad en torno al ejercicio de estos derechos no solo se desarrolla a nivel nacional, si no que como sabemos resulta ya incuestionable el protagonismo de la tutela multinivel de los derechos fundamentales, como así se extrae de los numerosos pronunciamientos de los órganos supranacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE), e internacionales (Tribunal Europeo de

² Han colaborado en la redacción de este apartado, Belén Del Mar LÓPEZ INSUA, Francisco Xabiere GÓMEZ GARCIA, Olga GARCÍA COCA, María del Mar CRESPI FERRIOL, Alexandre PAZOS PÉREZ, Pedro SÁNCHEZ PERÉZ y Maiedah JALIL NAJI (Coordinadora).

Derechos Humanos, TEDH), sobre el alcance y limitación del ejercicio de estos en el marco de las relaciones de trabajo.

Concretamente, nos ocuparemos de reseñar las principales novedades que se han sucedido en el último año, en torno a los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, esto es, el derecho a la igualdad y no discriminación, este año, además incorporamos el íntimamente relacionado con él, prohibición de acoso sexual/moral/discriminatorio. También se recogen diferentes pronunciamientos en relación con el ejercicio de los derechos de libertad religiosa y libertad ideológica, derechos de intimidad y protección de datos, derechos a la libertad de expresión e información, y por último el derecho a la tutela judicial efectiva y algunos relativos a su vertiente de garantía de indemnidad.

1.2. Igualdad y no discriminación

En cuanto a las novedades legales en el ámbito autonómico, en Andalucía se ha publicado la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía (BOJA 15-1-2018) y la Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (BOJA 15-10-2018). Las dos normativas son ciertamente muy novedosas, ya que a través de las mismas se pretende conseguir el objetivo "garantizar los derechos y la igualdad de trato por razón de orientación sexual, identidad sexual e identidad de género de las personas homosexuales, bisexuales, transexuales, transgénero y/o intersexuales (LGTBI), y de sus familiares, en la Comunidad Autónoma de Andalucía". Así pues, de acuerdo con esta ley, "ninguna persona podrá ser presionada, coaccionada u obligada a ocultar, suprimir o negar su orientación sexual e identidad de género, así como a someterse a tratamientos hormonales, quirúrgicos, psiquiátricos o de cualquier otro tipo con la finalidad de modificar su identidad u orientación sexual". De igual modo, se procura preservar la intimidad y privacidad de toda persona de forma que no podrá ser obligada a revelar su orientación sexual, identidad de género o comportamiento sexual. Para asegurar el cumplimiento de todos estos objetivos dispuestos por ley, se crea el Consejo Andaluz LGTBI, el cual se adscribe a la Consejería competente en materia LGTBI, como órgano participativo y consultivo en materia de derechos y políticas públicas del colectivo LGTBI y contra la LGTBIfobia. Finalmente, respecto de los mayores, "los centros residenciales y los centros de día para personas mayores, tanto públicos como privados, así como los centros de participación activa, garantizarán el derecho a la no discriminación de personas LGTBI, ya sea tanto en su individualidad como en su relación sentimental". A fin de hacer cumplir con el principio de igualdad y no discriminación se han previsto en

esta ley sanciones, por faltas leves, graves o muy graves, que van desde los 6.000€ a los 60.000€ y se tiene en cuenta la reincidencia de la persona en estas faltas.

Por otro lado, en Aragón se ha adoptado la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOE 30-05-2018). Esta Ley establece como objetivos prioritarios el reconocer el Derecho a la libre manifestación de la identidad de género y erradicar toda forma de discriminación como consecuencia de dicha manifestación. Entre los aspectos que recoge la ley 4/2018 se encuentran los de reconocimiento explícito a la libre expresión del género, el libre desarrollo de la personalidad de acuerdo a dicha elección, el respeto a la identidad física y psíquica a estas personas, una atención integral y adecuada, el ejercicio de su libertad sin discriminación en todos los ámbitos, en especial en el empleo, la educación, la cultura, el deporte o las prestaciones sociales. De igual modo, se pretende dar visibilización al colectivo de mujeres, la creación de espacio educativo de respeto y tolerancia, la inclusión de principios de libre de terminación del género en el ámbito sanitario o el esfuerzo para acabar con las discriminaciones en lo laboral. Se pretende dar cumplimiento a todos estos objetivos gracias al establecimiento de un régimen sancionador.

En el espacio nacional destaca la Proposición de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 19-10-2018). Se pretende con esta propuesta de ley crear marco legislativo que establezca medidas específicas para hacer efectivo este derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en materia retributiva entre mujeres y hombres. En efecto, se considera que el actual marco legislativo no es suficiente, pues no se ha conseguido los efectos previstos desde la entrada en vigor de la Ley de igualdad 3/2007. A tal fin se pretende establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación en materia retributiva entre mujeres y hombres y mecanismos para luchar contra la brecha salarial, promoviendo las condiciones y removiendo los obstáculos para conseguir ese objetivo, de acuerdo con lo establecido en los arts. 9.2 y 14 de la Constitución Española. Para ello se contemplan diversas modificaciones en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley orgánica 3/2007, Ley 23/2015 Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden social, etcétera.

Finalmente destacamos la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2016, sobre la integración de la perspectiva de género en los trabajos del Parlamento Europeo (2015/2230(INI)) (DOUE C 50, 9-2-18). El Parlamento Europeo se ha comprometido en reiteradas ocasiones a promover la igualdad de género y la diversidad tanto en sus lugares de trabajo como en sus políticas. Uno de los medios para avanzar en la igualdad de género es la integración de la perspectiva de género en los trabajos del

Parlamento Europeo. A tal fin, recoge en su resolución una serie de herramientas a efectuar para lograr una igualdad de género efectiva, a saber: A) Celebra la nueva edición de las orientaciones sobre un lenguaje neutral en cuanto al género en el Parlamento Europeo; B) Reconocer el trabajo de la red de integración de la perspectiva de género; C) Adopción de planes de igualdad en las Comisiones parlamentarias; D) Hacer efectiva las medidas que dispone la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales en la Unión Europea; E) Insta a que el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo lleve a cabo periódicamente investigaciones detalladas, cualitativas y cuantitativas, sobre los avances en materia de integración de la perspectiva de género en el Parlamento y su funcionamiento en la estructura organizativa y F) Acoge con satisfacción la herramienta de sensibilidad de los parlamentos en materia de género, creada por el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, para ayudar al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales y regionales a evaluar y mejorar su sensibilidad en materia de género.

Por otra parte, se han producido los distintos pronunciamientos judiciales respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, que se recogen a continuación. Por un lado, las SSTS 17/2018, 16/01/2018 (Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ), sobre el reconocimiento de trienios a personal laboral fijo que prestó servicios anteriormente como personal estatutario, habiendo transcurrido más de 3 meses entre contratos; y las SSTS 556/2017, 27/06/2017 (Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL), en las que se declara la nulidad de las disposiciones del Convenio Colectivo de CLH SA, que establecen distinto régimen según la fecha de la contratación, sin acreditación de justificación objetiva y razonable en relación con la aportación extraordinaria al Plan de Pensiones.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en STC (Sala Primera) 149/2017, de 18 de diciembre (BOE nº 15 de 17 de enero de 2018), Ponente: JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, en la que se resuelve el recurso de amparo nº 5542-2016. Promovido respecto de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, en suplicación, rechazó su solicitud de permuta de puestos de trabajo. El TC declara la vulneración del derecho a la igualdad, por la resolución judicial que niega la permuta con fundamento en la interinidad de la relación de empleo y sin ponderar la conciliación de la vida laboral y familiar. También, la STC (Sala Primera) 20/2018, de 05 de marzo de 2018 (BOE nº 90, de 13 de abril de 2018). Ponente: MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, que resuelve el recurso de amparo nº. 1821-2016, promovido por la federación regional de servicios de la Unión General de Trabajadores de Madrid en relación con los acuerdos de la Mesa de la Asamblea de Madrid sobre designación de las organizaciones profesionales y sociales elegidas para que

propusieran cinco candidatos al consejo de administración de Radio Televisión Madrid, declara la vulneración de los derechos a la igualdad y de acceso a los medios públicos de comunicación social, en conexión con la libertad de sindicación, con fundamento en que la exclusión de candidatura esta carente de cobertura normativa y no ofrece una justificación objetiva y razonable.

Por último el Auto del TC 167/2017, de 12 de diciembre, mediante el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del último inciso del primer párrafo del apartado tercero del art. 174 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio en la redacción dada por el art. 5.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación en relación con el art. 10 CE. Se establece la fijación como requisito para acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho un determinado límite de ingresos que es diferente en función de que existan o no hijos comunes de la pareja con derecho a pensión de orfandad, con la finalidad de dispensar mayor protección a aquellas situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el supérstite de la pareja de hecho. Se declara que dicha diferencia de trato que responde a una justificación objetiva y razonable.

En el ámbito supranacional destacan la STJUE 18-1-18. Asunto C-270/16. Ruiz Conejero, donde en relación a la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: "El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente".

La STJUE 28-2-18. Asunto C-46/17. John, donde en relación a la prohibición de discriminación por motivos de edad, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara: 1) El art. 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que supedita el aplazamiento de la fecha de cese de la actividad de los trabajadores que han alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación al consentimiento del

empresario otorgado por una duración determinada. 2) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo durante la relación laboral, sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato —vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria—, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a una pensión de jubilación.

También en relación a la prohibición de discriminación por razón de edad, la STJUE 14-3-18. Asunto C-482/16. Stollwitzer, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: "El artículo 45 TFUE y los arts. 2, 6 y 16 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, la cual, con el fin de eliminar una discriminación por razón de edad generada por la aplicación de una normativa nacional que, a efectos de la clasificación de los trabajadores de una empresa en el sistema retributivo, sólo computaba los períodos de actividad cubiertos una vez cumplida la edad de 18 años, suprime dicho límite de edad con carácter retroactivo y para todos esos trabajadores, pero únicamente permite computar la experiencia adquirida en empresas que operen en el mismo sector económico".

Finalmente relativas a la prohibición de discriminación por razón de sexo, la STJUE 18-10-17. Asunto C-409/16. Kalliri, donde El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: "Las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que

corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar". Y sobre la carga de la prueba, la STJUE 19-10-17, Asunto C-531/15. Otero Ramos, donde el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara: "1) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. 2) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación".

1.3. Acoso sexual/moral/discriminatorio

Uno de los principales avances durante este último año es el esclarecimiento, por parte del Tribunal Supremo, de la determinación de competencias en supuestos relacionados con el acoso moral en la Administración; cuestión controvertida por cuanto había dado lugar a sentencias divergentes dictadas por diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Se trata de analizar la proyección de una competencia transversal de la jurisdicción social en supuestos en los que se extiende sobre personal, como el estatutario o funcionario, cuya vinculación original corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, es interesante la STS de 1 marzo 2018 (rcud. 1422/2016) que, aunque concluya afirmando la falta de contradicción, permite comprobar como la jurisdicción social es competente para conocer de la demanda en la que se reclama por una funcionaria de carrera una indemnización de daños y perjuicios, derivada de accidente de trabajo por infracción de la normativa en materia de prevención

de riesgos laborales, al considerarse que el acoso laboral fue la causa de su incapacidad permanente total; es decir, nos encontramos ante una demanda de responsabilidad civil empresarial por contingencias profesionales, en la que han sido demandados tanto la Corporación Local como su alcalde, y no en una reparación del daño amparada en el art. 183 LRJS, ubicado dentro de la modalidad especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, pues como afirma la STS de 17 mayo 2018 (rcud. 3598/2016), el art. 2.f) LRJS lo circunscribe a la relación laboral, sin incluir por ello a los empleados públicos que no tengan la condición de laborales.

Es imprescindible una precisión al hilo de la cuestión de fondo de la primera de las sentencias aludidas: si bien el art. 2.e) LRJS atribuye la materia de prevención de riesgos laborales de los funcionarios públicos a la jurisdicción social, esta queda limitada a la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales de dichos funcionarios, no incluyéndose por tanto los actos del CGPJ, con lo que las situaciones relacionadas con el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones, deberán impugnarse ante la Sección Especial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STSJ Cataluña 15 mayo 2018, rec. 977/2018, FJ 3).

En otro orden de cosas, la STC 81/2018, de 16 de julio, reconoce que es una difícil tarea la de verificar la concurrencia de los presupuestos para la correcta aplicación del concepto indeterminado de acoso laboral. Por ello, la doctrina de suplicación está repleta de asuntos con una variada casuística de situaciones conflictivas, las cuales necesitan delimitarse entre aquellas susceptibles de ser encuadradas bajo la modalidad de acoso moral y aquellas otras calificadas como meras tensiones ordinarias en el seno de la relación laboral, por más que estas situaciones puedan repercutir negativamente en el estado de salud (STSJ de Madrid de 9 mayo 2018, rec. 125/2018). En este tipo de asuntos, como alude la STSJ de Andalucía de 26 julio 2018 (rec. 349/2018), en primer lugar, será necesario probar que una dolencia está motivada por una situación exógena y no endógena del propio trabajador y que la misma tiene su fuente en el trabajo que se realiza en virtud del vínculo laboral. Pero, aunque esto se efectúe mediante una prueba adecuada, como puede ser un informe médico, no por ello quedaría ya acreditada la existencia de *mobbing*, debiéndose demostrar, según la STSJ Castilla y León de 7 febrero 2018 (rec. 2/2018), la existencia de los hechos o conductas de hostigamiento y acoso, su concreto contenido, sus circunstancias y su autor.

Sin embargo, la acreditación de varias situaciones ordinarias conflictivas no va a impedir la estimación judicial de acoso si entre ellas se producen ciertas circunstancias. Así, la STSJ Andalucía de 25 enero de 2018 (rec. 1846/2017) considera acoso moral que, en una situación evidente de enfrentamiento entre una trabajadora y su director de

zona, tras la solicitud de la misma a fin de acceder a una reducción de jornada para cuidado y asistencia de su hijo, esta no fuese tramitada y, por el contrario, se le prolongase su jornada hasta el cierre de la tienda, o que le fueran encomendados trabajos ajenos a su categoría, sin que por la empresa se pusiera coto al enfrentamiento interpersonal, constituyendo todo ello una actuación maliciosa con cierta continuidad en el tiempo y con un claro objetivo degradante hacia la persona de la trabajadora.

En el acoso moral, la responsabilidad empresarial obliga a poner fin a la situación de hostigamiento, no tolerándose el simple apartamiento de la persona acosada, incluso aunque sea por la vía del ascenso —caso constatado en la STSJ de Navarra de 13 septiembre 2018 (rec. 239/2018, FJ 2)—, pues este alejamiento constituye, casi siempre, uno de los principales objetivos de los acosadores. Además, en aquellos casos en los cuales el acosador no es directamente la propia empresa sino otro trabajador de la misma, para que surja dicha responsabilidad resulta necesario que, habiéndose puesto en conocimiento de la empresa la situación de acoso, esta no haya adoptado las medidas suficientes y necesarias para poner fin a esa situación (STSJ de Andalucía de 17 enero 2018, rec. 1863/2017).

De especial interés es la STSJ de Galicia de 13 abril 2018 (rec. 421/2018), por cuanto conecta la falta de medidas oportunas que debieron adoptar los mandos inmediatos para prevenir una situación de acoso sexual hacia una mujer, con la rapidez con que convocan a una reunión a su marido en cuanto conocen de la presentación por aquella de una querrela por acoso sexual, tomando este hecho como inicio de una situación probada de acoso moral hacia el trabajador, aunque la propia Sala reconozca que no se dan los presupuestos clásicos y paradigmáticos del acoso moral.

Por otro lado, afortunadamente se va extendiendo cada vez más entre las empresas la existencia de un protocolo antiacoso. Sin embargo, alguno de ellos no simplifica las formalidades para su activación, como se puede verificar en la STSJ de Cataluña de 16 julio 2018 (rec. 2643/2018, FJ 5), la cual convalida la decisión empresarial de no activar su “protocolo de actuación en los casos de acoso” ante una petición de la propia trabajadora que se sentía acosada, al no reunir el escrito presentado, por defectos de forma, los requisitos establecidos en dicho protocolo.

En la actualidad no es extraño que, una vez conocida la situación de acoso, el suceso resulte en el despido disciplinario de la persona o personas que la empresa considere responsables. En cualquier caso, es imprescindible que el acoso esté conectado al ámbito laboral, so pena de ser considerado judicialmente improcedente, como ocurre por ejemplo en la STSJ de Andalucía de 22 marzo 2018 (rec. 2362/2017), ante el despido de un empleado fundado en un episodio de acoso sexual a su superiora —e hija del

empresario—, al entender el tribunal que sucede fuera del lugar y horario de trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades penales que por este mismo hecho pudieran surgir.

Ciertamente, tampoco es infrecuente que los despidos disciplinarios originados en actos de acoso sean recurridos ante los tribunales, los cuales deben valorar cada caso concreto aplicando la llamada teoría gradualista o de proporcionalidad. En este sentido, el comportamiento prohibido podrá ser calificado en sede judicial como una infracción grave en lugar de muy grave, por lo que tal circunstancia llevará aparejada la imposición de la sanción adecuada a la gravedad reconocida pero, una vez convalidada la conducta como muy grave, es el empresario quien, de entre las posibles, ha impuesto la sanción que estima adecuada a dicha calificación, no pudiendo el tribunal reducirla aun cuando entendiere la conveniencia de una sanción menos grave (STSJ de Navarra de 10 mayo 2018, rec. 120/2018, FJ 7). De igual forma, si se prueba la gravedad y entidad de los hechos imputados, la circunstancia de que el acosador carezca de antecedentes disciplinarios por cualesquiera otros hechos, no permite atenuar la conducta del mismo (STSJ de Castilla La Mancha de 10 julio 2018, rec. 379/2018).

Asimismo, es notorio que el acoso es causa justa para la acción rescisoria del contrato, según lo previsto en el art. 50 ET (STSJ de Asturias de 26 junio 2018, rec. 621/2018), pero más complejidad aún presentan los casos donde se acumulan la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador y el procedimiento de despido del mismo trabajador. Un buen ejemplo de estas acumulaciones se presenta en la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 marzo 2018 (rec. 1795/2017), la cual rebaja la indemnización por daños morales derivada de vulneración de derechos fundamentales a consecuencia de acoso laboral, basándose en que una parte de la reparación del daño queda parcialmente consumida por la extinción contractual y su indemnización procedente, mientras que para el resto se deben de considerar todos los factores concurrentes, en este caso, la corta duración de la conducta en cuestión, la concurrencia en la generación del daño de factores concomitantes preexistentes y, por último, la incidencia de la propia conducta del trabajador en la generación de la situación conflictiva.

Por último, discurriendo por cuestiones procesales, recuerda la STSJ de Cataluña de 4 mayo 2018 (rec. 493/2018) que, para la adecuada tutela de los derechos fundamentales, existen mecanismos como la inversión de la carga de la prueba, no pudiendo aplicarse el principio *in dubio pro operario* a la controversia fáctica de si existen o no indicios, so pena de confundir las meras alegaciones o sospechas con lo que procesalmente se concibe como indicio, es decir, un hecho base que consta probado por cualquier medio admitido en derecho, del que razonablemente se induce otro hecho presunto, respecto del cual la prueba directa es más difícil o compleja.

1.4. Derechos a la libertad religiosa y a la libertad ideológica

En el ámbito del contrato de trabajo la libertad religiosa debe ser respetada y no se puede vulnerar, ya que se trata de uno de los derechos fundamentales denominados inespecíficos de los trabajadores. No obstante, en determinadas circunstancias, una diferencia de trato dentro del centro de trabajo pudiera estar justificada cuando una característica vinculada a la religión constituya un requisito profesional, esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Por tanto, cuando la empresa dispone de normas internas que prohíben el uso visible de cualquier signo político o religioso en el lugar de trabajo, no hay discriminación directa a estas trabajadoras, ahora bien, las normas han de estar relacionadas con la actividad profesional que se trate, pues lo contrario podría suponer una "discriminación indirecta".

Teniendo en cuenta estos requisitos establecidos en el art. 4.2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se han producido, recientemente, algunos pronunciamientos, en el marco de la UE, que analizan las posibles vulneraciones del derecho a la libertad religiosa de los trabajadores. En este sentido la STJUE, Caso Vera Egenberger contra Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung, de 17 abril 2018 resuelve una cuestión prejudicial acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de establecer en una oferta de empleo requisitos relacionados con la pertenencia a una determinada religión. En primer lugar, el TJUE, declara que, de acuerdo con la Directiva, debe garantizarse el justo equilibrio entre la autonomía de las iglesias, por un lado, y el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, por otro lado.

Para resolver el conflicto planteado el Tribunal de Justicia aboga `por el criterio de ponderación el cual debe ser objeto del control de una autoridad independiente y, en último término, del control de un tribunal nacional. Por lo tanto, el rechazo de una candidatura a una oferta de empleo tendrá que estar relacionado con la naturaleza de las actividades que se van a ejercer en ese puesto de trabajo ofertado, ponderando si la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia (u organización). Por consiguiente, los tribunales nacionales deben comprobar si el requisito invocado es necesario y está dictado objetivamente, atendiendo a la ética de la iglesia (o de la organización de que se trate), por la naturaleza o las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión. Además, este requisito debe atenerse al principio de proporcionalidad, es decir, ser apropiado y no exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo previsto.

Este supuesto está relacionado con las sentencias existentes sobre el acceso a empresas de tendencias y si en esos casos se puede exigir al trabajador que declare su ideología o, incluso, su pertenencia a una concreta religión. En estas situaciones los tribunales han establecido que los trabajadores deberán pertenecer a esa ideología o religión si sus tareas están directamente relacionadas con el ideario de la empresa y si son consideradas actividades de tendencia. En este sentido la Sentencia nº 56030/07 TEDH de 15 de mayo de 2012 establece que la transcendencia de la actividad desarrollada y su vinculación a una determinada convicción religiosa no supone discriminación por libertad religiosa si se requiere para ese puesto un trabajador con esas concretas características ideológicas o religiosas.

El segundo pronunciamiento objeto de comentario es la STJUE, asunto C-68/17 (IR / JQ) de 11 de septiembre de 2018 que resuelve una cuestión similar, pero con fallo distinto, pues se presenta una cuestión prejudicial para que el TJUE interprete si existe trato discriminatorio en el despido de un médico divorciado y casado en segundas nupcias, que prestaba servicios ejerciendo funciones directivas en un hospital vinculado a una iglesia u organización pública o privada cuya ética se base en la religión o en las convicciones. La adhesión a este aspecto de la ética del hospital no es exigida a otros trabajadores, no católicos, situados en puestos de responsabilidad médica con funciones directivas, análogos al ocupado por el demandante. Por ello, y para este caso concreto la afección a este aspecto de la ética de la organización de que se trata no puede constituir un requisito profesional esencial, ya que se han confiado puestos de responsabilidad médica con funciones directiva, a empleados de la misma empresa que no profesan religión católica, por lo que no están sujetos a la misma exigencia de observar una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la empresa, y, por tanto, se produce un trato discriminatorio.

En nuestro derecho interno se han publicado algunas sentencias que merece la pena destacar como es el caso de la Sentencia nº 132/2017 de 17 de junio del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja en la que se considera procedente el despido de una trabajadora musulmana de una empresa comercializadora de champiñones, que, pese a las múltiples advertencias de la empresa, se niega a meter su velo islámico de forma íntegra por debajo del gorro. La inobservancia de llevar gorro y bata puede conducir a una contaminación alimenticia, en tanto el champiñón es un producto muy poroso, y está establecido así por protocolo de seguridad impuesto a todos los trabajadores por igual. En este supuesto argumenta el TSJ que no existe discriminación directa ni indirecta pues la prohibición se realiza por motivos de seguridad de la cadena alimentaria, y de la misma forma también se ha establecido en el citado protocolo no usar sudaderas con capuchas que queden fuera de la bata. Estas situaciones no pueden suponer un ataque

a la libertad religiosa de la trabajadora pues realmente son obligaciones de uniformidad exigidas en el protocolo de la empresa para todos los empleados independientemente de sus convicciones religiosas o ideológicas y, además, prevalece el criterio de preservar la posible contaminación del producto si no se atienden los protocolos de seguridad relativas al uniforme o forma de llevar la indumentaria personal dentro del centro de trabajo.

Sin embargo, se han producido resoluciones contrarias a esta Sentencia pues hay que precisar que no es legítimo ni procedente vetar a una empleada a portar el pañuelo islámico por la simple molestia causada a unos clientes, pues se estaría primando la "sensibilidad" de terceros frente a la de los trabajadores, lo cual sobrepasa los límites empresariales. Concluyó así el TJUE en la sentencia C-188/2015 de 14 de marzo de 2017, asunto Asma Bougnaoui, que los intereses económicos o comerciales de una sociedad no pueden prevalecer sobre la libertad fundamental de religión de un asalariado.

Y para finalizar resaltar la Sentencia nº 113/2018 de 5 de abril del Juzgado de lo Social de Valladolid en la que se considera procedente la extinción de la relación laboral de una profesora de religión dado que la revocación de la idoneidad por el Obispado para impartir clases de religión obedece a causas de naturaleza exclusivamente religiosa, sin que ninguna injerencia en la intimidad de la actora se haya producido al contraer segundo matrimonio civil sin anular el matrimonio canónico previamente celebrado y posterior convivencia extramatrimonial, son conductas que chocan abiertamente con la moral católica. En este caso la esencialidad del requisito profesional para la impartición de la docencia asignada por parte de la profesora, si conlleva la vinculación con la religión católica, es más se exige un certificado de idoneidad para llevar a cabo esta tarea, el cual ha sido anulado por el Obispado.

En suma, ha de contextualizarse cada caso concreto y atender a las particularidades del trabajo que se desarrolla para poder visualizar si se está ocasionando una desventaja a aquellos trabajadores que profesan una religión determinada.

1.5. Derechos a la intimidad y a la protección de datos

En lo que respecta al derecho a la privacidad, este año 2018 vuelve a adquirir un gran protagonismo una materia que viene siendo muy controvertida en los últimos años: el control empresarial de los trabajadores a través de dos medios tecnológicos como son la videovigilancia y la supervisión del uso del correo electrónico corporativo. En cuanto a la videovigilancia, ha sido importantísima la STEDH de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otros) por la que se condena a España por no haber garantizado sus tribunales el derecho a la privacidad de las trabajadoras demandantes. El supuesto de hecho del

caso versa sobre una cadena de supermercados que ante ciertas irregularidades detectadas en una de sus tiendas decidió colocar dos grupos de cámaras: unas visibles que enfocaban a las puertas de entrada y salida destinadas a la vigilancia de los clientes, de las que los trabajadores fueron informados, y otras ocultas que enfocaban a las cajas destinadas al control de los trabajadores, cuya instalación no se les comunicó. Varias trabajadoras fueron despedidas por sustracciones detectadas a través del segundo grupo de cámaras. Sobre semejante base fáctica el TEDH pondera las circunstancias del caso. A favor de la conducta del empresario reconoce que el control se implantó después del surgimiento de sospechas fundadas y que las imágenes fueron examinadas por personas con un interés legítimo en su visionado. No obstante, otros dos factores inclinan la balanza del lado de las trabajadoras. Por una parte, se entiende que las cajeras tenían una expectativa razonable de respeto a su privacidad en tanto que el art. 5 LOPD reconoce el derecho de todo interesado a ser informado sobre el tratamiento de sus datos personales. Por otra, se considera excesivo el alcance temporal y personal del sistema de control oculto implantado durante semanas y dirigido a la supervisión de todo el personal que trabajaba en las cajas con carácter general, sin que las sospechas se hubieran concretado sobre trabajadores determinados. Con todo, debe tenerse en cuenta que no es una cuestión que haya sido definitivamente resuelta, ya que España impugnó la sentencia ante la Gran Sala del TEDH, habiéndose admitido el recurso y estando en estos momentos pendiente su resolución.

Pese a no ser firme, la doctrina del TEDH ya ha dado sus frutos a nivel nacional trasladándose a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios a través de sentencias como la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de abril de 2018 (Rec. 407/2018) que declara la nulidad del despido de un trabajador que fue grabado en el vehículo que utilizaba en su centro de trabajo. En este caso, el alcance personal y temporal de la medida de control era adecuado por limitarse a la actividad de un trabajador sobre el que se cernían sospechas concretas y por haber durado escasos días. Sin embargo, el Tribunal estima que la falta de cualquier tipo de información sobre la existencia de cámaras en la empresa determina la ilegalidad de las grabaciones.

En lo referido al control empresarial del correo electrónico corporativo de los trabajadores destaca la STS de 8 de febrero de 2018 (Rec. 1121/2015) por la que se acoge la doctrina marcada por la Gran Sala del TEDH en la Sentencia de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu c. Rumanía) considerándola plenamente compatible con la establecida en la STC de 7 de octubre de 2013 (Rec. 2907/2011) citada por la empresa recurrente como sentencia de contraste. Es significativo que el Tribunal Supremo señale expresamente que las consideraciones del TEDH en el Caso Barbulescu, que tanto llamó la atención el pasado año, no añaden nada nuevo a la

jurisprudencia constitucional nacional ya que todos los parámetros que obliga a valorar (información al trabajador sobre la posibilidad de ser sometido a un control, existencia de una razón legítima para ejercerlo y alcance y consecuencias del mismo) pueden reconducirse al triple juicio de proporcionalidad establecido por el Tribunal Constitucional. Respecto del caso concreto que se enjuicia, se trata en definitiva de decidir sobre la validez del despido de un trabajador que había recibido diversas transferencias bancarias de un proveedor de la empresa a espaldas de la misma. La irregularidad se detectó porque al encontrar otro trabajador en la fotocopiadora dos resguardos de las transferencias en cuestión, lo comunicó a su superior y la empresa inició una investigación. En el curso de la misma, se examinó el contenido de diversos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del trabajador. Dicha investigación se considera lícita por las siguientes razones: (i) la indagación partió del hallazgo casual de un indicio fiable de la infracción, (ii) la empresa tenía una política transparente sobre el uso de los sistemas informáticos que prohibía cualquier utilización personal de los mismos, de la cual el trabajador tenía pleno conocimiento, razón por la que no podía tener ninguna expectativa de privacidad, (iii) la investigación se limitó a lo estrictamente necesario para comprobar y probar la infracción, pues los correos electrónicos consultados se seleccionaron mediante el uso de palabras clave y (iv) se accedió a los correos desde el servidor de la empresa por lo que en ningún momento la empresa tuvo acceso a ningún dispositivo personal del trabajador.

Procede hacer referencia también a la STS de 7 de febrero de 2018 (Rec. 78/2017) que resuelve un supuesto en el que se contraponen el derecho a la protección de datos personales y el derecho de información de los representantes de los trabajadores. La sentencia trae causa del planteamiento de un conflicto colectivo por el cual se exige la elaboración y entrega a los representantes de los trabajadores de la Administración General del Estado de un informe anual de ocupación, que contenga una relación individualizada de todos los puestos de trabajo con expresión del nombre y apellidos del titular de cada uno de ellos. La Administración se opone a la entrega de dicha información porque considera que se trata de una comunicación indebida de datos personales de los trabajadores. El Tribunal Supremo considera, en cambio, que es una cesión amparada por el art. 11.2.a LOPD que permite la comunicación de datos sin consentimiento del interesado cuando así lo autorice una ley, en relación con los arts. 64 ET y 10.3.1 LOLS que regulan los derechos de información a los representantes de los trabajadores. Estima, de este modo, que la identificación del trabajador que ocupa cada puesto cumple con el principio de pertinencia, puesto que es necesario para cumplir con el cometido constitucional que tienen atribuido los representantes de velar por los intereses de los trabajadores. Así, la relación nominal de los trabajadores se considera

necesaria, por ejemplo, para supervisar el cumplimiento de los sistemas de sustitución y promoción.

Pasando en este punto de las novedades jurisprudenciales a las normativas, no puede haber pasado inadvertida para nadie la entrada en vigor del nuevo 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 (RGPD). A continuación, se refieren muy sucintamente las novedades que introduce con mayor relevancia para el ámbito laboral. En primer lugar, desaparece la obligación de notificar a la Agencia de Protección de Datos la creación de ficheros de datos personales. Esta obligación es sustituida por la de crear cada responsable un registro de las actividades de tratamiento efectuadas (art. 30.1), aunque se exime a las empresas que empleen a menos de 250 trabajadores (art. 30.5). En segundo lugar, se dota el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de una nueva configuración. A partir de ahora el consentimiento debe manifestarse mediante un acto afirmativo claro ya sea escrito o verbal (Considerando 32). Además, si se presta de forma escrita en un documento que abarque más cuestiones, como un contrato, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales debe distinguirse claramente del resto de contenido (art. 7.2). En tercer lugar, la información que se proporciona al interesado tanto en el momento de recabar sus datos, como cuando ejerza alguno de sus derechos sobre los mismos, debe ser concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso y con un lenguaje claro y sencillo (art. 12.1), fórmula sin duda más exigente que la que se contenía en la LOPD. En cuarto lugar, se crea el delegado de protección de datos, una figura de obligada implantación en determinadas empresas, entre cuyas funciones destaca la de informar y asesorar tanto al encargado del tratamiento como a sus empleados, así como la concienciación y formación del personal que participa en las operaciones de tratamiento (art. 39.1).

Como último apunte respecto del RGPD, cabe señalar que es una norma que, lejos de ceñirse estrictamente a la naturaleza uniformizadora de los reglamentos europeos, ha dejado en su regulación amplios espacios para la intervención de la normativa nacional. Una de dichas áreas es precisamente el tratamiento de los datos personales de los trabajadores, aspecto en el que, por supuesto se aplican las líneas generales marcadas por el RGPD, pero sobre el que los Estados miembros pueden establecer normas más específicas destinadas a garantizar sus derechos (art. 88). En este punto, es de destacar la importancia que otorga el RGPD al convenio colectivo, situándolo al mismo nivel que la ley nacional a la hora de concretar en el ámbito laboral el régimen general del derecho a la protección de datos. La remisión al convenio colectivo se hace sin limitación de

rango, incluyendo también los convenios de empresa (Considerando 155), y puede servir incluso para autorizar en supuestos específicos el tratamiento de datos sensibles de los trabajadores (art. 9.2.b).

Para la cumplir con la apremiante necesidad de adaptar al mismo determinados aspectos de la normativa nacional se aprobó a mediados de año el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, que regulaba provisionalmente el procedimiento a seguir por la Agencia Española de Protección de Datos en caso de incumplimiento de la normativa en materia de protección de datos y algunos aspectos de su régimen sancionador. Con todo, esta norma ha sido ya derogada por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) que viene a depurar el ordenamiento nacional para adaptarlo a las exigencias del RGPD y desarrollar de forma complementaria algunos aspectos del mismo. Aunque, por su importancia, sin duda será objeto de amplios comentarios, aquí basta con reseñar sus puntos de mayor interés para las relaciones laborales, que pueden dividirse en disposiciones de carácter general y de contenido específicamente laboral.

De entre las disposiciones generales de la LOPDGDD, debe llamarse especialmente la atención sobre la disposición que establece que determinadas categorías de datos sensibles, en concreto los datos cuya finalidad sea identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, no pueden tratarse con base en el consentimiento del interesado (art. 9.1). Ello implica, como se indica en la propia exposición de motivos que, por ejemplo, que es ilícito crear listas negras de sindicalistas aún en el caso de que el interesado prestara su consentimiento para dicho tratamiento. Asimismo, sobre el tratamiento de datos con fines de videovigilancia (art. 22), se establece que el deber de información se entenderá cumplido con la colocación de un dispositivo informativo en un lugar suficientemente visible que indique cómo puede accederse de forma sencilla al resto de información sobre el tratamiento, admitiendo la que se ha venido a llamar “información por capas”. También se limita el periodo de conservación de las imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia a un mes, a no ser que deban utilizarse para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones.

Las disposiciones de contenido específicamente laboral se configuran como derechos digitales de los ciudadanos. En primer lugar, puede encontrarse el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), por el que se prohíbe cualquier inspección de los equipos informáticos de la empresa que no tenga como finalidad la garantía de su integridad o el control del cumplimiento de las obligaciones

laborales. En segundo lugar, se crea el derecho a la desconexión digital (art. 88), dirigido a garantizar el tiempo de descanso del trabajador, potenciar la conciliación entre la actividad laboral y la vida personal y familiar, y evitar el riesgo de fatiga informática. Ambos derechos tienen en común que su declaración se lleva a cabo de forma sumamente genérica, otorgando un gran protagonismo a la política interna que adopte en cada caso el empresario, en cuya elaboración se prevé la participación de los representantes de los trabajadores.

Seguidamente se regulan dos derechos a la intimidad frente a la utilización de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89), y a la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90). Ambos derechos se reconocen como limitaciones a la facultad de control empresarial del art. 20.3 ET y comportan la obligación del empresario de informar de forma clara y expresa a los trabajadores, y en su caso, a sus representantes, sobre la implantación de dichas medidas de supervisión de la actividad laboral. Específicamente sobre el primero de los derechos referidos, cabe señalar que se prohíbe expresamente la colocación de cámaras o micros en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, como vestuarios, aseos o comedores siguiendo lo dispuesto por la STC de 10 de abril del 2000 (Rec. 4015/96). Asimismo, se limita la posibilidad de grabar sonidos en el lugar de trabajo a supuestos en que esté en riesgo la seguridad de las instalaciones, bienes y personas por la actividad que se desarrolle en la empresa. Por último, se modifica el texto del Estatuto de los Trabajadores (Disposición final 13) para añadir un art. 20 bis que de algún modo recoge conjuntamente los derechos anteriores al disponer que: “Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización”.

1.6. Derechos a la libertad de expresión e información

En relación a los derechos de libertad de expresión e información, la Sentencia nº 40/2018, de 6 de marzo, de la Audiencia Nacional (Rec. Suplicación nº 189/2017): la exigencia de autorización expresa previa de la dirección de comunicación externa para cualquier interlocución o contacto con periodistas y medios de comunicación de cualquier clase y para toda divulgación e información sobre la entidad en cualquier tipo de medio de comunicación o red social, incluyendo noticias, informes, datos económicos y/o financieros, datos contables, objetivos de negocio, logotipos, fotocopias, etc., entra de lleno en el campo protegido por el derecho a la información y a la libertad de expresión y aunque pueden establecerse determinados límites especialmente los relacionados con la estrategia del banco, previsiones del negocio o imagen corporativa que deben realizarse

extremando la prudencia y la cautela para evitar la posible divulgación de información de carácter reservado, dada la propia naturaleza de la actividad desempeñada, la redacción de tal apartado es contrario a los derechos de libertad de expresión y libertad de información proclamados en el art. 20.1.a) y d) CE, debiendo en consecuencia, declararse nulo. Un código ético complementa la regulación de las relaciones laborales en la medida en que establece unos principios para implementar conductas socialmente responsables, pero que no puede sustituir ni suplantar la legislación laboral, ni el diálogo social o la negociación colectiva. Por tanto, los principios de actuación del código ético sólo serán vinculantes en la medida que encajen plenamente en los principios constitucionales, legales y contractuales que regulan las relaciones laborales y, en consecuencia, las previsiones de infracciones y sanciones que contenga un código ético deben encajar en las disposiciones que sobre esta materia estén previamente determinadas en el convenio colectivo de aplicación. El derecho fundamental de la libertad de expresión, junto con el de la libertad de información, no sólo son derechos fundamentales de cada individuo sino condición de la existencia de la opinión pública, indisolublemente unido al pluralismo político que es un valor fundamental del Estado democrático, lo que hace que trasciendan el significado común de los demás derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha manifestado así reiteradamente que "La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1), y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación. Ahora bien, ha declarado también el Alto Tribunal que nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación. Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental aquí en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo. Juicio que permitirá determinar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reacción empresarial que ha conducido al trabajador es legítima o, por el contrario, ésta fue sancionada disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso, el despido no podría dejar de calificarse como nulo.

Como señala la STSJ de Cataluña, de 1 de junio de 2018 (Rec. 1004/2018), la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyectan sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión e información es más intenso. Además, la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella. La jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables. Todo ello no quiere decir que sean derechos ilimitados, ya que el límite que operaría en relación a la libertad de expresión sería "el respeto a los demás y la búsqueda de la pacífica convivencia, dentro de la lícita y enriquecedora discrepancia". En cambio, para que prevalezca la libertad de información en conflicto con el derecho al honor, es preciso la concurrencia de dos requisitos, a saber, que "la información transmitida sea veraz" y, que "esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias que traten o por las personas que en ellos intervengan", pero teniendo en cuenta que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse "la verdad" como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio. En este sentido, es necesario llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en cada caso concreto, consistente en comprobar 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).

1.7. Derecho a la tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad

Las garantías reconocidas en el art. 24.1 CE tienen un claro desarrollo jurisprudencial. Son los tribunales de justicia quienes de forma prevalente van perfilando el concreto contenido de todas las vertientes contenidas en tan genérico precepto. Ahora bien, de conformidad con la naturaleza jurídico-constitucional de los Derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE, su contenido viene siendo mayoritariamente

perfilado por parte del Tribunal Constitucional, lo que justifica prestar una mayor atención a sus sentencias. Pero ello no implica dejar de lado las dictadas por parte del Tribunal Supremo, si bien en su mayor parte se han limitado a aplicar su doctrina previa acerca de los derechos en conflicto.

Posiblemente la resolución más importante de las dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de tutela judicial efectiva durante el año 2018 sea la STC 72/2018 (rec. 1393/2018), de 21 de junio. En esta resolución se declara la nulidad del art. 188.1 LRJS en tanto en cuanto tal precepto no permite que las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia que no pongan fin al procedimiento ni impidan su continuación no son susceptibles de recurso alguno, de tal suerte que se impide al Juez pronunciarse en última instancia sobre el contenido de la resolución. Basándose en la previa STC 58/2016, de 17 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad de un artículo con el mismo contenido presente en la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Constitucional afirma que esta regulación se opone frontalmente al principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el artículo 24.1 CE. En efecto, una lectura conjunta de ambos preceptos impone que el acceso a la jurisdicción del particular finalice con un pronunciamiento de quien tiene investida la potestad jurisdiccional en última instancia, que no es otro que el Juez. Si la normativa procesal permite que el procedimiento finalice mediante una resolución del Letrado de la Administración de Justicia y no abre posibilidad de recurso alguno, ésta deberá considerarse inconstitucional.

También reviste una extraordinaria importancia la STC 38/2018 (rec. 2387/2016), de 23 de abril, que versa sobre la eventual inconstitucionalidad de la archiconocida STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014), que abrió la línea jurisprudencial acerca de la contractualización de las condiciones de un convenio colectivo que, agotado el periodo de ultraactividad, perdía su vigencia sin existir otro de ámbito superior que lo sustituyera. El recurrente (parte empresarial) entiende que este pronunciamiento del Tribunal Supremo lesiona su Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente a obtener una resolución fundada en Derecho por dos motivos: (i) porque únicamente seis magistrados de un total de catorce apoyaron conjuntamente el fallo de la sentencia y su fundamentación jurídica, mientras que el resto no estaban de acuerdo con alguno de estos elementos y, consecuentemente, no se llevó a cabo una válida conformación del órgano colegiado en los términos que exige el art. 255 LOPJ (voto a favor de la mayoría de los magistrados); y (ii) porque la fundamentación de la sentencia carece de motivación jurídica, basándose en una interpretación voluntarista que se aleja total y absolutamente de la ley.

En lo que respecta al contenido de la sentencia, lo primero que llama la atención es la especial causa de admisibilidad que admite el Tribunal Constitucional en lo que hace a la especial trascendencia constitucional. Entiende el TC que este pronunciamiento resulta admisible a la luz de los parámetros asentados en la STC 155/2009 por ser una materia que tiene una repercusión socioeconómica relevante y general. Queda justificado, en consecuencia, pronunciarse sobre el fondo del asunto. Respondiendo a la primera alegación del recurrente, el Tribunal entiende que a pesar de las discrepancias suscitadas en la deliberación y que se plasmaron en los votos particulares de la sentencia, al final la voluntad del Tribunal Supremo se conformó debidamente, obteniendo un fallo respaldado por la mayoría de la Sala, lo que aboca a su desestimación. Y finalmente, respecto a la segunda alegación, también es desestimada por parte del Tribunal Constitucional, ya que entiende que está suficientemente motivada al permitir conocer los criterios en los que fundamenta su decisión final, y también que tiene una fundamentación jurídica que no es manifiestamente irrazonada o irrazonable, incurso en error patente o con términos contradictorios. En definitiva, por más que la solución fuera más o menos sorprendente desde el punto de vista del recurrente, no incurre en un alejamiento del Derecho tal que pudiera considerarse irrazonable o arbitrario, susceptible de tacha constitucional.

Para finalizar, sirva reseñar dos resoluciones que resuelven asuntos con trascendencia social acudiendo al art. 24.1 CE, si bien su importancia doctrinal es menor al limitarse a aplicar figuras generales ya asentadas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, la STC 22/2018 (rec. 5194/2016), de 5 de marzo, afirma que un Juzgado de lo Social incurrió en incongruencia omisiva al no resolver la cuestión acerca de la aplicabilidad directa del Derecho comunitario, que pretendía el actor. Si bien el Tribunal Constitucional estima la alegación del recurrente, ordenando la retroacción de actuaciones, la sentencia cuenta con un voto particular rubricado por los magistrados D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, y D^a María Luisa Balaguer Callejón, que entienden que no debió estimarse el amparo porque la sentencia desestimó tácitamente la aplicación de la Directiva comunitaria, resolviendo el conflicto de fuentes subyacente al caso en favor del Derecho nacional, por lo que no existió lesión del art. 24.1 CE. Por otro lado, la STC 81/2018 (rec. 2119/2013), de 16 de julio, entiende que no existió lesión del art. 24.1 CE por parte del órgano judicial al no estimar la situación de acoso laboral alegada por la parte actora. Si bien los asuntos relativos a acoso laboral tienen un fuerte contenido casuístico que dificulta su tratamiento dogmático, esta resolución despierta cierto interés por cuanto reitera el deber reforzado de motivación (art. 24 CE) que tienen los órganos judiciales en estos casos, como consecuencia de la estrecha conexión que hay entre la situación de acoso y el Derecho fundamental a la integridad física y moral del trabajador (art. 15 CE).

Por otra parte, una de las cuestiones relacionadas con el art. 24 CE que más presencia han tenido en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo durante este año ha sido la incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre alguna cuestión oportunamente planteada por las partes en el oportuno procedimiento judicial. Este vicio aboca a la retroacción de actuaciones hasta el momento de dictar la sentencia en la que se contiene el vicio de incongruencia. Así puede verse en las SSTS de 31 de enero de 2018 (rec. 3711/2015), FFJJ 3 y 4; de 20 de marzo de 2018 (rec. 1822/2016), FJ 3; de 22 de marzo de 2018 (rec. 940/2016), FJ 5; de 26 de abril de 2018 (rec. 1508/2016), FJ 4. A pesar de ello, muy relevante resulta el pronunciamiento contenido en el FJ 3 de la STS de 25 de abril de 2018 (rec. 1297/2016), donde el Tribunal directamente resuelve el fondo de la cuestión sin ordenar la retroacción de actuaciones, entendiendo que la sala de suplicación debe pronunciarse de forma obligatoria en el sentido que el propio Tribunal Supremo había marcado en un pleito anterior, que despliega efectos de cosa juzgada positiva (art. 222.4 LEC) sobre el que ahora resuelve.

Interesa destacar también, la STS de 21 de febrero de 2018 (rec. 842/2016), FJ 4, que hace referencia a la problemática sobre la garantía de indemnidad. Como es habitual, el Tribunal Supremo ha analizado si una medida llevada a cabo por parte de un empleador (normalmente, un despido o la imposición de otra sanción) es una represalia por el ejercicio de acciones judiciales previas por parte del trabajador, que pudiera lesionar esta especial vertiente del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Habida cuenta de que la represalia empresarial lesiona directamente el art. 24 CE, el Tribunal Supremo continúa aplicando su tradicional doctrina del traslado de la carga probatoria a la parte demandada tras la aportación por el actor de indicios objetivos y suficientes de que el actuar empresarial oculta una represalia. Es decir, tras la aportación de tales indicios por el trabajador, el empresario deberá justificar con todos los medios de prueba que tenga a su cargo el hecho de que la medida empresarial en modo alguno tiene una finalidad lesiva del art. 24 CE. Asimismo, en la jurisprudencia de este año se pueden encontrar resoluciones que versan sobre esta problemática pero que no se pronuncian sobre el fondo del asunto por no aportar una sentencia de contraste válida a efectos de superar la carga de contradicción consagrada en el art. 219 LRJS. Véanse las SSTS de 1 de febrero de 2018 (rec. 960/2016); de 19 de junio de 2018 (rec. 596/2017).

En la STS de 25 de enero de 2018 (rec. 1648/2016) el Tribunal Supremo recuerda su doctrina acerca de la lesión del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso al recurso cuando se deniegan injustificadamente los medios de prueba que la parte ha propuesto en tiempo y forma. En efecto, la proposición de prueba tiene una función de sostener la pretensión que introduce en el pleito y su denegación debe estar justificada legalmente. En el caso resuelto, la

representación letrada del INSS solicitó un informe de la Inspección de Trabajo que nunca se llegó a practicar ni recibió respuesta sobre su admisión, lo que motivó que tal solicitud de prueba se reiterara en el acto del juicio y, ante la negativa del órgano judicial, se formuló protesta que inició la vía de recurso. El Tribunal Supremo, acogiendo a su reiterada doctrina, resuelve ordenando la retroacción de actuaciones.

Un asunto interesante en materia sindical se ha suscitado en la STS de 13 de septiembre de 2018 (rec. 26/2017), donde la parte actora recurrió una sentencia dictada en instancia por parte del TSJ Andalucía, al entender que carecía de fundamentación jurídica y que, consecuentemente, lesionaba su Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción sin indefensión (art. 24.1 CE). En el procedimiento de instancia, se acudió a la modalidad procesal de lesión de Derechos fundamentales por entender que el funcionamiento del sindicato al que pertenecía la parte actora estaba lesionando su libertad sindical (art. 28.1 CE) ya que se cometían continuas irregularidades en el funcionamiento ordinario del organismo sindical. A pesar de que la sentencia de instancia reconocía tales irregularidades, entendía que éstas no resultaban tan graves como para suscitar una lesión de un Derecho fundamental. Es precisamente tal valoración la que lleva al Tribunal Supremo a sentenciar que la resolución no incurre en tacha de la lesión que se alega. Entiende que la sentencia de instancia está adecuadamente fundamentada y da cumplida respuesta jurídica a las pretensiones introducidas por las partes, por más que el recurrente pueda discrepar de ellas.

Para finalizar, en relación con la falta de fundamentación como causa de lesión con trascendencia constitucional, sirva reseñar la STS de 17 de mayo de 2018 (rec. 97/2017). Esta sentencia trae causa de un previo conflicto colectivo sobre el cobro de determinados complementos salariales en vacaciones, conflicto en el que la Audiencia Nacional se aparta de la jurisprudencia tradicional por influjo de la normativa comunitaria. Y es precisamente este cambio de jurisprudencia el que permite que la empresa entienda que el pronunciamiento debe surtir efectos desde el momento en que se notificó la sentencia, sin que los trabajadores tengan derecho al cobro de las vacaciones que pudieron disfrutar durante el año anterior conforme a tales parámetros. Una interpretación contraria, entiende la parte recurrente, lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Y, como en el posterior conflicto colectivo sobre el alcance temporal del pronunciamiento la Audiencia Nacional no acoge su posición, el recurrente le imputa lesión del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero el Tribunal Supremo desestima el recurso por entender que la jurisprudencia no es un elemento susceptible de irretroactividad ni genera derecho alguno a las partes, pudiendo cambiar en virtud de un replanteamiento de los preceptos aplicables. Además, de conformidad con la

naturaleza de las pretensiones propias de conflicto colectivo, existió un efecto interruptivo de la prescripción de las cantidades que podrían reclamar los trabajadores con la interposición de la demanda colectiva, por lo que no tiene cabida la argumentación empresarial.

II. CONTRATACIÓN Y EMPLEO³

2.1. Introducción

El 2018 se ha caracterizado por escasa actividad normativa en materia de empleo. No ocurre lo mismo con la justicia, cuya actividad en la interpretación de preceptos y resolución de conflictos ha sido incesante, en especial, los tribunales europeos.

Este año, a punto de finalizarse, también arroja cifras que hacen albergar alguna esperanza de mejora en el empleo, pues se puede observar cómo algunos indicadores han mejorado. Así, han disminuido las tasas de desempleo y han aumentado los contratos indefinidos, entre otros. En el siguiente apartado se abordan estas y otras cuestiones a partir de Plan Anual de Política del Empleo del 2018.

El Derecho del Trabajo es cambiante y las relaciones laborales amparadas en el mismo también. Sin embargo, en ocasiones, los cambios en la prestación de servicios no van acompañados de los correspondientes cambios normativos, sino que hasta que se regulan esas situaciones nuevas pasa un tiempo. Un claro ejemplo de esto lo podemos encontrar en las plataformas digitales, tal y como se comenta en este informe, pues en este año 2018 han cobrado un especial protagonismo estas nuevas formas de trabajo que buscan los límites de la laboralidad fruto de la evolución de las nuevas tecnologías.

En relación a la contratación no ha habido cambios en la tipología de los contratos, sin embargo, tal y como se analiza en el cuarto apartado de este informe, sí que los ha habido en la interpretación de los tribunales de algunos aspectos relacionados con la contratación temporal, tales como la indemnización o la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos por haberse celebrado en fraude de ley, en virtud de una decisión judicial.

Al igual que en estos últimos años, un año más se ha otorgado un gran protagonismo en las políticas de empleo para atender a los colectivos más desfavorecidos, por lo que se han dedicado grandes esfuerzos a los jóvenes, los parados de larga duración, los mayores de 55 años o las mujeres. El propósito de las medidas tomadas es poner freno a esta situación con medidas que mejoren la empleabilidad, que fomenten el empleo estable y de calidad y que favorezcan la competitividad de las empresas.

³ Ma Carmen AGUILAR MARTÍN (Coordinadora), Rafael ÁLVAREZ GIMENO, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Lidia GIL HERNÁNDEZ.

Como ya se ha anticipado, en España ha habido poca actividad normativa en materia de empleo o de contratación y la inmensa mayoría de las publicaciones han sido en forma de Resoluciones. Una de las normas aprobadas ha sido el Real Decreto-ley 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. Con el rango de Resoluciones hay varias importantes, entre ellas, la Resolución de 28 de marzo de 2018, por la que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2018⁴, la Resolución de Resolución de 27 de julio de 2018, por la que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020⁵ que viene a favorecer la conversión de contratos temporales en indefinidos y la Resolución de 7 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven (2019-2021)⁶.

A nivel europeo e internacional, se han producido algunos avances en materia de empleo, por ejemplo, cabe destacar la Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L 224, 5-9-18). También se ha publicado la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (DOUE C 334, 19-9-18). A nivel internacional son destacables por parte de la OIT el *“Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus” reflexiones*⁷ y también el Informe sobre *“Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018”*⁸. Además, a finales de noviembre España se adhiere al *“Pacto Global para el trabajo digno y el crecimiento inclusivo”*, denominado Global Deal, promovido por el gobierno sueco en cooperación con la OIT y la OCDE.

A hilo de estas materias, haciendo un breve repaso por las publicaciones doctrinales en revistas científicas, se puede observar como los temas principales que han tomado protagonismo este año han estado en torno a los siguientes key words: trabajo digno, empleo y negociación colectiva, empleo de los jóvenes, promoción del empleo de los

⁴ Resolución de 28 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2018 por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2018, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. (BOE de 29-03-2018).

⁵ Resolución de 27 de julio de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se aprueba el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020. (BOE de 28-07-2018).

⁶ Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021. (BOE 08-12-18).

⁷ Vid. http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/news/WCMS_613522/lang--es/index.htm

⁸ Vid. http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2018/WCMS_615674/lang--es/index.htm

trabajadores jóvenes y maduros, empleabilidad de los jóvenes y parados de larga duración o contrato de trabajo a tiempo parcial.

2.2. Balance de las políticas de empleo en España durante 2018. Perspectivas de futuro

En diciembre de 2017 se aprueban algunas normas relevantes en materia de empleo, en concreto, el Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020⁹ (BOE 16-12-17). Dicha Estrategia es, junto con los Planes Anuales de Política de Empleo y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, uno de los tres instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo. Además, vertebrará las políticas activas de empleo y de intermediación laboral que se desarrollan en el conjunto del Estado.

La anterior Estrategia (2014-2016), con el fin de avanzar en la evaluación de los resultados de las políticas, intentó dar un giro a la situación y cambiarla. Para ello, tal y como se recogía en la propia Estrategia se intentó “pasar desde un modelo de financiación y gestión articulado en torno a programas establecidos centralizadamente a un nuevo marco acorde con las competencias de las comunidades autónomas en políticas activas, en el marco de la unidad de mercado, basado en la evaluación”, esto es, “individualizar” las políticas, en función de las diferentes necesidades de cada Comunidad Autónoma y así, hacer políticas más adaptadas a las necesidades de la población de cada territorio.

La vigente Estrategia (2017-2020) ha sido elaborada en colaboración con las comunidades autónomas y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, se informa por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, y se somete a consulta e informe del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo. Además, se consultan a los Consejos del Trabajo Autónomo y de Fomento de la Economía Social, por lo que se convierte en un instrumento consensuado por todos los agentes implicados.

Esta nueva Estrategia, tras un análisis inicial de la situación y tendencias del mercado de trabajo, persigue dar un paso más allá que la Estrategia anterior, incorpora herramientas nuevas, mejora las anteriores y tiene más en cuenta a la Red Europea de Servicios Públicos de Empleo (Red SPE-UE). En concreto, recoge una batería de trece proyectos y medidas, que deberán ser objeto de una planificación técnica posterior más

⁹ La anterior Estrategia Española de Activación del Empleo tuvo una duración tres años, desde 2014 a 2016 y fue aprobada por el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre. Su objetivo era diseñar políticas activas y pasivas más dinámicas y eficientes que permitan reforzar los mecanismos, mejorar la empleabilidad de los trabajadores, y favorecer la transición al empleo.

detallada. Estas medidas se concretan en cuatro bloques: medias destinadas a la mejora de los sistemas de protección (por ej. programa integral de orientación, formación y soporte directo para jóvenes sin cualificación profesional), medias orientadas al refuerzo de los sistemas e instrumentos de apoyo (por ej. sistema de perfilado estadístico de desempleados), medias destinadas a la mejora de la información (por ej. relanzar el Programa de Intercambio de Buenas Prácticas) y un cuarto y último bloque de medias destinadas al fortalecer y desarrollar los sistemas de gestión y evaluación (por ej. mejora del sistema de gestión y soporte a la Garantía Juvenil).

Con todas medidas y proyectos nuevos, se pretende racionalizar el sistema de protección por desempleo y dotar al Sistema Nacional de Empleo de una batería de herramientas, infraestructuras y sistemas de información determinantes para su modernización y mejora en eficiencia y eficacia. Finalmente, como reza su propia exposición de motivos, la nueva Estrategia concede especial relevancia a la planificación, evaluación y seguimiento de las políticas de activación para el empleo en base a resultados.

Para conseguir todo esto, la Estrategia establece tres tipos de objetivos (clave, estratégicos y estructurales). La importancia relativa que cada año se atribuye a cada uno de los objetivos respecto de los restantes se establecerá en el Plan Anual de Política de Empleo, en el caso del 2018, ha sido aprobado por Resolución de 28 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo.

Con el fin de mostrar algunos datos de la situación, al comienzo de este Plan se recoge un análisis del contexto de la situación actual del mercado de trabajo. Algunos de los datos relevantes que se tuvieron en cuenta para analizar dicha situación fueron los siguientes:

Tabla 1. Situación actual del mercado de trabajo

	2007	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Activos	22.559,60	23.482,50	23.491,90	23.173,40	22.931,70	22.899,50	22.848,30	22.780,90
Ocupados	20.753,40	18.484,50	17.667,70	17.230,00	17.504,00	18.048,70	18.527,50	19.049,20
Desempleados	1.806,20	4.998,00	5.824,20	5.943,40	5.427,70	4.850,80	4.320,80	3.731,70

Tasa de paro (%)	8,01	21,28	24,79	25,65	23,67	21,18	18,91	16,38
-------------------------	------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

Fuente: Plan Anual de Política de Empleo de 2018. (BOE de 29/03/2018, pág. 34116).

El año 2017 sólo ofrece datos hasta el tercer trimestre.

Desde que se elaboró dicho plan ha transcurrido casi un año y los datos actualizados hasta la fecha disponibles son los siguientes:

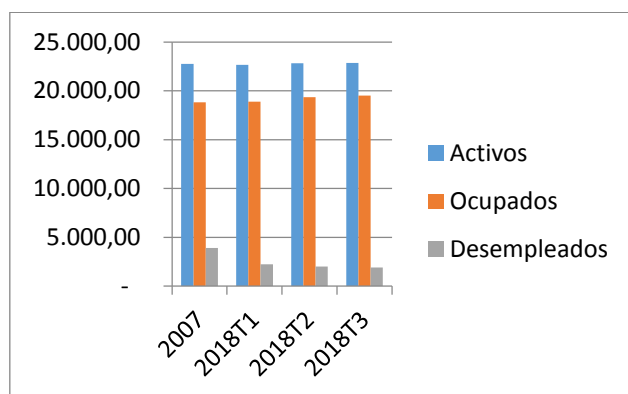
Tabla 2. Situación del mercado de trabajo actualizada

	2007	2018T1	2018T2	2018T3
Activos	22.741,70	22.670,30	22.834,20	22.854,00
Ocupados	18.824,80	18.874,20	19.344,10	19.528,00
Desempleados	3.916,90	2.254,90	2.022,60	1.928,40
Tasa de paro (%)	17,22	16,74	15,28	14,55

Fuente: Elaboración propia a partir de datos EPA. INE. (fecha de consulta: diciembre de 2018)

Como observa en la tabla anterior y también en la siguiente gráfica, los datos van siendo algo más positivos conforme pasan los meses, de manera que van aumentando las personas activas y ocupadas y van disminuyendo los desempleados y las tasas de paro.

Ilustración 1 . Evolución de la situación del mercado de trabajo



Para un análisis más completo, se puede observar dentro de los trabajadores asalariados, qué tipo de contrato tienen, distinguiendo entre contrato indefinido y contrato de duración determinada y además se diferencia según tipo de jornada, esto es, si es tiempo completo o tiempo parcial. Así, los datos de los tres últimos años son los siguientes:

Tabla 3. Asalariados, según número, sexo, tipo de contrato y jornada

VALORES ABSOLUTOS									
Total			Contrato indefinido			Contrato duración determinada			
2018 (promedio 1, 2 y 3T)			2018 (promedio 1, 2 y 3T)			2018 (promedio 1, 2 y 3T)			
2016	2017		2016	2017		2016	2017		
AMBOS SEXOS	15.228,2	15.715,1	16.61,0	11.260,3	11.524,2	11.831,7	3.968,0	4.190,9	4.329,4
A tiempo completo	12.715,2	13.162,5	13.617,7	9.73,7	10.105,5	10.446,1	2.841,5	3.057,0	3.171,6
A tiempo parcial	2.513,0	2.552,6	2.543,4	1.386,6	1.418,6	1.385,6	1.126,5	1.134,0	1.157,8
VARONES	7.951,3	8.202,1	8.447,7	5.904,7	6.079,7	6.260,9	2.046,6	2.122,4	2.186,7
A tiempo completo	7.290,4	7.560,8	7.837,4	5.635,8	5.811,9	6.027,3	1.654,6	1.749,0	1.810,1
A tiempo parcial	660,9	641,3	610,2	268,9	267,8	233,6	392,1	373,5	376,6
MUJERES	7.276,9	7.512,9	7.713,4	5.355,6	5.444,5	5.570,7	1.921,4	2.068,5	2.142,7
A tiempo completo	5.424,8	5.601,7	5.780,3	4.237,9	4.293,7	4.418,7	1.186,9	1.308,0	1.361,5
A tiempo parcial	1.8	1.9	1.93	1.1	1.1	1.15	7	7	781,

parcial	52,2	11,3	3,1	17,7	50,8	1,9	34,4	60,5	2
---------	------	------	-----	------	------	-----	------	------	---

Fuente: Elaboración propia. Datos INE. EPA. (fecha de consulta: diciembre 2018, los datos disponibles sólo incluyen hasta el tercer trimestre de 2018).

Un problema que preocupa y sobre el que se están tomando medidas es el desempleo juvenil. Los datos que arrojan las estadísticas teniendo en cuenta la edad de los desempleados son los siguientes:

Tabla 4. Tasas de paro según edad

	2007	2018T1	2018T2	2018T3
Total	17,22	16,74	15,28	14,55
Entre 16 y 29 años	37,58	37,00	34,39	31,61
Entre 30 y 54 años	15,05	14,76	13,20	12,70
De 55 o más años	15,15	15,33	13,88	12,53

Fuente: elaboración propia. Datos INE. EPA. (fecha de consulta: diciembre de 2018)

Para concluir, como se puede apreciar todavía en el mercado de trabajo existen deficiencias y problemas a solucionar. Sin embargo, conforme muestran los datos anteriores, cabe albergar una esperanza de mejora en el empleo y en la contratación en España. Veremos con el paso del tiempo qué ha ocurrido.

2.3. De nuevo sobre la laboralidad, o no, de la relación de los “riders” con las plataformas digitales de reparto a domicilio

De un tiempo a esta parte, la economía de las plataformas (erróneamente llamada “economía colaborativa”) ha impregnado no sólo la sociedad en general, ofreciéndoles a los ciudadanos infinidad de recursos inmediatos, sino también gran parte de los debates doctrinales y académicos. Las plataformas digitales propias de este nuevo movimiento han traído de nuevo a escena un problema que ya en el año 1986 había provocado enormes ríos de tinta gracias al pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo: la huida del Derecho del Trabajo.

El trasvase de trabajadores asalariados excedentes por el autoempleo en las plataformas digitales provoca que los prestadores de servicios conectados a éstas sean encuadrados como trabajadores autónomos, produciéndose así una reducción de costes laborales muy significativa a través del aligeramiento de los condicionamientos

impuestos por el ordenamiento jurídico laboral¹⁰. La pregunta a la cual debe darse respuesta, en consecuencia, es si resulta correcta dicha calificación jurídica o si, por el contrario, se dan en la relación prestador-plataforma las notas de laboralidad que abren la puerta a la normativa laboral.

Este problema ha adquirido una dimensión global, siendo Uber la empresa que ha dado lugar a la mayor parte de los pronunciamientos de tribunales extranjeros¹¹. Sin embargo, en España, dada la problemática que ha provocado esta empresa desde la óptica puramente mercantil, la problemática laboral de la misma ha quedado relegada a un segundo plano en nuestros tribunales. No obstante, siguen siendo las empresas de transporte y mensajería las que están encabezando todas las disputas entre trabajo autónomo y asalariado, disputas que sí han contado con una decisión jurisprudencial en un sentido u otro.

Hablamos precisamente de tres grandes casos: el caso Deliveroo, el caso Take Eat Easy y el caso Glovo. Se trata de los únicos supuestos de la economía de las plataformas en los cuales han intervenido nuestros Juzgados de lo Social, si bien lo han hecho caminando en líneas diferentes. Si bien en los casos Deliveroo y Take Eat Easy se ha inclinado la balanza a favor del reconocimiento de los prestadores como trabajadores asalariados, el caso Glovo ha discurrido en sentido contrario, a favor de una calificación como trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Dada esta disparidad jurisprudencial, lo que se pretende es realizar un sucinto análisis de los pronunciamientos judiciales para intentar descifrar, en su caso, dónde se sitúa esa línea que parece tan difusa entre una calificación y otra y cuál pueden ser los indicios delimitadores de la misma.

A) CASO TEAKE EAT EASY

La Sentencia de 29 de mayo de 2018 (nº 213/2018) del Juzgado de lo Social nº11 de Barcelona, en una línea temporal, ha sido la primera que sentencia española que se ha pronunciado en este nuevo debate, y lo ha hecho respecto de los trabajadores de la empresa Take Eat Easy, dedicada al reparto de comida, pero ya extinta. En esta sentencia se consideró que los repartidores que reclamaban la calificación de su despido como nulo o improcedente trabajaban bajo la condición de falsos autónomos ya que, a pesar de tener suscrito un contrato mercantil con la empresa, en los hechos probados se

¹⁰ GINÉS I FABRELLAS, A., GÁLVEZ DURÁN, S. *Sharing economy vs. Uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, nº10, 2016, p. 10.

¹¹ El primer tribunal en pronunciarse a favor del reconocimiento del carácter laboral de la relación entre el prestador y la plataforma ha sido la *California Labor Commissioner* en junio del 2015. Posteriormente en la misma línea ha caminado la justicia británica, confirmando el Tribunal de Apelación londinense en la sentencia de 10 de noviembre de 2017 (*caso Uber - V - Aslam*) una sentencia de instancia en el mismo sentido.

acreditaban indicios suficientes para su consideración como trabajadores asalariados: la empresa fijaba una retribución mínima para los repartidores y entregaba uniformes y material necesario para el reparto; aprobaba los horarios de cada repartidor con cuatro semanas de antelación y les entregaba un formulario para la concesión de vacaciones; había instaurado un sistema disciplinario en función de faltas derivadas de la impuntualidad o el reparto sin el material exigido, bajo el riesgo de la extinción del contrato mercantil; los trabajadores estaban sometidos a un régimen de exclusividad, etc.

A pesar de lo importante de este pronunciamiento, lo realmente destacable de la sentencia es la escasa reflexión que se realiza del examen de las notas de laboralidad en un único párrafo que, resumidamente, recopila y traslada el tenor literal de jurisprudencia tradicional.

B) CASO DELIVEROO

La Sentencia de 1 de junio de 2018 (nº 244/2018) del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia, al contrario que en el supuesto anterior, sí que ha abordado de pleno, a lo largo de varias páginas, la laboralidad de los repartidores de Deliveroo.

Al igual que Take Eat Easy, Deliveroo es una plataforma dedicada a la entrega de comida preparada de restaurantes a domicilio a través de sus repartidores o, si se prefiere, los “riders”. Dicha empresa ya había captado la atención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dictando un acta de infracción en diciembre de 2017 a favor de la calificación de los “riders” como trabajadores asalariados. Esta acta abrió un camino favorable para las reclamaciones judiciales, y así lo transcurrió uno de sus repartidores que, en base a dicho pronunciamiento de la Inspección, presentó demanda de despido contra la empresa. El repartidor había suscrito el 25/10/2016 un contrato mercantil de prestación de servicios con la empresa Deliveroo con el objeto de que éste desarrollase las tareas de reparto correspondiente, actuando como contratista independiente y no empleado de la empresa. Sin embargo, el día 23/05/2017 la empresa le remitió un correo electrónico al repartidor comunicándole que desde hacía tiempo no aceptaba ningún servicio de reparto ni estaba disponible en la aplicación, motivo por el cual se procedió a desactivar su cuenta en la plataforma. Días después, el 1/06/2017 la empresa de nuevo remitió un “recordatorio” al repartidor, indicándole que si no subsanaba su falta de disponibilidad se procedería a extinguir de pleno derecho el contrato, y así se hizo el 30/07/2017. El repartidor consideró que su desactivación de la plataforma y la resolución de contrato eran constitutivos de un despido, al considerarse un trabajador asalariado de la empresa y no contratista independiente, de tal modo que, tras la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC el 26/07/2017 y celebrarse la conciliación sin efecto el 21/09/2017, se interpone demanda contra la empresa, solicitando la calificación del despido como nulo o, en su caso, improcedente.

Para valorar si efectivamente existía despido y qué calificación merecía, la juez en primer lugar debía delimitar de nuevo las figuras de trabajador asalariado y trabajador autónomo.

A través de las pruebas aportadas al proceso como el contrato o los correos electrónicos de la empresa a los repartidores con diferentes instrucciones, se consideró que en la relación que mediaba entre las partes se daban las notas clásicas que caracterizan a la relación laboral en virtud del art. 1.1 ET¹² y que serán analizadas de manera inmediata. Concretamente, el carácter personalísimo de la prestación, la dependencia y la ajenidad.

Respecto de la primera de ellas, la dificultad de su comprensión en el caso concreto radicaba en la facultad de sustitución que Deliveroo ofrecía a sus repartidores. La Magistrada, sin embargo, entendió que la facultad de sustitución del repartidor era totalmente residual, requería la autorización escrita de la empresa y estaba prevista para supuestos donde realmente no existía obligación de trabajo¹³, si bien el repartidor no había hecho uso de ella en ningún momento.

En cuanto a la dependencia como nota calificadora, la Magistrada consideró que ésta había quedado acreditada en base a circunstancias como que el repartidor trabajase siguiendo instrucciones y condiciones unilaterales de la empresa, con un reparto plenamente guionizado; que careciese de organización empresarial; que la empresa estableciese las franjas horarias dentro de las cuales debía optar el repartidor, el horario concreto de cada repartidor a partir de sus peticiones, etc. Destaca el hecho de que la Magistrada haya reflexionado acerca del lugar de trabajo, determinando la presencia del trabajador en el lugar virtual establecido por la empresa y al cuál debían retornar una vez finalizado el servicio. A través de estas circunstancias se hace patente que el trabajador carece de una organización empresarial propia que permita su calificación como trabajador autónomo¹⁴, organización propiedad de la empresa y gestionada por la *app*.

Se entendía, además, que la libertad del repartidor para aceptar o rechazar los pedidos quedaba mermada en la medida en que, como sucedió en el caso enjuiciado, el rechazo sucesivo traía consigo la extinción de la relación.

¹² Como se sabe, el citado art. 1.1 del ET establece que *Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*. Así, la relación estrictamente laboral queda delimitada como aquella que reúne los siguientes elementos: carácter personal de la prestación, voluntariedad, dependencia y ajenidad.

¹³ STS de 20/01/2015 (Rec. 587/2014)

¹⁴ STS de 16/11/2017 (Rec. 2806/2015)

Si bien estos indicios revelan la clásica subordinación tal y como la ha plasmado el Tribunal Supremo¹⁵, la base de dicha jurisprudencia tradicional, si bien nos deja ver que el problema de la condición de los trabajadores es un fenómeno suficientemente discutido, trae como consecuencia negativa el hecho de que dicha jurisprudencia fue dictada cuando nada o poco tenía que ver la economía de las plataformas. ¿Cómo se debe entender en este sentido la comprensión del trabajador en el círculo rector y disciplinario de un empresario que sólo se manifiesta al trabajador a través de una plataforma digital?

A nuestro juicio, en este último sentido consideramos que la dependencia está sufriendo un proceso de adaptación hacia su vertiente indirecta y que de cierto modo se ha dejado de lado en la sentencia. Si bien las empresas titulares de la plataforma digital suelen alegar como circunstancia negadora de la dependencia el hecho de que éstas no actúen de forma imperativa en su poder de dirección y control dando órdenes de obligado cumplimiento, la realidad muestra que, tal y como ha sucedido en el caso que nos ocupa, la empresa sí ejerce su facultad sancionadora o resolutoria cuando, por ejemplo, el “rider” rechaza numerosos pedidos o no cumple las “recomendaciones”. Además, en sede de control, si bien es cierto que la geolocalización continuada del repartidor supone un indicio de sujeción al control de la empresa, también debe tenerse en cuenta que, más allá de ello, el empresario ya no controla directamente en determinados asuntos al repartidor, sino que se sirve para ello de sus clientes, que ejercen una vigilancia continua y emiten posteriormente una valoración; valoración que será utilizada por el empresario para ejercer sus prerrogativas.

Respecto de la ajenidad, tanto en los frutos, en los riesgos y en el mercado, se consideró probada basándose en cuatro circunstancias: 1) la empresa decidía el precio de los servicios y las condiciones de los restaurantes y clientes adheridos; 2) la empresa cobraba el servicio a través de la app; 3) la empresa decidía la retribución del repartidor por el servicio realizado (3.38 euros brutos la hora); y 3) el trabajador no percibía beneficios de la empresa más allá de sus retribuciones. Cabe señalar que, de una manera tímida pero positiva, se introduce una reafirmación de la ajenidad en la marca, en base a las muchas comunicaciones en las que la empresa les indicaba a los repartidores que eran *“la imagen visible de la compañía de cara al cliente”*.

Siguiendo en cierta línea la reflexión que realizábamos al hilo de la dependencia, en sede de ajenidad se debería haber insistido en la ajenidad en los medios de producción. Dado que el segundo argumento utilizado por las empresas para afirmar la no laboralidad de la relación viene constituido por el hecho de que los trabajadores aporten sus medios de producción como la bicicleta o el teléfono móvil, la negación de la

¹⁵ STS de 06/05/1986 (EDJ 1986/3003)

desvirtuación de la ajenidad podría haber ido un paso más allá teniendo en cuenta que dichos medios poseen un carácter meramente accesorio si son comparados con el verdadero y costoso medio de producción, la plataforma digital, sin tener en cuenta además la cartera de clientes como elemento productivo que impide el desarrollo empresarial del “rider”.

C) CASO GLOVO

Como se sabe, y así ha podido comprobarse ya al hilo de la lectura de las sentencias anteriores, el problema jurídico-laboral que subyace tras el fenómeno de las empresas de reparto gestionadas desde aplicaciones de dispositivos móviles, así como la calificación que merece la relación jurídica que vincula a la propia empresa con los repartidores, es una de las cuestiones que más debate han suscitado en los últimos tiempos en el seno de la doctrina científica *iuslaboralista*. Y lo cierto es que, tras las referidas sentencias de los casos Deliveroo y Take Eat Easy, esta discusión ha encontrado un nuevo foco al hilo de otro pronunciamiento judicial.

En efecto, el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, con su Sentencia de 3 de septiembre de 2018 (St. nº 284/2018), ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la laboralidad, o no, de la relación jurídica existente entre las plataformas digitales de reparto a domicilio y los, así llamados, “riders” que se encargan de atender los pedidos de los clientes. En esencia, el supuesto de hecho que se plantea es el siguiente: (1) el trabajador celebra con Glovo un contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos y microtarefas como trabajador autónomo el 8/09/2015; (2) el trabajador, tras comunicar la percepción de más del 75% de sus ingresos de Glovo, pasa a ser considerado TRADE el 20/06/2016; (3) el trabajador, después de pasar algunos días enfermo (repartidos en dos tramos entre el 19/10/2017 y el 27/10/2017) en los que le comunicaba a la empresa la imposibilidad de hacerse cargo de ningún pedido, deja de recibir encargos a través de la app móvil; (4) así, el trabajador acciona por despido tácito: el 17/11/2017 presenta la papeleta en el SMAC y el 05/12/2017 la correspondiente demanda judicial, solicitando se declarase la nulidad de su despido por haberse adoptado en vulneración de su derecho fundamental a la no discriminación por razón de la salud y reclamando una indemnización por daños y perjuicios; (5) el 15/02/2018 presenta una segunda papeleta de conciliación en el SMAC solicitando la extinción indemnizada de su contrato por falta de ocupación efectiva e incumplimiento en el pago del salario; (6) por último, el 12/04/2018, el trabajador presenta una tercera papeleta en el SMAC en la que alega un despido -ahora expreso- de la empresa, que le había comunicado el 14/03/2018 que, según su propia voluntad de extinguir relación que le unía a la empresa (voluntad que la empresa atribuía a un mail del trabajador en el que

les solicitaba que no le enviasen más información corporativa), daba por rescindida su “colaboración”.

Así pues, lo verdaderamente interesante de este caso, y sobre lo que versará el presente análisis, es dilucidar si la relación jurídica existente entre el demandante y GLOVO era, o no, una relación laboral que reunía las notas características y definitorias del art. 1.1 del ET, por ser esta la base común sobre la que debía erigirse la respuesta del tribunal a las pretensiones expuestas.

Pues bien, el Juzgado de lo Social Nº 39 de Madrid, tras analizar los indicios revelados por las pruebas aportadas en el proceso, concluye que la prestación de servicios desarrollada por el demandante no merece ser calificada como laboral, por no concurrir las notas características de la ajenidad y la dependencia; para rechazar, así, la pretensión que subyacía en la base de sus tres acciones (esto es, la calificación de laboralidad de su relación) y desestimar todas ellas. Y el órgano judicial sostiene tales conclusiones en distintos argumentos.

En primer lugar, la Magistrada entiende que el trabajador no se hallaba bajo la dependencia de Glovo; pues no tenía una jornada delimitada ni un horario, él decidía la franja horaria en la que trabajar, elegía los pedidos que le interesaban y rechazaba los que no quería, decidía la ruta a seguir y la empresa no le imponía la clase o número de pedidos de los que encargarse. Así, en este sentido, entiende la ponente que el trabajador decidía el cómo, el dónde y el cuándo de la prestación de servicios. Del mismo modo, colige que el GPS no era un instrumento de control de la empresa, sino la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura correspondiente. Y, respecto al sistema de puntos con el que la empresa “premia” o “sanciona” a los repartidores, la Magistrada arguye que no constituye un instrumento de control de la empresa, sino que, simplemente, regula la preferencia de acceso a los pedidos; de forma que el repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, lo que no equivale a castigar a los demás, sino que se premia a los más productivos. Y el hecho de que se acumulen más puntos por prestar servicios en horas de mayor demanda (lo que en la organización de la empresa se denominan “horas diamante”) no es una sanción, sino un incentivo.

Además, prosigue la Sentencia, las principales herramientas de trabajo (el vehículo y el teléfono móvil) son propiedad del repartidor, no de la empresa; y es el repartidor quien asume el riesgo y ventura de los pedidos frente al cliente, quedando exonerada la empresa.

Y, por último, el órgano judicial afirma que tampoco concurre, en el caso de autos, la nota característica de la ajenidad, referida a la retribución percibida por el repartidor; pues el precio pagado por el cliente va destinado al repartidor casi en su integridad

(2.50€ de los 2.75€ que abona), mientras que la empresa, en realidad, se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con los distintos establecimientos, tiendas y comercios.

Todo ello, no obstante, pese a la valía de muchos de los anteriores argumentos, a nuestro juicio, las conclusiones podían y debían haber sido otras, con un sentido opuesto. Y ello no solo a la luz de los criterios sentados las SSJS de Valencia y Barcelona respecto a Deliveroo y Take Eat Easy y las actas de la Inspección de Trabajo en las que rechaza el modelo de negocio de estas plataformas digitales, sino que, de los hechos probados en este caso y recogidos en la propia SJS nº 39 de Madrid, cabría preconizar el carácter laboral de la relación de servicios de los “riders” de Glovo.

En efecto, debe observarse que el sistema de puntuación que Glovo decide introducir en la app informática sí dirige y organiza *de forma tendencial y estadística* la prestación de servicios de todo el conjunto de sus “riders”. Pues qué duda cabe de que sí, con unos determinados valores de puntuación, la empresa encuentra *dificultades estadísticas* para cubrir determinado tipo de encargos, variará (como, de hecho, varía) dichos valores algorítmicos, en la medida de lo necesario, hasta solventar las incidencias de forma satisfactoria para sus clientes. Así, por ejemplo, la empresa alegaba en su contestación a la demanda, en relación a la dependencia, que es el trabajador quien decide sus días de descanso; pero lo cierto es que la empresa dirige su actividad comercial desplazando, mediante las variaciones que sean necesarias en los algoritmos de puntuación, a un número suficiente de “riders”, precisamente, hacia los domingos y festivos, días de mayor volumen de actividad. De este modo, la empresa dirige la actividad de los repartidores a través de un lenguaje y un itinerario lógico nuevos, solo posibles gracias a los recursos tecnológicos actuales. Pero, si se observa, el agregado de todos los repartidores sí desarrolla su actividad bajo los designios organizativos y productivos de la empresa digital, que, a través de las variaciones pertinentes en los algoritmos de la aplicación informática creada y gestionada por ella misma, conseguirá, con toda exactitud, la cobertura de sus necesidades productivas. Y, en fin, a la hora de apreciar la dependencia que -creemos- sí revelan estos sistemas de trabajo digital, el caso más gráfico y palmario es, precisamente, el de autos, donde el repartidor, tras unos días de inactividad por caer enfermos, deja de recibir encargos de forma abrupta.

Y, por lo que se refiere a la ajenidad en torno a la retribución percibida por los repartidores, ocurre algo similar. Es cierto que el importe que paga cada usuario de la app va destinado, casi en su integridad, al repartidor; que, por tanto, sí percibiría los *frutos inmediatos* de su trabajo. Pero la cuestión es que, como bien reconoce la propia SJS nº 39 de Madrid, Glovo, en realidad, se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con los distintos establecimientos, tiendas y comercios. Por

tanto, son ellos los verdaderos clientes del negocio de Glovo. Y los “riders”, que constituyen el eslabón esencial para el desarrollo de dicho negocio, son absolutamente *ajenos* a los *frutos mediatos* (pero verdaderamente relevantes) de su trabajo.

En fin, de la lectura del anterior comentario de las SSJS nº6 de Valencia de 01/06/2018 (nº 244/208) y nº11 de Barcelona de 29/05/2018 (nº 213/2018) y de este, relativo a la SJS nº 39 de Madrid de 3/09/2018 (St. Nº 284/2018), se evidencia que la calificación jurídica de la relación existente entre las plataformas digitales de reparto a domicilio y los “riders” que llevan a cabo los encargos no es, en absoluto, una cuestión sencilla. Así, no por casualidad, el propio Tribunal Supremo reconoce que “la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza similar (ejecución de obra, arrendamiento de servicios, comisión, relación asociativa, etc.), regulados por la legislación civil o mercantil, en su caso, no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social”¹⁶. Y es que, ya de entrada, debe observarse que “la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato del arrendamiento de servicios regulado en el CC no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho, al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente”¹⁷.

No obstante, también es cierto que, tal y como establece el art. 3.1 del CC acerca de los criterios de la hermenéutica, *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*. Y, a nuestro juicio, la realidad económica, social, jurídica y, sobre todo, tecnológica, no puede llevar a que, a través de complejos algoritmos informáticos, se vacíe de contenido el art. 1.1 del ET para excluir de la aplicación de las normas laborales a los repartidores que trabajan al servicio de empresas que organizan su actividad en torno a *apps* o plataformas informáticas y digitales. La cuestión es que, tras los referidos pronunciamientos de primera instancia, con sentidos encontrados, la -según nuestro criterio- solución deseable y definitiva habrá venir, bien de mano del legislador, o bien de la jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Supremo.

2.4. La indemnización por extinción de los contratos temporales: matices y rectificaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

A) Planteamiento.

¹⁶ STS de 26/11/2012 (Rec. 536/2012).

¹⁷ STS de 07/06/1986 (EDJ 1986/3902).

En el Informe de la Sección Juvenil de la AEDTSS de hace dos años se tuvo la oportunidad de comentar la polémica surgida a partir de la STJ de 14 de septiembre de 2016, conocida como el caso De Diego Porras, que daba a entender que las extinciones por fin de contrato temporal debían tener los mismos efectos indemnizatorios que los despidos por causas objetivas de los contratos indefinidos. Dicho pronunciamiento fue muy criticado, especialmente desde la perspectiva empresarial, y dejaba en el aire un buen número de incógnitas. El 5 de junio de 2018, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió dos supuestos, conocidos como Montero Mateos y Grupo Norte, que supusieron un giro importante en la doctrina que parecía desprenderse de la citada sentencia de 14 de septiembre de 2016, un viraje que ha sido confirmado por la STJ de 21 de noviembre de 2018, que atiende a una segunda cuestión prejudicial sobre el propio caso De Diego Porras. Por todo ello, se ha creído oportuno explicar en el Informe de este año cómo queda fijada la postura del máximo órgano jurisdiccional de la UE y qué consecuencias tiene en el ordenamiento jurídico laboral español.

B) La doctrina De Diego Porras I.

El 9 de diciembre de 2014, el TSJ de Madrid planteó una cuestión prejudicial al TJ en la que básicamente preguntaba si, en aplicación de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE, una trabajadora interina debía percibir, a la finalización de su contrato por la reincorporación de la titular del puesto, una indemnización equivalente a la que correspondería por la extinción objetiva de un contrato indefinido o, en su caso, a la que se fija en la LET para el término de otros contratos temporales. En este sentido, por un lado, conviene mencionar que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco implementado por la mencionada Directiva señala que “las condiciones de trabajo” de quienes tienen un contrato de duración determinada no pueden ser menos favorables que las de los “fijos comparables”, a menos que se justifique un trato diferente por “razones objetivas”. De otra parte, cabe recordar que los contratos de interinidad que se extinguen por la llegada del término convenido - en ese caso, la reincorporación de la empleada sustituida - no devengan indemnización alguna, a diferencia de los contratos indefinidos que se extinguen por causas objetivas, que obligan al pago de 20 días de salario por año de trabajo, o de otras modalidades contractuales temporales, que establecen una compensación de 12 días por año a su término.

En aplicación de la Directiva, la STJ de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14 De Diego Porras) consideró que la indemnización por finalización de contrato debía incluirse dentro del concepto de “condiciones de trabajo”; que la trabajadora interina del caso, tanto por su formación como por las funciones que desempeñaba, era “comparable” con un trabajador indefinido; y que la existencia de un trato indemnizatorio desigual al que hubiera tenido la terminación contractual en caso de ser indefinida no

respondía a una justificación objetiva derivada de las características inherentes a la temporalidad ni a la persecución de un objetivo legítimo de política social. Por consiguiente, el TJ falló que el Derecho de la UE se oponía a una norma nacional que denegaba “cualquier indemnización” por finalización de contrato al trabajador interino, mientras imponía el pago de una compensación a los fijos comparables. Al respecto, conviene aclarar que la desigualdad que resulta relevante desde la perspectiva del Derecho de la UE, en general, y de esta sentencia, en particular, es la que sucede entre trabajadores temporales y fijos comparables, por lo que a priori resulta indiferente la distinción que hace el ordenamiento interno a propósito de las modalidades contractuales existentes.

Con posterioridad a la doctrina dictada por esta STJ, se sucedieron en España un sinnúmero de pronunciamientos judiciales que concedieron tanto a los trabajadores interinos como a otros empujados con vinculación temporal una indemnización por fin de contrato de 20 días de salario por año de trabajo; esto es, una la misma compensación que se concede a los indefinidos cuando se les extingue el contrato por causas productivas. Sin embargo, un sector de la doctrina judicial y científica mantuvo las dudas al respecto de esta cuestión, pues el Alto Tribunal europeo parecía obviar una importante cuestión: en la legislación española, los trabajadores interinos y todos los demás temporales, cuando son despedidos por causas objetivas antes de la llegada del término pactado, también tienen derecho a percibir la indemnización de 20 días por año.

C) La doctrina Montero Mateos y Grupo Norte Facility: incidencia en el asunto De Diego Porras II.

Fruto de las dudas que planteaba el caso De Diego Porras, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid planteó el 21 de diciembre de 2016 una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que clarificara su doctrina, a propósito del asunto que debía resolver. En lo que inmediatamente sigue, se ofrece un resumen de los hechos del litigio, la importante respuesta del TJ y la solución que finalmente adoptó el juzgador nacional para el caso concreto.

Una trabajadora había accedido en febrero de 2007 a un puesto como auxiliar de hostelería en la Comunidad de Madrid por medio de un contrato de interinidad por sustitución, que a los once meses fue transformado en una interinidad por cobertura de vacante. El vínculo laboral entre la trabajadora y la Administración se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2016, momento en el que se extinguió como consecuencia de la adjudicación del puesto a la persona que había superado el correspondiente proceso selectivo. En principio, como la normativa española no había sido modificada, la Comunidad de Madrid no indemnizó a la trabajadora interina por la llegada del término contractual, pero esta demandó a dicha Administración por despido, alegando, entre

otras cosas, la comentada doctrina De Diego Porras. Llegados a ese punto, el mencionado juzgado madrileño que conocía del caso le preguntó al TJ si la Cláusula 4.1 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE había de interpretarse en el sentido de que la extinción de un contrato de interinidad por vencimiento del término acordado constituye una razón objetiva para que el legislador interno no prevea indemnización alguna por la extinción contractual, frente a lo dispuesto de cara a la terminación por causas objetivas de un trabajador fijo comparable.

La STJ de 5 de junio de 2018 (asunto C-677/16, Montero Marcos), a diferencia de la STJ de 14 de septiembre de 2016, dio respuesta a la cuestión en Gran Sala, previa escucha de las conclusiones del Abogado General, lo que supone una muestra inequívoca de la trascendencia conferida al caso. En este pronunciamiento, el TJ se reafirma en que las indemnizaciones por extinción de contrato deben entenderse comprendidas dentro del concepto de “condiciones de trabajo” a las que se refiere la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, por lo que cualquier “desigualdad de trato” entre trabajadores fijos y trabajadores temporales que tienen una formación equivalente y realizan funciones similares debe estar basada en “razones objetivas”, derivadas de la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada o de la persecución de propósitos legítimos de política social. Sin embargo, la STJ de 5 de junio de 2018 se desmarca de la doctrina De Diego Porras, en tanto entiende que en el Derecho español no subyace, en realidad, una diferencia de trato entre fijos y temporales a propósito de las indemnizaciones por terminación contractual, puesto que el art. 53 LET, sobre extinción por causas objetivas, establece una indemnización de 20 días de salario por año de trabajo, sin perjuicio de que el vínculo contractual entre empresario y trabajador sea indefinido o por tiempo determinado. Dicho de otro modo, el TJ admite en esta sentencia la distinción entre dos figuras extintivas: por un lado, la finalización por la llegada del término pactado entre las partes desde el inicio de la relación, consustancial a los contratos de naturaleza temporal; y por otro lado, la extinción empresarial por las causas objetivas establecidas en el art. 52 LET, que tiene lugar ante la concurrencia de ciertas circunstancias imprevistas en el momento de la celebración del contrato, algo que puede afectar tanto a los empleados fijos como a los trabajadores por tiempo determinado, cuando son despedidos antes de la llegada del término previsto. Por consiguiente, la cobertura de la vacante que da origen a un contrato de interinidad por esta razón no es, en principio, asimilable a un despido objetivo, sino que constituye la llegada del término pactado. No obstante, el TJ advierte de que, ante la prolongada duración del vínculo y la “imprevisibilidad de la finalización del contrato”, es posible que el mencionado contrato

de interinidad pueda ser recalificado como fijo, una tarea que excede de la cuestión prejudicial planteada y que corresponde exclusivamente al juzgador del Estado miembro.

Una vez recibida la respuesta del TJ, el Juzgado de lo Social de Madrid nº 33, en su Sentencia 260/2018, de 28 de junio de 2018, procedió, por un lado, a rechazar la aplicación de la ya obsoleta doctrina De Diego Porras, y por otro, a examinar si la imprevisibilidad de la finalización del contrato o su excesiva duración suponían que, en realidad, el vínculo entre la trabajadora y la Administración debía considerarse fijo. Lo primero que cabe recordar es que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo - véase, entre otras, la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) - el carácter cierto o incierto del término contractual no afecta a la naturaleza temporal de la relación, existiendo en nuestro ordenamiento interno modalidades contractuales por tiempo determinado con término incierto, como la de obra o servicio o la propia interinidad, que no deben ser confundidas con contratos indefinidos sometidos a condición resolutoria, en tanto la incertidumbre de aquellos tipos contractuales no radica en “si” concurrirá la causa de extinción prevista, sino en “cuándo” se materializará. Coherentemente con ello, el juzgado consideró que resultaba indiferente el hecho de que el momento de la finalización del contrato de interinidad por vacante resultara imprevisible, en tanto la relación estaba sometida a término y el vínculo era temporal. Por el contrario, el Juzgado nº 33 de Madrid apreció que el hecho de que la interinidad se prolongara por un periodo de más de ocho años por cobertura de vacante (más de nueve, en total) sí tenía relevancia jurídica; puesto que, conforme al art. 70 EBEP, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debe desarrollarse dentro de un plazo improrrogable de tres años. Por consiguiente, siguiendo la interpretación de, entre otras, la STS de 12 de mayo de 2017 (rec. 1717/2015), la vinculación que unía a la Sra. Montero Mateos con la Comunidad de Madrid debía ser calificada como “indefinida no fija”. Ante esta circunstancia el juzgado, siguiendo la creativa interpretación de la STS de 7 de noviembre de 2016 (rec. 755/2015), consideró que la cobertura de la vacante, aun sin constituir propiamente una causa de despido objetivo, sí resultaba una causa de extinción asimilable a efectos indemnizatorios, sin perjuicio de que la terminación contractual deba estimarse procedente, al estar causalmente justificada y no ser exigibles las garantías formales propias de los despidos. Por consiguiente, se condenó a la Comunidad de Madrid al pago de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Como se ha aludido anteriormente, por medio de una interpretación extensiva de la doctrina De Diego Porras, fueron no pocos los pronunciamientos judiciales internos que consideraron que la indemnización de 12 días de salario por año de trabajo prevista por la llegada del término de otros contratos de duración determinada, como el contrato

eventual o el contrato por obra o servicio, resultaba igualmente contraria al Derecho de la Unión Europea, por suponer una diferencia de trato injustificada con respecto a los trabajadores indefinidos, que reciben una compensación de 20 días por año, cuando son despedidos por causas empresariales. Sin embargo, lo cierto es que esta construcción jurisprudencial no resultaba ni mucho menos pacífica y, coincidiendo con la resolución caso *Montero Mateos*, la STJ de 5 de junio de 2018 (asunto C-574/16, Grupo Norte Facility) respondió a una cuestión prejudicial acerca de si la finalización de un contrato temporal de relevo podía conllevar el pago de una indemnización inferior a la establecida para la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. Coherentemente con lo expuesto a propósito del caso *Montero Mateos*, el TJ - también en Gran Sala - concluyó que no hay en nuestro ordenamiento jurídico discriminación ni tratamiento desigual injustificado entre trabajadores temporales e indefinidos por este motivo, en tanto el art. 53.1.b) LET establece una indemnización de 20 días por año en caso de despido objetivo con independencia de que el vínculo contractual sea por tiempo determinado o indeterminado, siendo el vencimiento del término acordado, ya sea este una fecha o un acontecimiento, una causa extintiva diferente, que es conocida por el trabajador desde el momento de la celebración del contrato.

Recientemente, la STJ de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17) ha supuesto la confirmación definitiva del giro en la jurisprudencia europea. Este pronunciamiento tiene una importancia simbólica incuestionable, pues responde a una cuestión prejudicial planteada el 25 de octubre de 2017 por el TS, de cara a la resolución del conflicto entre el Ministerio de Defensa y la Sra. De Diego Porras que dio origen a toda esta polémica relativa a las indemnizaciones por el término de los contratos temporales. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo cierto es que esta sentencia, resuelta por la sala sexta y conocida como *De Diego Porras II*, poco aporta a la argumentación ofrecida por las SSTJ de 5 de junio de 2018; si bien, no deja de resultar curioso como el TJ ha resuelto en sentido contrario una cuestión idéntica sobre un mismo asunto. Además de entender que la ausencia de indemnización por fin de contrato de interinidad no es contraria a la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE, la STJ de 21 de noviembre de 2018 resuelve otras dos cuestiones prejudiciales: en primer lugar, si el pago de la indemnización de 12 días por año prevista para ciertos contratos de duración determinada constituye una medida contra fraudes o abusos en los términos de la cláusula 5 de la Directiva; y en segundo lugar, si el hecho de que algunos tipos contractuales temporales conlleven una indemnización por término y otras modalidades, como la de interinidad, no la acarren contraviene dicha cláusula. El TJ responde a la primera cuestión que es el tribunal nacional quien debe examinar los efectos de dichas indemnizaciones a la hora de prevenir fraudes y abusos en materia de contratación

temporal, aunque advierte que el abono de una compensación económica por fin de contrato no se encuentra, en principio, entre las medidas previstas en la cláusula 5. De cara a la segunda cuestión, la sentencia afirma que no es de por sí contrario a la Directiva que algunos contratos tengan indemnización por la llegada del término convenido y otros no, pues lo relevante es que existan medidas adecuadas para evitar fraudes y abusos, lo que a nuestro juicio podría entenderse cumplido en un contrato de interinidad como el controvertido, ya que, no solo su renovación, sino su existencia misma está condicionada a la concurrencia de una razón objetiva: la necesidad de sustituir a otro trabajador con reserva de puesto de trabajo.

D) Reflexión conclusiva.

Ha quedado demostrado que la STJ de 9 de diciembre de 2014, sobre el asunto De Diego Porras, supuso una revolución en la interpretación de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción de los contratos temporales. Sin embargo, la doctrina derivada de aquel pronunciamiento jurisprudencial ha resultado tener un recorrido relativamente breve, pues a lo largo de este 2018 el propio TJ ha dejado claro que la finalización de los contratos por tiempo determinado ante la llegada del término convenido puede tener un tratamiento diferenciado al previsto para la extinción de los contratos indefinidos por causas objetivas. Consecuentemente, una regulación nacional como la española, que prevé una compensación de 20 días de salario por año de servicio en caso de despido objetivo, mientras que priva de indemnización o establece una inferior por el término acordado de los contratos temporales, no resulta contraria al Derecho de la Unión Europea. Desde nuestro punto de vista, es esta nueva doctrina, que emana de Gran Sala, la que parece más acertada, en tanto no resulta fácil apreciar una discriminación generalizada a propósito del diferente tratamiento indemnizatorio que se otorga a causas extintivas distintas, máxime, cuando los despidos objetivos no discriminan en función de si los afectados son trabajadores fijos o temporales. En cualquier caso, el hecho de que nuestra regulación interna no conculque el Derecho de la UE en este sentido, no es óbice para reconocer que la prolongadísima duración de ciertos contratos temporales, especialmente los de interinidad por vacante en la Administración Pública, puede plantear otro tipo de problemas jurídicos, al haberse desvirtuado casi por completo la naturaleza temporal del vínculo. Es por todo ello que sigue siendo aconsejable acometer una profunda reforma de la contratación temporal en España que otorgue más seguridad jurídica a las partes contractuales y confiera un mayor nivel de protección a los empleados temporales.

III. VICISITUDES EN EL CONTRATO DE TRABAJO¹⁸

3.1. Introducción

En este apartado, abordamos distintos pronunciamientos especialmente relevantes en materia de vicisitudes del contrato de trabajo. No es posible comentar todos los pronunciamientos en la materia, y por ello nos hemos centrado en aquellos más relevantes y que han generado mayor debate en la doctrina. En primer lugar, abordamos la problemática de la sucesión de empresas a través de las recientes sentencias del TJUE dictadas en la materia. A continuación, se tratan aspectos relacionados con los despidos colectivos, como son las causas o los criterios de selección, en especial la afectación de las trabajadoras embarazadas; y también otras vicisitudes del contrato, como es la movilidad funcional. Finalmente, concluimos con un epígrafe dedicado a las vicisitudes del contrato de trabajo en el seno de las Administraciones públicas.

3.2. La sucesión empresarial en la jurisprudencia

La institución laboral de la sucesión de empresa conlleva innumerables conflictos interpretativos, motivo por el cual el volumen de resoluciones judiciales es considerablemente alto. No puede dedicarse atención en estas líneas a todas las sentencias publicadas durante el periodo objeto de análisis, ni siquiera, a todos aquellos asuntos que han llegado al Tribunal Supremo. Tampoco pueden tratarse las múltiples aristas que tiene el fenómeno subrogatorio. Por tanto, se va a realizar una selección de aquellos casos que, a nuestro juicio, han tenido un mayor impacto en la jurisprudencia durante este 2018.

Sin duda, el pronunciamiento más esperado tanto por la doctrina como por el resto de operadores jurídicos es la STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17, que versa sobre la siempre polémica aplicación de la Directiva 2001/23/CE —y, en consecuencia, del art. 44 ET— a los supuestos de sucesión de contratistas de servicios en los que no se transmite una infraestructura patrimonial y opera la subrogación por mandato del convenio colectivo. La sentencia tiene una importante trascendencia tanto desde una perspectiva cuantitativa —ya que la mayoría de transmisiones o, al menos, las más conflictivas se producen en el marco de la subcontratación y respecto de actividades basadas en mano de obra— como cualitativa —en la medida en que dependiendo de la calificación que se haga, se aplicarán las garantías previstas en la norma paccionada o en la norma legal—.

¹⁸ Han colaborado en la redacción de este apartado: Sergio YAGÜE BLANCO, Juan Alberto TORMOS PÉREZ (Coordinador), Rosa María RODRÍGUEZ ROMERO y Alfonso ESTEBAN MIGUEL.

Tratando de poner en antecedentes al lector, la controversia surge a raíz de la línea jurisprudencial iniciada con la STS nº 276/2016, de 7 de abril, seguida de muchas otras que consolidaron rápidamente su doctrina y que se ha mantenido de forma constante hasta fechas recientes. Durante este mismo año han reiterado este criterio, entre otras, las SSTS nº 383/2018, de 10 de abril; nº 459/2018, de 3 de mayo; nº 484/2018, de 9 de mayo; nº 484, 565 y 566/2018, de 29 de mayo; nº 578 y 579/2018, de 31 de mayo. En esencia, todas ellas vienen a decir que cuando la subrogación opera por disponerlo la negociación colectiva y la concreta cláusula exonera al nuevo empresario de responder por los créditos laborales pendientes de cumplimiento por el cedente, habrá que estar a los efectos dispuestos por la norma convencional. Y ello con base, sobre todo, en dos argumentos. Por un lado, que no se transmite en estos casos una entidad económica que mantenga su identidad que desencadene la aplicación del art. 44 ET, por cuanto que no hay activos patrimoniales que transmitir y porque no se ha asumido *voluntariamente* a una parte esencial de la plantilla. Y, por otro lado, que la inoperatividad inicial de dicho precepto, permite la intervención del convenio que impone una subrogación en las relaciones laborales que no se habría producido en otro caso, mejorando así en régimen de complementariedad la tutela dispensada por la ley. En este caso, el convenio *introduce el supuesto directamente en el ámbito de aplicación de la Directiva*, pero permite que no se apliquen aquellas consecuencias que están reguladas en la norma legal y no previstas en la norma comunitaria, pues suponen una mejora dispuesta por el legislador español ex art. 8 Directiva 2001/23/CE. Por tanto, la subrogación sigue gobernada por el convenio, que opera con los límites y requisitos que determinen sus negociadores. Esta línea interpretativa suponía un giro jurisprudencial al anterior criterio seguido desde la STS de 27 de octubre de 2004, rec. 4424/03 (que incorporaba la doctrina contenida en la STJUE de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C-51/00) y que entendía que la sucesión de plantillas impuesta por convenio colectivo se convierte en la causa determinante de la sucesión legal, con la consecuencia inmediata de que devienen ineficaces todas aquellas provisiones menos garantistas que las reguladas en el art. 44 ET.

Ante esta situación, el TSJ de Galicia consideró que podría haber un desajuste entre la jurisprudencia comunitaria y la interna, por lo que planteó dos cuestiones prejudiciales¹⁹: 1) le interesaba que el TJUE se pronunciara sobre si una sucesión de una parte esencial de la plantilla impuesta por convenio podía producir una sucesión de empresa a los efectos de la Directiva ante un cambio de contratista; y 2) si, en caso de estimarse que hay transmisión, era posible que el convenio excluya la responsabilidad

¹⁹ Auto TSJ Galicia de 30 de diciembre de 2016, rec. 2310/16. Cabe recordar que aún queda por resolver la cuestión prejudicial promovida por el TSJ Islas Canarias, Las Palmas, Auto 26 de enero de 2018, rec. 661/1, y que versa sobre un supuesto similar, pero con matices en el planteamiento de las preguntas.

del cesionario sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo anteriores a la transmisión, teniendo en cuenta que la norma legal que transpone la Directiva sí prevé la imposición de responsabilidad solidaria. Mediante la STJUE *Somoza Hermo* el Tribunal de Justicia responde afirmativamente a la primera pregunta entendiendo que hay sucesión de empresa si —como consecuencia del cambio de titularidad en la prestación del servicio objeto de la contrata— el convenio colectivo impone la subrogación de una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencias, lo que implica la transmisión de una entidad económica. Para resolver el asunto, no incorpora ningún elemento de juicio nuevo, sino que se limita a sistematizar y reiterar su consolidada doctrina en torno al objeto del traspaso, en especial, la contenida en la STJUE *Temco*. En cuanto a la segunda cuestión, se declara incompetente para resolver ya que requiere un pronunciamiento sobre la compatibilidad entre distintas fuentes de derecho interno y no sobre el derecho de la Unión. Ahora bien, apunta que dicho examen requiere “*valorar cuestiones de jerarquía normativa*”. En cualquier caso, rápidamente la doctrina científica se pronunció considerando que la cuestión de fondo quedaba suficientemente resuelta²⁰.

La respuesta del Tribunal Supremo no se ha hecho esperar. Así, en la STS nº 872/2018 de 27 septiembre (seguida por las SSTS nº 931/2018, de 24 de octubre y nº 935 de 25 de octubre) admite que, aunque se trata de un tema resuelto en numerosos asuntos recientes, la nueva STJUE *Somoza Hermo* requiere un replanteamiento de su propia doctrina en torno a la subrogación convencional. En este sentido, acepta que la sala 4ª estaba partiendo de una premisa diferente a la del TJUE (“que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación”), pero que a la luz del nuevo pronunciamiento no queda más interpretación que considerar que el criterio determinante es la transmisión de una entidad económica y que esta puede quedar constituida por un conjunto de trabajadores organizados y adscritos de forma estable a la contrata. En definitiva, admite que no debe seguir abordándose el análisis del caso atendiendo a “la causa” de la transmisión, pues es indiferente que la sucesión de plantilla se produzca por efecto del convenio o por una decisión voluntaria del nuevo empresario. Ello, siempre y cuando se trate de un sector en los que el elemento esencial es la mano de obra, porque en aquellos otros en los que se requiere del uso de elementos patrimoniales específicos y relevantes, no basta con la sucesión de plantilla, sino que deberán transmitirse los mismos para considerar que se ha transmitido una

²⁰ BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, I., «Sucesión de plantilla ex Convenio Colectivo: impacto de la doctrina Somoza Hermo (incluida la Ley de Contratos del Sector Público)» en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018, publicado el 16-07-18 en <http://ignasibeltran.com>.

entidad económica (en este sentido: STS nº 937/2018, de 26 de septiembre). En conclusión, con estos nuevos pronunciamientos se produce un nuevo ajuste o alineamiento entre la jurisprudencia comunitaria y la interna en torno a la interpretación de la sucesión de plantilla derivada de una cláusula convencional.

Sin embargo, también resulta interesante la STSJ Galicia de 26 de julio de 2018, rec. 2310/16, en la que el TSJ gallego aplica la STJUE al asunto sobre el que planteó las cuestiones prejudiciales. La fundamentación jurídica de esta sentencia permite una nueva lectura del mecanismo de la responsabilidad solidaria. El TSJ advierte de que la propia Directiva 2001/23/CE regula en su art. 3.1, la subrogación del cesionario respecto de los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, lo que incluye las deudas salariales anteriores a la transmisión. Por tanto, no puede una norma interna (legal o convencional) determinar que el cesionario no responda de dichas deudas. Lo que puede hacer un Estado miembro es reforzar la garantía añadiendo la responsabilidad del cedente que de no existir quedaría desvinculado de las deudas al transmitir la unidad productiva al cesionario, con todos los derechos y obligaciones vinculados a la misma (esta interpretación es la que el propio TJUE ha hecho en asuntos anteriores, vid. STJUE de 7 de febrero de 1985, *Abels*, asunto C-135/83)²¹. Es decir, la responsabilidad solidaria que se contempla como mejora de la regulación comunitaria es la del cedente, mientras que el cesionario siempre será responsable en la medida en que se sitúa en la posición del anterior empresario subrogándose en los derechos y obligaciones de aquel. Si hay responsabilidad solidaria, el cedente mantendrá la responsabilidad sobre sus propias deudas transmitidas durante un periodo posterior a la transmisión, lo que supone una garantía adicional en la medida en que incrementa las expectativas de cobro de los trabajadores subrogados.

En otro orden de cosas, la sucesión de contratos y concesiones en el ámbito de las Administraciones Públicas también ha sido una cuestión controvertida, en especial, cuando se produce la reversión y vuelta a la gestión directa por el ente público. Así, por un lado, el TJUE también se ha pronunciado este año sobre otro asunto planteado por un órgano judicial español y referido a una sucesión de concesionarios de un servicio público. En efecto, en la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-472/16, determina que existe transmisión en un supuesto en el que un adjudicatario de una Escuela Municipal de Música, que venía gestionando el servicio con el empleo de los bienes patrimoniales cedidos por el Ayuntamiento concedente hasta que interrumpe

²¹ Esta interpretación también ha sido puesta de manifiesto recientemente por la doctrina científica: ARAGÓN GÓMEZ, C., «Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2016, nº 17, p. 4/7 pdf descargado el 10-04-17 de laleydigital.laley.es).

la prestación del servicio dos meses antes de finalizar el curso académico, despidió a la plantilla y restituye los bienes a la Administración, que vuelve a adjudicar el servicio para el curso siguiente a otra empresa proporcionando los mismos bienes patrimoniales. En este caso, el TJUE considera que la suspensión temporal de 5 meses no impide apreciar la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, pues el hecho de que la empresa esté temporalmente cerrada en el momento del traspaso y no tenga empleados a su servicio no es motivo para exclusión en sí mismo, sino que es solo una de las circunstancias de hecho a valorar. Ahora bien, no considera que las extinciones contractuales se produzcan por la mera causa de la transmisión ya que se produjeron en una fecha bastante anterior y obedeciendo a razones económicas, técnicas o de organización en el sentido del art. 4.1 Directiva 2001/23/CE. Y es que los despidos se debieron a la imposibilidad de la empresa concesionaria de retribuir a sus trabajadores como consecuencia del incumplimiento de lo pactado en el contrato administrativo por parte del Ayuntamiento.

Respecto a la reversión de servicios públicos también hay varias sentencias. Ahora bien, tras algunas oscilaciones observadas en las resoluciones del Tribunal Supremo en los años anteriores, cabe decir que los criterios delimitadores de la transmisión aplicada a estos casos van quedando claramente definidos. Así durante este año, las SSTS nº 1027 y 1028/2017, de 19 de diciembre; nº 53/2018, de 24 de enero; nº 426/2018, de 20 de abril; nº 584/2018, de 5 de junio; nº 765/2018, de 17 de julio; nº 781/2018, de 18 de julio y nº 900/2018, de 10 de octubre, vienen a reiterar el criterio ya establecido en las SSTS nº 685, 686, 687 y 688/2017, de 19 de septiembre, resolviendo, además, sobre el mismo supuesto de reversión al Ministerio de Defensa del servicio de restauración colectiva prestado en varios acuartelamientos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos. Lo relevante de estos casos, en los que para prestar el servicio encomendado hacen falta una serie de activos patrimoniales que son absolutamente imprescindibles, es que se incorpora al acervo jurisprudencial interno el criterio establecido en la STJUE de 26 de noviembre de 2015, ADIF, asunto C-509/14, precisando que el hecho de que la administración recupere tras revertir la contrata los elementos materiales que puso en su día a disposición del concesionario no impide que se aprecie la transmisión de empresa. En el mismo sentido, las SSTS nº 710 y 713/2018, de 4 de julio, sobre supuestos de reversión de un servicio de limpieza viaria acompañada de la recuperación de la infraestructura necesaria de titularidad municipal. Cabe recordar esta cuestión solo resultaba problemática en el ámbito de la reversión de la actividad, ya que se consideraba que recuperar la infraestructura propia del ente que descentralizaba no implicaba transmisión patrimonial alguna que desencadenase la sucesión (vid. STS de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/10 o STS nº 1046/2016, de 9 de diciembre), pero no en

el marco de una sucesión de concesionarios en la que el nuevo empresario recibe los elementos de titularidad pública que ya empleaba el anterior adjudicatario (SSTS nº 399/2018, de 16 de abril; nº 486/2018, de 9 de mayo; nº 570/2018, de 29 de mayo y nº 693/2018, de 28 de junio).

3.3. El despido colectivo en la jurisprudencia

En el año 2018, se han producido numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de despidos colectivos, pero es interesante reseñar aquí aquellos que han destacado más y que han tenido un mayor impacto.

En materia de selección de trabajadores afectados por la decisión empresarial de acometer un despido colectivo, y, en particular, en materia de selección de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, ha sido de especial importancia la Sentencia TJUE de 22 de febrero de 2018 (ECLI:EU:C:2018:99), dictada en el asunto *Porras Guisado*. La sentencia viene a confirmar que es posible afectar a una trabajadora embarazada (o que haya dado a luz o en período de lactancia) en un despido colectivo, siempre que su afectación esté justificada y no atienda a razones relacionadas con el embarazo. De hecho, así lo confirmó el tribunal remitente, declarando la procedencia del despido en cuestión (Sentencia TSJ Cataluña 26/04/2018, rec. 3002/2015).²² En este sentido, la sentencia *Porras Guisado* recuerda que la Directiva 92/85 “no obliga a los Estados miembros a establecer una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad al despido colectivo, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia” (pár. 72), de modo que el empresario puede despedir a la trabajadora embarazada, pero deberá exponer por escrito los motivos por los que ha sido seleccionada, y que sean no inherentes a la persona de la trabajadora, es decir, no relacionados con el embarazo, como podrían ser motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa.

Pero más allá de este punto, la sentencia *Porras Guisado* aporta otras cuestiones de interés. En este sentido, la sentencia abre la puerta a debatir una mejora de la actual tutela que la ley española ofrece a las trabajadoras que se ven afectadas por una decisión de despido colectivo, pues señala que “habida cuenta del riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono

²² A este respecto, véase BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, I., «Embarazadas y despido colectivo: la respuesta del TSJ de Cataluña al caso Porras Guisado» en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2018, publicado el 01/06/2018 en <http://ignasibeltran.com>.

de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo. Por consiguiente, con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del art. 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado.” (pár. 64-65)

En consecuencia, cabría pensar que la actual tutela que ofrece nuestro ordenamiento sería insuficiente para proteger adecuadamente a las trabajadoras embarazadas, tutela que podría ofrecerse, por ejemplo, con el reconocimiento legal de una prioridad de permanencia para dichas trabajadoras. Además, la misma sentencia confirma esta postura abierta a una mayor protección, señalando que la Directiva 92/85, a pesar de no imponer a los Estados miembros una prioridad de permanencia o una prioridad de recolocación para las trabajadoras embarazadas, la Directiva 92/85, como decíamos, establece unos mínimos, por lo que no se excluye la posibilidad de que los Estados miembros otorguen una mayor protección a través de sus respectivas legislaciones.

De hecho, como ya se ha señalado anteriormente, y con el marco legal actualmente vigente, la Sentencia TSJ Cataluña 26/04/2018 declaró la procedencia del despido de la trabajadora embarazada, señalando que la normativa española no les confiere por disposición de la ley una prioridad de permanencia, sin perjuicio de que se pacte vía negociación colectiva o en acuerdo alcanzado en período de consultas. Además, y ese es el elemento clave para excluir eventuales motivaciones discriminatorias en la selección de la trabajadora, la carta de despido contenía “la información suficiente sobre el despido, las causas y el criterio de selección”, éste último basado en una valoración en forma puntuación de carácter objetivo a la que se sometían todos los trabajadores afectados.

No obstante, es importante recordar que, en el caso de las trabajadoras embarazadas, nos encontramos ante colectivos que necesitan una especial protección, y que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad frente a decisiones empresariales discriminatorias. Es por ello que, en tanto no exista una prioridad de permanencia para las trabajadoras embarazadas, la afectación de las mismas en procedimientos de despido colectivo podría determinar la nulidad en caso de que hubiera discriminación. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (rec. 2708/2016), en la que se declara nulo el despido de la trabajadora embarazada afectada porque el empresario no había justificado el criterio seguido para la selección, así como los motivos para prescindir de su contrato de trabajo y cómo incidían en el mismo las causas de despido.

La cuestión de la afectación de trabajadoras embarazadas nos lleva a tratar otro tema en el que también ha habido numerosos pronunciamientos: el de la reproducción de los criterios de selección en la notificación individual del despido a los trabajadores. Así, podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 24/01/2018 (rec. 413/2016), 08/02/2018 (rec. 760/2016 y 3220/2015), 27/02/2018 (rec. 3936/2015), 08/03/2018 (rec. 360/2016), 04/04/2018 (rec. 1354/2016), 16/04/2018 (rec. 1796/2016), 18/05/2018 (rec. 2843/2016), 11/07/2018 (rec. 1758/2016), o 12/07/2018 (rec. 3611/2016), entre otras. En todas ellas, la línea argumental es similar: la notificación individual de la decisión de despido colectivo a los trabajadores afectados no requiere la reproducción de los criterios fijados por el empresario en la decisión o acordados por empresa y representantes de los trabajadores en el período de consultas, ni tampoco una indicación de la concreta aplicación de dichos criterios al trabajador afectado.

El TS lo argumenta diciendo que dicho requisito no viene fijado en la ley y que la existencia de un período de consultas hace suponer que dichos criterios eran conocidos por los trabajadores. En otros términos, el Tribunal recuerda que el objetivo de la notificación individual al trabajador afectado tiene como objetivo la comunicación al mismo de la causa motivadora del despido a fin de permitirle ejercer el derecho de defensa en caso de impugnación judicial. Estos pronunciamientos deben ponerse en relación con la conocida sentencia dictada en el asunto *Bankia*, la STS 15/03/2016 (rec. 2507/2014), la cual además señaló que, en el proceso de impugnación individual de su despido, el trabajador puede solicitar el detalle de dichos criterios mediante diligencias previas.

Otra cuestión que resulta de interés en el marco de los despidos colectivos es la relativa a la determinación de las causas, materia sobre la que hay que destacar algún pronunciamiento. En este sentido, la STS de 25 de enero de 2018 (rec. 176/2017) aborda por un lado la definición de causas productivas, admitiendo como tal la pérdida del cliente principal de la empresa, lo cual provocó que la empresa no pudiera vender sus productos en el mercado. Además, también señala que la acreditación de una sola de las causas objetivas invocadas es suficiente para declarar la medida como justificada, sin que resulte exigible acreditar que concurren los requisitos que permitan acreditar todas y cada una las causas invocadas.

También en materia de causas objetivas, y aunque se refería a un despido objetivo individual, hay que destacar la STS de 30 de mayo de 2018 (rec. 2329/2016), en la que se declaró la procedencia de un despido por causas objetivas de un trabajador a tiempo completo que se negó a aceptar una conversión de su contrato a tiempo completo a contrato a tiempo parcial, y ello sin que sea obligatorio acudir previamente a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET.

Por lo que respecta a cuál es la unidad de cómputo a efectos de la determinación de los umbrales que implican el inicio del procedimiento de despido colectivo, la STS de 7 de julio de 2018 (rec. 486/2016) interpreta el art. 51.1 ET a la luz de la Directiva 98/95, y establece que la unidad de cómputo para los umbrales será la empresa, y también, a su vez, el centro de trabajo si en él prestan servicio habitualmente más de 20 trabajadores, y cuando en dicho centro se excedan los umbrales numéricos del art. 51 ET. También en materia de umbrales, quisiéramos reseñar las SSTS 28/02/2018 (rec. 999/2016), 14/06/2018 (rec. 3853/2016) y 19/06/2018 (rec. 2585/2017), que señalan que para el cómputo de los umbrales tendremos en cuenta también la eventual falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo, lo que determina la declaración de nulidad por superar los umbrales del art. 51 ET sin que se haya tramitado el preceptivo período de consultas.

Finalmente, otra sentencia que ha traído cierto debate jurídico es la STS de 2 de julio de 2018 (rec. 2250/2016), que señala que, en los procesos individuales de despido tras un despido colectivo, no es posible revisar la existencia de las causas justificativas del mismo que habían sido asumidas por los representantes legales de los trabajadores en el acuerdo alcanzado tras el período de consultas. La sentencia añade como requisito que dicho acuerdo no haya sido impugnado por los mismos representantes o por un sindicato con implantación. En definitiva, el Tribunal considera que admitir en los procesos individuales la revisión de las causas asumidas por los representantes daría lugar a una gran inseguridad jurídica y desvirtuaría la eficacia de lo pactado en el período de consultas.

3.4. Novedades en materia de movilidad funcional: STS de 17 de julio de 2018 (rec. 2672/2017)

Como se sabe, la movilidad funcional se basa en la facultad que tiene la empresa de alterar unilateralmente el contenido del contrato de trabajo, de este modo, al trabajador se le pueden asignar diferentes funciones, independiente de que no fueran para las cuales hubiera sido contratado inicialmente. Esta circunstancia la regula el art. 39 ET, donde se reconocen diferentes tipos de movilidad funcional: movilidad funcional horizontal, movilidad vertical de carácter transitorio y movilidad funcional vertical de carácter permanente. Todas ellas parten de un denominador común y es que se efectuarán “de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador”. Precisamente sobre la exigencia de titulaciones académicas o profesionales se ha pronunciado la STS de 17 de julio de 2018 (rec. 2672/2017).

En este caso nos encontramos con un trabajador que, tras varios años trabajando en Radio Televisión de Galicia (RTVG), accede mediante oposición a la categoría de

ayudante de producción cumpliendo con el nivel formativo exigido (título de bachiller, graduado escolar o equivalente). No obstante, en un momento dado -concretamente entre diciembre de 2011 y noviembre de 2012- la empresa le encomienda funciones de productor, pese a que no tiene la formación necesaria y exigida para la adjudicación de dicha plaza (titulación superior en Ciencias de la Información, Económicas Empresariales, Derecho o Técnicas). Este hecho suscita que el actor demande a la empresa entendiendo que tiene derecho a percibir el salario por las funciones realizadas en una categoría superior, porque la posesión de la titulación exigida para cubrir la plaza no constituye un requisito legal. Sino que alega la infracción del art. 44.1.1 del Convenio Colectivo de RTVG -que recoge el contenido del art. 39.1 ET- estableciendo como límite para la movilidad funcional ascendente las titulaciones académicas o profesionales exigidas. Por lo tanto, afirma que es una exigencia impuesta por el Convenio Colectivo aplicable. No obstante, RTVG niega este derecho porque para el desempeño de estas funciones es preciso tener, por imperativo legal, la formación que ha establecido en las bases de la convocatoria realizada. Es decir, la exigencia de titularidad no es una imposición meramente convencional -porque el convenio colectivo no define su contenido-, sino que se desarrolla en los tres números del Diario Oficial de Galicia donde se establecen las bases de la convocatoria y los requisitos para cada categoría.

Precisamente el objeto de esta sentencia es aclarar si la exigencia de la titulación para las funciones de productor en un supuesto como el que nos ocupa es una exigencia legal -como alega la empresa demandada- o si es convencional -como alega el trabajador-, pues una u otra solución tiene consecuencias jurídicas diferentes; y existen sentencias contradictorias al respecto sobre la misma casuística.

Para aclarar estas discrepancias, la sentencia repasa la doctrina que el propio Tribunal Supremo ha establecido respecto a la incidencia de la exigencia de titulación en orden al reconocimiento de las diferencias salariales por la realización de trabajos de categoría superior. De manera sistematizada la doctrina del tribunal es la siguiente (STS 9 de marzo de 2016, rec.3193/2014):

A) Cuando el ejercicio de unas funciones de una determinada actividad profesional se encuentra regulado por normas legales de carácter imperativo que para su desempeño se exige una determinada titulación académica, no es posible realizarlas -ni siquiera de manera temporal- sin la debida titulación, en cuanto la norma prohíbe su ejercicio si se carece de la misma, lo que puede entrañar un delito de intrusismo. Por lo que no se genera el derecho al reconocimiento de las diferencias retributivas.

B) Cuando la exigencia de titulación para el acceso a determinadas categorías viene impuesta por un Convenio Colectivo, sin constituir un elemento legal necesario y habilitante para el ejercicio de las funciones, la carencia de titulación convencionalmente

establecida impide el reconocimiento de la categoría superior al trabajador, pero no se le puede privar de la percepción de las retribuciones correspondientes, pues en este supuesto no es un interés público el que determina la exigencia de la titulación, sino el designio de garantizar el nivel formativo que se considera más adecuado para el ejercicio de dicha actividad.

Lo cierto es que la Sala entiende que el objeto del debate no es en realidad si la exigencia de titulación para las funciones de productor viene impuesta por el convenio colectivo o por imperativo legal por las bases de la convocatoria como aluden las partes, sino aclarar si existe alguna norma legal que vincule el ejercicio de la profesión de productor a la posesión de un determinado título, como lo exigido por RTVG para el acceso a las plazas de esa categoría. Es decir, se trata de determinar si es o no una profesión titulada. El hecho de que sea o no una “profesión titulada” es lo que determinará si el trabajador puede percibir la diferencia salarial por realización de trabajos de categoría superior o no, y no si dicha exigencia viene establecida por el convenio colectivo o las bases del acceso a dicha plaza como se alega erróneamente. Pues ni la Sala de Suplicación ni la parte recurrida concretan la norma legal que contiene la exigencia invocada para el ejercicio de la profesión de productor en el sector audiovisual.

Es por ello por lo que, en primer lugar, aclara si se trata o no de una profesión titulada en los términos expuestos. Para ello alude a la sentencia del Tribunal Constitucional 42/1986, de 10 de abril, que aclara que debe entenderse como profesiones tituladas y que encomienda al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y de los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión titulada. Y en conexión con lo anterior, señala el art. 12.9 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de enseñanzas universitarias. De todo ello se extrae que la producción en medios audiovisuales no es una profesión titulada, pues ninguna norma legal la regula ni vincula su ejercicio a la posesión de un determinado título académico o estudios superiores específicos. Es decir, se trata de una profesión no titulada.

Es por ello, por lo que una vez aclara esta cuestión, y con la aplicación de los cánones de enjuiciamiento mencionados, finalmente el Tribunal estima las demandas del trabajador, porque la exigencia de una titulación superior para el desempeño de funciones de productor en RTVG no tiene su origen en una norma con rango de ley, ni siquiera en una disposición convencional colectiva, sino que en este caso se trata de una *voluntad unilateral de la empresa*, explicada por las convocatorias para la provisión de plazas fijas, de constreñir el acceso a dicha categoría a una concreta titulación. Por lo tanto, en este supuesto deben reconocerse las diferencias salariales por la realización de

funciones de una categoría superior, si bien no por ninguno de los argumentos esgrimidos por las partes. De esta manera el TS aclara -al fin- qué ocurre en los supuestos en los que los ayudantes de producción realizan de manera temporal funciones de productor en RTVG -práctica que parece extendida por el número de sentencias que tratan estas cuestiones-, poniendo fin a la disparidad de resoluciones emitidas por los diferentes tribunales ante esta situación.

3.5. Las vicisitudes del contrato de trabajo en las Administraciones públicas

La jurisprudencia más relevante durante este año en materia de personal de la Administración se ha centrado en el personal indefinido no fijo. Seguidamente haremos un repaso de los pronunciamientos más importantes sobre este tipo de personal.

La figura del indefinido no fijo fue una construcción jurisprudencial del Tribunal Supremo derivada de dar respuesta a la problemática de la contratación irregular por parte de la Administración. No era posible declarar personal fijo, como establece la normativa laboral, a aquellos trabajadores que habían sido contratados de forma irregular por la Administración porque colisionaba con el respeto a los principios constitucionales de acceso al empleo público. No obstante, esta figura ha sido muy controvertida y la jurisprudencia ha tenido que ir delimitando la relación laboral de este tipo de personal y las consecuencias derivadas de la extinción.

No han sido los tribunales nacionales los únicos que se han pronunciado sobre la figura de los indefinidos no fijos. En la sentencia de 25 de julio de 2018 (asunto Vernaza Ayovi) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto una cuestión prejudicial sobre si existe diferencia de trato contrario al derecho europeo entre los trabajadores fijos y los indefinidos no fijos en la aplicación de las consecuencias de un despido disciplinario calificado como improcedente.

La normativa nacional española contempla que cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador deberá ser readmitido obligatoriamente. Sin embargo, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo pueden no ser readmitidos y ser por ello indemnizados, aunque realicen las mismas tareas que los trabajadores fijos. En este supuesto, el Tribunal no considera que se vulnere el principio de no discriminación recogido en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, y en el art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, porque la desigualdad de trato observada está justificada. En este sentido, para llegar a dicha conclusión el Tribunal argumenta que “es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se

encuentran los trabajadores que no son fijos”, es decir, que las características de imparcialidad, eficacia e independencia predicables del Derecho de la función pública español implican la necesidad de permanencia y estabilidad en el empleo de aquellos trabajadores que han accedido a la Administración por el procedimiento reglamentario para adquirir la condición de personal fijo. Además, estas consideraciones explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos de trabajo por parte de la Administración que no tienen la facultad de elegir entre readmisión e indemnización a causa de un despido improcedente.

Por otro lado, una de las cuestiones más debatidas tanto por la doctrina, como por los Tribunales ha sido cuál es el procedimiento que se debe llevar a cabo para la amortización del puesto de trabajo que viene ocupando un trabajador indefinido no fijo. La doctrina actual del Tribunal Supremo recoge que la amortización del puesto de trabajo no puede conllevar la automática extinción del contrato del indefinido no fijo, sino que se debe realizar conforme al procedimiento establecido para el despido objetivo o colectivo, si estos superan los umbrales del art. 51 del ET. Esta doctrina se recogió por primera vez en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de 24 de junio de 2014.

En las SSTs 147/2018, de 14 de febrero (rec. 513/2015) y 415/2018, de 18 de abril (rec. 524/2015) el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la extinción de personal indefinido no fijo del Ayuntamiento de los Barrios, que había sido cesado sin seguir el procedimiento reglamentario de extinción para los despidos colectivos contenido en el art. 51 del ET. La Sala considera que estos despidos son calificados como nulos por superarse los umbrales especificados para el despido colectivo del ET y no haber respetado el procedimiento ni haber abonado la indemnización contemplada para estos supuestos en la norma laboral. Según se argumenta en la sentencia y en contra de lo alegado por el Ayuntamiento, esta doctrina se aplica a todas las situaciones enjuiciadas con posterioridad a dictarse la STS de 24 de junio de 2014, comentada anteriormente, aunque se trate de ceses colectivos producidos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012, que dio lugar al cambio de doctrina. Esta circunstancia no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva ni el principio de seguridad jurídica, sin que ello suponga una eficacia retroactiva en la decisión de la Sala, que se limita a interpretar de manera diferente una norma preexistente a la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012.

Otro pronunciamiento interesante sobre las consecuencias del cese de un trabajador indefinido no fijo es la STS 64/2018, de 25 de enero (rec. 391/2015). En esta ocasión la cuestión litigiosa gira alrededor del cese de un empleado indefinido no fijo, pero como consecuencia de que la plaza ocupada fue adjudicada a quien poseía la condición de funcionario. El Tribunal Supremo recuerda su doctrina en relación con el cese de indefinido no fijo en plaza funcionarial por amortización de esta, y en plaza laboral

cuando se ha convocado la plaza y el trabajador indefinido no fijo ha participado sin éxito en el concurso, adjudicando la plaza a una tercera persona. En ambos supuestos se debe calificar el cese como despido y la extinción de tal contrato lleva, necesariamente, aparejada indemnización.

En el supuesto de autos, el Tribunal considera que el hecho de que se hubiese amortizado una plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrita el demandante, no permite apreciar la existencia de una causa lícita subsumible en el apartado b) del nº 1 del art. 49 ET, para extinguir el vínculo laboral. Así, el trabajador tenía derecho a ocupar una plaza de personal laboral que estaba reservada para el proceso extraordinario de consolidación y tenía derecho a ser adscrito a una plaza en tales circunstancias. Ello implica que su extinción es un incumplimiento del derecho derivado de aquella situación. Por tanto, la calificación adecuada para el cese producido es la de despido, porque la terminación del contrato no es subsumible en ninguna de las causas específicas del art. 49.1.b ET. En palabras de la Sala “nos encontramos, por tanto, ante una terminación contractual, acordada por la empresa y sin encaje específico en las causas legalmente previstas, lo que equivale a un despido improcedente.” No obstante, en el caso particular se considera que el despido ha sido nulo derivado de la existencia de indicios de represalia por parte del empleador en virtud de la garantía de indemnidad.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo no se ha pronunciado exclusivamente sobre los ceses del personal indefinido no fijo. En la STS 352/2018, de 2 de abril (rec. 27/2017) el Alto Tribunal ha determinado que los trabajadores indefinidos no fijos tienen los mismos derechos que el personal fijo, a excepción de los derivados de la extinción. En particular, ha considerado en la sentencia mencionada que estos trabajadores tienen derecho a participar, en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo, en convocatorias de promoción profesional, de acuerdo con las previsiones del convenio colectivo aplicable. No obstante, si se produce dicha promoción puede comportar cambio de destino funcional, pero no alterar la naturaleza del contrato de trabajo. Así establece la Sala que “si en algún concreto caso la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo indefinido no fijo en otro dotado de fijeza habría que rechazarla [...] Asimismo, aunque no trasciendan al fallo, debe advertirse sobre las importantes cautelas que en fundamentos precedentes hemos incorporado para evitar que por esta vía se alcance resultados indebidos. La promoción profesional reclamada ha de reconocerse, pero solo cuando su consecución se considere posible sin alterar la naturaleza (indefinida no fija) de la relación laboral, lo que requiere un análisis individualizado”.

La argumentación de la referida sentencia, que cuenta con un voto particular contrario, se sustenta en que los trabajadores indefinidos no fijos tienen derecho a la promoción profesional en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación de la Directiva 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y la garantía de la no discriminación entre trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, y en el derecho interno, en el art. 15.6 ET que equipara los derechos de ambos colectivos, salvo en materia de extinción contractual. También se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 de la Constitución, pues negar tal derecho a los trabajadores indefinidos no fijos no resulta compatible con el contenido del citado artículo.

Este apartado no quedaría completo si no se hiciera referencia a las resoluciones del orden contencioso-administrativo sobre la materia. La relación especial del personal estatutario de los servicios de salud hace que sea este orden el que dirima las controversias nacidas de la contratación irregular o abusiva del personal eventual. En dos sentencias, las STS 1425/2018 (rec. 78572017) y 1426/2018 (rec. 1305/2017) de 26 de septiembre, recoge la doctrina mantenida por la Sala de lo Social y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con cese de personal cuando se ha utilizado de forma abusiva la contratación temporal y se han omitido las medidas legales previstas en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Ello deriva del efecto directo y la primacía del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70.

IV. DERECHO COLECTIVO²³

4.1. Introducción

El presente informe analiza, por un lado, los pronunciamientos judiciales dictados en el año 2018 en materia de derecho colectiva y, por otro lado, se estudia el IV AENC firmado el 5 de julio de este mismo año. En concreto, y en relación al primer bloque, dada su actualidad y trascendencia, se abordarán tres grandes bloques temáticos: el primero referido a la libertad sindical; el segundo centrado en la representación de los trabajadores en la empresa; y el tercero relacionado con la ultraactividad del convenio colectivo.

4.2. Libertad sindical

A) Titularidad del derecho de libertad sindical

²³ Rafael MOLL NOGUERA (coordinador), Maravillas ESPÍN SÁEZ, Patricia NIETO ROJAS y Isabel RIBES MORENO.

La STS Sala Contencioso-administrativa, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018, 776) analiza la legalidad de la integración de la Asociación Unificada de la Guardia Civil en la federación internacional de ámbito europeo EUROCCP, planteándose si la prohibición legal de sindicación de sus miembros impide la participación en instancias supranacionales de defensa de intereses colectivos.

Para resolver esta demanda, señala el alto tribunal que «la interpretación de los límites y restricciones a los derechos fundamentales de los Guardias Civiles no debe acometerse, sin más, mediante una proyección acrítica de los límites y restricciones que operan en el ámbito de las Fuerzas Armadas, sino que aun dentro de los parámetros propios de la relación de servicio de naturaleza militar (y sin desnaturalizar, por tanto, sus perfiles definitorios esenciales) ha de moverse en una línea tendencial de consideración y valoración positiva de la caracterización del Instituto como un cuerpo policial, insertado como tal en su trabajo diario en la sociedad civil». Así, resulta claro que los miembros de Institutos Armados quedan fuera de la libertad sindical por aplicación expresa del art. 1.3 LOLS, pero al mismo tiempo el derecho de asociación permite la defensa colectiva de intereses económicos y sociales, de modo que la limitación de asociación internacional a aquellas del «mismo carácter» ha de entenderse en atención a las funciones que se realizan (policiales en la sociedad civil) y no al estatuto de sus miembros, debiendo permitirse la asociación de la AUGC a EUROCCP, sin que esta participación implique, en ningún caso, el ejercicio de la actividad sindical.

B) Garantías de la actuación de los representantes legales

También presenta interés la STS 10 de mayo 2018 (Rº 120/2017) en relación al crédito horario y si es posible que se extienda esta ficción de prestación de servicios también a los tiempos de descanso. Para resolver la controversia, señala el Alto Tribunal que, en los supuestos donde el convenio colectivo establezca que los descansos dentro de la jornada diaria se deben considerar tiempo de trabajo efectivo, se podrá solicitar los correspondientes descuentos del crédito horario reconocido a los representantes legales. Entiende, a este respecto, el TS que la negativa a computar estos tiempos de descansos como parte del crédito horario es una conducta empresarial que implica, de facto, un perjuicio en la promoción profesional de los representantes legales, y bien es sabido que la Recomendación nº 143 OIT prohíbe “la pérdida de prestaciones u otras ventajas sociales”, evitando este reconocimiento cualquier vulneración de la profesionalidad del representante.

Aunque es evidente que las manifestaciones de este comportamiento son plurales lo que impide el análisis exhaustivo del tratamiento judicial, sí que debemos identificar su fundamento y alcance, debiendo anticipar que el propósito último de esta garantía pasa por evitar cualquier tipo de menoscabo profesional, teniendo presente que, si finalmente

este se produce, se obligaría al representante a escoger entre su carrera y la función representativa colocándolo en el trance de sacrificar esta y reincorporarse a su puesto de trabajo. En lo que hace a su alcance material, el hecho de que la garantía se extienda a todas las facetas de la relación laboral no empece para que cuando se invoque por un representante el supuesto carácter discriminatorio de una decisión empresarial, solo si aquella genera una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación se trasladará al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable.

En el supuesto de hecho, la actuación empresarial afecta a la indemnidad del representante en materia no retributiva y así “la ficción de que las horas dispuestas del crédito horario en el supuesto de exoneración parcial de prestar servicios, o la totalidad de la jornada, en el caso de la “liberación” por acumulación de créditos horarios, han de considerarse como horas o jornada de trabajo efecto por el principio de omniequivalencia de derechos no generan derechos retributivos, sino que ha de entenderse extendida a todos los aspectos de la relación laboral -movilidad funcional, ascensos, etc.- y por supuesto a los descansos y pausas que por el convenio se les considera tiempo de trabajo efectivo”. Esta sentencia es una nueva expresión de la vasta doctrina jurisprudencial que tutela la actuación representativa, generando una suerte de inmunidad retributiva de los derechos de los representantes que devengan el crédito durante los periodos de descansos previstos colectivamente y sin que exista una efectiva contraprestación de servicios. Se constata, por tanto, una línea jurisprudencial expansiva que contribuye a difuminar los ya imprecisos contornos que definen el salario como la contraprestación del trabajo efectivo o de los periodos de descanso computables como de trabajo (art. 26.1 ET) y que tiene por fin último preservar a quienes asumen una función representativa de tutela de intereses colectivos.

Por su parte, la STC 89/2018 resuelve los límites de la libertad de expresión en relación a un representante legal. El TSJ de Canarias que tuvo que enjuiciar la legalidad de la decisión empresarial que culminó con el despido de miembro del comité de empresa, que asistió a un pleno municipal portando una careta y una camiseta que exhibía un lema crítico con el comportamiento de la empresa y del ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y que posteriormente participó en la rueda de prensa en la que se anunció convocatoria de huelga, consideró procedente la decisión extintiva. Sin embargo, el TC otorga al amparo al trabajador, entendiendo que la manifestación vertida en pública por el representante unitario afiliado a un sindicato tachando de “corrupto” a un directivo de su empresa, se ampara por el derecho a la libertad de expresión.

A juicio del TC, debe partirse de la condición del demandante que actuaba como miembro del comité de empresa junto con otros representantes de los trabajadores en la

defensa y protección de los derechos e intereses de estos (art. 7 CE), en virtud de lo acordado en una reunión del sindicato "Intersindical Canaria". No se trataba de un trabajador más, pues ostentaba la condición de representante de los trabajadores y, como tal, ejercitaba la libertad de expresión para la protección del interés colectivo de los trabajadores. Además, con independencia de su afiliación al sindicato, la protesta había sido organizada y promovida por el sindicato "Intersindical Canaria", desarrollándose por ello su conducta en el marco de la libertad sindical, cuyo ámbito de protección, como hemos indicado, es más amplio [SSTC 134/1994, FJ 4 b) y c); 200/2007, FJ 2; y 257/2007, FJ 2]. De este modo expresaba sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación [art. 68 d) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre] y en el ejercicio de la acción sindical.

Su objetivo y finalidad era el de reivindicar una actuación más enérgica de la Administración frente a los incumplimientos empresariales en materia salarial, denunciando la pasividad del Ayuntamiento por abstenerse de exigir el respeto de los derechos salariales de los trabajadores de la contrata. Dicha especial protección se recoge en el art. 1 del Convenio nº 135 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, cuando indica que "los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos".

Para que dicha protección resulte eficaz deberá compensar necesariamente el riesgo que origina la asunción de la defensa de los derechos laborales, calificando como nulo el despido del trabajador al entender que el mismo vulnera la "libertad sindical en relación con la libertad de expresión".

Se ha de insistir en que la actuación del trabajador obedecía a una estrategia adoptada en una reunión del sindicato, consistente en acudir con otros compañeros del comité a una sesión del Pleno municipal de la ciudad, decidiéndose así mismo en dicha reunión que en un momento dado, el trabajador se colocaría una careta con la imagen de un personaje público y exhibiría una camiseta en la que se leía: "donde hay un corrupto hay un corruptor. Tanto o más importante que el nombre del político corrupto es conocer el de la empresa de seguridad corruptora". Siendo pacífica la doctrina constitucional que señala que "frente al ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad sindical, solo otro derecho fundamental o interés constitucionalmente relevante puede ser opuesto como límite", lo que no ocurrió en este caso al despedir al trabajador.

Al ser el trabajador despedido, miembro del comité de empresa y ser representante legal de los trabajadores, cuenta con una protección especial cuando ejerce la libertad de expresión en el marco de la acción sindical acordada, frente a personas que realizan

funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia, máxime en un contexto de conflictividad laboral como el existente en la empresa.

C) Sobre la designación de delegados sindicales

Tras la célebre STS de 18 de julio de 2014 (Recurso 91/2013) en relación a los requisitos para la designación de delegados sindicales al amparo de lo dispuesto en el art. 10 LOLS, existen nuevos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo, señalando que forma parte del contenido de la libertad sindical en su vertiente auto-organizativa la determinación del ámbito de establecimiento de las secciones sindicales, lo que supone que puedan constituirse secciones tanto a nivel empresa, centro de trabajo o una agrupación de estos de centros, no alcanzando a la empresa en su integridad.

Las STS de 25 de enero y de 8 de febrero de 2018 sostienen a este respecto la amplitud con la que el sindicato puede decidir el ámbito de constitución de estas secciones y, derivada de esta opción, la posible designación del delegado sindical cualificado previsto en el art. 10 LOLS, teniendo presente a este respecto que la interpretación más favorable a la libertad sindical, apoyada en el hecho de que la propia ley no especifique, lleva al Tribunal Supremo a entender que la presencia debe entenderse en sentido literal, de modo que si en el ámbito en el que se ha constituido la sección el sindicato ha obtenido algún representante (en algunos o en todos los órganos establecidos) existirá el derecho al nombramiento de un delegado, incluso aunque el sindicato no cuente con presencia en todos los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas. Para alcanzar tal conclusión, señala el TS que “por lo pronto, la literalidad de la norma no indica que deba tenerse representación en todos los órganos representativos (o en todos los centros de trabajo)” y entendiendo que cuando entra “en juego la libertad sindical, las normas han de interpretarse en el sentido más favorable para el reconocimiento del derecho fundamental” termina por reconocer el derecho a la designación.

D) Sobre la participación institucional de los sindicatos

Partiendo de la relevancia constitucional que el art. 7 CE reconoce a sindicatos y patronales, la STC 20/2018 tiene que analizar la adecuación constitucional de la decisión adoptada por la Asamblea de Madrid en relación a la designación de cinco miembros del Consejo de Administración de la radio televisión pública madrileña.

Ante la exclusión en este proceso de la Federación Regional de Servicios de UGT, el sindicato requiere, al menos, una resolución motivada del órgano de la asamblea, al considerar que esta decisión no solo afecta al derecho de la organización recurrente a acceder, en condiciones de igualdad a los medios de comunicación social de naturaleza

pública garantizado en el art. 20.3 CE, sino que además se ve afectada la libertad sindical.

Entiende el TC que existe una diferencia de trato no justificada hacia la organización sindical en el proceso, y habida cuenta que cuando las normas reguladoras de cualquier decisión pública, incluidas las adoptadas por asambleas parlamentarias, hagan referencia a actores o agentes representativos de la sociedad, no cabrá la exclusión injustificada de los sindicatos o sus representantes, termina por otorgar el amparo al sindicato recurrente. La falta de motivación resulta, a juicio del TC, especialmente relevante toda vez que FES-UGT Madrid no solo reunía los requisitos exigidos en la convocatoria, sino que se daba la circunstancia de que existían más puestos a cubrir que candidaturas presentadas. Pero es que, además, una vez que la ley y los acuerdos parlamentarios adoptados al efecto, prevén el sistema de participación y acceso de los grupos sociales a los medios de comunicación social, no es posible excluir a tales grupos de dicho acceso sin una justificación mínima, en particular si concurren los requisitos objetivos que permitirían el acceso, y si de la exclusión pudiera derivarse, además, la vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de la ley, ex art. 14 CE, un derecho que se puede ver comprometido desde el momento en que todas las asociaciones susceptibles de conformar candidaturas cumplen los requisitos objetivos previstos en la ley, y alguna de ellas resulta excluida sin que sea expreso el fundamento de tal exclusión.

4.3. La representación de los trabajadores en la empresa

A) Representación Unitaria

Dos han sido las principales cuestiones que se han tratado sobre la representación unitaria: por una parte, el carácter de derecho necesario absoluto de la constitución de dos colegios electorales en las elecciones a comité de empresas y, por otra parte, sobre la composición de los miembros de los comités intercentros.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de julio de 2018, nº recurso 133/2017, resuelve sobre la posible nulidad de un artículo del convenio colectivo de un grupo de empresas que establece un colegio único a los efectos de elecciones sindicales. Así, la disposición del convenio colectivo impugnado dispone “En base a la composición profesional y a las características de las actividades desempeñadas por los trabajadores, las elecciones sindicales para la representación unitaria se realizarán mediante el establecimiento de un colegio único”. El Tribunal refiere el carácter de derecho necesario de las disposiciones previstas tanto en el art. 71.1 ET y del art. 6.1 del RD 1844/1994, de 9 de septiembre que aprueba el reglamento de elecciones, que establecen que solo podrá constituirse colegio único bien cuando el

centro de trabajo tenga menos de 50 trabajadores, o bien, cuando alguno de los colegios electorales no alcance el 0,5% de los electores, es decir, por inexistencia de un número de electores suficiente que justifique su constitución. Por tanto, declara la nulidad del referido precepto convencional al contravenir lo dispuesto en la norma legal, sin que permita una disposición en este sentido.

Por otro lado, la Audiencia Nacional en sentencia de 25 de junio de 2018 ha tratado un asunto de cierta relevancia, como es el régimen de modificación de la composición de los comités intercentros que, como es sabido, no figura previsto en la Ley. La constitución de un comité intercentros en una empresa precisa que se establezca en el convenio colectivo estatutario de aplicación, sin embargo, la composición de este órgano de segundo grado, aunque elegida por y entre los representantes unitarios, no es libre, ya que ha de acomodarse a los resultados electorales de la empresa guardando la debida proporcionalidad. Así, la sentencia señalada tiene que resolver acerca del conflicto que se plantea en IBERIA LAE, que tiene constituido un comité intercentros, cuando se realizan elecciones sindicales parciales que vienen a modificar la proporcionalidad sindical en la empresa, sin que el convenio colectivo que lo instituyó ni el propio reglamento del comité intercentros dispongan nada sobre este particular. La Audiencia debe resolver si debe modificarse la composición del comité en estos casos al no figurar prevista esta situación. La sentencia determina que una posible modificación en estas circunstancias sería problemática, puesto que el hecho de modificar la composición del comité intercentros conforme a los resultados de elecciones parciales supondría en empresas complejas una permanente modificación de este órgano unitario, lo que dificultaría el correcto desempeño de las funciones que se le hubieran atribuido. De este modo, entiende que su composición debe estar referida a los procesos electorales generales, salvo que el propio convenio colectivo que lo creó disponga en otro sentido. Por otro lado, al tener atribuido el comité intercentros la negociación colectiva, conduce a que la composición de la comisión negociadora se ajuste a la composición vigente, sin alteraciones. En otro caso, razona la Audiencia, “sería imposible articular una negociación colectiva eficiente”. Consecuentemente, habrá de mantenerse la composición inicial en tanto no se produzcan nuevas elecciones generales en la empresa.

B) Representación sindical: las Secciones sindicales y su ámbito de constitución y actuación

De nuevo tanto, el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional han tenido que pronunciarse sobre un problema tan debatido como es el ámbito de constitución y representación de las secciones sindicales. Así, el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de enero de 2018, nº recurso 61/2018, y 28 de febrero nº recurso, 274/2016,

reiterando doctrina, vuelve sobre la cuestión de los requisitos que deben tenerse en consideración para la elección del delegado sindical. En este sentido, en línea con la doctrina sentada en diferentes sentencias manifiesta que será el sindicato quien ha de decidir su estructura a nivel de empresa, bien en centros de trabajo autónomos, bien en centros de trabajo agrupados o bien a nivel de empresa. Conforme a lo anterior, el ámbito donde se mide la audiencia electoral y el número de trabajadores para la elección de delegados sindicales habrá de ser el mismo que se tomó en cuenta para la constitución de la sección sindical y, además, será en dicho ámbito donde el representante sindical podrá ejercitar sus derechos y desarrollar sus competencias.

Igualmente, la Audiencia Nacional ha abordado otro aspecto de esta misma cuestión, en su sentencia de 23 de mayo de 2018. En este caso la Audiencia resolvió sobre la obligación de las secciones sindicales de constituirse a nivel de centro de trabajo, vigente y aplicable un convenio colectivo que introducía una importante mejora en el número de representantes sindicales en el supuesto de que se eligiesen a dicho nivel. En estas circunstancias, no obstante, el sindicato opta por constituir la sección sindical a nivel empresarial solicitando, al cumplir los requisitos establecidos en la LOLS, el reconocimiento de los derechos del delegado sindical que había sido elegido por ellos en este ámbito. Sin embargo, la empresa considera que no debe reconocerlo ya que en el convenio colectivo aplicable se establece el centro de trabajo como ámbito de constitución de la sección sindical. La Audiencia Nacional declara que la regulación que establece el convenio puede aplicarse a aquellos que voluntariamente deciden constituirse a nivel de centro de trabajo, aunque ello no implica la obligación a los que firmaron el convenio de organizarse conforme a estos parámetros. Por consiguiente, la sección sindical podrá constituirse conforme resulte más conveniente a sus intereses, sin que la firma del convenio suponga la renuncia a optar por constituirse de otra forma.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha resuelto en dos sentencias el alcance de la posibilidad de que los representantes sindicales del sindicato sean oídos en supuestos de despido de afiliados. El Tribunal Supremo en sentencias de 9 de mayo y 19 de julio de 2018, nº de recurso 3051/2018 y 496/2018, respectivamente, ha especificado que la obligación de audiencia previa únicamente se atribuye a los delegados sindicales que representen secciones sindicales que reúnan las exigencias del art. 10.1 LOLS, y no en otro caso. De este modo, el derecho recogido en el art. 55.1 ET no permite una interpretación expansiva, atendiendo a distintas razones, lo que conlleva a concluir que la mera existencia de un delegado sindical elegido para representar a una sección sindical no le atribuye todos los derechos que la ley concede a los elegidos conforme a las exigencias del art. 10.1 LOLS.

C) Derechos, prerrogativas y garantías de los representantes de los trabajadores

Respecto de los derechos y prerrogativas de los representantes, tanto unitarios como sindicales, la problemática abordada ha sido, por un lado, el alcance de la protección frente al despido de los representantes de los trabajadores y por otro, los derechos de crédito horario y de información.

En primer lugar, la referente al alcance de la protección realizada por el Estatuto de los Trabajadores frente al despido de los representantes de los trabajadores, a los que concede el derecho de opción a la readmisión o a la extinción indemnizada cuando el despido se declara improcedente. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de febrero de 2018, nº de recurso 823/2016, establece que la titularidad de esta protección se extiende, no únicamente a los representantes unitarios y sindicales, sino también a los proclamados candidatos que fuesen elegidos en las elecciones. Sin embargo, concluye, no cabe otorgar la misma protección a aquellos que fuesen despedidos antes de que la empresa pudiera conocer su intención de presentarse a elecciones sindicales, es decir, en las que el despido es anterior a la presentación de la candidatura. Asimismo, en sentencia de 17 de abril de 2018, nº de recurso 411/2018, trata otro aspecto de esta protección y, reiterando doctrina, confirma la duración de esta protección que tendrá vigencia no solo durante el tiempo del mandato representativo, sino que se extenderá un año más tras la finalización del mismo.

En segundo lugar, se ha tratado en tres sentencias aspectos controvertidos del disfrute del crédito horario. El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de abordar esta cuestión en sentencias de 18 de enero, nº de recurso 58/2017 y dos de 27 de junio de 2018, con nº de recurso 227/2016 y 109/2017. La primera de ellas trata la pretensión de un sindicato, la Federación de Construcción y Servicios de CCOO, solicitando se considere la mejora de atribución del crédito horario, tradicionalmente otorgado a los representantes de los trabajadores sobre la base de los doce meses del año, incluso durante los meses de vacaciones, como una condición más beneficiosa. En la empresa, durante 20 años, la atribución del crédito se realizaba a razón de 40 horas por doce meses del año por cada representante. Sin embargo, en fecha 26 de abril de 2016, conforme a doctrina jurisprudencial, se comunica por la empresa que en adelante el crédito sindical de los representantes debía ser computado por once meses. Ante esta actuación el sindicato recurre ante el Tribunal Supremo que realiza una reflexión detenida sobre la naturaleza de la actuación empresarial si cumple, o no con los requisitos de la condición más beneficiosa. A tal efecto, a la vista de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes la sentencia destaca que la empresa permite el disfrute del crédito por doce meses debido a la inseguridad que existía sobre este particular, si bien, como a partir de la STS de 23-5-2015 se establece una interpretación clara, la empresa aplica el nuevo criterio interpretativo para el año 2016. De esta forma,

el fallo de la sentencia establece que no puede considerarse de mayo de una condición más beneficiosa y se desestima la reclamación.

En cuanto a la segunda sentencia, aborda la validez de un artículo de un convenio colectivo que respecto del crédito horario establece literalmente: “la utilización será por jornadas completas en los casos de comités de nueve o más miembros, excepto en el turno de tarde, que, si no se solicitara por jornada completa, coincidirá con el inicio de la jornada y por el tiempo necesario”. Sobre esta cuestión el Tribunal razona que, aunque la utilización del crédito en jornadas completas ha sido admitida en sentencias, dicha posibilidad iba referida a supuestos de acumulación de horas. Esto es así ya que la ley deja a la negociación en convenio colectivo la acumulación del crédito horario y, consecuentemente puede también adoptar la forma, límites y efectos de dicha acumulación, concretándolo en jornadas completas cuando no sea una situación desproporcionada, irrazonable o desorbitada. Sin embargo, en el texto del convenio esta modalidad de utilización no está vinculada con la acumulación horaria, sino que parece aplicarse en todo caso, limitando el derecho de los representantes de los trabajadores que disfrutaban de su propio crédito horario sin acumulación. Así, la sentencia declara la nulidad de la mencionada cláusula convencional, cuando se refiere al crédito horario no acumulado de los representantes de los trabajadores, siendo válida en otro caso.

Por último, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de junio de 2018, nº de recurso 109/2017, tiene que valorar sobre la procedencia del fallo de una sentencia de la Audiencia Nacional que, ante una vulneración del derecho al uso del crédito horario por parte de un delegado sindical, impidiendo la utilización de sus horas sindicales durante un año entero, condenó a la empresa a la concesión durante el año siguiente de las horas de crédito sindical no utilizado. El Tribunal Supremo refiere que este disfrute extemporáneo no es contrario a la jurisprudencia, sino que esta era la única fórmula para satisfacer el derecho vulnerado, sin que ello contraviniese su legítima finalidad.

En otro orden de cosas, en tercer lugar, se ha tratado la posible vulneración del derecho de libertad sindical con la limitación del ejercicio de los derechos de información. Estos aspectos se abordan en tres ocasiones. En primer lugar, el Tribunal Supremo resuelve en su sentencia de 19 de julio la problemática suscitada en una empresa (ADIF) que limita la utilización de la INTRANET y el correo electrónico para los ordenadores de determinados puestos. En los hechos queda probado que la empresa no permite ni el acceso a la información y comunicados de las organizaciones sindicales, ni el envío de información sindical a trabajadores y representantes en puestos relacionados con la circulación. El Tribunal resuelve negativamente sobre la violación del derecho fundamental, ya que la limitación que se realiza por la empresa se justifica por motivos de seguridad, sin que se trate de una limitación de carácter absoluto, sino solamente

desde los ordenadores de dichos puestos de trabajo. En efecto, los trabajadores pueden acceder a las distintas informaciones a través de una dirección de ADIF que facilita el acceso desde cualquier ordenador con sus claves y, en consecuencia, no se entiende vulnerado el derecho de libertad sindical.

En lo que respecta al ejercicio de derechos derivados de la condición de delegado sindical, la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2018, introduce una cuestión novedosa y de gran interés como es el alcance del derecho de información que tienen los delegados sindicales de una sección sindical que tiene garantías plenas, es decir, a las que hace referencia el art. 10 LOLS. La controversia se manifiesta en una empresa, un banco, que tiene distintos centros de trabajo por todo el país, unos con representación unitaria y otros no y, al mismo tiempo, cuenta con una sección sindical de CCOO cuyo ámbito es la totalidad de la empresa a nivel nacional. La empresa facilita la información que se entrega a los representantes unitarios, pero no proporciona aquella que corresponde a centros de trabajo que no tienen representación. Sin embargo, la sentencia considera que el derecho de información que se atribuye a los delegados sindicales, aunque igual al de los representantes unitarios, habrá de estar referido al ámbito que tiene la sección sindical. En este caso, al englobar a toda la empresa corresponderá entregar la información de toda la empresa, tanto de los centros de trabajo con representantes unitarios o de aquellos que no los tuviese. Por tanto, se atribuye el ámbito en el cual se ejercen los derechos al establecido en la constitución de la sección sindical.

Igualmente, es necesario, por su actualidad, mencionar el Auto de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 2018, nº de recurso 252/2017, que viene a tratar el alcance de la obligación empresarial de informar sobre el número y forma de computar las horas extraordinarias realizadas en la empresa a los representantes de los trabajadores a los efectos de permitir ejercer el contenido del derecho de vigilancia respecto del cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como, el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. De este modo el sindicato actor (Federación de Servicios de Comisiones Obreras) plantea ante la Audiencia si la empresa tiene la obligación de establecer un sistema de registro de la jornada diaria efectiva de la plantilla para comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados. Ante este recurso la Audiencia considerando que la normativa española no exige llevar un registro de la jornada diaria efectiva de la plantilla para comprobar el cumplimiento de los horarios, acordó formular diversas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la adecuación de la norma española al contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 4 de noviembre. Sin duda, la sentencia del Tribunal de Justicia, que habrá de emitirse próximamente, tendrá un impacto significativo en el Derecho del Trabajo y, también, en los derechos de información que se atribuyen a los representantes.

4.4. La ultraactividad del convenio colectivo

A) La constitucionalidad de la tesis sobre la contractualización recogida en la STS de 22 de diciembre de 2014.

La STC nº 38/2018 de 23 de abril conoce del recurso de amparo 2387/2016 interpuesto por la empresa contra la conocida sentencia del TS de fecha 22 de diciembre de 2014 (rec. 364/2014), la cual estableció, con igual dosis de creatividad y polémica, la tesis sobre la contractualización de las condiciones laborales tras el vencimiento del periodo ultractivo del convenio colectivo. Recuérdesse que la posición defendida por la empresa en instancia y en casación fue que, de conformidad con el art. 86.2 ET, una vez el convenio perdía su vigencia estaba legitimada a abonar las retribuciones conforme a lo establecido en el ET al no existir convenio superior al de empresa que resultase de aplicación. No obstante, como se sabe, el TS en la ya célebre y citada sentencia se decantó por la tesis “conservacionista”, frente a la vía rupturista, sobre la base de que las condiciones laborales fijadas convencionalmente se encontraban contractualizadas desde el momento en que se creó la relación jurídico-laboral.

Pues bien, la empresa en cuestión acude al TC por considerar que dicha sentencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho (art. 24.1 CE) por dos motivos. Por un lado, porque denuncia que el pronunciamiento del TS no ha cumplido con las reglas establecidas legalmente para la conformación de la voluntad judicial de un órgano colegiado (art. 255 LOPJ), habida cuenta de que solo seis magistrados apoyaron la fundamentación jurídica de la sentencia, frente al de la mayoría que la rechazó, a pesar de que el fallo sí obtuvo el voto favorable de la mayoría, en concreto, de ocho magistrados. Por otro lado, la empresa entiende que la sentencia inaplica la norma legal a través de una interpretación meramente voluntarista que se aleja del contenido y espíritu del precepto 86.3 ET. En este sentido, señala que el legislador ha forzado a la existencia de un vacío normativo, por lo que el TS, en caso de discrepar del encaje constitucional de este precepto, debería haber interpuesto la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, por lo que se ha extralimitado en la decisión de inaplicar el art. 86.3 ET mediante una lectura *contra legem* del mismo, alterando, a mayor abundamiento, el sistema de fuentes de la relación laboral.

Sin embargo, el TC rechaza ambas quejas. En primer lugar, descarta que la sentencia impugnada incumpla con las exigencias de motivación derivadas del art. 24.1

CE por carecer de la mayoría exigida legalmente por el art. 255 LOPJ. En efecto, entiende el TC que no puede apreciarse el vicio de falta de motivación dado que la resolución permite conocer las razones que conducen al fallo y los criterios jurídicos esenciales determinantes del mismo. En este sentido, destaca que se conformó debidamente la voluntad del órgano colegiado, pues el fallo obtuvo el respaldo de la mayoría requerida legalmente. En segundo lugar, el TC matiza que no le corresponde realizar una valoración sobre el acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, sino exclusivamente controlar que las resoluciones judiciales estén suficientemente motivadas. Desde esta premisa, el TC rechaza que la tesis sobre la contractualización elaborada por el TS resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable. Admite que existen otras interpretaciones posibles, como las defendidas por la empresa o en los votos particulares formuladas a la sentencia, pero insiste que no le corresponde al TC decidir cuál es la correcta, pues no constituye una tercera instancia.

B) Matización de la tesis sobre la contractualización recogida en la STS de 22 de diciembre de 2014.

En un conjunto de sentencias que resuelven conflictos individuales, pero que comparten identidad fáctica y jurídica, el TS ha completado y matizado la tesis de la contractualización fijada en la STS de 22 de diciembre de 2012 (rec. 364/2014). Así, por vez primera, en la STS de 5 junio de 2018 (rec. 364/2017), y sucesivas sentencias de 5 de junio de 2018 (rec. 427/2017), de 7 de junio de 2018 (rec. 663/2017) y 10 de julio de 2018 (rec. 2730/2016), el TS determina qué ocurre cuando un convenio colectivo pierde su vigencia y no hay pacto colectivo que prevea solución alguna. En concreto, si se aplica la previsión contenida en el art. 86.2 ET según la cual “transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”; o, por el contrario, se prescinde de tal previsión y se sigue aplicación el convenio anterior.

Los hechos comunes en todas estas sentencias se pueden resumir en los siguientes: 1) la empresa venía aplicando el convenio estatal del sector hasta que, por sentencia, se declaró que el convenio aplicable era el provincial. 2) Este último convenio preveía la denuncia automática el 15 de diciembre de 2012, sin que recogiese pacto de ultraactividad. 3) El 1 de julio de 2015, el trabajador recibe comunicación de la carta de extinción por causas objetivas, cuya indemnización la empresa la ha calculado provisionalmente de acuerdo con el convenio provincial “ante la controversia existente en cuanto al convenio de aplicación”, pero defiende que se calcule conforme al estatal.

La sala de suplicación desestima su pretensión y sostiene que el salario aplicable a los trabajadores despedidos en el año 2015 es el que corresponde en aplicación del

convenio provincial. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina invocando la sentencia de contraste del TSJ del País Vasco de 1 de junio de 2015 (rec. 821/15), la cual entiende que perdida la vigencia del convenio y publicado un convenio colectivo “superior”, aun siendo la misma provincia, no existe contractualización de las condiciones del anterior, y tampoco su aplicación implica modificación sustancial.

Así pues, el TS entiende que sí se da la contradicción necesaria pues el debate jurídico de fondo se ha resuelto de forma diferente por sendas resoluciones, pues mientras que en el caso presente se aplica la tesis de la contractualización, en el de contraste se aplica el art. 86.3 ET. Por ello, el magistrado ponente, Don Ángel Blasco Pellicer, a la hora de resolver el recurso, recuerda, por un lado, que la sentencia de 22 de diciembre de 2012 (rec. 264/2014) estableció la contractualización de las condiciones establecidas en el convenio que perdía su vigencia en un supuesto en el que no existía convenio colectivo de ámbito superior que resultase de aplicación. En este sentido, subraya que implícitamente dicha sentencia ponía de manifestó que la referida contractualización solo se aplicaba en el supuesto final en el que, ni hubiera pacto en contrario, ni existiese convenio de ámbito superior que resultase aplicable. Por otro lado, el ponente trae a colación la STS de 23 de septiembre de 2015 (rec. 209/2014), pues en esta ocasión el TS continuó aplicando la tesis de la contractualización a pesar de existir un convenio superior, pero la razón de ello no fue otra que este “no era un verdadero convenio en el que se establecían condiciones de trabajo, sino que se trataba de un convenio cuyo objetivo declarado consistía en distribuir competencias normativas reguladoras entre los distintos niveles negociables”.

A partir de estas dos ideas, el TS entiende que en el caso presente no existe una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior, sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior por el convenio de ámbito superior que pasa a ordenar, de manera independiente, las relaciones laborales de la empresa. En este sentido, aclara que no existe contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado, sino su total desaparición del ordenamiento jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el superior. Es decir, en la medida que existe un convenio de ámbito superior, y que el existente resulta aplicable, se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud. Por último, la sentencia señala que, en estos casos, no es procedente “la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales”.

C) La contractualización de condiciones laborales no alcanza a las cláusulas convencionales que prevén incrementos salariales

La STS de 25 de julio de 2018 (rec. 3584/2016) conoce, en casación para la unificación de doctrina, la cuestión sobre si la contractualización debe extenderse a todas las cláusulas convencionales, en caso de no existir convenio superior aplicable, o si, por el contrario, el mantenimiento de las condiciones salariales queda intacto e inmóvil en el momento que el convenio se contractualiza sin que pueda actualizarse conforme a las cláusulas de actualización.

En este sentido, el convenio en cuestión previa un complemento por antigüedad que se devengaba cada cuatro años, sin límite máximo y desde la fecha de cumplimiento de cada cuatrienio. Para el primer cuatrienio se fijaba en un 8% del salario base, siendo del 5% a partir del segundo cuatrienio y sucesivos.

Pues bien, una vez denunciado el convenio, y vencida el periodo de un año, la empresa continuó respetando las condiciones laborales fijadas en el convenio vencido pues estaba bien asesorada respecto de la tesis fijada por el TS sobre la contractualización en caso de no existir convenio de ámbito superior aplicable. Sin embargo, dejó de aplicar la previsión convencional referidas a los incrementos salariales cada cuatro años por entender que por su propia naturaleza no es susceptible de contractualizarse.

El TS desestima el recurso presentado por el trabajador por estimar ajustada a derecho la decisión empresarial, pues entiende que el mantenimiento de las condiciones económicas anteriores, en las que están implícitas el mantenimiento del complemento salarial de antigüedad, no va más allá de la fecha de la pérdida de vigencia del convenio colectivo, de modo que se debe mantener la cuantía percibida en tal fecha, pero sin incluir los incrementos posteriores por devengo de cuatrienios.

4.5. El IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva: un acuerdo para acordar, con algunas propuestas para reactivar el diálogo social

El 5 de julio de 2018 se firmaba el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante, IV AENC) con vigencia durante los años 2018, 2019 y 2020. Se trata de la más reciente edición de acuerdos interprofesionales suscritos (en 2010, 2012 y 2015) de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y mediana Empresa (CEPYME), y de otra, por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CCOO) y por la Unión General de Trabajadores (UGT); esto es, las asociaciones empresariales y las organizaciones empresariales más representativas de carácter estatal que, conforme al

art. 83.2 ET han venido a marcar las líneas básicas de la estructura de la negociación colectiva.

Este Acuerdo viene a prorrogar el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 en sus propios términos, salvo en aquellos contenidos que se opongan a lo suscrito en el IV Acuerdo y hasta la finalización del mismo. A pesar de su brevedad -se estructura en torno a seis previsiones a las que se une un Anexo sobre Acuerdos alcanzados en el ámbito bipartito que deben ser desarrollados en el ámbito tripartito con el Gobierno de España- sus contenidos son ricos en propuestas. En este sentido, muestra un avance sustancial respecto a los acuerdos que le preceden, que podrían calificarse de “defensivos”, pues contiene medidas de recuperación de derechos sociales.

Del análisis del Acuerdo se pueden extraer dos ejes vertebradores del mismo. Por un lado, el objetivo complejo de alcanzar la generación de empleo; la mejora de la empleabilidad de los trabajadores y de la competitividad de las empresas y la lucha contra la economía sumergida y, de otro, el protagonismo de la negociación colectiva como mecanismo para realizar estos objetivos.

Como se indicaba, el Acuerdo se estructura en dos partes. La primera, de contenido bipartito -acuerdo entre los interlocutores sociales-, y la segunda, el Anexo, de contenido tripartito -a desarrollar en la mesa de diálogo social con el Gobierno-. De nuevo, es necesario subrayar el enfoque propositivo del pacto, que habrá de redundar en una activación de la negociación colectiva y en la reactivación del Diálogo Social, verdadero proceso democrático de comunicación en el ámbito social que ha languidecido durante los años de crisis económica y de su gestión por los sucesivos Gobiernos.

Dentro de los contenidos de naturaleza bipartita se pueden distinguir las previsiones de mejora de las condiciones salariales y las referidas a los procesos de negociación. Todas ellas dotadas de un significativo impacto en el sistema de relaciones laborales.

En relación con la cuestión salarial, el punto tercero del Acuerdo contempla un incremento salarial para cada uno de sus años de vigencia de un 2%. Este incremento anual fijo se podrá incrementar hasta el 3% en atención a otros conceptos previstos en cada convenio, tales como la evolución de la productividad, los resultados, el absentismo injustificado u otros, siempre que estén basados en indicadores cuantificados, medidos y conocidos por ambas partes. Por su parte, el punto quinto del Acuerdo recuerda la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan mecanismos de revisión salarial conforme a los criterios que las partes negociadoras contemplen, tales como el IPC o el crecimiento del PIB (ya contemplado en el II AENC de 2012) entre otros.

En la misma senda de rectificación de la devaluación salarial generada por la gestión de la crisis, el punto cuarto del Acuerdo introduce el establecimiento gradual y progresivo

de un salario mínimo de convenio de 14.000 euros; esto supondrá que en el año 2020 el salario mínimo mensual de convenio se sitúe en 1000 euros en 14 pagas. Este incremento gradual debe introducirse en los propios convenios colectivos existentes, vinculándose a su renovación. De nuevo se focaliza en la negociación colectiva, con sus fortalezas y sus debilidades, el protagonismo en la realización de esta medida contra la precariedad. Asimismo, se insta a las Administraciones Públicas, a que tengan en cuenta estos criterios en todo lo que se refiere a la aplicación de los procesos de contratación derivados de la Ley 9/2017, de contratos del sector público.

Los procesos de negociación son objeto igualmente del contenido bipartito del Acuerdo. En particular, en el punto sexto los firmantes apuestan por impulsar la renovación y actualización de los Convenios y por la articulación de reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador. Así, ponen de manifiesto la necesidad común de que, durante los periodos de negociación de los convenios colectivos, éstos conserven su vigencia. Se apunta así hacia dónde debe ir la reforma de los correspondientes preceptos del ET.

Las partes se imponen una serie de medidas que apuntalan esa posición común. Entre ellas, el respeto de la autonomía de la voluntad de las unidades de negociación y la garantía de la continuidad de estas unidades con base en la primacía de la buena fe negocial o la resolución de las situaciones de bloqueo de las negociaciones de las partes negociadoras a través de los sistemas de solución autónoma de conflictos contemplados en el nivel estatal o en el autonómico.

El Anexo del Acuerdo recoge una serie de acuerdos con el objeto de que sean desarrollados en el ámbito tripartito con el Gobierno de España. Se lanza el guante al Gobierno para que inicie un proceso de diálogo social en el que se apoye la próxima reforma del ET. De este modo, se retorna a la vía del consenso previo a las reformas; una alternativa que garantiza la implantación pacífica de las mismas. El guante fue recogido por el Gobierno el 10 de julio de 2018, fecha en la que el Presidente y la Ministra de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social se reunieron en la Moncloa con los secretarios generales de las organizaciones sindicales y los presidentes de las patronales firmantes del IV AENC, para presentar los contenidos del mismo y diseñar la puesta en marcha y la agenda de las distintas mesas de trabajo para la reforma del marco de relaciones laborales y negociación colectiva.

El IV AENC es el que ha marcado las líneas prioritarias de desarrollo de estos trabajos. Entre estas líneas prioritarias destacan las siguientes:

En primer término, la modificación del art. 42 ET, pues las partes firmantes del IV Acuerdo consideran que los procesos de descentralización y externalización productiva deben estar vinculadas a procesos de especialización, cuya regulación no incentive la

competencia desleal entre empresas, ni contribuya a deteriorar las condiciones de empleo.

En segundo lugar, se recoge la necesidad de buscar medidas alternativas al despido que garanticen el mantenimiento del empleo en situaciones de crisis empresarial. En este sentido se propone el desarrollo de una medida de adaptación de jornada, en concreto, de reducción temporal de la misma. En la regulación de esta medida se deben combinar mecanismos de formación para el empleo y de protección social de los trabajadores para apostar por la flexibilidad interna pactada.

Las partes firmantes apuestan por impulsar una nueva reforma del marco legal regulador de la Formación Profesional para el Empleo. Esta reforma deberá reforzar el carácter laboral del sistema. A fin de garantizar un modelo eficaz, las partes asumen el compromiso de asegurar su financiación y de aumentar la seguridad jurídica de los usuarios del sistema. Asimismo, se comprometen a mejorar la confianza de las empresas y trabajadores que participan del mismo a través de la simplificación de los mecanismos de impartición y justificación de las acciones formativas.

Otro acuerdo clave en esta pare del IV AENC se refiere al desarrollo de medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre mujeres y hombres. Cómo mínimo, entre tales medidas se habrá de contemplar el desarrollo del sistema de atención a la dependencia y la infancia, de forma que la actividad profesional retribuida de las mujeres no se vea tan afectada por las tareas de cuidado. Del mismo modo, el acuerdo contempla la equiparación en las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad y maternidad o las reducciones de jornada. Se exige que el poder público incentive que tanto hombres como mujeres se acojan al ejercicio del derecho de forma equitativa, igualitaria e intransferible. Con idéntica finalidad, se compromete un estudio cualitativo del sistema de pluses y complementos salariales, midiendo su impacto de género. Los resultados de este estudio serán remitidos a las comisiones negociadoras de los convenios, para que se proceda a la adaptación de dichos sistemas.

Otros contenidos propuestos para la negociación tripartita vienen referidos al diagnóstico de las causas del absentismo no deseado para la adopción de medidas de mejora; a la jubilación, en el sentido que se insta a realizar los cambios legales que permitan que los convenios colectivos prevean la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación cuando el trabajador afectado haya alcanzado el derecho a su pensión completa; un análisis de la situación actual de la economía sumergida en España para acordar un Plan Director para su reducción; y una apuesta por recuperar el contrato de relevo.

Como se ha podido constatar, el IV AENC recoge la visión de los interlocutores sociales ante el escenario de relativa recuperación económica de España; una

perspectiva más proactiva y desencadenante de las próximas reformas parciales de la legislación social

V. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD²⁴

5.1. Introducción

En esta sección se recogen los principales pronunciamientos en materia de maternidad y paternidad, fuertemente influenciados por la jurisprudencia constitucional; violencia de género, marcada por la aprobación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género; y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, centrada en la influencia de los pronunciamientos del TJUE especialmente.

5.2. Pronunciamientos en materia de maternidad y lactancia

Por lo que respecta a la suspensión del contrato por maternidad, durante el año 2018 cabe destacar particularmente los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que abordan la cuestión de si la diferente duración entre los permisos de maternidad y paternidad en nuestra legislación vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación consagrado en el art. 14 CE. En concreto, se trata de las SSTC 111/2018, de 17 de octubre, y 117/2018, de 29 de octubre de 2018, las cuales resuelven sendos recursos de amparo interpuestos por dos trabajadores varones y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA) que habían reclamado, primero en vía administrativa y posteriormente en vía judicial, el reconocimiento del permiso por paternidad con una duración de dieciséis semanas, con carácter personal e intransferible, alegando la vulneración de indicado derecho fundamental, así como del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral derivado del principio de protección de la familia previsto en el art. 39 del texto constitucional.

El fallo del Tribunal Constitucional es desestimatorio atendiendo a la distinta finalidad de los permisos de maternidad y paternidad. En cuanto al primero, aduce que su finalidad primordial es la protección de la salud de la mujer trabajadora, de tal manera que estaría íntimamente relacionada con la condición femenina de su titular. Asimismo, partiendo de la jurisprudencia comunitaria, en particular de la STJUE de 19 de septiembre de 2013 (Asunto C- 5/12, Betriu Montull), añade otra finalidad consistente en “la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que

²⁴ Han colaborado en la redacción de este apartado Vanessa CORDERO GORDILLO, Djamil Tony KAHALE CARRILLO, Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y Nerea EREÑAGA DE JESÚS (Coordinadora).

sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”. Por su parte, el permiso de paternidad obedece a una finalidad diferente cual es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de mujeres y hombres, contribuyendo así a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos.

A lo anterior añade que el permiso de maternidad viene impuesto tanto por la normativa comunitaria como por diversos Tratados internacionales ratificados por España, citando al efecto el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, el art. 3 del Convenio nº 103 OIT, sobre protección de la maternidad, de 1952, y el art. 10.2 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC). En cambio, ello no ocurre con el permiso por paternidad, no existiendo hasta la fecha ninguna norma de Derecho Internacional ni de Derecho Comunitario que obligue a nuestro país al establecimiento de un permiso de estas características²⁵.

Con tales argumentos se concluye que nos encontramos ante situaciones diferentes, de tal modo que no existiría un término de comparación adecuado y la diferente duración de ambos permisos no puede reputarse lesiva del derecho a la igualdad ante la ley del art. 14 CE. Cuestión distinta es que el legislador pueda legítimamente ampliar la duración del permiso por paternidad, como efectivamente ha hecho; pero ello no significa que su regulación resulte contraria a dicho derecho fundamental²⁶.

Con todo, la sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón que estima que con la decisión de la mayoría se ha

²⁵ La sentencia menciona la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, la cual prevé la introducción de un permiso de paternidad no inferior a diez días laborables.

²⁶ Recuérdese que la duración inicial del permiso era de trece días, que fueron ampliados hasta cuatro semanas por la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. Sin embargo, sucesivas normas fueron retrasando su entrada en vigor, que finalmente se produjo el 1 de enero de 2017. La duración actual del permiso por paternidad es de cinco semanas tras la modificación introducida en el art. 48.7 ET por la DF 38ª de la Ley 6/2018, 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018. Asimismo, se encuentra en tramitación una Proposición de ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, que prevé la equiparación de la duración del permiso de paternidad con el de maternidad (BOCG 7-5-2018). Una ampliación que se ha convertido en una realidad en el ámbito de la Administración General del Estado a través del Acuerdo alcanzado en el marco de la Mesa General de Negociación para la ampliación (progresiva) del permiso de paternidad a dieciséis semanas para todo el personal, funcionario, estatutario o laboral, al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades públicas dependientes.

perdido una magnífica oportunidad de analizar el impacto negativo que algunas medidas garantistas de la maternidad tienen sobre las mujeres en el ámbito laboral, por el desincentivo que generan en los empresarios para la contratación de trabajadoras y los obstáculos en materia de promoción profesional que también pueden erigir, pudiendo constituir así medidas generadoras de discriminación indirecta. A tales efectos, en contra de la opinión mayoritaria, argumenta que la finalidad del permiso de maternidad no es exclusivamente la protección de la salud de la madre y tampoco la finalidad del permiso de paternidad se circunscribe únicamente a la conciliación, sino que también tiene por objeto la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, con la finalidad de que la decisión de tener hijos impacte (de manera positiva o negativa) tanto sobre las mujeres como sobre los hombres. Por estas razones, a su juicio, el Tribunal debería haber definido de manera distinta el bien protegido de ambos permisos para determinar si la diferente duración de los mismos está o no justificada, sometiéndola al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo cual debería haber llevado a la estimación del recurso de amparo.

En cuanto a las sentencias dictadas durante el año 2018 por el Tribunal Supremo, únicamente cabe reseñar las de fecha 13 y 22 de marzo (RCUD nº 2059/2016 y nº 2770/2016) en las que aplica la doctrina establecida a partir de las SSTs de 25 de octubre de 2016 (RCUD nº 3818/2015) y 16 de noviembre de 2016 (RCUD nº 3146/2014), seguidas de otras muchas, acerca del reconocimiento de la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

Centrándonos en los pronunciamientos judiciales relativos al permiso por lactancia, la sentencia más relevante es la STS de 19 de abril de 2018 (RCUD nº 1286/2016) la cual aborda una cuestión relacionada con el disfrute del citado permiso mediante su acumulación en jornadas completas. En concreto, el Tribunal Supremo debe dilucidar si la acumulación debe efectuarse tomando como referencia una hora de ausencia del trabajo o la reducción de jornada en media hora, a falta de previsión expresa al respecto en el convenio colectivo de aplicación, el cual preveía expresamente la posibilidad de acumulación, pero no los términos en los que debía llevarse a cabo.

En este sentido, parte de la premisa de que la posibilidad de disfrute acumulado no se condiciona al acuerdo de las partes pues, en tal caso, la norma convencional no habría añadido nada nuevo a la regulación contenida en el art. 37.4 ET. Cuestión distinta es la fijación de los términos de la acumulación en caso de que no aparezcan especificados en el convenio. Respecto a ello, el Tribunal aclara que la configuración del derecho al disfrute acumulado no puede depender de la voluntad unilateral de una de las partes, ya sea la empresa o el propio trabajador, para posteriormente llegar a la conclusión de que la acumulación debe atender a la hora de ausencia del trabajo partiendo de una doble

argumentación. De un lado, aunque el convenio colectivo no lo recogiera expresamente, cabe entender que la voluntad de los negociadores fue la de realizar el cómputo de una hora por cada día laborable, atendiendo a que en un convenio posterior se ha establecido de manera explícita esta regla. De otro lado, de la dicción del art. 37.4 ET cabe extraer la misma conclusión pues se identifica el permiso de lactancia con una ausencia del trabajo durante una hora hasta que el menor cumpla nueve meses, que puede ser sustituida por otras fórmulas de disfrute - reducción de jornada y acumulación. Además, el precepto utiliza la expresión “acumularlo”, referida al derecho, y no “acumularla” que se referiría a la reducción de jornada. En consecuencia, en palabras del Tribunal, “lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional”.

Otra sentencia de interés, en este caso de la Audiencia Nacional, es la SAN (Sala de lo Social) de 19 de julio de 2018 (Sentencia nº 124/2018), que resuelve el conflicto colectivo planteado contra la práctica empresarial de no reconocer el permiso de lactancia a los padres hasta la finalización de la decimosexta semana después del parto, negando así la posibilidad de disfrutarlo una vez finalizado el permiso de paternidad. En este supuesto, el convenio colectivo aplicable mejoraba la regulación contenida en el art. 37.4 ET en el sentido de conceder el permiso de lactancia hasta que el menor cumpliera un año, pero no especificaba el *dies a quo* para el ejercicio del derecho, de tal manera que la empresa se negaba a reconocerlo a sus trabajadores una vez concluida la suspensión por paternidad, alegando que los permisos de maternidad o paternidad son incompatibles con el permiso de lactancia y también por el hecho de que, durante el permiso de maternidad, la madre está cuidando al menor, por lo que no existe razón alguna para que el padre disfrute del permiso por lactancia.

Para resolver el litigio, la Sala argumenta que, efectivamente, los permisos de maternidad o paternidad son incompatibles con el permiso de lactancia por cuanto éste último, al igual que el resto de permisos retribuidos del art. 37 ET, sólo pueden disfrutarse durante los periodos de trabajo, lo que no sucede cuando la relación laboral se encuentra suspendida. Ahora bien, esa incompatibilidad únicamente se refiere al disfrute de ambos derechos por parte del mismo progenitor, de tal manera que no existe óbice alguno para la concesión del permiso de lactancia a uno de los progenitores cuando el otro está disfrutando del permiso de maternidad y/o paternidad. Para llegar a esta conclusión la sentencia se fundamenta en el hecho de que no hay ninguna disposición legal que lo impida por lo que no cabe realizar una interpretación restrictiva y, además, de sostener un criterio distinto, se restringiría de manera injustificada la opción

legítima de los progenitores de cuidar conjuntamente a sus hijos en un periodo especialmente delicado de su vida. En consecuencia, de conformidad con esta sentencia, se posibilita que la duración del permiso de lactancia reconocido al padre sea superior al poderse iniciar su disfrute una vez finalizadas las semanas de suspensión por paternidad.

Finalmente, respecto a los Tribunales Superiores de Justicia, cabe destacar la STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de enero de 2018 (Recurso nº 4399/2017), la cual aborda la cuestión de si la empresa puede imponer a un trabajador, maquinista de profesión, el disfrute del permiso de lactancia acumulado en jornadas completas. El trabajador había solicitado el disfrute de una hora de ausencia del trabajo concretada en horario de mañana de 10:00 a 11:00 horas y en horario de tarde de 19:00 a 20:00 horas, pero la empresa respondió que accedía a su solicitud acumulando el permiso en quince días encajados en el desarrollo del gráfico.

La Sala parte de que el disfrute acumulado del permiso por lactancia únicamente es posible cuando exista previsión al respecto en el convenio colectivo (lo que en este caso no acontece) o exista acuerdo entre empresario y trabajador, por lo que no cabe la imposición de esta modalidad de ejercicio por parte de la empresa. La empresa podía haber combatido la concreción horaria del permiso solicitada por el trabajador y el Juzgador a quo podría haber ponderado en qué medida dicha concreción permitía conciliar el interés del trabajador y el de la empresa y, a la vista de las circunstancias concurrentes, desestimar la pretensión del trabajador de ausentarse en esa concreta franja horaria. Pero lo que no puede hacer la empresa ni el juez es obligar al trabajador a disfrutar el permiso de forma acumulada, sobre todo si se tiene en cuenta que la Ley concede al trabajador el derecho a optar entre las distintas fórmulas de ejercicio del derecho que contempla el art. 37.4 ET (en el caso de la acumulación existiendo previsión convencional), sin necesidad de justificar que la fórmula escogida permita una mejor conciliación entre su vida familiar y laboral.

Puesto que, al tiempo de dictar la sentencia, el menor ya había cumplido los nueve meses y, en consecuencia, no resultaba posible reconocer el derecho en los términos que peticionaba el actor, se le concede una indemnización por daños y perjuicios por la imposición del ejercicio de su derecho contrario a la legalidad ordinaria.

5.3. Violencia de género

La novedad principal en materia de violencia de género ha sido la promulgación del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, publicado en el BOE nº 188, de 4 de agosto de 2018 (RDL). El RDL define, en su Preámbulo, la «violencia contra las

mujeres», según el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014, como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sin embargo, no define la violencia de género; sino que señala el objeto de la norma es «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

El RDL nace, por una parte, por el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género, que el Congreso aprobó, en su sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017. Por otra, la Comisión de Igualdad del Senado decidió, el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia que estudiase y evaluase, en materia de Violencia de Género, los aspectos de prevención, protección y reparación de las víctimas, analizase la estrategia para alcanzar e implementar un Pacto de Estado contra la Violencia de Género y examinase la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. El 13 de septiembre de 2017, el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad, el Informe de la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género.

La reforma que señala el RDL tiene por objeto fortalecer la tutela judicial y el acceso a la justicia, y a los recursos de asistencia de las víctimas de violencia de género, a través de la modificación de los arts. 20, 23 y 27.

El art. 20 contiene tres tipos de medidas destinadas a mejorar la participación de la víctima en el proceso penal. Por un lado, se reforma su apartado 4 y se añade un apartado 5 para reforzar la asistencia jurídica de las víctimas, tal y como exige el Pacto de Estado, contemplando no solamente que los Colegios de Abogados, sino también los de Procuradores, adopten las medidas necesarias para la designación urgente de letrados y procuradores de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género, que aseguren su inmediata presencia para la defensa y representación de las víctimas. Por otro, se añade un nuevo apartado 6 para implementar una medida del Pacto de Estado referente a la habilitación legal del Letrado de la víctima a fin de que

pueda ostentar su representación procesal hasta la personación de la víctima en el procedimiento, si bien esto debe armonizarse con la tercera medida consistente en la adición de un nuevo apartado 7 con el objeto de permitir a la víctima personarse como acusación particular en cualquier fase del procedimiento.

El art. 23 de la Ley Orgánica es también objeto de modificación con una doble finalidad. Por una parte, para concretar y ampliar los títulos judiciales habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género; y, por otra parte, para establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto.

Entre las múltiples razones por las que las víctimas no denuncian la situación de violencia que están sufriendo, se encuentra la falta de recursos económicos, uno de los factores que les impide romper el círculo de la violencia. Por ello, en relación a las ayudas reguladas en el art. 27, el RDL, con el fin de ampliar las posibilidades de acceso a las mismas y en consonancia con las propuestas formuladas en la Ponencia del Senado de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, se ha previsto la compatibilidad de estas ayudas con otras de carácter autonómico o local que las víctimas puedan percibir.

En este sentido, el RDL su DF 1ª modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, al añadir un párrafo o) al apartado 2 del art. 25, con la siguiente redacción: «o) Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género.»

Finalmente, la DF 2ª del RDL modifica el art. 156 del Código Civil de la siguiente manera: «Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.»

No obstante, la DFª del RDL se le ha criticado reformar el Código Civil a través de un acto legislativo del Gobierno, dado que no reúne ninguno de los dos requisitos del art. 86 de la CE, ni el requisito de extraordinaria y urgente necesidad ni el de ser materia susceptible de regularse por real decreto-ley. Su inconstitucionalidad sería subsanable sin problemas si el Congreso, en el inmediato preceptivo trámite de convalidación para el cual hay un plazo de treinta días, decidiera, como podría hacer, que el real decreto-ley se tramitara como ley, y con ello quedaría depurado el error.

5.4. El derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito de la Unión Europea

La Directiva 2006/54/CE²⁷ en sus consideraciones preliminares, se refiere al principio de igualdad entre hombres y mujeres como fundamental en el Derecho comunitario. Incide en la igualdad de retribución, en la que se incluyen todas las prestaciones o indemnizaciones con cargo a la propia empresa (STJCE de 17 de mayo de 1990, C-262/88, asunto *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*) y los “régimenes profesionales de seguridad social”²⁸. En su texto normativo, el art. 1 insiste en que la finalidad de esta norma es garantizar “la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”. El precepto siguiente ofrece una serie de definiciones ya contempladas en normas anteriores, en concreto la “discriminación directa”, “discriminación indirecta”, “acoso” y “acoso sexual”, y dos nuevas que son “retribución” y “régimenes profesionales de seguridad social”. El apartado 2 especifica los ámbitos que abarca el concepto de discriminación según esta Directiva que son tanto “el acoso y el acoso sexual”, “discriminar a personas por razón de su sexo”, como ofrecer un “trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad”. Además, define “acción positiva” -art. 3-, en base a la cual “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el art. 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral” (STJCEE de 25 de octubre de 1988, C-312-86, asunto *Comisión contra Francia*). No obstante, debe interpretarse de manera restrictiva, valorando el tipo de actividad profesional concreta, y siempre que el objeto buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad, tal y como exige el Tribunal de Justicia, “que no se traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo que se persigue con la excepción” (STJCEE de 15 de mayo de 1986, C-222/84, asunto *Johnston*).

En aras a conseguir una igualdad de género con repercusión material y efectiva, la Directiva prevé que el incumplimiento de estas disposiciones, según el art. 18, supone que la víctima de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizada o

²⁷ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). DO L204/23.

²⁸ En este sentido es significativa la STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, asunto “Isabel Elbal Moreno/INSS y TGSS”. También respecto del sistema español de pensiones de Seguridad Social y la discriminación indirecta de las trabajadoras a tiempo parcial, SSTJUE de 14 de abril de 2015, C-257/13, asunto “Cachaldora Fernández”, sobre el cálculo de la prestación de incapacidad; confrontar con la de 9 de noviembre de 2017, C-98/15, asunto “Espadas Recio”, sobre el cálculo de la prestación de desempleo.

reparada de manera disuasoria, a través del reconocimiento de una indemnización en concepto de daños punitivos (STJUE de 22 de abril de 1997, C-180/95, asunto *Draehmpaehl*; y, STJUE de 2 de agosto de 1993, C-271/91, asunto *Marshall II*). Ahora bien, este precepto se limita a exigir que se prevea un sistema de indemnizaciones o reparaciones “efectivas, proporcionales y disuasorias”, sin carácter punitivo. Es el art. 25 de la Directiva el que insta a los Estados a regular un sistema de sanciones, “que podrán incluir la indemnización a la víctima”. En otras palabras, no prescribe a los Estados unas medidas concretas, sino que éstas pueden adoptar formas diversas. Como ya aclaró el Tribunal, pueden adoptar las sanciones que estimen conveniente, siempre que “pueda garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz” (Sentencias *von Colson and Kamann* (C-14/83), apartado 24, y *Harz* (C-79/83), apartado 24) y “tener un efecto disuasorio real respecto del empresario” (Art. 18, Directiva 2006/54/CE). De manera que, si se trata de una indemnización “ésta debe ser en todo caso, adecuada al perjuicio sufrido” (Sentencias *von Colson and Kamann* (C-14/83), y *Harz* (C-79/83)). No obstante, según la interpretación del jurisprudencial, el elemento disuasorio de la indemnización o de la reparación no comprende la condición punitiva, en sentido estricto (STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, asunto *Arjona Camacho*).

Lo cierto es que, a partir de esta regulación, en el ámbito de la Unión Europea, el principio de igualdad de trato y no discriminación se impone desde la estrategia “gender mainstreaming”. No obstante, se identifican los principales puntos críticos en los que continúan persistiendo las desigualdades derivadas del sexo del trabajador²⁹. Fundamentalmente constatan que las mujeres son mayoría en los sectores con inferior retribución, a la vez que ocupan un porcentaje muy pequeño de los puestos de decisión y representación. Además, la maternidad se consolida como el principal inconveniente para acceder o mantener el empleo de la madre trabajadora y, de la misma manera, el rol de cuidadoras del hogar familiar se afianza, en detrimento de su tiempo y su capacidad para disponer de él libremente.

En este contexto, resultan de enorme transcendencia, entre otras normas, en primer lugar, la Directiva 92/85/CEE³⁰ que otorga una protección integral a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia³¹. Y,

²⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres, 2010-2015 [COM (2010) 491 final].

³⁰ Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, de 19 de octubre de 1986.

³¹ STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08, asunto “Sanna Maria Oarviainen contra Finnair Oyj”, sobre complementos retributivos de una azafata de avión embarazada que es trasladada de su puesto por riesgo durante el embarazo; más reciente, STJUE de 19 de octubre de 2017, C-

en segundo lugar, la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, “por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la Ueapme, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE”³². Especial relevancia merece esta última, en torno a la que se ha presentado una ambiciosa propuesta para su sustitución íntegra. Entre las razones y objetivos que la justifican, el propio texto de propuesta enumera profusamente resultados sobre el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora, lo que ha abocado a las mujeres a una situación de infrarrepresentación en el empleo -trabajos a tiempo parcial, temporales o informales-. Las consecuencias inmediatas se trasladan a la brecha salarial de género, llegando a alcanzar el 28% en algunos Estados miembros y el 40% de media en el UE, en el ámbito de las pensiones. De seguir así, se prevé que la brecha laboral de género siga aumentando, hasta alcanzar el 9% en 2055.

Por eso, en aras de mejorar el acceso a medidas para conciliar la vida familiar y laboral e incidir en la frecuencia en que son utilizados por hombres para conseguir la corresponsabilidad, prevé cinco áreas de actuación principales en torno a los diferentes permisos que regula, en función de los correspondientes sujetos a los que se dirige. En primer lugar, es fundamental que se refuercen las garantías en el empleo estable de las mujeres embarazadas, en especial, su protección frente al despido y su reincorporación al trabajo después de dar a luz. Más novedosa e imperativa es la previsión de un permiso de paternidad de diez días laborales. La mitad -cinco días laborales al año- se reconocerán ahora como un permiso individual para cuidadores, distinto del recogido para supuestos de “fuerza mayor”. Por su parte, el permiso parental pasará a ampliar su duración a cuatro meses individuales e intransferibles. Además, para todos estos permisos se prevé una remuneración, “como mínimo al nivel de la baja por enfermedad”. Y, en todo caso, se establece el derecho de los trabajadores que se acojan al permiso parental o de los progenitores con hijos a cargo hasta doce años, a poder solicitar fórmulas de para disfrutarlos a tiempo completo o parcial y, en general, horarios de trabajo flexibles. Por último, se anima a la intervención de los interlocutores sociales y del legislador de cada Estado para establecer sanciones “efectivas y disuasorias” para que “se aplique de manera efectiva el principio de igualdad de trato”. Se espera que estas medidas supongan un aumento de los ingresos reales y de la participación en el empleo, sobre todo, femenino.

De hecho, en los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia puede observarse una especial preocupación desde la perspectiva de reforzamiento del derecho al permiso

531/2015, asunto “Elda Otero Ramos contra Servizo galego de Saúde, INSS”, el TJUE entiende discriminatorio para las madres lactantes la evaluación incorrecta de su puesto de trabajo.

³² DO L 68/13, de 18 de marzo de 2010.

parental, sin que de ello se derive ningún tipo de perjuicio para el trabajador que lo disfruta. En concreto, blinda los “derechos adquiridos” o “en curso de adquisición” a los que el trabajador pueda tener derecho cuando inicie el permiso parental³³, hasta que lo finalice, tal y como ya había declarado este mismo Tribunal³⁴. Sobre el sentido de “puesto de trabajo” y de “derechos adquiridos”, recuerda que deben de ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que busque facilitar el “efecto útil”³⁵ de la Directiva 2010/187UE, y de los arts. 14, apartado 1, letras a) y c), 15 y 16 de la Directiva 2006/54/CE. Al igual que se prevé el mantenimiento de la totalidad de los derechos o ventajas derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador puede tener derecho frente al empresario al inicio del permiso parental³⁶.

Asimismo, resulta muy destacable el STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/16, asunto “Porras Guisado”, en el contexto de la prohibición de despido de una trabajadora embarazada, desde el comienzo de su embarazo y hasta el final del permiso de maternidad (art. 10, puntos 1 a 3, de la Directiva 92/85/CE). El Tribunal considera que se opone a esa estipulación de la norma europea “una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal”. De este modo, recuerda que los Estados miembros, si bien no han de establecer una prioridad de permanencia para estas trabajadoras, sí gozan de la facultad de garantizar una mayor protección en el proceso de un despido colectivo a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia. Ahora bien, considera ajustado a la Directiva la inclusión de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en un proceso de despido colectivo, con la única limitación de que se indiquen en la carta de despido los criterios objetivos que se han seguido en la selección de los afectados, siendo suficientes los motivos generales que establece la ley española -“criterios económicos, técnicos, organizativos o de producción de la empresa”-. Habrá que ver cómo se incorpora esta doctrina a nuestro ordenamiento interno y a los tribunales, pero sin duda los jueces deberían de examinar el cumplimiento real de la tutela preventiva que se exige desde el TJUE, frente a la postura actual que parece poner el foco en las consecuencias reparadoras posteriores que se limitan a la declaración de nulidad y la

³³ STJUE de 7 de septiembre de 2017, C-174/16, asunto “H. y Land Berlín”.

³⁴ SSTJUE de 16 de julio de 2009, C-537/07, asunto “Gómez Limón”, y de 22 de octubre de 2009, C-116/08, asunto “Meerts”.

³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, del 26 de abril de 2017, ECLI:EU:C:2017:306.

³⁶ En ambos casos, se refiere a la interpretación ya establecida en el asunto “Meerts”.

posibilidad de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, además de la sanción administrativa, en su caso.

Es decir, parece que el Tribunal europeo se centra en la premisa que impone la Directiva 98/59/CE de 20 de julio de 1998, del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en concreto cuando establece la obligación de que se lleve a cabo un período de consultas en el que se gestionarán las medidas sociales de acompañamiento que, en esta misma línea, suponen una protección en sí mismas para los trabajadores que finalmente resulten afectados por ese despido colectivo. Así, en el caso de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, esa garantía de información y consulta parece que se ve reforzada o más “exigente” en relación con las causas que -inevitablemente- justifican el despido de esa trabajadora. En fin, el TJ parece confiar de nuevo en el legislador nacional y a los representantes sindicales para que desarrollen esos procesos de información y consulta previos al propio despido colectivo ofreciendo una verdadera tutela preventiva a estas trabajadoras. Por lo tanto, si no se cumple ese objetivo, debería considerarse que la totalidad del despido colectivo adolece de nulidad y, en consecuencia, invalidaría todas las extinciones realizadas bajo su amparo. Con esta interpretación, probablemente, las garantías de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, quedarían efectivamente garantizadas.

Los derechos de conciliación se conciben como derechos individuales para que los trabajadores puedan disfrutarlo indistintamente con el fin último de que se consiga la corresponsabilidad. Para ello, resulta fundamental eliminar las discriminaciones directas e indirectas que se originen en el ámbito laboral derivadas del sexo o el género de los trabajadores, lo que se relaciona directamente con el necesario “blindaje” a las trabajadoras embarazadas, que haya dado a luz o en período de lactancia. Además, el hecho de que las mujeres adquieran puestos de dirección y rompan con el denominado “techo de cristal”, implica que los derechos y obligaciones vinculados al cuidado de sus familiares no supongan ningún menoscabo sobre ellas, como tradicionales destinatarias de estos permisos, lo que en muchos casos ha conllevado la “desprofesionalización”. Los Estados miembros están llamados a erradicar esas diferencias y fomentar el reparto de las obligaciones familiares en aras a la igualdad entre los trabajadores masculinos y femeninos.

VI. PROTECCIÓN SOCIAL³⁷

³⁷ Han colaborado en la redacción de este apartado: BENITO BENÍTEZ, María Angustias, CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar, CHABANNES, Matthieu, ISPIZÚA DORNA, Enea, MARTÍN

6.1. Introducción

El presente apartado de este informe ofrece un resumen con algunas de las novedades más relevantes que en materia de Protección Social se han dictado durante el año 2018. Para ello, distinguiremos los siguientes bloques: Incapacidad Permanente, Incapacidad Permanente Total y Jubilación, la exportación de las prestaciones, el cálculo de la pensión teórica española en materia de pensiones de jubilación, la pensión de viudedad en el caso de matrimonios poligámicos, la protección social relacionada con la maternidad, el permiso de paternidad y la condición de trabajador desplazado desde la perspectiva de la Seguridad Social y cumplimiento empresarial de los requisitos exigibles, así como los subsidios para trabajadores mayores de 55 años.

6.2. Incapacidad permanente

En relación a la prestación de incapacidad permanente, el año 2018 se cierra sin grandes cambios a nivel legislativo, pero como suele ser habitual para esta prestación de Seguridad Social, en la jurisprudencia se pueden encontrar pronunciamientos significativos sobre su dinámica, unos, en atención a las dolencias que la originan, otros, en relación a los requisitos legales exigidos, y otros, sobre el excepcional régimen de incompatibilidades.

Según este orden, en primer lugar, la STSJ Cataluña, de 4 octubre de 2018, resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el INSS frente a una trabajadora con secuelas de incontinencia fecal derivada de una neoplastia rectal, que requiere de hasta ocho absorbentes (pañales) diarios. Entiende el TSJC que resulta incompatible su estado con cualquier profesión u oficio, pues la capacidad real de trabajo valorable en términos de empleo, son incompatibles con el desarrollo eficaz y digno de cualquier ocupación laboral, “a no ser que se acuda a planteamientos o formulaciones meramente teóricos y abstractos, alejados de la realidad del mercado de trabajo”. Esta sentencia, contribuye como precedente al reconocimiento de incapacidades por patologías médicas similares, en las que la entidad gestora suele mostrarse reacia al reconocimiento, en tanto, la sintomatología de la docencia, que puede presentarse por fases más agudas pero sin curación, Así, el reconocimiento estará supeditado a la gravedad de la lesión, que no permita la realización de casi la totalidad de trabajos por el elevado número de deposiciones, IP absoluta (STSJ Gran Canaria, de 16 mayo de 2014) o necesidad de tener un lavabo próximo, IP total, STSJ Navarra, de 28 de noviembre de 2012.

También la STSJ Castilla y León, de 30 de noviembre de 2018 ha reconocido pensión de incapacidad permanente total a una trabajadora con cáncer de mama tras someterse

a una mastectomía, provocándole un linfedema en el brazo derecho, con graves limitaciones para realizar las tareas esencialmente físicas de su trabajo en una granja avícola, que requieren la indemnidad de las extremidades superiores, y son del todo incompatibles con las secuelas por ella aquejadas.

En segundo lugar, sobre los requisitos para causar prestación, la STS nº 927, de 23 octubre de 2018, sobre la aplicación de la doctrina flexibilizadora de la exigencia de alta como demandante de empleo para el acceso a una incapacidad permanente para una trabajadora afectada por hepatitis virus C en estadio cirrótico descompensada. La sentencia no entra a valorar el fondo del recurso de casación por falta de contradicción, perdiendo la ocasión de profundizar en este aspecto tan problemático, y revalidar la doctrina de la STS nº 197, de 19 de septiembre de 2018, que atenúa su exigencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, interpretándolo no de modo formalista, estimándolo cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y se hayan descuidado los resortes legales exigidos por una racional dificultad o inutilidad de la inscripción en la oficina de empleo.

Sobre los periodos de cotización e integración de lagunas, las SSTS nº 730 y 736 de 10 julio de 2018, resuelven el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente absoluta a agentes vendedores de cupones de la ONCE, jubilados anticipadamente, y que con posterioridad han solicitado prestación de incapacidad. Confirma el tribunal que para el cálculo de la base reguladora los meses en que el beneficiario está en situación de jubilación sin obligación de cotizar, deben ser integrados con las bases mínimas

En tercer lugar, sobre la compatibilidad de la prestación, el Tribunal Supremo ha ratificado un cambio de sobre la compatibilidad del complemento por incapacidad permanente total “cualificada” con la pensión de jubilación a cargo de otro país europeo o del Espacio Económico Europeo, mantenidas en SSTS de 26 de enero de 2004 y de 13 abril de 2005 (denegación del incremento a un minero que también percibía la pensión de jubilación del RETA).

La nueva jurisprudencia ha sido refrendada por la STS nº 698 de 29 junio de 2018 (respecto de jubilación a cargo de Francia), en la que se profundizará en el siguiente bloque, y SSTS nº 895, 897, 898 y 899 de 9 de octubre de 2018, y rápidamente distribuida por Tribunales Superiores de Justicia en STS Galicia, de 29 junio 2018 (jubilación en Alemania), STSJ Castilla y León, Valladolid, de 13 junio de 2018 (jubilación en Suiza). El cambio se ha producido a raíz de la STJUE de 15 de marzo de 2018 (caso Blanco Marqués), en relación a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Para el alto tribunal europeo:

1º. El art. 6.4 del Decreto español 1646/1972, en virtud de la cual el complemento del 20 % queda en suspenso durante el período en el que el trabajador ejerce un empleo o percibe una pensión de jubilación, constituye una cláusula de reducción en el sentido del art. 12 del Reglamento n.º 1408/71, esto es, cuando el cálculo que impone una norma nacional tiene por efecto reducir el importe de la pensión a la que puede tener derecho el interesado debido a que percibe una prestación en otro Estado miembro.

2º. El art. 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, sobre aplicación de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «legislación del primer Estado miembro» que figura en dicha disposición ha de entenderse incluye también la interpretación que realiza de él un órgano jurisdiccional nacional supremo, y no una interpretación en el sentido estricto del término, en este caso, la extensión incompatibilidad al percibo de pensión de jubilación realizado por el Tribunal Supremo.

3º. El complemento del 20 % concedido al trabajador que percibe una pensión de incapacidad permanente total en virtud de la normativa española y la pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza a los efectos del Reglamento n.º 1408/71.

4º. El tribunal remitente desea saber, en esencia, en el supuesto de que deba considerarse que ambas prestaciones son de la misma naturaleza, qué disposiciones concretas del Reglamento n.º 1408/71 en materia de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza deben aplicarse, a lo que el TSJUE responde que el art. 46 ter, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del art. 6 del Decreto 1646/1972, no es de aplicación a una prestación calculada con arreglo al art. 46, apartado 1, letra a), inciso i), de este Reglamento si esta prestación no está incluida en el anexo IV, parte D), del mismo Reglamento.

Por último, cabe traer a colación a modo anecdótico la STS nº 926 de 2 octubre de 2018, que pone punto final al recorrido de una demanda de error judicial contra la STSJ Madrid, de 16 julio de 2009, que desestimó el reconocimiento de pensión de incapacidad permanente por herida de arma de fuego al entender que el actor no tenía relación laboral con la entidad demandada y, por tanto, no estaba en situación de alta o asimilada. La revisión nace a raíz de la sentencia firme del orden penal que considera al actor empleado de la demandada. Entiende el Tribunal Supremo, que además de la caducidad de la acción, no se proyecta sobre una resolución judicial arbitraria o irrazonable, sino plenamente justificada y razonada en atención a las pruebas que se aportaron y practicaron.

6.3. Incapacidad permanente total y jubilación

En materia de Incapacidad Permanente Total y de Jubilación es destacable la STS nº 698/2018, de 29 de junio del 2018, que establece la compatibilidad del complemento sobre la prestación de Incapacidad Permanente Total con la pensión de jubilación percibida en otro Estado de la Unión Europea.

Según recoge esta sentencia del Tribunal Supremo, en 1999 le fue reconocido a un trabajador el derecho a percibir una prestación contributiva por Incapacidad Permanente Total. En el 2014, tras alcanzar los 55 años de edad, su invalidez se convirtió en una incapacidad permanente total cualificada, y por tanto su prestación se vio incrementada en un 20% de la base reguladora automáticamente al superar dicha edad de acuerdo con el art. 139.2 de la Ley General de Seguridad Social en su versión de 1994 (actual art. 196.2), *“cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior”*.

El mismo año, en el momento de su jubilación, se le reconoce en Francia al trabajador el derecho a la percepción de una pensión de jubilación por haber cotizado en dicho país. No obstante, en 2015, el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó una Resolución en la cual suprime al beneficiario el derecho a este complemento del 20% por considerarlo incompatible con la pensión de jubilación francesa y le exigió la devolución del importe indebidamente percibido en concepto de dicho complemento durante este periodo de tiempo. En efecto, en este recurso de casación para la unificación de doctrina, el Instituto Nacional de la Seguridad Social alega que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el complemento del 20% no sólo se suspende cuando el beneficiario tiene un empleo, sino también cuando percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro, porque entiende que esta pensión de jubilación constituye un ingreso de sustitución de los rendimientos del trabajo.

El criterio sostenido hasta ahora por el Tribunal Supremo establecía que en los supuestos de pensión abonada por la Seguridad Social de otro Estado compatible con la pensión de IPT, desaparecía la finalidad perseguida por la Ley General de la Seguridad Social consistente en cubrir con el mencionado complemento el posible vacío de recursos económicos, al suplirse con aquella la falta de rentas procedentes del trabajo.

Frente a este pronunciamiento, el Tribunal Supremo declara la *“necesidad de cambio el criterio de Sala”* amparándose a una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia de la Unión Europea el 15 de marzo del 2018 (C-431/16, Blanco Marqués) que establece doctrina al reconocer la *“compatibilidad del complemento por IPTC con la*

pensión de jubilación abonada por otro Estado cuyo sistema de Seguridad Social quede bajo el ámbito aplicativo de la norma”.

En esta sentencia el TUE considera compatible el complemento del 20% reconocido para la Incapacidad Permanente, y recuerda que el objetivo perseguido por el mismo es el de proteger a una categoría específica de personas particularmente vulnerables, es decir, los trabajadores de entre 55 y 65 años en situación de incapacidad permanente total y para quienes resulta especialmente difícil la reincorporación en el mercado de trabajo en una profesión diferente de la que ejercían anteriormente.

Por otra parte, el Tribunal Europeo subraya que este complemento y la pensión de incapacidad permanente total presentan características análogas a las de las prestaciones de jubilación, en la medida en que tienen por objeto *“garantizar medios de subsistencia a estos trabajadores durante el periodo comprendido entre la declaración de la situación de incapacidad permanente total y la edad de jubilación”* y, en consecuencia, dichas prestaciones podrían parecer incompatibles. Sin embargo, el Tribunal Europeo establece que el complemento del 20% que queda en suspenso durante el periodo en el que el trabajador ejerce un empleo o percibe una pensión de jubilación, no sería aplicable a este caso dado que esta prestación no aparece como incompatible en el anexo del Reglamento europeo sobre la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión Europea.

Por este motivo, la sentencia del Tribunal Supremo aquí reseñada, dicta que el desconocimiento del régimen de la pensión de jubilación francesa no permite parificar esta prestación a una pensión de jubilación causada conforme a la legislación española, puesto que cosa distinta es que el mismo sistema abone dos prestaciones a que lo hagan dos distintos sistemas de Seguridad Social que cada uno de ellos tenga en cuenta solamente a las cotizaciones en el seno de su propio sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, la pensión de vejez concedida en Francia no puede asimilarse a una pensión de jubilación española.

Por último, el fallo del Tribunal Supremo también basa su argumento en el Reglamento de la UE 883/2004 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, que regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza, como es el caso de las de incapacidad y jubilación. Siguiendo el razonamiento desarrollado por el Tribunal Europeo, el Tribunal Supremo determina que el complemento de pensión de incapacidad permanente total es compatible con la percepción de una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro Estado porque la legislación nacional española de Seguridad Social carece de normativa específica que disponga lo contrario, requisito impuesto por el Reglamento UE 883/2004 en su art. 53.3.a sobre Coordinación de los Sistemas de

Seguridad Social que dispone que “la institución competente tendrá en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en otro Estado miembro sólo cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero.” Por ende, ante esta ausencia normativa en el Derecho español, se *“cierra la posibilidad a la interpretación sostenida por el INSS”* que indicaba que ambas prestaciones eran incompatibles. Sólo podrá existir incompatibilidad *“cuando la legislación que aplique establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero”*, subraya el Tribunal Supremo, justificando así la modificación en su criterio.

6.4. Exportación de las prestaciones

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 21 de marzo de 2018 (C-551/16, asunto Klein)

Uno de los seis principios básicos sobre los que pivotan las normas europeas de coordinación es el principio de exportación de las prestaciones (art. 7 Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social -en lo sucesivo, R. 883/2004-). Sobre la base de este principio se permite la conservación de los derechos ya adquiridos por parte de los trabajadores migrantes, pudiendo disfrutar de determinadas prestaciones fuera del territorio del Estado competente para su abono.

Este principio de exportación tiene importantes limitaciones en materia de prestaciones de desempleo, siendo objeto de varios pronunciamientos del TJUE en la materia, entre ellos, el asunto Klein. En esta sentencia se trata de determinar si el periodo de prórroga de hasta tres meses adicionales fijado en el art. 64.3 del R. 883/2004 constituye o no una obligación para los Estados miembros.

El caso origen de este pronunciamiento tiene como protagonista al Sr. Klein Schiphorst, nacional neerlandés, residente en los Países Bajos, Estado donde percibía una prestación por desempleo con arreglo a la regulación neerlandesa. Tras poco más de un año de disfrute de su prestación de desempleo en el país de residencia, el Sr. Klein comunicó a la entidad competente su intención de desplazarse a Suiza para buscar empleo, solicitando la exportación de su prestación de desempleo. Dicha petición fue estimada, si bien, dos meses después, el Sr. Klein solicitó prorrogar la exportación de su prestación de desempleo más allá de los tres meses iniciales señalados en el art. 64.1.c) R. 883/2004, petición que le fue desestimada. El motivo de la denegación fue que dicha institución no hacía uso de la facultad concedida a los servicios o instituciones competentes por el art. 64.1.c) R. 883/2004 en materia de periodos adicionales de prórroga.

Ante esta resolución, el Sr. Klein interpuso recurso ante el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam, Tribunal que estimó la pretensión del recurrente por estimar falta de motivación en cuanto a la decisión de la institución competente de no hacer uso de la facultad concedida por el R. 883/2004 (sentencia de 2 de octubre de 2013).

Un mes más tarde, la institución competente volvió a denegar la petición del Sr. Klein, esta vez alegando que la misma era infundada por dos razones: 1) las posibilidades de encontrar empleo eran, en general, mayores en los Países Bajos que en otros países; y 2) las iniciativas emprendidas por el solicitante para encontrar empleo en Suiza y las circunstancias que invocaba no llevaban a concluir que, en su caso, no fuera razonable mantener el principio de no prorrogar la exportación de las prestaciones de desempleo tras el periodo inicial de tres meses, establecido en las Circulares del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de los Países Bajos. Esta nueva resolución fue recurrida nuevamente ante el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam por el Sr. Klein, si bien esta vez el recurso fue desestimado por entender que la facultad prevista en el art. 64.1.c) R. 883/2004 era de carácter discrecional y, por tanto, podría ejercerse con arreglo a las normas nacionales del país en cuestión. Esta sentencia fue recurrida en apelación por el Sr. Klein ante el Tribunal Central de Apelación, siendo este el encargado de plantear la cuestión prejudicial resuelta en la sentencia ahora comentada: ¿sería conforme con el Derecho de la UE utilizar la facultad concedida en el art. 64.1.c) R. 883/2004 de tal manera que, en principio, se deniegue toda solicitud de prórroga salvo que la institución en cuestión, según las circunstancias del caso, no pueda razonablemente denegarla (por ejemplo, si existieran perspectivas concretas y demostrables de conseguir empleo en el Estado de destino).

Pues bien, la conclusión a la que llega el Tribunal europeo es que el art. 64.1.c) R. 883/2004 no se opone a una medida nacional como la neerlandesa (apartado 54), pues dicho precepto recoge una posibilidad de prórroga, no una obligación (apartado 41). Por tanto, las normas de coordinación permiten que una legislación nacional obligue a la institución competente a denegar toda solicitud de prórroga, con carácter general, salvo que esta aprecie que dicha denegación no daría lugar a un resultado razonable (posición manifestada ante el TJUE en las observaciones emitidas por los gobiernos neerlandés, danés, sueco y noruego).

6.5. El cálculo de la pensión teórica española en materia de pensiones de jubilación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima), de 28 de junio de 2018 (C-2/17, asunto *Crespo Rey*)

En esta sentencia, el TJUE vuelve a abordar uno de los mayores problemas sin solución que derivan de la aplicación de las normas europeas de coordinación: el cálculo de la pensión teórica española en materia de pensiones de jubilación. Concretamente, en este pronunciamiento se trata la cuestión de la determinación de la base reguladora de la pensión teórica de jubilación en aplicación de las normas europeas de coordinación (Anexo XI R. 883/2004).

El caso origen de esta sentencia tiene como protagonista al Sr. Crespo Rey, trabajador español que, tras 15 años de cotización al sistema español de Seguridad Social (por una base muy superior a la mínima), decidió ejercer su derecho a la libre circulación en el seno de la UE. Así, tras este primer periodo de seguro en España, el Sr. Crespo Rey estuvo trabajando y cotizando durante 13 años en Suiza (país al que se le aplican los reglamentos europeos de coordinación en materia de Seguridad Social), también por una base de cotización muy superior a la base mínima española. Finalizada su carrera de seguro en Suiza, el Sr. Crespo Rey decidió suscribir un Convenio especial para los emigrantes españoles con la Seguridad Social española, de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Orden Ministerial TAS/2865, de 13 de octubre (BOE nº 250, de 18 de octubre de 2003 -en adelante, "OM de 2003"). Este convenio se mantuvo en vigor durante 7 años, cotizando por la base mínima de cotización española, por ser ello obligatorio de conformidad con lo establecido en el art. 15.4 OM de 2003. Finalizado este periodo de tiempo, el Sr. Crespo Rey solicitó la prestación de jubilación ante el INSS español.

Mediante resolución de 26 de septiembre de 2014, el INSS reconoció al Sr. Crespo Rey una pensión de jubilación en España, si bien, el problema origen de esta sentencia deriva del cálculo del importe de la misma.

Para calcular su pensión, el INSS tenía que tener en cuenta los 192 meses (16 años) anteriores al momento de la jubilación (DT Quinta LGSS). En los casos en los que resulten de aplicación las normas europeas de coordinación, el Anexo XI del R. 883/2004 prevé un traslado del periodo de referencia, debiendo situarse el mismo en el momento de pago de la última cotización en España (en este sentido, STJCE de 17 de diciembre de 1998 -C-153/97, asunto *Grajera*-). En aplicación de este Anexo XI, el INSS entendió que ese pago de la última cotización en España fue el pago de la última mensualidad del Convenio especial con la Seguridad Social española. Es decir, que el periodo de referencia de 192 meses debería computarse desde el último pago efectuado como consecuencia del Convenio especial hacia atrás, incluyendo los 7 años que duró dicho Convenio especial, y unos 9 años de cotización en Suiza.

Así pues, el INSS se encontró dentro del periodo de referencia para el cálculo de la pensión teórica con cotizaciones satisfechas en otro Estado al que se le aplican las

normas europeas de coordinación. El sistema previsto para la cobertura de lagunas de cotización satisfechas en otro Estado miembro (también aplicable a Suiza) consiste en integrar las mismas con *“la base de cotización en España que más se aproxime en el tiempo a los períodos de referencia, teniendo en cuenta la evolución de los precios al consumo”* (Anexo XI R. 883/2004). En aplicación de este sistema de cobertura de lagunas de cotización, el INSS entendió que esa base de cotización española más próxima en el tiempo en este caso era la primera que se abonó con motivo de la suscripción del Convenio especial, cuyo importe se correspondía con la base mínima de cotización. De este modo, se tomó el importe de la base mínima de cotización durante todo el periodo de referencia para calcular la pensión teórica española del Sr. Crespo Rey, dando como resultado una cuantía muy baja.

El Sr. Crespo Rey presentó demanda contra la Resolución del INSS por no estar de acuerdo con el cálculo del importe de su pensión de jubilación ante el Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña, obteniendo sentencia estimatoria que fue posteriormente recurrida por el INSS ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Fue este Tribunal quien decidió plantear las siguientes cuestiones prejudiciales ante el Tribunal europeo: 1) ¿deben entenderse excluidas de la expresión *“la base de cotización que más se les aproxime en el tiempo”* las derivadas de la aplicación de una norma interna como la española que limita su importe al de la base mínima de cotización, limitación que no opera en el caso de trabajadores sedentarios que suscriban un convenio especial?; y en caso de respuesta afirmativa, 2) ¿sería adecuado para reparar el perjuicio causado tomar las últimas cotizaciones reales españolas debidamente actualizadas y considerar el periodo cotizado al amparo del convenio especial como periodo neutro o un paréntesis?

El TJUE falló que las normas en materia de libre circulación se oponen a una normativa nacional como la española que obliga a los trabajadores migrantes que suscriben un convenio especial con la Seguridad Social de ese Estado miembro a cotizar por la base mínima de cotización, produciendo el efecto que tuvo lugar en el cálculo de la pensión teórica del Sr. Crespo Rey, cuando un trabajador sedentario que no hizo uso de su derecho a la libre circulación y que suscribe tal convenio especial puede cotizar con arreglo a una base de cotización superior a la base mínima. Por ello, el Tribunal europeo establece que, para los trabajadores migrantes, el marco de referencia válido a estos efectos es el régimen aplicable a los trabajadores sedentarios, es decir, posibilidad de cotizar con arreglo a bases de cotización superiores a la base mínima de cotización en los casos de suscripción de un convenio especial (apartado 74).

Asimismo, si bien el TJUE reconoce que es competencia del órgano jurisdiccional nacional determinar cuáles son los medios más adecuados para conseguir la igualdad de

trato entre los trabajadores migrantes y sedentarios, señala que, *a priori*, podría ser una buena solución permitir a los migrantes cotizar retroactivamente con arreglo a bases de cotización superiores a las mínimas y, con base en ellas, solicitar su pensión de jubilación (apartado 75).

6.6. La pensión de viudedad en el caso de los matrimonios poligámicos

Sentencia nº 84/2018, del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de enero de 2018 (Rec. 98/2017)

En esta sentencia de principios de año, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en una materia discutida por la doctrina judicial y científica durante más de veinte años, como lo es el derecho o no a la pensión de viudedad de todos los cónyuges supérstites en caso de matrimonios poligámicos válidamente celebrados en el extranjero.

El caso de Autos versa sobre un súbdito marroquí, residente en España, que sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de ingenieros de la Policía Territorial de Sahara durante 10 años, pasando a ser beneficiario de una pensión con cargo al erario público español desde el año 1960 (con arreglo a la legislación de Clases Pasivas). En enero de 2013, el súbdito marroquí en cuestión falleció, generando derecho a pensión de viudedad. El problema que se suscitó en este caso es que el causante estaba simultánea y válidamente casado con dos esposas en su país de origen.

Ante esta situación, es importante recordar la existencia de un Convenio Internacional en materia de Seguridad Social suscrito entre España y Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, en cuyo art. 23 se señala que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. No obstante, el Convenio en cuestión no resulta de aplicación al régimen de clases pasivas del Estado (art. 2 del Convenio), regulado en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado (en adelante, “RD Leg. 670/1987”).

Ante el fallecimiento del cónyuge, ambas esposas supérstites solicitaron pensión de viudedad de conformidad con la legislación de Seguridad Social española. A la primera de ellas le fue reconocida dicha pensión mediante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sección octava, sala de lo Contencioso-Administrativo), de 21 de julio de 2016 (procedimiento ordinario 463/2015). Sin embargo, a la segunda esposa le fue denegada su petición mediante Resolución de 25 de noviembre de 2013, de la Dirección General de Personal de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría Técnica del Ministerio. Esta resolución fue recurrida en alzada por la solicitante, siendo desestimado su recurso mediante Resolución del Ministerio de

Defensa, de 9 de febrero de 2015. Esta segunda resolución fue nuevamente recurrida, esta vez ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, que desestimó el recurso interpuesto mediante Sentencia de 18 de octubre de 2016 (Sección octava, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Finalmente, esta sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

Los argumentos sobre los que se asentó el fallo de la sentencia recurrida para desestimar el recurso de la segunda esposa y, por tanto, para denegarle el derecho a la pensión de viudedad, pueden sintetizarse en los siguientes (FD Primero):

1) La situación de bigamia está prohibida en el ordenamiento jurídico español, estando tipificada como delito en el art. 217 CP (contraria al orden público -art. 12.3 CC-). Además, esta situación supone una manifestación de desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de estas a aquellos (por todas, STS de 14 de julio de 2004);

2) El art. 38 del RD Leg. 670/1987, aplicable a este caso, hace referencia en todo momento al concepto de “cónyuge”, en singular, sin hacer mención alguna a la posibilidad de pluralidad de cónyuges, por lo que debe entenderse que no contempla las situaciones de bigamia; y

3) No se conculca el principio de igualdad del art. 14 CE por la no aplicación de lo señalado en el art. 23 del Convenio Internacional sobre Seguridad Social entre España y Marruecos en este caso, pues dicho principio solo se aplica en términos de legalidad, lo cual no ocurre en el supuesto de Autos (por lo señalado en los argumentos primero y segundo).

Sometida esta cuestión ante el Tribunal Supremo, el Alto Tribunal falló estimando el recurso de casación interpuesto por la segunda esposa del causante, anulando la sentencia del TSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid, y declarando el derecho de la recurrente a percibir la pensión de viudedad generada por su esposo fallecido, debiendo distribuirse el importe total de la misma a partes iguales entre las dos esposas.

Los argumentos utilizados para llegar a esta conclusión fueron los siguientes (FFDD Quinto y Sexto):

1) Si bien la poligamia es contraria al orden público español, ello no impide el reconocimiento de determinados efectos periféricos a dicha situación, como el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad a las segundas y sucesivas esposas que, de conformidad con su ley personal, estuvieran válida y simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español. En este sentido, el propio Estado español, como sujeto de derecho internacional, admitió esta posibilidad en el art. 23 del Convenio Internacional sobre Seguridad Social entre España y Marruecos;

2) El art. 23 de dicho Convenio Internacional, tras su publicación en el BOE (de conformidad con el art. 96 CE), ostenta una posición jerárquica en nuestro ordenamiento que permite su utilización a efectos interpretativos para poder extender la condición de beneficiarias de pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado a todas las esposas, a pesar de que dicho régimen no esté dentro del ámbito de aplicación del Convenio; y

3) La aplicación del art. 38 RD Leg. 670/1987 debe hacerse sobre la base de los parámetros de igualdad del art. 14 CE (interpretación integradora e igualitaria), por lo que, en los casos de poligamia de súbditos marroquíes, se debe considerar como “cónyuge supérstite” a todas las esposas simultáneamente casadas con el causante marroquí en el momento del fallecimiento que soliciten el abono de la pensión, siendo acreedoras de ese derecho en la legislación marroquí.

No obstante, la posición mayoritaria, se realizó un voto particular por uno de los magistrados, con la adhesión de otro de ellos, discrepando sobre la aplicación expansiva del art. 23 del Convenio Internacional sobre Seguridad Social entre España y Marruecos. El argumento para ello reside en considerar al orden público como límite que debería impedir una aplicación expansiva e integradora de lo señalado en dicho Convenio en relación con el art. 38 del RD Leg. 670/1987.

6.7. La protección social relacionada con la maternidad

Dando continuidad a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto Otero Ramos C-531/15), el TS ha tenido la oportunidad de ajustarse a la misma. El TJUE vino a exigir un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. Es por ello que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Esa falta en la evaluación del riesgo supone un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, de conformidad con el art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. En la STS (Sala de lo Social) nº 667/2018, de 26 de junio, se resuelve un supuesto en el que es la circunstancia de que la prestación de servicios se realiza a turno lo que dificulta la lactancia. Entiende el TS -siguiendo la solución avanzada ya en la STS (Sala de lo Social) nº 353/2018, de 3 de abril, en un supuesto análogo- que, “no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino

que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna”.

Recientemente el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre un supuesto similar en la cuestión prejudicial planteada por el STSJ de Galicia mediante Auto de 30 de diciembre de 2016. En efecto, la STJUE de 19 de septiembre de 2018, (asunto González Castro C-41/17) la trabajadora realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno. Entiende en primer lugar el Tribunal de Justicia que “*si una trabajadora en período de lactancia que realiza un trabajo a turnos quedara excluida del ámbito de aplicación del artículo 7 de la Directiva 92/85 debido a que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno, ello tendría como consecuencia que se privaría a esta disposición de una parte de su efecto útil*”. A partir de tal reconocimiento inclusivo, entiende que “*si los artículos 4 y 7 de la Directiva 92/85 persiguen la misma finalidad de protección de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia contra los riesgos que presentan sus puestos de trabajo, el artículo 7 de la Directiva 92/85 tiene por objeto, más concretamente, reforzar esta protección estableciendo el principio de que las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia no estarán obligadas a realizar un trabajo nocturno desde el momento en que presenten un certificado médico que dé fe de la necesidad de dicha protección desde el punto de vista de su seguridad o de su salud*”. Y es que, en efecto, el trabajo nocturno puede tener importantes consecuencias para la salud de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o estén en período de lactancia, que los riesgos asociados varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión y que, como consecuencia de ello, dado que se encuentran más cansadas, algunas mujeres embarazadas o en período de lactancia pueden verse imposibilitadas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos.

Por lo anterior, procede a aplicar la doctrina emitida en el asunto Otero Ramos, exigiendo que *“la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada, realizada en el marco del artículo 7 de la Directiva 92/85, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que tal examen no se haya realizado, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad a los efectos de esa Directiva y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54, que permite la aplicación del artículo 19, apartado 1, de dicha Directiva”*.

En el supuesto objeto de litigio, el Tribunal de Justicia considera que *“documentos como una declaración del empresario según la cual las funciones ejercidas por dicha trabajadora y sus condiciones de trabajo no afectan a la lactancia natural, sin explicaciones que puedan apoyar esta afirmación, unida a la circunstancia de que su puesto de trabajo no figura en la relación de puestos que presentan un riesgo para la lactancia natural establecida por el organismo competente del Estado miembro de que se trate, no pueden, por sí solos, constituir una presunción iuris et de iure de que tal es el caso”*.

En la STS (Sala de lo Contencioso- Administrativo) nº 292/2018, de 26 de febrero, se analiza un supuesto en el que una mujer embarazada, enfermera, pese a que le correspondía ser llamada para ocupar una vacante, por la posición que tenía en la bolsa de trabajo, la Inspección de Trabajo considera que no se puede proceder al alta dada la situación de riesgo para el embarazo que implica el puesto. Consideró la Inspección de Trabajo que *“carecía de aptitud para ser contratada [...] hecho que era conocido por la empresa, y por lo tanto su contratación no puede ser considerada como una discriminación”*, por lo que se debió mantener su puesto en el listado de la bolsa de trabajo y al recuperar su aptitud para trabajar, proceder a su incorporación a la nueva vacante surgida.

La cuestión reside en la interpretación que deba darse al art. 134 LGSS_94 (actual art. 186 LGSS) y al art. 7 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Considera el TS que *“considerar que la mujer embarazada, en situación de riesgo por embarazo, no tiene aptitud ni capacidad para ser contratada, porque necesita haber iniciado la actividad laboral, supone tanto como negar la plena integración de la mujer embarazada, a todos los efectos, en una bolsa de trabajo, pues cuando llega su turno, y resulta seleccionada, nombrada y contratada, se impide su alta laboral al concurrir una situación de riesgo por*

embarazo, por no haber iniciado la prestación de servicios". Acude por ello a la aplicación de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, pues tal decisión, por la que se procedió a la anulación del alta, "trunca, de entrada, sus posibilidades laborales, situando a la mujer en una situación de desventaja por el riesgo asociado a la maternidad en general y al embarazo en particular [...] por la restricción de los derechos y expectativas vinculadas a la maternidad, que comportan consecuencias negativas y perjudiciales para la embarazada que, por razón de la biología, afecta únicamente a la mujer. Teniendo en cuenta que el reconocimiento de esos derechos, y la protección y garantías dispensadas por el ordenamiento jurídico, se encuentran concebidas para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo significativo la posición laboral de la mujer por causa de la maternidad".

En consecuencia, aunque el acto administrativo de alta se vincule, con carácter general, al inicio de la actividad laboral, sin embargo, el art. 7 del Reglamento General, además de ligar el alta a dicho *inicio de la actividad*, también permite la ampliación, si concurre una "*situación conexa a la misma*", como sucede en el caso analizado en el que ya se había contratado y dado de alta a la mujer en situación de riesgo por embarazo, y que posteriormente sería anulada. Es necesario llevar a cabo por lo anterior, una interpretación de la normativa conforme con el principio de igualdad.

En definitiva, considera el TS que "*la Administración no realizó, por tanto, una interpretación conforme a los principios del ordenamiento jurídico que proscriben el establecimiento de limitaciones por razón de sexo, debido a su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (artículos 10.1 y 14 de la CE). Cuando los poderes públicos son, precisamente, los que deben promover no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva, impidiendo que la maternidad sitúe a la mujer en una situación de desventaja*".

Es interesante igualmente detenernos en el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social (art. 60 LGSS), medida introducida por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, por la que se reconoce un complemento de pensión, por la "*aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala: a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento; b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento; c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento. A efectos de*

determinar el derecho al complemento, así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente". Sin embargo, el complemento no resulta de aplicación de conformidad con el apartado 4 del art. 60 LGSS, en aquellos supuestos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los arts. 218 (jubilación anticipada por voluntad del interesado) y 215 (jubilación parcial) LGSS.

En el Auto del TC de 16 de octubre de 2018 (cuestión de inconstitucionalidad nº 3307/2018) se inadmite por notoriamente infundada la petición de inconstitucionalidad del apartado 4, en relación con el apartado 1, del art. 60 LGSS, por entender que podría ser contrario al art. 14 CE. En el supuesto sometido a debate una mujer solicitó el reconocimiento del complemento de maternidad a su pensión de jubilación, que sería denegado debido a la consideración de que la modalidad de jubilación a la que accedió fue la anticipada voluntaria prevista en el art. 2018 LGSS, debido a que se causó baja en la empresa por finalización de contrato y no por ninguno de los motivos previstos en el art. 207 LGSS.

El Juzgado de lo Social que planteó la cuestión de inconstitucionalidad considera que el art. 60.4 LGSS contraviene la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, pues la diferencia de trato entre formas de acceso a la prestación contributiva de jubilación para percibir el complemento previsto en el art. 60.1 LGSS no responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada. Para el JS la norma señala cuál es la finalidad de dicho complemento: "la aportación demográfica a la Seguridad Social". Es por ello que *"si se atiende a esta finalidad, no hay razón que justifique la desigualdad de trato. Añade que la distorsión que se pudiera causar en el carácter contributivo de la prestación ya vendría justificada con los requisitos adicionales exigidos (edad, período mínimo de cotización, etc.) y con los coeficientes reductores que se aplican a la jubilación anticipada. Introducir un nuevo coeficiente reductor (no acceder al complemento por maternidad, pese a haber aportado a la demografía) sería desproporcionado a dicho fin"*. Para el JS tanto los requisitos adicionales como el coeficiente reductor serían en sí mismos factores suficientes para desincentivar las jubilaciones voluntarias anticipadas.

El TC acoge, sin embargo, el posicionamiento del Fiscal General del Estado, según el cual, *"si bien es cierto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica, también lo es en razón a que su "carrera de seguro" se ve acortada, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad"*. Desde este punto de vista, considera el TC *"que no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento de referencia a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la*

jubilación anticipada, acogiéndose a la posibilidad que les brinda el artículo 208 LGSS, opten por acortar su "carrera de seguro", es decir, su período de cotización". Y es que, si "el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores, parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 LGSS. Así pues, desde la óptica de la finalidad de la norma enjuiciada, la diferencia introducida entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización obedece a un criterio objetivo y razonable". Considera que la jubilación a la que accede la mujer, tras el cese de su contrato temporal, no puede asimilarse al supuesto del art. 207 LGSS, previsto para casos en los que haya una expectativa de continuación en el empleo que se ve frustrada por alguno de los motivos citados, unido al interés acreditado del trabajador de permanecer en el mercado laboral. Añade, además, que desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones "la jubilación anticipada acorta el período de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla".

El Auto viene acompañado de dos votos particulares. Destacamos el formulado por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, que sostiene el posicionamiento del Juzgado de lo Social que promovió la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que la exclusión del abono del complemento de maternidad a las mujeres que se jubilen anticipadamente al amparo de lo previsto en el art. 208 LGSS, en virtud de lo dispuesto en el art. 60.4 de la misma Ley, es irrazonable y desproporcionada, y, por ende, discriminatoria y contraria al art. 14 CE. Considera que la creación del complemento por maternidad subyace una dimensión de género que el Auto "no ha apreciado ni ha abordado con el detenimiento que la cuestión demandaba", porque "la discriminación histórica respecto de la mujer trabajadora y madre, la brecha de género en las pensiones y el apoyo a las familias son circunstancias comunes a todos los supuestos de jubilación, y, por tanto, atendidas las finalidades que la regulación persigue, no cabe hacer distinciones entre esos diversos supuestos, siempre que se trate de mujeres que han contribuido con dos o más posibles futuros cotizantes al sistema de Seguridad Social, y que, al mismo tiempo que han ejercido su condición de madres, hayan desarrollado una carrera laboral". Aplicando por ello la dimensión de género considera que, en el supuesto analizado, la decisión de la mujer venía "prácticamente impuesta por las circunstancias", pues "una mujer que, en el momento de solicitar la jubilación anticipada voluntaria, contaba sesenta y tres años de edad, difícilmente podría pensar en conseguir un nuevo

trabajo (el Auto presume que no lo había buscado, aunque este dato no consta en los antecedentes)”.

La irracionalidad se encuentra en el efecto que genera la actual formulación del complemento de maternidad junto con la propia de la jubilación anticipada, pues *“una mujer que se haya jubilado a los sesenta y cinco años en 2018, con quince de cotización, tendrá derecho al complemento de pensión, pero otra que se haya jubilado voluntariamente de manera anticipada en ese mismo año, con treinta y cinco o más años de cotización, pierde el derecho a ese complemento, y se equipara a las que no hayan tenido hijos o sólo uno, y a los hombres. De este modo, puede darse el caso de que pierda esta prestación aun teniendo, incluso, una cotización superior a la exigida para generar el derecho a pensión conforme al artículo 205.1 a) y la disposición transitoria séptima LGSS, por el solo hecho de haberse jubilado voluntariamente de manera anticipada”.* La desproporcionalidad radica en que *“a pesar de la mayor actividad que han tenido que desplegar, por haber compaginado el trabajo en el hogar y fuera de él, no se ha considerado siquiera el mayor desgaste que esa situación ha supuesto; circunstancia que puede hacer pensar en el deseo e, incluso, en la necesidad de optar por la jubilación anticipada. Antes al contrario, a pesar de su aportación al sistema, y de todos los objetivos que, presuntamente, trata de cumplir el complemento por maternidad, se les penaliza la posibilidad de jubilarse anticipadamente cuando reúnan las condiciones para ello, porque eso implica, aparte de las reducciones generales, la renuncia a percibir el complemento de pensión”.*

6.8. Permiso de paternidad

En materia de permisos de paternidad, es destacable la ampliación de dicho permiso a cinco semanas. Para poder tener el derecho a la paternidad debemos remitirnos al art. 183 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social y al art. 48.7 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores recoge que *“En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cinco semanas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo...”*. Estas cinco semanas han sido incorporadas este mismo año, concretamente desde el 5 de julio de 2018, dado que hasta entonces consistía en cuatro semanas. Al igual que en el permiso de maternidad, consiste en un subsidio del 100% de la base reguladora y el beneficiario debe cumplir los requisitos exigidos en el art. 184 de la Ley General de la Seguridad Social: *“...acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente*

anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”. Como se observa, se ha producido un aumento de una semana de permiso, pero aún queda lejos de la igualdad real entre hombres y mujeres, debido a que las mujeres siguen teniendo 16 semanas de permiso frente a las cinco semanas de los hombres.

No obstante, recientemente PSOE y PODEMOS han llegado a un acuerdo de los presupuestos generales del Estado 2019, donde se recoge la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad en el apartado 8.1. En dicho precepto se recoge el reconocimiento de un derecho laboral individual para cada persona progenitora en igualdad de condiciones, como el cambio sociocultural que supone una responsabilidad común del cuidado de hijas e hijos durante el primer año de vida. La equiparación del permiso por paternidad deberá establecerse en términos de igualdad, intransferibilidad y remuneración al 100%, para así favorecer en el desempleo femenino y en la brecha salarial que afecta negativamente a las mujeres. Para adecuar su implantación a la suficiencia financiera necesaria, plantean un calendario que supone que en 2019 el permiso de paternidad será de 8 semanas, en 2020 de 12 semanas y en 2021 16 semanas. No es la única propuesta, dado que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma vasca, el Gobierno Vasco ha planteado que pretende equiparar por ley la duración de los permisos parentales entre las madres y padres. Esta medida se recoge en el anteproyecto de la Ley de Empleo Público vasco y, por lo tanto, en principio esta medida será aplicada a los funcionarios. La propuesta recoge la equiparación de la duración de los permisos de paternidad y maternidad independientemente de su sexo, y remunerarlos al 100 % y no hacerlos transferibles entre los miembros de la pareja. Veremos cómo queda esta propuesta, ya que aún se encuentra en trámite la Ley de Empleo Público vasco.

Sin embargo, parece que los últimos pronunciamientos jurisprudenciales no van en la misma dirección. En este sentido, el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia nº 111/2018, de 17 de octubre de 2018, ha avalado que no es discriminatorio que el permiso de paternidad tenga una duración de tiempo inferior que el de la madre. El origen de este litigio se encuentra en el silencio administrativo de la solicitud inicial de equiparación del permiso de paternidad con el permiso de maternidad y la consecutiva desestimación por silencio de la reclamación previa a la vía judicial. Tras los pronunciamientos del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid y del Tribunal de Justicia de Madrid, donde se denegaban las alegaciones expuestas, se presenta una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional basando sus argumentos básicamente en la vulneración del artículo 14 de la Constitución donde se reconoce el derecho a la igualdad

ante la ley y a no sufrir discriminación de sexo y el art. 39 CE que recoge el mandato a los poderes públicos de protección de la familia. En la argumentación que ofrece el Tribunal destacan los motivos de admisión del recurso: en primer lugar, razona que el Tribunal puede aclarar o modificar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes respecto al contenido del derecho fundamental; en segundo lugar, la vulneración del derecho fundamental que se denuncia puede provenir de la ley; y, en tercer lugar, el asunto cuestionado es relevante y general y produce repercusión social o económica. Respecto al contenido del conflicto, el Tribunal resuelve si se ha vulnerado o no el art. 14 de la Constitución por los anteriores órganos jurisdiccionales. Para esto, argumenta que el principio de igualdad “no exige en todos los casos un tratamiento legal igual...de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello”. Teniendo este pronunciamiento en cuenta analiza el caso concreto que estamos analizando, y se plantea: ¿tiene derecho un padre biológico, trabajador por cuenta ajena, a percibir por paternidad con la misma extensión y duración que la establecida legalmente para el subsidio por maternidad? Tras repasar algunos pronunciamientos jurisprudenciales anteriores del mismo Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, argumenta que se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado. En este sentido, razona que la prestación por maternidad tiene como finalidad preservar la salud de la mujer ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo puede ser perjudicial para su recuperación, mientras que la finalidad del permiso de paternidad es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes.

En resumen, son situaciones diferentes y, por tanto, no puede considerarse lesiva del derecho a la igualdad ante la ley la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad. Esto es, “la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón”.

6.9. La condición de trabajador desplazado desde la perspectiva de la Seguridad Social y el cumplimiento empresarial de los requisitos exigibles

El Derecho de la Unión en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Reglamentos 883/2004 y 987/2009)³⁸, define como trabajador desplazado a aquella persona que ejerce habitualmente su actividad laboral en un Estado miembro y es enviado por su empresa a otro Estado para prestar servicios con carácter temporal. Para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de Seguridad Social, resulta obligatoria la solicitud por parte de la empresa o el propio trabajador desplazado del documento A1: “Certificado relativo a la legislación sobre Seguridad Social que se aplica al titular” que sustituye al antiguo certificado E101 desde el 1 de mayo de 2010. Según el art. 19.2 del Reglamento 987/2009, este formulario se emite por la institución competente del país cuya legislación sea aplicable (origen / empleo) y, a partir de su expedición, certifica la condición de desplazado del trabajador y la continuidad de su aseguramiento en el país en el que trabaja normalmente siempre que, de conformidad con el artículo 12.1 del Reglamento 883/2004, “la duración previsible de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada”.

Como así ha venido reiterando la jurisprudencia del TJUE, uno de los efectos más significativos de este formulario es que vincula a la institución competente y a los órganos jurisdiccionales del país de acogida, generando una presunción de conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador al sistema de Seguridad Social del Estado miembro de establecimiento de la empresa (Estado de empleo)³⁹. Y es que, el art. 5.1 del Reglamento 987/2009 otorga una competencia exclusiva a las autoridades del Estado miembro de origen para emitir, retirar o invalidar el certificado expedido al establecer que “los documentos emitidos por la institución de un Estado miembro que acrediten la situación de una persona a los efectos de la aplicación del Reglamento de base y del Reglamento de aplicación, y los justificantes sobre cuya base se hayan emitido dichos documentos, podrán hacerse valer ante las instituciones de los demás Estados miembros mientras no sean retirados o invalidados por el Estado miembro en el que hayan sido emitidos”. Consecuentemente, la regla general es que ni las autoridades de destino ni sus órganos jurisdiccionales tienen competencia para revocar los certificados emitidos.

Pues bien, la sentencia del TJUE de 6 de febrero de 2018, asunto C-359/16 *Ömer Altun y otros*, dictada por la Gran Sala, ha matizado este principio determinando que, en

³⁸ Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*, y Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, *por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*.

³⁹ Vid., por todas, STJUE de 27 de abril de 2017 (*A-Rosa Flussschiff GmbH*, asunto C-620/15).

caso de fraude acreditado y cuando la institución expedidora de los formularios se abstiene de revisarlos de oficio, los tribunales nacionales pueden no aplicar los formularios E101/A1 con las consecuencias inherentes (sujeción y cotización al sistema de Seguridad Social del país de acogida).

Este nuevo criterio jurisprudencial responde al caso del que es objeto este breve informe cuyo supuesto de hecho es el siguiente: en una actuación de la inspección de trabajo de Bélgica a una empresa de construcción se comprueba que, desde el año 2008, no tenía contratado personal propio y subcontractaba todas las tareas a empresas búlgaras que desplazaban a sus trabajadores a Bélgica. Estos empleados disponían del certificado A1 que había sido expedido por la autoridad búlgara competente. Mediante una investigación judicial llevada a cabo en Bulgaria en el marco de una comisión rogatoria ordenada por un juez de instrucción belga, se acreditó que las empresas búlgaras que enviaban a sus trabajadores no desempeñaban ninguna actividad relevante en Bulgaria, es decir, que se trataban de empresas buzón (*letter-box companies*). Asimismo, quedó demostrado con la respuesta que dio la institución búlgara competente sobre la revisión o retirada de los certificados, que su intervención fue puramente formal no teniendo en cuenta los hechos constatados por las autoridades de Bélgica. El Tribunal de Casación belga, donde llegó el caso tras sucesivas condenas y recursos, antes de dar respuesta al litigio, decidió suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial al TJUE en la que, sin cuestionar el carácter vinculante de los documentos A1 preguntaba, en esencia, si un juez que no sea el del Estado miembro de envío de los trabajadores desplazados, puede anularlos o no tenerlos en cuenta si los hechos permiten determinar que fueron obtenidos de forma fraudulenta.

En su respuesta, el TJUE, resuelve el asunto alegando que las actuaciones abusivas realizadas por empresas no pueden encontrar soporte legal en el Derecho de la Unión. Para ello, argumenta que la prohibición del fraude y el abuso de derecho es un principio general, de forma que "(...) la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir las operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas"⁴⁰. El Tribunal concluye que, aun siendo el certificado A1 un documento vinculante a los efectos de la aplicación del régimen de Seguridad Social del país de origen, en caso de fraude acreditado a partir de una investigación judicial que ha permitido detectar la obtención fraudulenta de los certificados, los tribunales nacionales del Estado de acogida tienen la posibilidad de no tenerlos en cuenta, siempre y cuando hayan presentado ante la institución expedidora una solicitud de revisión de oficio y de retirada, y esta institución, incumpliendo el

⁴⁰ Cfs., STJUE de 8 de febrero de 2018 (*Ömer Altun y otros*, asunto C-359/16) apartado 49.

principio de cooperación leal, no haya tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición.

Esta resolución es una primicia interpretativa del TJUE que, no obstante y aunque da un margen de actuación al juez nacional, le obliga a efectuar un análisis global de la situación específica donde se tiene que comprobar la existencia de un abuso o fraude de las normas de la Unión respecto de los certificados A1, y para ello tienen que concurrir un elemento objetivo (incumplimiento de los requisitos formales previstos en los Reglamentos) y un elemento subjetivo (la intencionalidad en disimular la situación real por la que no se cumplen los requisitos para obtener una determinada ventaja en conexión con el certificado obtenido). Y cuando así sea, podrán dejarse de aplicar los formularios A1 y la legislación de Seguridad Social de origen con las correspondientes consecuencias.

La novedad más importante de esta sentencia se encuentra en que, aun recordando que los órganos jurisdiccionales del Estado de acogida no pueden invalidar o anular los certificados A1, les reconoce cierta potestad para poder inaplicarlos siempre que, primero, existan pruebas de su obtención fraudulenta o abusiva; segundo, se realicen las actuaciones judiciales pertinentes y, por último y de forma ineludible, se agote el procedimiento de petición de revocación de oficio por el que se solicita la revisión a la autoridad expedidora y esta no lo atiende con la debida diligencia.

Con posterioridad, concretamente el 6 de septiembre de 2018, la Sala primera del TJUE ha dictado otra sentencia para el asunto C-527/16, *Alpenrind y otros*, que viene a responder a otra cuestión prejudicial sobre el control de las obligaciones en materia de Seguridad Social de las empresas que realizan desplazamientos transnacionales y el valor jurídico vinculante de los formularios A1. Esta sentencia responde a un caso donde una empresa austriaca del sector cárnico empleó entre el año 2012 y 2014 a trabajadores que fueron contratados y desplazados por una empresa de Hungría (Martimpex) con la circunstancia de que antes y después de ese periodo otra empresa húngara (Martin-Meat) también había desplazado a la primera empresa a sus trabajadores. Aunque determinados trabajadores desplazados por Martimpex disponían de su certificado A1 emitido por las instituciones de Seguridad Social de Hungría (algunos con efectos retroactivos y otros respecto de trabajadores cuya sujeción al sistema austriaco había sido ya determinada) la resolución de las autoridades austriacas de Seguridad social al respecto estableció la sujeción de los trabajadores desplazados al seguro obligatorio de Austria. Esta resolución fue impugnada ante los Tribunales que, en última instancia suspendieron el procedimiento solicitando al TJUE que diera respuesta a las cuestiones prejudiciales sobre el efecto vinculante de los certificados A1, su posible anulación por los Tribunales nacionales, su aplicación cuando ha tenido lugar un

procedimiento ante la Comisión Administrativa, su vinculación cuando se ha emitido con efectos retroactivos y, por último, sobre la consideración de la prohibición de sustitución cuando el desplazamiento es realizado por empleadores diferentes, como así sucedía en este caso.

En forzada síntesis, esta es la respuesta que ofrece el Tribunal para este supuesto que, ineludiblemente, va a tener repercusiones prácticas en el control de las obligaciones en materia de Seguridad Social de las empresas que desplazan trabajadores.

En primer lugar, el TJUE en los apartados 35 a 39 de la sentencia vuelve a reiterar que los certificados A1 expedidos por la institución competente de un Estado miembro, vinculan tanto a las instituciones de Seguridad Social como a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se ejecuta temporalmente el trabajo, siempre y cuando, dichos certificados no hayan sido retirados ni invalidados por las autoridades y los tribunales del Estado miembro de origen que son los únicos competentes para retirarlos o invalidarlos. Amparándose en la jurisprudencia consolidada y en la propia sentencia *Altun y otros* recién comentada, en la sentencia se recuerda que, a excepción de los casos de fraude y abuso de Derecho debidamente acreditado, permitir con carácter general que la institución competente del país de acogida de trabajadores desplazados recurra ante sus órganos jurisdiccionales para declarar la invalidez de un certificado A1, dejaría “en entredicho el sistema basado en la cooperación leal entre las instituciones competentes de los Estados miembros”⁴¹.

El segundo lugar, encontramos la respuesta del Tribunal a la cuestión de si el certificado A1 puede tener efectos retroactivos aun cuando ya existía una resolución expresa del Estado austriaco en la que se fijaba que era de aplicación su normativa en materia de Seguridad Social. Aquí, no hay novedad significativa pues el TJUE, reconociendo que ningún precepto en la normativa de la Unión impide la consideración del efecto retroactivo de los formularios A1, se remite a su sentencia de 30 de marzo de 2000, asunto C-178/97 *Banks y otros*, y señala que, aunque es deseable que la emisión del certificado se produzca con carácter previo al desplazamiento, puede realizarse también en el transcurso de este, o incluso después de haber finalizado.

Por último, y es aquí donde se encuentra la novedad más significativa de este pronunciamiento, el Alto Tribunal, amparándose en el art. 12.1 del Reglamento 883/2004 que establece la sujeción a la Seguridad Social del Estado de origen de los trabajadores desplazados (siempre que la duración del trabajo no exceda de veinticuatro meses y que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona) concluye que, para este caso concreto, donde se enviaban trabajadores a un mismo puesto de trabajo pero por

⁴¹ Cfs., STJUE de 6 de septiembre de 2018 (*Alpenrind y otros*, asunto C-527/16) apartado 46 *in fine*.

empresas distintas, concurre un supuesto de sustitución expresamente prohibido en la norma de coordinación. En consecuencia, no pueden acogerse a la norma particular citada para seguir sujetos a la legislación del Estado miembro en el que su empleador ejerza normalmente sus actividades.

La nota de prensa emitida por el TJUE tras la publicación de esta sentencia es suficientemente esclarecedora en este punto: “un trabajador desplazado está sujeto al régimen de Seguridad Social del lugar de trabajo cuando sustituye a otro trabajador desplazado, aun cuando dichos trabajadores no hayan sido enviados por el mismo empresario”. La consecuencia práctica para las empresas que recurren a esta fórmula de movilidad laboral para la prestación de servicios transnacionales es que, a partir de esta resolución, cuando un empleador desplaza a un trabajador a un país distinto al de su empleo habitual, debe comprobar no sólo que no es desplazado para sustituir a otro trabajador previamente desplazado por él mismo, sino también que no es desplazado en sustitución de otro trabajador enviado por otro empleador, siendo irrelevante la no existencia de vínculo alguno entre la empresa que desplaza en última instancia con la que desplazó en un primer momento.

En conclusión, estas interesantes sentencias vienen a matizar determinadas obligaciones en materia de acreditación de la condición de trabajador desplazado desde la perspectiva de la Seguridad Social y deberán ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos. En cualquier caso, determinados elementos sobre las que se pronuncian: el valor vinculante de los certificados A1, los mecanismos de resolución de conflictos mediante la conciliación ante la Comisión Administrativa, el control de las obligaciones en materia de Seguridad Social de las empresas que desplazan, entre otras, son el reflejo de parte de los conflictos dentro de la compleja (e incompleta) regulación en la materia. La reforma de los Reglamentos que ha planteado la Comisión Europea⁴² trata de enmendar algunos, sin embargo, no parece que vaya a resolverlos, al menos en el corto plazo; la intervención futura del TJUE en este ámbito está asegurada. Permaneceremos atentos.

6.10. Subsidios para trabajadores mayores de 55 años

Se publica en el BOE nº 164, de 7 de julio de 2018, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2018, de 7 de junio, en ella, el Alto Tribunal da respuesta al recurso de inconstitucionalidad 3688-2013, que estiman parcialmente éste que fue interpuesto

⁴² Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo *por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004*. -COM (2016) 815 final-.

contra el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, declara la inconstitucionalidad y nulidad, entre otros, del apartado Uno de la Disposición final primera de dicho Real Decreto-ley 5/2013, que añadía un tercer párrafo al nº 3 del art. 215.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 - actual segundo párrafo del art. 275.2 del vigente TRLGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre-. Se puede observar como el núcleo principal del recurso (la regulación restrictiva de las jubilaciones anticipadas y parciales) ha sido desestimado por la mayoría, contando con un fundado voto particular de 2 Magistrados y 1 Magistrada, que propone la nulidad total.

Respecto de ciertos aspectos concretos, como el subsidio de desempleo para mayores de 55 años, por la relevancia práctica que tiene el que se declare la inconstitucionalidad de la regla legal que obligaba a un cómputo de las rentas familiares para determinar -impedir en realidad- el acceso al subsidio (art. 215 LGSS en la redacción vigente cuando se aprobó el RDL 5/2013, actualmente art. 275 TRLGSS).

No obstante lo anterior, el art. 275.5 TRLGSS establece que los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, y el art. 276 del mismo texto legal, dispone que si la solicitud del subsidio se presenta una vez transcurrido el plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha del hecho causante, el derecho nacerá a partir del día siguiente al de la solicitud. Pero aunque nos sorprenda, si bien este tema ha sido el más difundido mediáticamente, la norma cuestionada contenía algunas medidas protectoras para ciertos colectivos especialmente desprotegidos por el sistema, entre otros, el colectivo del servicio doméstico que, ahora con la nulidad, quedan en el aire y que, en consecuencia, la nulidad de estos preceptos, conllevará consecuencias perjudiciales en algunas de sus mejoras dadas en esa norma unilateral, creando incertidumbre e inseguridad, por lo que es aconsejable poner atención en la sentencia y realizar las reformas que sean precisas como respuesta inmediata de reforma a fin de evitar que una decisión positiva (la inconstitucionalidad de una norma autoritaria) se convierta en perjuicios para ciertas personas y grupos.

VII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES⁴³

7.1. Introducción

⁴³ Esta sección ha sido realizada por Mirentxu MARÍN MALO (coordinadora), Julen LLORENS ESPADA, Amanda MORENO SOLANA, Marta NAVAS-PAREJO ALONSO, Josefa ROMERAL HERNANDEZ, Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO y Beatriz RODRIGUEZ SANZ DE GALDEANO.

Año tras año las cifras sobre siniestralidad laboral aumentan en España. El año 2018 no es la excepción, y muestra un aumento de un 4,2% respecto al año anterior; mostrando una mayor incidencia en la industria y la construcción, y aumentando los accidentes mortales de manera notable en el sector del transporte y almacenamiento. Esto, unido al tipo de contratación actual (en 2017 un 91,03% de los contratos realizados fueron temporales, la mayoría de ellos por obra o servicio - 38.50% - o eventuales - 43.78% -, frente a un 8.97% que fueron indefinidos, pone de manifiesto un problema de seguridad laboral que podría estar relacionado con el tipo de empleo creado.

Por tanto, el camino a recorrer por el tejido empresarial español en materia de prevención de riesgos laborales es, todavía, muy largo. Para la correcta aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, todos los sujetos implicados deben tomar parte, asumiendo su responsabilidad, con el objetivo de reducir las tasas de siniestralidad evitando daños en la salud de los trabajadores, y creando entornos laborales seguros.

La actuación por parte de los agentes implicados en éste ámbito resulta insuficiente en la actualidad, y de ello es prueba la alta litigiosidad que se presenta año tras año, y tras una previa selección, en este informe.

Este informe se abre con el estudio de los conceptos de enfermedad profesional y accidente de trabajo, tanto desde la Ley General de la Seguridad Social como de las cuestiones planteadas en los tribunales a tenor de dicha conceptualización. Continúa con el estudio jurisprudencial centrado en la descentralización productiva y sus implicaciones en materia de prevención de riesgos laborales para proseguir con la representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales.

Posteriormente, se analiza la jurisprudencia en relación a colectivos específicos, como la maternidad, los trabajadores especialmente sensibles y la lactancia para cerrar el informe con dos temáticas que, año tras año, presentan numerosas cuestiones: el recargo de prestaciones derivado de la falta de medidas de seguridad y las diferentes responsabilidades accionadas como consecuencia del daño en la salud del trabajador: la responsabilidad administrativa y penal, y la reparación y valoración del daño derivado del trabajo.

7.2. Enfermedades profesionales

El tratamiento de las enfermedades profesionales siempre ha sido un tema de conflicto en la jurisdicción social. Tanto el concepto en sí, como la necesidad de abarcar supuestos que vayan más allá de aquellas patologías recogidas en el cuadro legalmente establecido. Ello ha hecho que aparezcan términos como el de “enfermedad derivada del trabajo” o “patología de aparición súbita”, que, si bien hacen referencia a supuestos

análogos en la práctica a la enfermedad profesional, no pueden ser considerados como tales puesto que la normativa hace un uso restrictivo de este término. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 157 LGSS, “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”. Así, la normativa limita la consideración de una patología como enfermedad profesional a su previsión en la normativa de desarrollo de la LGSS y a su inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales⁴⁴. La jurisprudencia reciente se hace eco, de nuevo, de los tres requisitos esenciales que determinan la existencia o no de la enfermedad profesional: “a) Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena. b) Que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan y c) Que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad”⁴⁵.

La diferencia entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo no radica, por tanto, en su causa, que debe estar relacionada con el trabajo, sino en el agente que lo causa y en el tiempo de desarrollo. Mientras el accidente de trabajo aparece de manera súbita y el nexo causal entre trabajo y lesión es claro, en la enfermedad profesional existe un periodo de latencia, y la lesión o patología se agrava cuanto más prolongada en el tiempo es la exposición al agente causante del daño. Así, una enfermedad profesional puede manifestarse en el trabajador muchos años después de haber estado expuesto al agente causante de la misma, lo que provoca que, en numerosas ocasiones, no sean diagnosticadas como tales, sino como enfermedades comunes derivadas de otras características del individuo que nada tienen que ver con el trabajo que realizaba. Sin embargo, si bien al accidente de trabajo se le exige la prueba del nexo causal entre la lesión y el trabajo, no sucede lo mismo con la calificación de la enfermedad profesional, que será calificada como tal siempre que esté recogida en el mencionado cuadro.

Los datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social muestran que el número de enfermedades profesionales va en aumento desde el año 2013, cuando se registró su número más bajo desde 2010. Es por ello por lo que las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la enfermedad profesional, sus prestaciones y sus

⁴⁴ El cuadro de enfermedades profesionales puede consultarse en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro (RLC 2006\2248).

⁴⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) núm. 2263/2018, de 12 de julio [2367/2017]

indemnizaciones sigue siendo un tema recurrente en los juzgados españoles, pues el tema suscita numerosas dudas sobre el propio concepto de enfermedad profesional, así como sobre la determinación del sujeto responsable del pago de la prestación. Por ello, año tras año la jurisprudencia se ve obligada a abordar casos relacionados con esta temática, intentado dar solución a un problema que surge, en numerosas ocasiones, de la dificultad para determinar cuándo existe el nexo causal entre la patología y el trabajo y cuando no, independientemente de la inclusión o no de la patología en sí en el cuadro de enfermedades profesionales. Es por todo lo señalado que este tema es, de nuevo, objeto de análisis en este informe.

Durante el año 2018, el pago de las prestaciones e indemnizaciones derivadas de la enfermedad profesional de los trabajadores ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia, en varias sentencias del Tribunal Supremo para la unificación de doctrina que aquí van a analizarse. La Sala ha perseguido aclarar y determinar qué sujetos son los responsables del pago de estas cantidades, así como señalar quienes son los sujetos legitimados para reclamarlas en caso de fallecimiento del trabajador.

En relación a las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional sufrida por el trabajador, son varias las sentencias que, durante este año, han entrado a analizar la responsabilidad de su pago. Así, las SSTs nº 333/2018 [rec. 1771/2016], nº 271/2018 [rec. 1209/2016], nº 616/2018 [rec. 1740/2017] y nº 143/2018 [rec. 2920/2016] abordan el tema de manera similar.

El problema planteado es la responsabilidad del pago de la prestación por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional declarada con posterioridad al 1 de enero de 2008, cuando entró en vigor la reforma establecida por la disposición adicional 8ª de la Ley 51/2007 que modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el RDL 1/1994, de 20 de junio; pues dicha modificación entraba en vigor el 1 de enero del 2008. Planteada esta cuestión, el TS señala, en la STS nº 333/2018 [rec. 1771/2016], que, para que la Mutua de Accidente de Trabajo de cobertura a las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional, la misma debe tener origen en un periodo posterior al 1 de enero de 2008, pues no se puede determinar su responsabilidad respecto a una enfermedad profesional cuyo hecho causante se sitúa en un periodo en el cual *“la cobertura de las prestaciones de incapacidad permanente tenía que establecerse en exclusiva con el Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales”*. Como señala la Sala, en el caso de la enfermedad profesional *“es irrelevante que el hecho causante de la prestación se haya producido en 2010, porque lo decisivo es que cuando el riesgo de enfermedad profesional existía, la cobertura de ese riesgo lo asumió el Fondo compensador, sin que haya un problema de concurrencia de entidades encargadas de la*

cobertura en ese periodo”. Es decir, puesto que la enfermedad profesional no aparece de manera repentina, el nexo de causalidad con el trabajo no es directo, sino que su desarrollo es paulatino y resultado de la exposición a un agente determinado, lo que provoca que se presente tras un periodo de latencia y desarrollo de la enfermedad, esto *“impide que pueda establecerse que la entidad responsable es la aseguradora del momento en el que se manifiesta la enfermedad”*, por lo que debe acudir al momento en el que el trabajador estuvo expuesto al agente causante de la enfermedad para determinar qué entidad es la responsable del pago de la prestación que deriva de la misma.

Esta doctrina ha sido reiterada anteriormente en varias sentencias de esta Sala, en concreto en las SSTS nº 579/2017 de 4 de julio de 2017 [rec. 913/2016], nº 607/2017 de 10 de julio de 2017 [rec. 1652/2016], nº 947/2017 de 29 de noviembre de 2017 [rec. 3092/2016] y nº 996/2017 de 13 de diciembre de 2017 [rec. 1210/2016]. En estas mismas sentencias y en su razonamiento se apoya la Sala para dar similar respuesta a la STS nº 143/2008, de 13 de febrero [rec. 2920/2016], la STS nº 616/2018, de 12 de julio [rec. 1740/2017] y la STS nº 271/2018, de 13 de marzo [rec. 1209/2016], que abordan el mismo tema que la sentencia analizada.

Dicho lo cual, la doctrina general es que la responsabilidad del pago de la prestación por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional *“corresponde a aquella entidad en la que está asegurada la contingencia en el momento en el que se produce el hecho causante”*, no en el momento en el que se manifiesta la enfermedad profesional, por lo que, en estos supuestos, *“la responsabilidad derivada de las prestaciones ha de ser imputada a ambas entidades, en proporción al tiempo de exposición del trabajador”* al riesgo causante de la enfermedad origen de la prestación. Es así como debe repartirse y entenderse la responsabilidad compartida de entidades gestoras en los supuestos similares al planteado.

Por otra parte, y de manera breve debe señalarse la resolución de la STS nº 779/2018, de 18 de julio [rec. 1064/2017] donde ha sido objeto de análisis en los tribunales la legitimación de los herederos de la viuda del trabajador fallecido por causa laboral para reclamar a la empresa una indemnización por daños y perjuicios por dicha causa como sucesores de la viuda, alegando que la misma no puede ejercer su derecho por haber fallecido años después. En este supuesto señala la Sala que el derecho a ser indemnizado no es un derecho personalísimo ni consustancial a la persona humana, sino que es un *“derecho a la reparación del daño sufrido por culpa de otro que viene obligado a repararlos con independencia de quien sea la persona perjudicada”*, más aún teniendo en cuenta que dicha indemnización influye directamente en la cuantía de la herencia percibida por el hijo y la nieta de la viuda del trabajador accidentado, por lo que son

afectados directos por esta causa. Esto lleva a la Sala a entender que los herederos de la viuda son sujetos legitimados para presentar la reclamación por daos y perjuicios derivada de enfermedad profesional.

Otra cuestión de interés ha sido si el Alzheimer que sufre un trabajador que manejaba de manera habitual en el trabajo diferentes tipos de plaguicidas y biocidas “de reconocido efecto neurotóxico” debe ser considerada enfermedad profesional. En el supuesto analizado, la STSJ Valencia nº 2509/2018, de 26 de julio [rec.2731/2017] señala, en su FD Segundo, que la enfermedad de Alzheimer no puede ser una enfermedad profesional, “pues su etiología se desconoce a ciencia cierta, aun habiendo factores que pueden influir en su aparición”. Sin embargo, y pese a que no se puede señalar un nexo de causalidad directo e indudable entre la enfermedad padecida por el trabajador y el uso de estos productos en su vida laboral, señala la Sala la existencia de “una gran probabilidad de que la enfermedad degenerativa del trabajador se deba a la exposición a tales productos tóxicos durante muchos años, al descartarse antecedentes genéticos”; además de poner de manifiesto que la exposición a los agentes tóxicos fue realizada a pequeñas dosis y de manera prolongada en el tiempo, lo que ha podido incidir en el desarrollo paulatino de esta patología, y procede así a reconocer la misma como enfermedad profesional.

7.3. Accidente de trabajo. Concepto y supuestos específicos

Tal como establece el art. 156 LGSS, “se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Como bien es sabido, la normativa incluye en la consideración de accidente de trabajo a ciertos supuestos específicos que, en la práctica, dan lugar a numerosa casuística dirigida a la determinación de si un hecho específico debe ser considerado o no como accidente de trabajo.

Algunos de estos supuestos han sido objeto de sentencia en el último año, y a continuación se analizará el criterio establecido por la jurisprudencia. Con relación a la consideración de las enfermedades con origen laboral que no estén incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales como accidentes de trabajo, la jurisprudencia establece que, para que pueda darse este supuesto es indispensable demostrar la existencia del nexo causal entre el trabajo y la enfermedad padecida con el trabajador. Así, la STSJ Galicia nº 492/2018, de 23 de enero [rec. 3605/2017], señala que, en el supuesto de trabajadora a la que se le declara en estado de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común padecida a raíz de que la actora interpuso un recurso de alzada contra su exclusión de un proceso selectivo por las malas relaciones con sus compañeras que “le hacían el vacío”, no puede considerarse enfermedad

derivada del trabajo. Señala la Sala que para que pudiera calificarse el trastorno referido por la demandante como tal “sería preciso que se acreditara la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo, como se desprende del contenido del art. 156 LGSS, al tener que probarse que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo”, lo que no ocurre en el supuesto contemplado. Además, añade que el supuesto incluido en el art. 156.2.e, debe ser interpretado de manera restrictiva, con el fin de “evitar convertir enfermedades comunes en accidentes de trabajo por la simple constatación de una causalidad indirecta con la ejecución del trabajo”, lo que obliga al trabajador que se encuentre en este supuesto a demostrar, sin atisbo de duda, la causalidad directa. Es decir, que la enfermedad debe tener “por exclusiva causa la ejecución del trabajo”.

Supuesto distinto es el tratado por la STS nº 661/2018, de 21 de junio [rec. 3144/2016], donde la cuestión planteada es si la incapacidad temporal de la demandante debe ser considerada como accidente de trabajo o como una contingencia común. En concreto, la demandante sufrió un desprendimiento de retina de manera súbita e inesperada mientras trabajaba frente a la pantalla del ordenador. La Sala hace aquí alusión al contenido del art. 156.3 LGSS, donde se establece que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”. Así, y apoyándose en este artículo resuelve dando la razón a la trabajadora, y considerando el desprendimiento de retina como accidente laboral, pues tal como señala en su FD Tercero, “para destruir la presunción de laboralidad es necesario que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal”, y en el supuesto que ocupa no queda demostrado ninguno de los supuestos señalados. Se concluye que el hecho de que se trate de una lesión súbita “que aparece en tiempo y lugar de trabajo conduce necesariamente a la aplicación del artículo 156.3”.

Otra de las cuestiones planteadas en los tribunales a lo largo del año 2018 y en relación con el accidente de trabajo está relacionada con el apartado f del art. 156.2 LGSS. El citado artículo determina que será considerada como accidente de trabajo “la enfermedad o defecto, padecido con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”. En este supuesto los tribunales señalan que, para que pueda considerarse accidente laboral, “los efectos incapacitantes deben producirse o ponerse de manifiesto con ocasión o como consecuencia del trabajo que se venga desarrollando a través de un suceso repentino calificable de accidente de trabajo, ya que tales efectos tienen lugar como consecuencia del accidente al interaccionar con la enfermedad previa”. Por tanto, en estos supuestos basta con demostrar que los efectos improductivos para el trabajo derivados de la lesión que ya sufría

el trabajador tienen consecuencia en una lesión posterior calificada como accidente de trabajo. El factor clave es, por tanto, la relación de causalidad nuevamente entre la lesión incapacitante y el trabajo desarrollado por el trabajador en el momento en que esta se produce⁴⁶. Pese a la consideración inicial de este tipo de supuestos como accidentes de trabajo, también señalan los tribunales que “la mera manifestación de una patología en tiempo y lugar de trabajo no convierte la misma en laboral”, pues debe acreditarse que el trabajador sufre, por causa de este percance, una agravación de sus lesiones previas, independientemente de que estas sean de origen común o laboral. Sin embargo, basta con que el nexo causal exista, “sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, con dicha agravación”, es decir, independientemente de la incidencia que dicho hecho laboral tenga en la agravación del daño previo⁴⁷.

También se mantiene este criterio en el supuesto de que la patología sufrida por el trabajador tenga carácter degenerativo crónico, siempre que el empeoramiento se produzca por un sobreesfuerzo laboral, pues hasta el momento del empeoramiento la patología no habría impedido la prestación habitual del trabajo, por lo que el nexo causal entre el empeoramiento y el trabajo sería posible, siempre y cuando quede demostrado en estos términos⁴⁸.

Sin embargo, estos supuestos deben analizarse con extrema precaución, pues la necesidad de nexo causal es máxima. Así lo manifiesta la STS 366/2018 de 4 de abril [rec. 2191/2016], donde se señala la inexistencia de accidente de trabajo el ictus sufrido por un trabajador que, al levantarse de la cama nota pérdida de fuerza y se desploma, pero se incorpora al trabajo, aunque posteriormente tiene que irse a casa a descansar. Es entonces cuando acontece el ictus. Se basa la sentencia en que la sintomatología comenzó en casa, no en tiempo y lugar de trabajo, por lo que no puede entenderse como accidente de trabajo.

En cuanto al concepto y a la consideración del accidente in itinere como accidente de trabajo, año tras año se plantean cuestiones relacionadas con los mismos. No es de extrañar, pues su incidencia va en aumento, tal como muestran los datos recogidos por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En 2017 se produjeron un total de 142.004 accidentes de trabajo con baja, de los cuales 81.524 fueron in itinere. En los datos avanzados por el Ministerio para el año 2018 (hasta octubre) esta cifra se sitúa en los 68.985. Observando las cifras no es de extrañar que, de nuevo, lleguen supuestos con relación a este tipo de accidentes a los tribunales.

⁴⁶ Véase STSJ La Rioja núm. 39/2018, de 22 de febrero [rec. 24/2018], FD Segundo.

⁴⁷ STSJ Madrid núm. 278/2018, de 2 de abril [rec. 1321/2017], FD Segundo.

⁴⁸ STSJ Cataluña núm. 2569/2018, de 27 de abril [rec. 382/2018], FD Tercero.

Varios han sido los supuestos analizados este año. El primero de ellos cuestiona si debe ser considerado accidente in itinere el que ocurre en el terreno de una unifamiliar pero fuera del edificio, cuando el trabajador se dispone a acudir a su trabajo. En el supuesto, la trabajadora cae por las escaleras exteriores de la unifamiliar. La Sala determina que en este caso no existe accidente laboral, pues la trabajadora no había salido al exterior de la finca, produciéndose el accidente en un lugar considerado su domicilio, “constitucionalmente protegido frente a terceras personas, sin que se trate de una zona común o de libre acceso para otros residentes”⁴⁹. Este matiz es de gran importancia, pues como la misma sentencia señala, en el caso de un inmueble de pisos el fallo hubiera sido distinto, al entender el TS en sentencias anteriores que las escaleras del inmueble “ya no están en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, sino que ya ha iniciado el trayecto”⁵⁰.

Similar caso ha sido objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina en el Tribunal Supremo. Así, su sentencia nº 200/2018 de 22 de febrero [rec. 1647/2016], señala la diferencia entre el supuesto de un trabajador que resbala en el porche de su casa frente a otro que sufre accidente mientras atraviesa su finca por un camino para dirigirse al trabajo. Si bien el supuesto podría parecer coincidentes, en tanto que en ambos casos el trabajador no ha abandonado su propiedad, la Sala establece una diferencia al señalar que “no es lo mismo caer mientras se sale de la vivienda que hacerlo cuando ya se ha llegado al vehículo y el mismo está rodando”, y entiende que en el segundo supuesto el trabajador ya ha abandonado las inmediaciones de su domicilio, por lo que, aunque transite por el interior de su finca, sí se considera accidente in itinere.

Por otra parte, el TSJ de Madrid analiza si puede calificarse como accidente in itinere el accidente de tráfico sufrido por el trabajador cuando se desplazaba a su segunda vivienda, asunto abordado en su sentencia nº 93/2018 de 2 de febrero [rec. 1061/2017]. En este caso, entiende la Sala que “la idea básica que subyace en la construcción jurisprudencial del accidente in itinere es que solo puede calificarse como tal aquél que se produce porque el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo”. Por tanto, lo esencial no es salir del domicilio o volver a él, sino que este hecho tenga un nexo directo con la necesidad de acudir al lugar de trabajo, independientemente de que el punto de partida sea o no el domicilio habitual del trabajador. Esto no sucede en el caso enjuiciado, pues el trabajador no ha podido demostrar que la razón del desplazamiento fuese acudir al trabajo o volver de él. Más al contrario, esa tarde no había acudido a trabajar, por lo que el desplazamiento no puede ser calificado como in itinere.

⁴⁹ STSJ Galicia de 5 de marzo [rec. 4725/2017], FD Segundo.

⁵⁰ STS de 26 de febrero de 2008 [rec. 13328/2007].

7.4. Vigilancia de la salud

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) prevé que los convenios colectivos puedan establecer “prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito” (art. 1). Como regla general, las disposiciones contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias tienen la consideración de derecho necesario mínimo indisponible, siendo susceptibles de ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos; de este modo, podrán ser objeto de negociación, siempre que supongan una mejora respecto de los mínimos legales, los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores; los sistemas de prevención; y los derechos de participación y consulta de los trabajadores. Respecto de la obligación de garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, la LPRL consagra el principio de voluntariedad, siendo necesario que el trabajador preste su consentimiento para llevarla a cabo. Ahora bien, como se verán la LPRL contempla excepciones a ese principio en los supuestos contemplados en el art.22.1 LPRL. En este contexto, la vigilancia de la salud con carácter preventivo, frecuentemente, forma parte del contenido de los convenios colectivos, siendo, de hecho, uno de los contenidos más habituales en la negociación colectiva. Los aspectos que sobre la vigilancia de la salud abordan con mayor frecuencia alcanzan a las condiciones de obligatoriedad o voluntariedad de la misma y al tipo de vigilancia de la salud que debe realizarse.

Entre los pronunciamientos judiciales destacables en esta materia en el último año, se encuentra la STS 259/2018, de 7 de marzo de [rec.42/2017]. En la línea de la STS de 10 de junio de 2015, el TS amplía los supuestos en los que la vigilancia de la salud es obligatoria. La STS 259/2010 resuelve el recurso de casación planteado por los sindicatos UGT y CCOO contra la sentencia de la sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 18 noviembre de 2016 que estimó en parte la demanda interpuesta por varios sindicatos contra una empresa de seguridad. La sentencia dejaba sin efecto para el personal de la central receptora de alarmas, la obligación de someterse a los reconocimientos médicos periódicos impuestos por la empresa, pero desestimó dicha petición respecto de los colectivos de vigilantes de seguridad y escoltas que quedaban obligados a pasar los reconocimientos médicos impuestos por la empresa a través de un comunicado en el mes de julio de 2016. A modo de resumen, los sindicatos ahora recurrentes entienden que “la imposición de reconocimientos médicos al personal de vigilantes de seguridad y escolta infringe directamente el principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos y no entra en ninguna de las excepciones que configura el artículo 22 LPRL, siendo, por tanto, ilegal e implicando una vulneración del derecho

fundamental a la intimidad de los trabajadores” (FD Tercero) y plantean el recurso de casación contra la citada sentencia, solicitando que se deje sin efecto el comunicado de la empresa por el que se informaba de la obligatoriedad de los reconocimientos médicos para los vigilantes de seguridad y escoltas, por vulnerar el derecho a la intimidad de los trabajadores.

En la citada sentencia, la Sala señala respecto del contenido del art. 22 LPRL que “el principio de voluntariedad no implica la existencia de un derecho absoluto a mantener un estado de opacidad de las condiciones de salud del individuo. La norma que protege su intimidad impone, al mismo tiempo, sacrificios a la misma cuando la negativa a someterse a los reconocimientos médicos puede colisionar con otros derechos básicos y fundamentales o con otros bienes jurídicamente protegidos, esto es, cuando debe primar el derecho a unas condiciones de salud y seguridad en el medio laboral que permitan garantizar un trabajo sin riesgos y, cuando para ello, se revele el reconocimiento médico como imprescindible” (FD Cuarto). La Sala del TS entiende que las excepciones previstas en la LPRL “deben ser interpretadas restrictivamente, pero también, en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

En cuanto a la primera excepción, señala que esta “implica la obligatoriedad del reconocimiento médico cuando su práctica resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. La utilización legal del término imprescindible implica que la obligatoriedad del reconocimiento solo se producirá cuando éste sea absolutamente necesario para conseguir el fin que ampara la excepción y deja fuera de ésta aquellos supuestos en los que resulten convenientes, aconsejables o útiles” (FD Cuarto). Para el TS, para considerar el reconocimiento obligatorio “deberá ser, ante la negativa del trabajador, el único procedimiento para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador” (FD Cuarto).

Respecto de la segunda excepción prevista en el art. 22 LPRL, la Sala considera que “es la más típicamente preventiva dado que se refiere a la necesidad de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. De entrada, tal excepción hay que conectarla con la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 25.1 LPRL que dispone que los trabajadores no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su capacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. Esta segunda excepción supone que “frente al derecho

del trabajador a proteger su intimidad, la ley ampara el derecho a la salud de sus compañeros o de las personas que puedan encontrarse en el medio laboral. El derecho del trabajador afectado a negarse al reconocimiento cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros que no pueden verse afectados por la indolencia del trabajador renuente” (FD Cuarto). La tercera de las excepciones remite a la consideración por una disposición legal de la obligatoriedad de la vigilancia de la salud “en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, siendo este el supuesto aplicable en este caso”.

El TS, en aplicación de la doctrina del TC respecto del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE, considera que este derecho fundamental “comprende sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada” (STC 70/2009, de 23 de marzo). Asimismo, “La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ Segundo; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ Segundo, sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad” (FD Cuarto).

Ahora bien, apoyando su argumento jurídico en diferentes sentencias del TC, el TS considera que “teniendo en cuenta que los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos (por todas STC 198/2004, de 15 de noviembre), es obvio que pueden ser sometidos a restricciones, por lo que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho”. De acuerdo con el Ministerio Fiscal, para el TS “resulta que la obligatoriedad del reconocimiento médico aquí examinada se encuentra prevista en la ley como excepción, por lo que la previsión legal exigida por el Tribunal Constitucional se cumple; además la restricción del derecho resulta necesaria sin que exista ninguna otra medida alternativa al reconocimiento médico para verificar el estado de salud del trabajador y existe proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el beneficio que se pretende obtener (preservar la salud del propio trabajador; de sus compañeros de trabajo y de terceros que se relacionen con el trabajador por motivo de su relación laboral”.

A juicio de la Sala, “resulta patente que en una actividad como la que concierne a este supuesto, la detección de enfermedades o patologías que incidan en la prestación del trabajo, podrían convertir en inadecuadas algunas de las tareas encomendadas por el riesgo que supondría su realización en determinadas circunstancias de salud” En la

citada sentencia el TS entiende que las “funciones que desempeñan los colectivos de referencia implican la realización de actividades especialmente delicadas y sensibles respecto de otros compañeros y, especialmente de terceras personas”.

La STS considera 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”.

Este razonamiento lleva al TS a concluir que en este supuesto, “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 artículo 14 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” (FD Cuarto).

Para la Sala existe “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 otro lado, el TS concluye que, en este caso, no altera la obligatoriedad de la vigilancia de la salud el hecho de que el personal afectado deba contar con una habilitación especial administrativa para cuya obtención resulte necesario la superación de pruebas físicas y la evaluación de su salud. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que “no tienen la misma finalidad las pruebas o exámenes físicos o psicotécnicos para la obtención o conservación de la habilitación para el ejercicio de la profesión que los reconocimientos médicos que puedan ser necesarios en función del art. 22 LPRL. Aquéllos se sitúan en un plano individual y tratan de garantizar la concurrencia de unas condiciones psicofísicas necesarias para el ejercicio de las actividades inherentes a las profesiones para cuya habilitación se requieren. En cambio, los reconocimientos médicos previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales están al servicio de la salud y seguridad en la empresa y constituyen un instrumento para que el empresario pueda cumplir con su deber de proporcionar una protección eficaz en

materia de seguridad y salud y del correlativo derecho de todos los trabajadores a obtener tal eficaz protección”. (FD Quinto).

Entre los pronunciamientos destacados en materia de reconocimientos médicos se encuentra la STS 62/2018 de 25 de enero de 2018. En esta trata de reconocimientos médicos al amparo de lo dispuesto en el art. 20.4 ET. La STS 62/2018 resuelve un recurso de casación interpuesto por el sindicato CGT al que se adhiere UGT, contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016, aclarada por Auto de 4 de julio de 2016, sobre conflicto colectivo. En el recurso planteado se solicitó que se declarase que la facultad de la empresa conforme al art. 20.4 ET de verificar el estado de salud del trabajador que alegue este motivo para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, “debe llevarse a cabo a través de los servicios médicos de la Mutua correspondiente, y, subsidiariamente, la nulidad de diversos aspectos del procedimiento seguido en esta materia por la empresa demandada” (FD Primero).

Conviene recordar que el art. 20.4 ET, permite al empresario verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. Por otro lado, el art. 63 del Convenio Colectivo de Contact- Center aplicable a la empresa, establece respecto del pago de complementos de incapacidad temporal que los “trabajadores están obligados a presentar la baja de la seguridad social en un plazo de 72 horas, aceptando, previo aviso, poder ser reconocidos por el médico de la Mutua, al objeto de que este informe sobre la imposibilidad de prestar servicio, sometiéndose la discrepancia, si la hubiere, a la Inspección Médica de la Seguridad Social”.

En el supuesto enjuiciado, el TS concluye que el citado Convenio no obliga a la empresa a utilizar los servicios médicos de la Mutua para realizar esta tarea, pudiendo la empresa acudir a un servicio externo (FD Cuarto-2), habida cuenta que el Convenio limita sus efectos a los “Complementos en los supuestos de incapacidad temporal” sin que tenga relación con la facultad que le reconoce al empresario el art. 20.4 ET. Respecto del momento en el que se puede realizar la comprobación del estado de salud, el TS entiende que el convenio colectivo aplicable no exige a la empresa un plazo determinado, por lo que el control de la ausencia podría activarse a partir de que conozca que el trabajador invoca su problema de salud para justificar sus faltas de asistencia al trabajo (FD Quinto).

La Sala del TS señala que “las únicas limitaciones aplicables al ejercicio de una potestad del empresario de tal naturaleza son las mismas a las que debe atenerse con carácter general cualquier actuación en el ejercicio de las demás facultades directivas y organizativas de la que es titular, que encuentran, todas ellas, sus límites en el respeto a

los derechos de los trabajadores consagrados en el art. 4.2 ET , de tal forma que si la finalidad de la actuación que habilita el art. 20.4 ET es la de comprobar que el estado de salud del trabajador justifica la inasistencia al trabajo, su ejercicio deberá atenerse a los ordinarios parámetros de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación que deben regir cualquier otra decisión de la empresa”(FD Quinto-4)

Por último, la Sala del TS en cuanto al tipo y alcance del contenido de los reconocimientos que realizan los servicios médicos a los que la empresa encarga la tarea, concluye que ni el art. 20.4 ET ni el Convenio colectivo aplicable establecen las características de dichos reconocimientos. Además, teniendo en cuenta que la finalidad del mismos es de control y justificación de la inasistencia al trabajo y no asistencial, corresponde en este caso a la empresa “en el ejercicio de su poder de dirección y organización de la actividad laboral” establecer la metodología que considere adecuada (FD Sexto).

7.5. Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva

En materia de coordinación de actividades empresariales, el art. 24 LPRL y el RD 171/2004, de 30 de enero, fijan las obligaciones de las diversas empresas concurrentes que se intensifican según el rol desempeñado por cada una. En el nivel más básico se encontrarían las obligaciones de coordinación, que incumben a todos los empresarios concurrentes; en un nivel intermedio se encontrarían las obligaciones del empresario titular del centro, que tiene que dar información sobre los riesgos del centro e incluso instrucciones cuando tenga trabajadores en el centro y, por último, en el nivel más elevado, se encontraría el empresario principal, entendido como aquel que ha subcontratado una obra o servicio de su propia actividad, al que le incumbe la obligación de vigilancia.

Teniendo en cuenta este cuadro normativo, interesa traer a colación la STS de 18 de septiembre de 2018 [rec. 144/2017], dictada en unificación de doctrina, que lleva a cabo un repaso de su jurisprudencia en la materia y señala que la empresa principal que subcontrata con otra puede ser responsable solidaria del recargo, aunque no se trate de propia actividad. La sentencia parte de un concepto de empresa principal, diverso al tradicionalmente mantenido, que no se circunscribe al empresario que contrata la realización de una obra o servicio correspondiente a su propia actividad. La sentencia señala que no es esencial que la contrata sea de la propia actividad para que la empresa que ha contratado responda y, a la inversa, señala que la empresa que ha contratado una obra o servicio de su propia actividad tampoco responde de manera automática. Respecto de la responsabilidad de la empresa contratante, señala que lo esencial es *“comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa*

principal y dentro de su esfera de responsabilidad”. De acuerdo con ello, concluye la sentencia que ha de responsabilizarse a la empresa que ha subcontratado los trabajos, aunque no sea empresa principal, debido a que se ha comprobado que incumplió sus obligaciones de coordinación y de información. Dejando al margen la confusión que puede generar la utilización del término empresario principal para referirse al empresario contratante, lo cierto es que en el fondo de la argumentación de la sentencia subyace el esfuerzo por reconducir las responsabilidades en los supuestos de descentralización productiva al cuadro legal de obligaciones derivado del art. 24 LPRL; de tal manera que la empresa contratante responderá cuando incumpla las obligaciones (de vigilancia, de información y de coordinación) que, de acuerdo con su papel en la contrata, le corresponden. De la redacción de la sentencia resulta criticable una cierta confusión terminológica del concepto propia actividad y de las concretas obligaciones impuestas al titular y al principal, sobre todo, cuando se refiere a la reconducción del accidente a la esfera de su responsabilidad. Quizás hubiera resultado más aclarador, partir de lo dispuesto en el art. 24 LPRL y concluir simplemente que la titular, que no es empresa principal, puede responder, pero no porque el accidente sobrevenga en su esfera de control, sino porque puede haber incumplido las obligaciones que se derivan de los apartados 1 y 2 del art. 24 LPRL.

En línea con este razonamiento, la STSJ (Asturias) de 15 de mayo de 2018 [rec. 3214/2017] se plantea la responsabilidad por recargo de prestaciones de la empresa titular del centro de trabajo que había contratado la realización de unos trabajos de reparación en la nave de su propiedad. En este caso la sentencia extiende la responsabilidad solidaria a la empresa titular y aclara que, aun cuando la citada empresa no tiene la condición de principal, porque no ha contratado un servicio correspondiente a su propia actividad, debe responder por incumplimiento del deber de información que, como empresa titular, le impone la legislación respecto de los riesgos existentes en el centro de trabajo.

Por su parte, la STSJ (País Vasco) de 15 de mayo de 2018 [rec. 907/2018] dedica buena parte de su razonamiento al análisis del concepto de propia actividad, a los efectos de aclarar la responsabilidad de la empresa principal. En este caso una empresa de extracción y comercialización de mineral había subcontratado los trabajos de reparación de un horno. Durante el desarrollo de los citados trabajos el horno cayó provocándose lesiones a tres trabajadores. La sentencia considera que la tarea de reparación del horno se trata de una actividad propia del ciclo productivo y, partiendo de una interpretación amplia del concepto propia actividad, apunta que solo pueden quedar fuera de tal consideración aquellos servicios u obras desconectadas de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa. A partir de esta argumentación

considera la sentencia que ha de sostenerse la responsabilidad solidaria de la principal y de la contratista. Ahora bien, también señala la sentencia que la citada responsabilidad deriva de la evidente falta de coordinación y de la ausencia de información y formación. Parece, por tanto, que el esfuerzo realizado en la argumentación de la sentencia para justificar la existencia de una contrata de la propia actividad no era determinante si, finalmente, la responsabilidad se sustenta en la infracción de las obligaciones de coordinación y de falta de información.

Finalmente, merece destacarse la STSJ (Andalucía) de 7 de marzo de 2018 [rec. 1052/2017] puesto que extiende la responsabilidad por recargo no solo a las empresas que han participado en la contrata, sino también a las empresas encargadas del montaje e instalación del andamio. La sentencia resuelve el recurso de suplicación impuesto por la empresa principal que, junto con otras contratistas había sido condenada al pago del recargo de prestaciones. La empresa solicita que la responsabilidad por recargo se extienda también a la empresa con la que se había contratado el montaje de los andamios y a la subcontratista que, a su vez, había sido contratada por la empresa de montaje. La sentencia concluye que, efectivamente, existe responsabilidad de las empresas montadoras de los andamios debido a que no actuaron con la diligencia exigible para asegurar que los andamios quedaran montados con la suficiente estabilidad. Esta condena no impide que también se aprecie responsabilidad de la empresa principal puesto que entiende que ha incumplido su obligación de vigilancia, que le exigía inspeccionar que los andamios estaban correctamente instalados antes de que comenzara el trabajo.

7.6. Representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales

El derecho de representación y participación de los trabajadores en prevención de riesgos laborales según la Ley 31/1995 de 10 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales, se ejerce a través de la representación ya existente en la empresa o centro de trabajo y de la representación especializada creada por dicha norma: los Delegados de prevención y el Comité de Seguridad y salud (art. 34 LPRL).

1. Los Delegados de prevención constituyen el órgano específico de representación y participación de los trabajadores en prevención de riesgos laborales (art. 35.1 LPRL). Son elegidos por y entre los representantes del personal instaurados en la empresa o centro de trabajo: Delegados de personal y Comité de empresa. Por negociación colectiva se puede articular un sistema distinto de designación, e incluso crear nuevos órganos específicos de participación con distintos ámbitos de actuación (art. 35.4). El

objetivo de la Ley es crear un órgano de participación y cooperación con el empresario y entre los distintos sujetos actuantes en el marco de la actividad preventiva en la empresa, con el objeto de mejorar las condiciones de trabajo y elevar el nivel de seguridad y salud de los trabajadores (art. 2.1 LPRL). Para la consecución de estos objetivos les dota de un conjunto de competencias y facultades. Con esta dualidad el legislador parece querer diferenciar entre áreas funcionales de actuación, y derechos concretos de que dispone para el ejercicio de las funciones. Además, para garantizar el ejercicio efectivo los dota de un conjunto de garantías y obligaciones al igual que al resto de representantes (art. 37 LPRL).

Competencias. Las competencias se encuentran enumeradas, en su mayor parte, en el apartado primero del art. 36. Todas ellas se enuncian en términos genéricos: colaborar, promover, fomentar, vigilar, etc. por lo que dejan un amplio margen de actuación en su ejercicio, y hacen necesaria su plasmación en hechos concretos que serán llevados a cabo mediante las facultades asignadas. Característica común a todas es la cooperación y participación en todo lo relacionado con la prevención de riesgos en la empresa: a) Colaboración con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; b) Promoción y fomento de la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; c) Ser consultados por el empresario, antes de la puesta en práctica, sobre las decisiones relacionadas con la seguridad y salud en la empresa; Vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales; d) Suplencia del Comité de Seguridad y Salud en caso de no haberse constituido este por no alcanzar la empresa o el centro de trabajo el número preceptivo para ello de 50 trabajadores.

Facultades. Las facultades para el ejercicio de las competencias quedan enumeradas en el segundo apartado del art. 36, además de las enunciadas a lo largo del articulado de la Ley y sus normas de desarrollo, sin olvidar la importante labor a estos efectos de los convenios colectivos, que pueden ampliarlas según las necesidades de la empresa o sector. A diferencia de las competencias, las facultades están numeradas de forma precisa al tratarse de los instrumentos jurídicos que la Ley pone en manos de estos representantes para facilitar el pleno ejercicio de aquellas. Atendiendo a su contenido se pueden agrupar en facultades de información, de propuesta y de acción.

En el caso de las facultades de información, como representante específico que es, la norma le confiere el derecho a acceder a toda la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en concreto, a la información que el empresario ha de confeccionar y documentar en relación con la evaluación de riesgos, medidas de prevención, reconocimientos médicos y daños a la salud del trabajador, y a los que la ley hace referencia en los arts. 18, 22, 23, y 40. El

único límite legal a este derecho de acceso a la información está relacionado con la tutela de la intimidad del trabajador (art. 22.4 LPRL). Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2016 (RJ 2016,946), en un supuesto de falta de entrega de copia de los informes de investigación de accidentes a estos representantes. Concluye el Tribunal que los Delegados de prevención tienen derecho a acceder a los informes y documentos resultantes de la investigación de accidentes y enfermedades profesionales realizados por la empresa al igual que la autoridad laboral, puesto que dichos informes forman parte del proceso global de evaluación de los riesgos laborales, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la protección de datos de carácter personal de los trabajadores afectados.

Dentro de las facultades de acción se encuentran la de acompañar a los Técnicos en las evaluaciones de riesgos, así como a los Inspectores de Trabajo en las visitas y verificación que realicen en los centros de trabajo. También tiene derecho a realizar visitas a los centros de trabajo con el fin de comprobar el cumplimiento de la normativa preventiva.

Por último, en las facultades de propuesta se incluyen el derecho a recabar del empresario la adopción de medidas preventivas para la mejora de los niveles de prevención; y, la de proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción de acuerdo de paralización de las actividades en caso de riesgo grave e inminente.

Garantías. Para el ejercicio del amplio elenco de competencias y facultades asignadas, al igual que el resto de representación, necesitan rodearse de un conjunto de prerrogativas que les proteja frente a posibles actuaciones del empresario que puedan perjudicarlos por su condición de Delegados de prevención. Para ello, la LPRL regula en su art. 37 una serie de garantías y herramientas que les permita el ejercicio de sus funciones y, a su vez, facilite la participación de los trabajadores en materia preventiva.

La Ley les extiende las garantías reguladas en el art. 68 del ET para la representación unitaria, con independencia del sistema de designación, por su condición de representantes específicos de los trabajadores en prevención de riesgos. El problema surge cuando a renglón seguido especifica que el tiempo utilizado para el desempeño de sus funciones será considerado como de ejercicio de sus funciones representativas a efectos de la utilización del crédito de horas mensuales retribuidas como representante unitario, con la salvedad de algunas actividades específicas, cuyo tiempo utilizado será considerado tiempo de trabajo efectivo: El correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualquiera otras convocadas por el empresario en materia de prevención de riesgos, así como el destinado al acompañamiento a los técnicos de prevención o la Inspección de Trabajo, cuando sean requeridos (art. 37. 1 LPRL).

Con esta dicción la norma introduce una restricción en la herramienta esencial para el ejercicio de sus funciones, al cargar el tiempo necesario para la mayoría de las competencias específicas a su labor como representante unitario, lo que se agrava en el supuesto de no contar con la condición previa de representante de los trabajadores. En este supuesto sólo dispondría del tiempo añadido para funciones concretas. Al tratarse de una norma de mínimos, correspondía a la negociación colectiva aumentar el número de horas hasta el límite razonable que hiciera operativa la figura. De la misma manera, el convenio o acuerdo que regulara una forma de elección distinta a la establecida en la Ley era el encargado de dotar a estos representantes del tiempo necesario para el ejercicio de sus funciones. En el caso de la representación específica autónoma, el problema se resuelve al reconocer el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5971) que el crédito horario del art. 68 e) del ET es extensible a los delegados de prevención que no ostenten la condición de representantes legales de los trabajadores, constituyendo su denegación vulneración del derecho de libertad sindical. Criterio que ha sido reiterado en Sentencia de 29 de mayo de 2018 (RJ 2018 3517). Por tanto, sigue correspondiendo a la negociación colectiva regular tiempo suplementario para los delegados de prevención elegidos de entre la representación unitaria, a fin de que puedan ejercer su labor sin coste para la representación general.

2. El Comité de Seguridad y Salud se configura en la LPRL como un órgano paritario y colegiado de participación, cuya finalidad es la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales (art. 38 LPRL). Según el punto segundo del precepto, el Comité de Seguridad y Salud está constituido por los delegados de prevención de un lado y de otro el empresario y/o sus representantes. En cuanto órgano paritario que es se compone de igual número de representantes del empresario que de los trabajadores; de manera que el número de miembros del Comité de Seguridad y Salud está determinado por el número de delegados de prevención. El número de delegados de prevención será el que corresponda tras aplicar la escala del art. 35 LPRL a la plantilla de la empresa. Los delegados sindicales tienen derecho a participar en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud con voz, pero sin voto. Igual participación corresponde a los responsables técnicos de prevención en la empresa y los trabajadores dotados de especial cualificación en prevención.

La Ley establece que se constituirá en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores. Por negociación colectiva se puede crear un Comité de Seguridad y Salud conjunto para varios centros de trabajo cuando en su conjunto

alcancen los 50 trabajadores, pero no lo logren individualmente. De la misma manera se puede decidir crear un Comité de Seguridad y Salud Intercentros con las competencias que el propio convenio o acuerdo les atribuya (art. 38.3 LPRL). La norma no especifica el sistema de constitución, ni el procedimiento de designación de sus miembros; ahora bien, dado que estamos ante un órgano de participación en materia preventiva a imagen del Comité de Seguridad y Salud, aunque a nivel territorial más amplio, parece razonable seguir los criterios establecidos para la creación del órgano inferior. Así lo considera la Audiencia Nacional en un conflicto entre la Administración del Patrimonio Nacional y los sindicatos, con objeto de determinar la designación de los miembros del Comité Intercentros. El Tribunal considera que, siguiendo los criterios legales para la constitución del Comité de Seguridad y Salud, el Comité Intercentros debe estar constituido de un lado por los delegados de prevención pertenecientes a los comités inferiores y de otro por los representantes del empresario [SAN, de 28 de mayo de 2018 (JUR 2018, 170243)]. El número de miembros y las funciones que se le asignen corresponde determinarlo al Convenio o acuerdo que lo cree.

Derivado del carácter mixto del Comité de Seguridad y Salud, donde concurren las representaciones de ambos bancos sociales y expertos en prevención de la empresa, se trata del lugar de encuentro y diálogo por excelencia en materia preventiva. Aquí se llevan a cabo el intercambio de opiniones, de pareceres y experiencias, de promoción de iniciativas, de asesoramiento, negociación y elaboración de los planes de prevención y proyectos en prevención de riesgos en la empresa. Será por tanto en el seno de este órgano donde los trabajadores ejercerán su derecho de participación a través de los Delegados de prevención y, por tanto, donde los Delegados ejercerán sus competencias representativas y de participación en la materia.

En cuanto a su régimen de funcionamiento, la Ley deja bastante autonomía a las partes, se limita a establecer la periodicidad mínima de sus reuniones, que será cada tres meses al menos, y siempre que lo solicite alguna de las representaciones. El resto de normas de funcionamiento serán precisadas por el propio órgano (art. 38.3 LPRL). En cuanto a la forma de adoptar los acuerdos, la norma guarda silencio, por lo que corresponde su fijación al reglamento interno. Ahora bien, puesto que estamos ante un órgano colegiado, se entiende que las decisiones se adoptan por mayoría de sus miembros.

Para el ejercicio de participación, siguiendo el criterio utilizado para los Delegados de prevención, el art. 39 de la LPRL hace una distinción entre competencias y facultades.

Competencias: Dada la naturaleza jurídica del órgano de consulta y participación, la primera de las competencias que le asigna la LPRL consiste en participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de la eficacia de cuantos programas y

planes de prevención se tengan que poner en marcha en la empresa para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley; entre otros, la modalidad de organización preventiva, el sistema de evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva. En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de febrero de 2016 (RJ 2016/1046) declara incorrecto el método de evaluación seguido por la empresa cuando no es consultado con los representantes de los trabajadores. Señala el papel que la Ley confiere a los delegados de prevención que forman parte del Comité de Seguridad y Salud y, en particular: el derecho de consulta y participación a la hora de fijar la metodología a seguir en el estudio de los factores de riesgo psicosociales, así como en el calendario de actuación para la evaluación de riesgos psicosociales en el centro de trabajo. Por tanto, a la hora de elegir el método de evaluación a seguir, salvo que ya exista norma legal que lo determine, la empresa debe someterlo a consulta en el Comité de Seguridad y Salud o su equivalente, de acuerdo con lo previsto en el art. 39 y siguientes de la LPRL.

Otra de las materias objeto de debate en el seno del Comité de Seguridad y Salud es la organización de la formación en materia preventiva, sin duda una cuestión clave para la prevención de riesgos en la empresa y para implantar de forma segura el plan de prevención. Igualmente, se tendrá que debatir en su seno sobre las decisiones empresariales relativas a la organización y planificación del trabajo, así como introducción de nuevas tecnologías cuando puedan tener consecuencias sobre la seguridad y salud de los trabajadores. Ahora bien, la obligación de participación y consulta no implica el acuerdo en las decisiones. Así lo determina el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de abril de 2016 (RJ 2016/1046), en un supuesto de falta de consulta del plan de formación en materia preventiva, y una vez presentado los representantes se manifiestan en desacuerdo. El Tribunal declara que siendo cierta la obligación de consulta y participación en el seno del Comité o comisión creada al efecto, el empresario no puede condicionar el cumplimiento de una obligación legal como la de formación en prevención de riesgos laborales al acuerdo previo con los representantes.

La segunda competencia que la LPRL atribuye al Comité de Seguridad y Salud consiste en promover iniciativas sobre los métodos y procedimientos para la efectiva prevención de riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes (art. 39.1). Se trata de una competencia que complementa la primera. Para el desempeño de estas competencias, el CSS está dotado de cuatro facultades de carácter informativo, que no se limitan al simple derecho de información pasiva que se satisfagan con la mera posición de espera a recibir información, sino que puede iniciar la búsqueda activa de ésta para la consecución de sus competencias.

Facultades. A) Conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo, realizando a tal efecto las visitas que estime oportunas. B) Conocer cuántos documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los procedentes de la actividad del servicio de prevención en su caso. C) conocer y analizar los daños producidos a la salud o la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas. D) Conocer e informar la memoria y programación anual de los servicios de prevención (art. 39 LPRL).

7.7. Colectivos especiales: Maternidad, especialmente sensibles y lactancia

A) Extinción del contrato por ineptitud sobrevenida y trabajadores especialmente sensibles.

Una de los temas que en los últimos años ha adquirido cierta relevancia en nuestra jurisprudencia es el de los Trabajadores Especialmente Sensibles (TES). El art. 25 LPRL recoge la obligación de proteger de forma especial a los trabajadores que, por sus características personales, o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, el empresario deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. A continuación, vamos a ver las sentencias más relevantes que se han dictado a lo largo del año 2018, sobre algunas de las cuestiones relacionadas con los TES.

El problema principal que está llegando a nuestros Tribunales se suscita en torno a los supuestos de extinción del contrato por ineptitud sobrevenida. El art. 25.1 LPRL no se pronuncia sobre las medidas laborales de protección en caso de no poder adaptar el puesto de trabajo, no poder llevar a cabo una reubicación del trabajador, o de no existir puestos susceptibles de ser ocupados por TES. Por lo tanto, si la circunstancia personal es previsiblemente definitiva, o de larga duración, más allá de que pueda solventarse con una situación incapacitante del trabajador de forma temporal (IT), la solución que cabe en estos casos es la rescisión del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador acudiendo, bien a la extinción del contrato del art. 49.1 e) ET, cuando el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total o absoluta, o bien, al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del art. 52 a) ET en el resto de los casos.

A estos efectos hay que analizar el despido objetivo por ineptitud sobrevenida cuando éste se fundamenta en las calificaciones de aptitud que lleva a cabo el servicio de prevención de riesgos laborales a través de los reconocimientos médicos que se hacen en el marco de la vigilancia de la salud. La más reciente jurisprudencia ha considerado

varias cuestiones. Por un lado, que la declaración de no apto o de apto con restricciones, por el servicio de prevención, no es suficiente para declarar el despido como procedente, por lo que se revela insuficiente el diagnóstico de la entidad aseguradora de tal forma que la declaración de no apto de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica, no es causa automática para que opere el art. 52 a) ET (STSJ de Castilla y León de 5 de octubre de 2015 (Rº. 599/2015); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2014 (Rº. 1460/2014); STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2014 (Rº. 2041/2014); STSJ de Andalucía de 20 de diciembre de 2012 (Rº. 751/2012)). Por otro, hay jurisprudencia que va más allá, por lo que además de que el no apto no implica la automaticidad del despido objetivo, entiende que se debe demostrar la imposibilidad de realizar adaptaciones del puesto a las limitaciones del trabajador. En este sentido encontramos la STSJ de Madrid de 18 de abril de 2016 (Rº. 90/2016) que hace una interpretación sistemática e integradora para el correcto ejercicio de la facultad resolutoria empresarial basada en la ineptitud sobrevenida. Así pues, considera el Tribunal que la empresa ha de demostrar no solamente la concurrencia de la ineptitud con el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia ha establecido, sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador.

Se observa de esta jurisprudencia que empieza a tenerse en cuenta la obligación de adaptación del puesto a las condiciones del trabajador, como obligación del empresario a cumplir necesariamente antes de proceder a la extinción del contrato, y, por tanto, como elemento que modula o que se incluye con el resto de los requisitos que la jurisprudencia establece para poder llevar a cabo un despido objetivo por ineptitud sobrevenida. A este respecto, la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2017 (Rº. 1300/2017), valora un caso en el que el servicio de vigilancia de la salud califica al trabajador como no apto para aquellas tareas que conlleven un alto nivel de estrés y presión de tiempo, y/o manipulación de cargas por encima de los 15 kg. Además, establece que el trabajador debe seguir en turno fijo de mañana. La empresa, tras el reingreso después de la incapacidad temporal, le ordena llevar a cabo una serie de tareas, algunas de las cuales implicaban cargas superiores a 15 kg. Como el trabajador no pudo completar su trabajo correctamente es despedido por ineptitud sobrevenida. El Tribunal llega a la conclusión de que se trata de un despido improcedente. Sin embargo, nos encontramos con dos sentencias de este año que no llegan a la misma conclusión. En primer lugar, debemos mencionar la STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2018 (Rº. 6701/2017) en la que también se valora el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de una trabajadora, operaria metalúrgica, calificada como no apta por el servicio de prevención. En esta sentencia se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, calificando como procedente el despido, entendiéndose, a) que el informe del servicio de

prevención de aptitud es una prueba adecuada y proporcionada para la justificación de la ineptitud sobrevenida; y b) que la alternativa de la reubicación de la trabajadora, al no haberse pactado colectivamente, no constituye una obligación para el empresario. Se trata de una sentencia en la que condiciona el cambio de puesto como medida de adaptación del trabajo a una norma colectiva que así lo imponga. En segundo lugar, debemos traer a colación la STSJ de La Rioja de 8 de marzo de 2018 (Rº. 36/2018), donde el trabajador no basa su defensa, frente a un despido por ineptitud sobrevenida, en la obligación de adaptación y reubicación, sino que se centró en determinar si el despido objetivo se ajustó o no a los parámetros legales y en la disparidad de los informes médicos.

Muy estrechamente relacionado con esto, encontramos la aplicación del art. 25 LPRL a los trabajadores con discapacidad. Y en este sentido, es importante tener en cuenta la evolución del concepto de discapacidad que se está produciendo con los pronunciamientos del TJUE⁵¹. A estos efectos hay que recordar que la ausencia de una formal declaración de discapacidad no es relevante, puesto que lo importante no es la declaración de discapacidad que se realiza en nuestro derecho interno a través del correspondiente procedimiento, sino que lo realmente importante es la declaración de discapacidad conforme a las previsiones de la Directiva Comunitaria, por lo que estando ante una situación de limitación derivada de dolencias físicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional (a lo que se añade que el empleador no adopta los ajustes razonables para que continúe trabajando), debemos entender que se trata de una situación discriminatoria por motivos de discapacidad. Por tanto, se podría decir que las exigencias de adaptación o de realizar ajustes razonables, unido a la evolución del concepto de discapacidad empieza a encontrar un espacio importante en la jurisprudencia, de forma que la denegación de esos ajustes, vienen a suponer una forma de discriminación y de vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad⁵². En este sentido, hay que destacar la STS de 22 de febrero de 2018 (RUD. 160/2016). Se trataba de un supuesto en el que la trabajadora de un banco sufre un accidente de trabajo como consecuencia de un atraco, quedándole secuelas con un diagnóstico de trastorno por estrés post-traumático. En esta sentencia, y pese a la desestimación final del recurso a la trabajadora, se establece por primera vez de forma clara en el TS que estamos en un supuesto de discapacidad de la trabajadora. Lo que ocurre en este caso, es que, aunque se parte de un concepto amplio de

⁵¹ TJUE (STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-227/11) Casos Ring y Werge; STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13) Caso Kaltof; STJUE de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15) Caso Daouidi; STJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/16) Caso Ruiz Conejero)

⁵² STSJ de Valencia de 8 de mayo de 2014 (Rº. 778/2014); STSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2015 (Rº. 7053/2014)

discapacidad, de acuerdo con la interpretación que de la Directiva 2000/78 hace el TJUE, no se aprecia discriminación en el despido realizado por ineptitud sobrevenida, ya que la empresa demuestra que ha realizado múltiples ajustes y cambios antes de acudir a la vía del despido.

B) Protección de la maternidad: Riesgo durante la lactancia natural

a) Evaluación específica de los riesgos y Trabajo nocturno.

Una de las obligaciones que nacen del art. 16.2 b), 25, 26 y 27 LPRL y del art. 4.1 b) y 4.2 c) RSP, es la de la realización de una evaluación de riesgos específica para el caso en el que puesto de trabajo sea o vaya a ser ocupado por un TES. En este sentido, hay que destacar la reciente STJUE de 19 de septiembre de 2018 (Asunto C-41/17 González Castro), que recoge en este sentido, la anterior STJUE de 19 de octubre de 2017 (asunto C-531/15, Otero Ramos). Se trataba de un supuesto en el que se desestima la prestación económica por riesgo para la lactancia, presentada por una trabajadora, vigilante de una empresa de seguridad. Considera el Tribunal que, en un caso como el presente, en el que una trabajadora, a quien se había denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le había denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia, no existiendo una evaluación de riesgos específicos que tuviera en cuenta su situación individual, se debe invertir la carga de la prueba (art. 19.1 de la Directiva 2006/54) y, debe ser la parte demandada, es decir, la empresa, quien debe probar que dicha evaluación de los riesgos contenía tal examen concreto, y que por tanto, no se había vulnerado el principio de no discriminación. Es por ello, que una falta de evaluación específica de los riesgos que conlleva un incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones de prevención, tanto de la evaluación, como de las obligaciones que se derivan de la misma, suponen una vulneración del principio de no discriminación.

Junto a la cuestión de la evaluación específica de los riesgos se plantea también que la empresa no había intentado adaptar las condiciones de trabajo, ni cambiar de puesto de trabajo a la actora ya que consideraba que las funciones que ejercía y sus condiciones de trabajo no suponían un riesgo para la lactancia natural, sin que exista, como hemos visto, un examen específico que tuviera en cuenta la situación individual de la trabajadora afectada. La trabajadora venía realizando una jornada a turnos rotatorios y variables de 8 horas, sucediendo que algunos de dichos turnos los presta en compañía de otro compañero y otros turnos los presta ella sola, en horario nocturno. Se cuestiona al Tribunal si: a) un trabajo a turnos de los cuales algunos son nocturnos, queda englobado dentro del concepto de “trabajo nocturno” en el sentido del art. 7 de la Directiva 92/85; y, b) si éste supone un riesgo para la lactancia. Concluye el Tribunal que

en una situación como la controvertida, en la que la trabajadora realiza un trabajo a turnos en el que sólo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno, sí que debe considerarse englobado dentro del concepto “trabajo nocturno”, y, por ende, deben desplegarse todas las obligaciones que la empresa tiene en los supuestos de trabajadoras embarazadas o en lactancia que realizan trabajo nocturno.

b) Situación protegida en el Riesgo para la lactancia natural.

El Riesgo durante la lactancia natural, y concretamente la concesión de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, ha sido uno de los temas más controvertidos de los últimos tiempos. En el año 2011 aparecen un elenco de sentencias del Tribunal Supremo de unificación de doctrina de fechas de 17 de marzo y de 18 de marzo en las cuales el Tribunal deja claro cuál debe ser la situación protegida y cuál no, y, por tanto, cuándo se está ante una situación de riesgo durante la lactancia y cuándo no, entendiendo que la situación protegida se da cuando estamos ante riesgos específicos que afectan a la lactancia natural. Por otro lado, encontramos otras sentencias en las que el TS termina considerando que hay riesgo durante la lactancia en situaciones que van más allá de la existencia estricta de riesgos específicos, de forma que parece que lo que se quiere proteger no es sólo a mujer y al niño en los supuestos de riesgo, sino la lactancia en sí misma considerada STS de 24 de abril de 2012 (Rº. 818/2011, RJ 2012\5116) y STS de 22 de noviembre de 2012 (Rº. 1298/2011, RJ 2013\355). La diversidad de soluciones jurisprudenciales ha dado lugar a todo tipo de sentencias en suplicación. Unas a favor de este último posicionamiento, pero otras, muy recientes, a favor del primer. Tal es el caso de las STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2018 (Rº. 3285/2017) y la STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2018 (Rº. 1147/2017).

Ahora bien, se han dictado recientemente por nuestro Tribunal Supremo tres sentencias relevantes a través del Recurso para la Unificación de Doctrina que parece resolver finalmente la cuestión. Se trata de la STS de 3 de abril de 2018 (RUD. 762/2017); STS de 26 de junio de 2018 (RUD. 1398/2016) y la STS de 11 de julio de 2018 (RUD. 396/2017). Se recogen en ellas pronunciamientos muy similares, por lo que nos referiremos a las mismas de forma conjunta. En todos los casos se trata de analizar si una trabajadora tiende derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia, siendo las tres trabajadoras de los servicios sanitarios, y con trabajo a turnos de noche y rotatorios. En las tres ocasiones, la Seguridad Social negó la prestación, basándose en un informe de riesgos que no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de la lactancia de la trabajadora. En las dos últimas sentencias, además, la Sala revisa su doctrina y la ajusta a la STJUE, de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15, Otero Ramos), que impone al empresario el

deber de determinar directamente o por medio de los servicios de prevención, la evaluación del riesgo de las trabajadoras en periodo de lactancia, lo que requiere un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si efectivamente existe riesgo para la lactancia. Si no se efectúa dicha evaluación, se está privando a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Concluye que la falta de evaluación supone un trato menos favorable a la mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación por razón de sexo. Respecto a la relevancia del trabajo a turnos y/o nocturno, como situación protegida del Riesgo durante la lactancia natural, bien es cierto que estas circunstancias no son factores de riesgos contemplados en los Anexos VII y VIII del RSP. Ahora bien, no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, *“la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo”*.

7.8. Recargo de prestaciones

En el año 2018 se han producido interesantes pronunciamientos en materia de Recargo de Prestaciones, fundamentalmente en torno a dos tipos de cuestiones: la primera de ellas, en cuanto al funcionamiento del efecto de cosa juzgada entre pronunciamientos relativos a las diversas responsabilidades del empresario en materia de prevención de riesgos laborales; el segundo de ellos, sobre quién es el sujeto responsable del recargo de prestaciones en determinadas situaciones empresariales.

Se parte de la conocida regulación del recargo de prestaciones, contenida en el art. 164 LGSS, a partir del cual se establecen como elementos fundamentales del recargo los de la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social por alguna de esas causas, que el empresario haya incumplido la normativa de Seguridad y Salud y que haya un nexo de causalidad entre el accidente o enfermedad y dicho incumplimiento empresarial.

En cuanto a la primera de las cuestiones, recientes pronunciamientos, como son la STS de 14 de febrero de 2018 (rcud. 205/2016) y la STS de 25 de abril de 2018 (rcud. 711/2016), han dirimido cómo resolver la situación que se plantea cuando por un mismo accidente de trabajo, una sentencia declara la exoneración de responsabilidad civil del empresario por incumplimientos en materia preventiva y, otra posterior, le impone un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad; o, también, la situación en que se produce la anulación de una sanción administrativa y, por otro lado, se impone un recargo de prestaciones a la empresa derivada del mismo accidente. Debe tenerse en cuenta aquí la diversidad de procedimientos que pueden sustanciarse derivados de la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional del trabajador.

En ambos casos se plantean situaciones en que todos los pronunciamientos se producen en el orden jurisdiccional social. Un elemento importante a la hora de interpretar el efecto de cosa juzgada positiva.

Así pues, en el concreto caso de la STS de 14 de febrero de 2018, se examina un supuesto en que se exoneró de responsabilidad civil al empresario por accidente de trabajo por no apreciar incumplimiento empresarial que la generase y sí imprudencia del trabajador; pero posteriormente se le impuso recargo de prestaciones. Tras desestimar el primer motivo del recurso por falta de contradicción, el Tribunal hace especial hincapié en el hecho de que uno de los aspectos determinantes de la declaración de responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo es el nexo de causalidad entre el incumplimiento del empresario y el accidente. Al igual que sucede en el caso del recargo de prestaciones que, como se ha dicho, sólo puede producirse cuando, entre otros requisitos, se produce dicha conexión causal. En ambos casos, el funcionamiento de dicho elemento es el mismo. Por tanto, si en el procedimiento en el que se dirime la responsabilidad civil empresarial se aprecia la inexistencia de dicho nexo causal, el mismo debe considerarse que no existe tampoco en el procedimiento relativo al recargo de prestaciones, produciendo, por tanto, la sentencia primera, efectos de cosa juzgada positiva sobre la posterior. Y se precisa que estos efectos de la cosa juzgada positiva de la sentencia anterior sobre la posterior también se producirán cuando primero se sustancie la cuestión del recargo de prestaciones y posteriormente el de la responsabilidad civil por daños.

En el caso de la STS de 25 de abril de 2018, se plantea un caso en el que se produce la anulación de una sanción administrativa por una sentencia del orden social y, por otra parte, se impone un recargo de prestaciones. En este caso, alegándose la primera sentencia una vez interpuesto el recurso ante el TS, de manera que la sentencia firme es posterior a la recurrida. Es relevante en este sentido, y tal como señala la sentencia, tener en cuenta que la impugnación de la resolución administrativa sancionadora se produjo en la jurisdicción social, de manera que sería de aplicación el art. 222.4 LEC en lo que hace a los efectos de la cosa juzgada, y no el régimen aplicable para el caso en que dichas impugnaciones se sucedían en el orden contencioso-administrativo antes de la aprobación de la LRJS.

De manera que en el concreto supuesto se establece que, si bien existen diferencias entre las infracciones que se tienen en cuenta por la LISOS y los incumplimientos de las obligaciones por los que se puede aplicar el recargo del art. 164 LGSS, dado que este último tiene un objeto más amplio al poder, entre otras cosas, imponerse el recargo de prestaciones por incumplimiento de la obligación general de seguridad, el hecho de que la imposición del mismo se base en la comisión de incumplimientos que coinciden con las infracciones administrativas anuladas en pronunciamiento anterior, unido a que también consideró que el accidente se debió a una imprudencia temeraria de la víctima, hace que no pueda imponerse el recargo de prestaciones. Aplicándose así el efecto de cosa juzgada positiva por el TS aun tratándose de una sentencia posterior a la recurrida, en aplicación de los arts. 222.4 LEC, 9.3 y 24.1 CE. Precisa, por otra parte, el Tribunal, que, en este tipo de casos, sí podría imponerse el recargo si se detectasen y probasen incumplimientos diferentes y que tuvieran conexión causal con el accidente.

La segunda de las cuestiones que merecen atención en materia de recargo de prestaciones en cuanto a los pronunciamientos emitidos este último año se refiere al sujeto responsable en supuestos de descentralización empresarial. En concreto, y como se sabe, ya se venía afirmando la aplicación de la regla de la solidaridad en el pago del recargo de prestaciones en el caso de contratas de propia actividad, en virtud de los arts. 24 y 42 LPRL. Más discutible era si esta solidaridad operaba en el caso en que no había propia actividad.

En este caso, la STS de 18 de septiembre de 2018 (rcud. 144/2017), realiza un interesante análisis jurisprudencial acerca del funcionamiento de la solidaridad en la imposición del recargo en los supuestos de contratas de actividad propia o ajena. Este es su principal valor, llegando a la conclusión de que no puede afirmarse que siempre que haya una contrata de propia actividad la empresa principal responderá solidariamente del recargo de prestaciones impuesto a la contratista o subcontratista y, del mismo modo, tampoco puede afirmarse que nunca responderá en caso de que la

actividad sea ajena. De manera que *“lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”*. Por tanto, no podrá haber una solución inmediata y directa para ninguna de las dos situaciones, y, en concreto, para el caso de que una empresa sea de actividad ajena, este será simplemente *“un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal”*. Siendo este, pues, un paso muy relevante a la hora de valorar la posibilidad de aplicar la solidaridad para los supuestos de contratas de actividad ajena, debiendo examinarse la actuación de la empresa principal así si el accidente se produjo dentro de su esfera de responsabilidad o control.

Continuando con la cuestión del sujeto responsable del recargo de prestaciones, y siempre sobre la base de que es el empresario el único infractor, otro supuesto particular se produce en el caso de lo que se entiende que es la prestación de servicios a partir de la puesta a disposición del trabajador a una empresa usuaria. En este sentido, la STSJ de Asturias de 24 de abril de 2018 (rec. 503/2018) plantea una cuestión peculiar por cuanto no se trata simplemente de un accidente de trabajo sufrido por un trabajador en el marco de la prestación de servicios de una empresa usuaria, sino que esta prestación se produce en un lugar propiedad de otro empresario, de manera que se discute si el suceso ocurre en el centro de trabajo de la empresa usuaria. En concreto, el accidente de trabajo se produce a bordo de un buque por indicación de la empresa usuaria, que realizaba actividades de estiba y desestiba, aplicándose entonces, además de la LPRL, la Ley de Puertos del Estado (art. 157.1, actualmente derogado, del RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina mercante). Ley especial que circunscribía la responsabilidad en materia de recargo a la empresa usuaria cuando el accidente se produce en el centro de trabajo. En dicho supuesto, la sentencia en cuestión comienza por afirmar que dada la actividad que se realiza, el buque debe considerarse a estos efectos como centro de trabajo de la empresa usuaria, puesto que se trata precisamente del lugar donde debe realizar su prestación de servicios. Algo que recuerda sin duda, al concepto de centro de trabajo del RD 171/2004, en cuyo art. 2.a) lo define como *“cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”*. Y, en esta línea, posteriormente realiza una argumentación que en esencia consiste en considerar que se produce cierto paralelismo con la situación que se produce en el caso de las contratas y subcontratas. De manera que se considera que, independientemente de la eventual responsabilidad por incumplimiento que podría aplicarse al capitán del buque, el recargo de prestaciones, en caso de incumplimientos

preventivos por la empresa usuaria, como se producían en el caso, puede imponerse a la misma.

7.9. Responsabilidades

A) Responsabilidad penal

La responsabilidad penal en materia de prevención de los riesgos laborales presenta ciertas particularidades que deben ser resaltadas. Los principios inspiradores del ámbito punitivo penal como son el principio de intervención mínima y subsidiariedad hacen que sólo en aquellos supuestos de mayor gravedad deba acudir a esta vía⁵³, convirtiéndola en el caso de los AT y EP en un cauce especialmente residual; de ese modo, se reserva para los supuestos de especial gravedad donde la sanción administrativa resulte insuficiente, sólo entonces encontrará lugar el reproche penal y eliminará las posibles infracciones administrativas posteriores que pudiesen interponerse por los mismos hechos, fundamento y sujetos. La identidad de sujetos se reconocerá en supuestos de personalidad jurídica y física cuando los datos fácticos así lo demuestren; en casos de identidad, la prosecución de la vía sancionadora administrativa incurriría en *non bis in idem*⁵⁴.

Igualmente, no rigen en el ámbito penal los principios tuitivos propios del ámbito social como la inversión de la carga de la prueba o la cuasi-objetivación de la culpa⁵⁵, en tanto la responsabilidad penal busca favorecer la posición del reo (*in dubio pro reo*), y en este caso la parte demandada será precisamente la empresarial. Esto último genera que multitud de sentencias acaben determinando el sobreseimiento del caso o la absolución de los imputados por ausencia probatoria de la omisión⁵⁶.

La responsabilidad penal que tras un siniestro laboral puede generarse hace, atendiendo a los elementos constitutivos del tipo, dirigir la óptica jurídica a los delitos como el delito de homicidio (arts. 138 y 142 CP); delito de lesiones (art. 147 CP); aborto imprudente y lesiones al feto (arts. 146, 157 y 158); delito de revelación de secretos (art. 199 y 200 CP); denegación de auxilio y deber de socorro (art. 195 y 196 CP); acoso laboral (art. 173.1 CP); o descendiendo al ámbito específico de los “delitos contra los

⁵³ STSJ de Aragón, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), núm. 24/2018 de 22 junio (r. 22/2018)

⁵⁴ STSJ del País Vasco, núm. 646/2018 de 22 marzo (r. 382/2018); al contrario, cuando no se aprecie delitos en los hechos, podrá proseguir el procedimiento administrativo sancionador, STSJ de Galicia, de 10 julio 2018 (r. 913/2018).

⁵⁵ Auto de la AP de Barcelona, núm. 295/2018 de 16 abril (r. 32/2018)

⁵⁶ SAP de Islas Baleares, núm. 247/2018 de 4 junio (r. 122/2018); SAP de Málaga, núm. 164/2018 de 27 de abril (r. 65/2018)

derechos de los trabajadores” (Título XV, CP), a los arts. 316 y 317, donde se recogen los delitos de peligro consistentes en:

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses” (art. 316 CP).

Es esta una ley penal en blanco, en tanto obliga a acudir a normativa extrapenal para poder conocer los elementos específicos del supuesto de hecho, concretamente, a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales y la normativa que al desarrolla, a fin de delimitar los “deberes generadores de una posición de garante y, por consiguiente, de la autoría, deberes extrapenales de seguridad que son los siguientes: a) el deber de evaluación de riesgos laborales (arts. 16 LPRL); b) el deber de facilitar los equipos de protección individual (art. 17.2 LPRL); c) el deber de garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones (art. 17.1 LPRL); d) deber de información y formación (arts. 18 y 19 LPRL); e) deber de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL); y f) el deber, en último extremo, de paralizar la actividad laboral (art. 21 LPRL)⁵⁷.

La punición de la “no facilitación de medios”, y por ende, configuración de delito de omisión, ha sido interpretada por la jurisprudencia “desde extensiva del término “medios” que incluiría en el mismo tanto aquellos de carácter material como los inmateriales, por lo que, en definitiva, la reforma del precepto habría sido, en definitiva, meramente nominalista”⁵⁸. De ese modo, en el tipo del art. 316 del CP encajan no sólo las puestas en peligro graves de la vida, integridad física o salud de los trabajadores imputables al incumplimiento de la obligación de proporcionar los equipos de protección individual (art. 17.2 LPRL), sino también la falta de adopción de las medidas de encaminadas a asegurar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores (art. 17.1 LPRL: la no adopción de las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos) e incluso la puesta en peligro graves que hallen causa en no facilitar a los trabajadores información suficiente o formación en materia de riesgos laborales (arts. 18 y 19 LPRL).

La introducción en el tipo objetivo del elemento “de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física” genera que el reproche sea la propia generación

⁵⁷ SAP de Barcelona, núm. 77/2018, de 5 febrero (r. 316/2017).

⁵⁸ SAP de Barcelona, núm. 77/2018, de 5 febrero (r. 316/2017).

de un peligro concreto. Ciertamente es que en la práctica judicial la gravedad de dicho peligro tiende a valorarse utilizando los resultados lesivos que con dicho peligro y su actualización se generaron⁵⁹, de modo que el resultado puede llegar a ser un elemento del tipo pero no un indicio para medir la intensidad de la culpa⁶⁰. Ello resulta evidente en los supuestos en los que el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores genera un concurso de delitos en los que el de mayor gravedad acaba subsumiendo al de menor⁶¹.

Por su parte, y para el supuesto de que tal delito se atribuya a una persona jurídica, el art. 318 del Código Penal establece que "cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello". Entrarían aquí los administradores responsables de los hechos, los encargados del servicio, y las personas que, conociendo los hechos en cuestión, no hubiesen adoptado las oportunas y debidas medidas al efecto. Ahora bien, el elemento determinante dimana en quién ejerce el control y dirección de la actividad y las funciones preventivas encomendadas, en este sentido, cuando se encuentre organizado "en legal forma el servicio de prevención (...), no cabe responsabilizar al gerente de la empresa (...) de vicisitudes que deben ser asumidas y controladas por personas claramente identificadas (los responsables de la formación en seguridad laboral de los trabajadores están claramente reseñados en la causa)"⁶².

Finalmente, el art. 317 CP establece que "cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado".

Respecto a la pena, esta podrá dar lugar a una privación de la libertad o a una multa pecuniaria, así como a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo

⁵⁹ SAP de Madrid, núm. 526/2018, de 11 de julio (r. 1047/2018).

⁶⁰ "Sólo cabe hablar de infracción penal en la medida en que esas normas de precaución han sido violadas. La entidad de la violación nos dirá la entidad de la imprudencia que existió, y ello ha de medirse a través de examen conjunto de las diversas circunstancias concurrentes en el caso, que fueron las determinantes de esa valoración negativa del comportamiento del acusado en el orden penal. Por tanto en las infracciones culposas existe la necesidad de un resultado dañoso y que el mismo se haya producido por una infracción del deber de diligencia, y la valoración de la entidad de la imprudencia ha de hacerse en consideración a la entidad de esa infracción, si hay infracción grave la imprudencia lo será también sin tener en cuenta para tal valoración la gravedad del resultado producido, que aunque son un elemento del tipo no ha de servir para medir la intensidad de la culpa", SAP de Pontevedra, núm. 163/2018 de 31 julio (r. 329/2018).

⁶¹ SAP de Cantabria, num. 2038/2004 de 31 marzo (r. 94/2003).

⁶² SAP de Murcia, núm. 26/2018 de 9 enero (r. 105/2017)

relacionado con la profesión de la empresa punida, en tanto se prolongue dicho período de multa⁶³.

B) Responsabilidad administrativa

La Administración Pública debe vigilar y controlar el cumplimiento efectivo de la normativa preventiva, y para ello, dentro del *ius puniendi* que al Estado corresponde, 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 (LISOS) recoge como “infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley” (art. 5).

En virtud del principio de legalidad y tipicidad, no podrá sancionarse conducta que no venga recogida como constitutiva de infracción en la normativa sancionadora. En este sentido, “constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social” (art. 1 TRLISOS). Tales conducta vienen recogidas en un el listado exhaustivo de conductas tipificadas como sanción (arts. 11, leves; 12, graves; y 13, muy graves de la LISOS), si bien, el legislador quiso introducir una cláusula de remisión general al tipificar como sanción la no adopción de “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores” (art. 13.10 LISOS)⁶⁴.

Entre las infracciones más comunes se encuentra:

- Art. 12.1 b) LISOS, que tipifica como tal “No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan”⁶⁵.

Menos frecuentes, pero no inexistentes:

- Art. 13.2 LISOS, considera infracción muy grave “no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores”⁶⁶.

- Art. 12.2 LISOS, considera infracción grave “no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores”⁶⁷.

⁶³ SAP de A Coruña, núm. 80/2018, de 19 de marzo (r. 1557/2017)

⁶⁴ En aplicación de este tipo, véanse la STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 927/2018 de 15 marzo (r. 1106/2017); STSJ de Galicia de 24 abril 2018 (r. 4806/2017)

⁶⁵ STSJ de Andalucía, núm. 371/2018 de 1 marzo (r. 1885/2017); STSJ de Valencia, núm. 1648/2018 de 23 mayo (r. 2600/2017)

⁶⁶ STSJ de la Rioja, núm. 159/2018 de 28 junio (r. 145/2018)

Las sanciones relativas a cada infracción son graduables en función de unos parámetros recogidos en la ley (art. 39.3 TRLISOS)⁶⁸, y a su vez, se someten a unos criterios específicos de agravación: reincidencia en el mismo tipo y calificación, y persistencia continuada en la infracción⁶⁹.

Los sujetos responsables de esas cuantías, que podrán oscilar entre los 60 a 187.515 euros, aparecen el empresario; las entidades especializadas en materia de prevención (servicios de prevención ajenos⁷⁰/ entidades auditoras del sistema de prevención/ entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación); los trabajadores autónomos, u otros sujetos específicos como la empresa principal y la empresa usuaria (art. 42.3. LPRL). Quedan excluidos los Servicios de Prevención de control y formación integrados en las empresas cuando carezcan de especificidad.

Las sanciones recogidas en la LISOS son en no pocas ocasiones utilizadas como criterio orientativo para determinar las cuantías de indemnización por daño moral, atendiendo a la cuantificación económica que prevén para las infracciones correlativas⁷¹.

En materia de prescripción, "el plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente. Cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo". Cabe advertir como "la paralización del expediente administrativo sancionador si hay "conexión directa" con las actuaciones penales seguidas, sin necesidad de total identidad subjetiva" genera una suspensión del período de prescripción, hasta que el procedimiento administrativo se reanuda⁷².

C) Responsabilidad civil, valoración y cuantificación del daño

⁶⁷ STSJ del País Vasco, núm. 630/2018 de 21 marzo (r. 339/2018)

⁶⁸ Peligrosidad de las actividades.; Transitoriedad de los riesgos.; Gravedad de los daños.; Número de trabajadores afectados.; Las medias de protección individual o colectivas aplicadas; El incumplimiento de las advertencias o requerimientos; Inobservancia de las propuestas de los SPA/DP/Comité SS; Conducta general del empresario.

⁶⁹ En estos casos, la sanción se impondrá en su cuantía máxima, véase STSJ de Andalucía, núm. 769/2018 de 7 marzo (r. 961/2017)

⁷⁰ Sobre Servicio de Prevención que no cuenta con la preceptiva acreditación de la autoridad laboral, hechos constitutivos de una infracción muy grave ex art. 13.11 LISOS, véase STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 770/2018 de 7 marzo (r. 980/2017)

⁷¹ Para un caso de falta de entrega de la documentación e información de prevención de riesgos laborales, así como la ausencia de constancia de sus intervenciones en las actas del Comité de Seguridad y Salud, a un delegado sindical, "La Sala acudiendo a las sanciones previstas en la LISOS para este tipo de hechos, tratándose los hechos en cuestión de una infracción calificada como grave en el art. 7.7 de la LISOS , cuantificará la indemnización en la cantidad de 3125 € correspondiente a la posible multa que se impondría al calificar la infracción en su grado medio", SAN núm. 64/2018 de 23 abril (p. 349 /2017)

⁷² STSJ del País Vasco, núm. 646/2018 de 22 marzo (r. 382/2018).

Ante un incumplimiento de un deber u obligación, así como cuando se causa un daño, el sujeto actuante viene obligado a resarcir o reparar los daños generados. La base jurídica de la reparación o compensación encontrará asiento en la propia transgresión de una norma (*naeminen laedere*; responsabilidad extracontractual) o en el incumplimiento de la *lex privata*, dando lugar a una responsabilidad contractual. En el caso de la responsabilidad civil en el ámbito de los AT y EP, ambos supuestos se superponen, en tanto el empresario viene afecto de una deuda de seguridad para con sus trabajadores⁷³, y concurre en él un deber de diligencia concreto. En tal sentido, un incumplimiento de dichos deberes devendrá en un incumplimiento de las obligaciones que de su relación contractual dimanen.

En este sentido, la función basilar de la responsabilidad civil reside la compensación de la totalidad de los daños generados (*restitutio in integrum*). Sólo así se obtiene una correcta redistribución del infortunio, consiguiéndose un traspaso del daño al sujeto infractor, a la vez que la reincorporación, dentro de la medida de lo posible, de la víctima al estado previo al menoscabo de su bien jurídico protegido.

Fuera queda de nuestro ordenamiento jurídico la finalidad punitiva en la indemnización civil, como sucede con los *punitive damages* propios de sistemas jurídicos como el de Estados Unidos de América. No obstante, tras la incorporación de la posibilidad de aportar un carácter preventivo a la indemnización civil derivada de vulneraciones a derechos fundamentales que recoge la Ley de la Jurisdicción Social⁷⁴, empiezan a alumbrarse las primeras sentencias en esta línea disuasoria, que reconocen una indemnización por encima de la reparación total del daño⁷⁵.

Si bien esta institución emana de la responsabilidad civil típica, ha adquirido en lo social una naturaleza propia, y más concretamente en la reparación de daños derivados de AT y EP, hasta poder verse en ella una institución social diferente de su antecesora civilista. Ello genera que concurren en ciertas características específicas que afloran tanto en sus elementos constitutivos y trámites procedimentales, así como en la valoración y cuantificación del daño susceptible de resarcimiento.

Para su reconocimiento deberá concurrir en todo caso un resultado dañoso, ya sea patrimonial como extrapatrimonial⁷⁶; una conducta antijurídica, como incumplimiento de

⁷³ La deuda de seguridad conlleva que el empresario deba “haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias”, STS de 4 de mayo de 2015 (r. 1281/2014).

⁷⁴ “Como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño” (art. 183.2 LRJS).

⁷⁵ STSJ del País Vasco, núm. 485/2018 de 21 mayo (r. 1268/2018).

⁷⁶ Como ejemplo de riesgos psicosociales y daños morales, en un caso de acoso, véase STSJ de Barcelona núm. 7055/2017 de 20 de noviembre (r. 5165/2017).

la obligación específica (art. 15 LPRL)⁷⁷, con la exigencia de culpa o negligencia en la acción u omisión⁷⁸; y un nexo de causalidad entre el daño y la conducta antijurídica⁷⁹, para lo cual, el legislador ha reconocido una inversión de la carga de la prueba (art. 96.2 LRJS)⁸⁰. El empresario quedará exonerado de responsabilidad en supuestos de fuerza mayor o casos fortuitos⁸¹ y culpa exclusiva de la víctima⁸². De otro modo, la concurrencia de imprudencia en la parte del trabajador generará una modulación del quantum resarcitorio.

Finalmente, la específica etiología de los daños y la concurrencia de las diferentes vías resarcitorias que nuestro modelo de reparación de daños derivados de AT y EP ha construido⁸³, obligan a una labor de vertebración del daño a resarcir⁸⁴, así como a la aplicación de la técnica *compensatio lucri cum damno* para evitar solapamientos indebidos en la indemnización final que pudieran propiciar un enriquecimiento injusto de la víctima o una infracompensación de las partes obligadas a responder. En definitiva, si el daño a reparar es un montante único y debe ser reparado en su totalidad, se trata de detraer en la indemnización final las cantidades que por conceptos homogéneos previamente haya podido percibir la víctima⁸⁵. De todo ello, es entendible que la indemnización encuentre en su nomenclatura el adjetivo de “adicional”: indemnización adicional por daños y perjuicios.

⁷⁷ El empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todo lo relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL); Garantizar la efectividad de las medidas preventivas.; Prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (art. 15.4 LPRL); garantizar el cumplimiento de las normas de prevención (art. 14 LPRL).

⁷⁸ STSJ de Galicia, de 8 febrero 2018 (r. 4425/2017).

⁷⁹ STS de 30 de junio de 2010.

⁸⁰ STSJ de Madrid, núm. 485/2018 de 21 mayo (r. 1520/2017).

⁸¹ SSTSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 1113/2018 de 5 abril (r. 1367/2017) y núm. 1269/2018 de 26 abril (r. 1572/2017).

⁸² Sobre un caso de culpa exclusiva de la víctima y efectos de cosa juzgada, véase STS núm. 148/2018 de 14 febrero (r. 205/2016); STSJ de Galicia, de 8 febrero 2018 (r. 4425/2017).

⁸³ Prestaciones de la Seg. Soc. (arts. 155 y ss. LGSS); Recargo de prestaciones (art. 164 LGSS); Mejoras voluntarias de la acción protectora (arts. 43; 238 y ss. LGSS); Indemnización civil adicional, Responsabilidad civil de naturaleza contractual (arts. 1101 CC y 42.1 LPRL)

⁸⁴ Desglose y justificación de partidas que deberá aparecer en la demanda o recurso: “omisión que según establece la Sala de suplicación no es causa de desestimación de la demanda, sino de anulación de las actuaciones y reposición al momento anterior a la admisión de aquella para que se proceda a su subsanación” STS de núm. 465/2018 de 4 mayo (r. 317/2016).

En relación a la demanda, esta podrá ser interpuesta por la víctima, la viuda, o los herederos de la viuda del trabajador fallecido años antes de la muerte de su consorte, en base al derecho como sucesores de la viuda cuando ésta no pudo ejercitar sus derechos, recuérdese que no es este un derecho ni personalísimo ni intransferible. En este sentido véase STS de núm. 779/2018 de 18 julio (r. 1064/2017)

⁸⁵ SSTS de 17 de julio de 2007 (r. 513/2006 y 4367/2005).

No obstante, como fue precisado por el Tribunal Constitucional, el recurso a un baremo ajeno al ámbito social debe ser siempre realizado de modo orientativo⁸⁶, pudiendo el juzgador reconocer cuantías superiores a las recogidas en la tasación objetiva, siempre que la desviación resulte razonada⁸⁷.

Dentro de estas partidas finales se descontarán las prestaciones de la Seguridad Social sobre las que se haya generado derecho, las mejoras voluntarias, y se acumulará el recargo de prestaciones.

Para esta compleja labor de valoración y detracciones, ante la falta de un baremo específico en la materia, la jurisprudencia de lo social acude al baremo en materia de accidentes de circulación: para los casos previos al 2015, al conocido como antiguo baremo⁸⁸, y para los casos posteriores a su entrada en vigor, a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En relación al descuento de las mejoras voluntarias en el baremo de circulación vial antiguo, la más reciente doctrina jurisprudencial ha precisado que “de las indemnizaciones básicas por muerte previstas en la Tabla I cabe descontar o no el importe de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en la sentencia invocada como término de comparación de 13 de marzo de 2014. En ella se concluye, con la precisión que en lo que respecta al concreto tipo de daños que se resarce a través de la Tabla I, introduce la sentencia de 20 de noviembre de 2014 (r. 2059/2013) a la luz de la doctrina sentada por la sentencia, de Pleno, de 23 de junio de 2014 (r. 1257/203), que las indemnizaciones de la Tabla I resarcen el daño moral esencialmente, y que de ellas no pueden deducirse las mejoras voluntarias de las prestaciones de muerte y supervivencia, por no guardar la necesaria homogeneidad conceptual”. Esta es la línea seguida por la STS de nº 181/2018 de 21 febrero (r. 4236/2018).

Para el caso de las partidas provenientes de incapacidad temporal y su búsqueda de concepto homogéneo en el baremo antiguo, siguiendo la doctrina previamente asentada:

“en concepto de prestaciones de incapacidad temporal derivada del accidente el actor percibió a cargo de la mutua pagos en importe de 1.505,09 y 29.056,50 euros. La pensión de gran invalidez, en cambio, tiene una base reguladora de 2.146,89 - no consta el porcentaje asignado por la necesidad de ayuda de una tercera persona-. Pero estos conceptos solo pueden compensar, de acuerdo con las reglas del baremo de tráfico en la

⁸⁶ STC 181/2000, de 29 de junio.

⁸⁷ STS 23-6-2014, (r. 1257/2013)

⁸⁸ Anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

*interpretación de la Sala IV del Tribunal Supremo (sentencias de 14 y 15 de diciembre de 2009, recursos 715/2009 y 3365/2008), conceptos homogéneos, y esos conceptos homogéneos se corresponden con la indemnización por perjuicios patrimoniales (en concreto, lucro cesante), pero no con las partidas destinadas a indemnizar daños personales o morales. De esta manera la indemnización patrimonial por lucro cesante derivado de los perjuicios temporales consistirá en la diferencia entre el salario que habría percibido el trabajador, de no haberse producido el accidente y haber iniciado la incapacidad temporal, y lo que durante esa situación de incapacidad temporal percibió tanto en concepto de prestaciones de seguridad social como de mejora de las mismas*⁸⁹. De modo que las partidas relativas a la incapacidad temporal no serán descontables del *quantum* del baremo en tanto responde a pérdidas patrimoniales de carácter profesional y el baremo integra la indemnización de daño moral en ellas.

Para concluir, con relación al devengo de intereses desde la fecha del siniestro, en aplicación de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros, cuando no se hubiese consignado la partida indemnizatoria debida y no concurran los supuestos liberadores de la norma, véase un caso de recargo por demora para la Compañía Aseguradora en la STSJ de Madrid nº 485/2018 de 21 mayo (r. 1520/2017).

VIII. DERECHO PROCESAL⁹⁰

8.1. Introducción

En el presente epígrafe se pretenden comentar aquellos aspectos procesales laborales que, a nuestro juicio, son merecedores de un análisis más o menos detallado.

El nexo de todas y cada una de las sentencias que aquí se ponen de relieve se encuentra, como no podía ser de otra forma, es nuestra Constitución, en su art. 24 relativo a la tutela judicial efectiva. Dicho derecho fundamental queda garantizado en nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a través los recursos que en las siguientes líneas mencionamos.

El estudio partirá de la mencionada norma en la que se contemplan una serie de modalidades procesales especiales en las que, sobre todo, se abordará el despido colectivo que automáticamente nos hará de enlace con el siguiente epígrafe que, aunque comparte objeto, sí que se regula por otra norma. De esta forma, veremos cuales son los aspectos de la extinción laboral sobre los que más se pronuncian los tribunales, pero con

⁸⁹ STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 62/2018 de 25 enero (r. 274/2017).

⁹⁰ Julia DORMIDO ABRIL (coordinadora de la sección de derecho procesal), Cristina ARAGÓN GÓMEZ y Lucía DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR.

relación al procedimiento concursal en el que, como sabemos, las competencias del juez de lo social han sido asumidas por el de dicho proceso.

Finalmente, nos quedaremos con una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que, seguramente, haya pasado desapercibida por gran parte de la doctrina laboralista, pero que, a nuestro juicio, merece ser comentada. Ésta vuelve a nuestro punto de partida, poniendo de relieve el art. 188 LRJS.

8.2. Modalidades procesales especiales

A) Competencia de jurisdicción:

La STS 11-1-2018, R^o 491/2016, aclara que la determinación de si han de realizarse o no retenciones a cuenta del IRPF y, en su caso, por qué importe es una materia que está sujeta a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; pero cuando lo que se debate no es lo que se debe ingresar en el Tesoro Público, sino si el retenedor puede reintegrarse del pago mediante un descuento de los salarios estamos ante una cuestión que corresponde al orden jurisdiccional social.

B) Modalidades procesales especiales

Con respecto al **proceso de despido**, la STS 19-9-2017, R^o 1223/2017, analiza en qué medida la presentación de la papeleta de conciliación en una oficina de correos puede suspender el cómputo del plazo de caducidad y en qué términos. Pues bien, en opinión del Tribunal Supremo, el plazo de caducidad para demandar por despido queda suspendido desde el mismo momento en que se interpone la papeleta de conciliación en la oficina postal, constando fehacientemente la fecha de ello (y no en la fecha en que dicha papeleta se recibe en el juzgado).

En relación con el objeto del proceso, la STS 28-6-2018, R^o 159/2017, aclara que, ante la falta de llamamiento de un trabajador fijo discontinuo, el canal adecuado sería precisamente el proceso de despido y no la acción de extinción del contrato del art. 50 ET por falta de ocupación efectiva.

Y siguiendo con esta misma modalidad procesal especial, la STS 10-10-2017, R^o 1507/2015, advierte que el art. 110 LJS no resulta de aplicación a los despidos objetivos, con base en los siguientes argumentos:

Primero.- El art. 110 LJS se encuentra ubicado dentro del Capítulo II -«De los despidos y sanciones»-, en la Sección 1^a, intitulada «Despido disciplinario», y precisamente bajo el epígrafe «Efectos del despido improcedente», mientras que el despido objetivo tiene su expresa regulación en el Capítulo IV.

Segundo.- El art. 123 LJS no hace referencia alguna a la posible subsanación de sus defectos de forma.

Tercero.- Ciertamente, el art. 120 LJS dispone que los procesos por despidos objetivos se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes, pero esta remisión no puede entenderse habilitadora de la posibilidad de subsanar defectos que contempla el art. 110.4 LJS, siendo así que los propios términos empleados por la norma, excluye la aplicación de tal precepto, pues se refiere a la «tramitación» del proceso y no a los «efectos» de la calificación judicial de la extinción.

En consecuencia, mientras persista la causa legal justificativa del despido objetivo es viable la adopción de la medida extintiva, sin que la empresa quede condicionada por un plazo de siete días para subsanar los defectos formales, pues se trata de un plazo pensado para el despido disciplinario y los plazos de prescripción de las infracciones laborales.

Por su parte, la STS 2-7-2018, Rº 2250/2016, aclara que, en las impugnaciones individuales de un despido colectivo, no pueden cuestionarse la concurrencia y justificación de las causas de la decisión extintiva, cuando ha existido acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y ese pacto no haya sido impugnado judicialmente por dichos representantes o por un sindicato con implantación suficiente en la empresa, ante la enorme inseguridad jurídica y la distorsión que podría generar la existencia de los innumerables procesos individuales, en los que se estuviere discutiendo la concurrencia de la causa de un mismo despido colectivo de una misma empresa, que, además, acabó con acuerdo. En consecuencia, en el proceso individual, únicamente cabe abordar las cuestiones estrictamente individuales atinentes singularmente a cada uno de los trabajadores demandantes.

Continuando con la impugnación individual de un despido colectivo, la STS 28-2-2018, Rº 1033/2016, analiza en qué medida los trabajadores tienen acción para impugnar sus despidos de forma individual, cuando ya se ha presentado la demanda de despido colectivo por los legitimados al efecto. En opinión del Tribunal Supremo, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa, pues ningún precepto legal condiciona el ejercicio individual de la acción por despido a la terminación del proceso de conflicto colectivo. El art. 121 LJS dispone que se puede anticipar el ejercicio de la acción, incluso a un momento anterior al fijado para la extinción del contrato de trabajo; disposición que no modifica el art. 124 LJS cuando lo que se impugna es un despido colectivo, pues dicho artículo se limita a fijar el momento en el que empieza a correr el plazo de caducidad. Y una cosa es regular el día inicial para el curso de la caducidad y otra muy distinta regular el derecho al proceso. Por lo tanto, tres normas quedan claras: a) que se puede accionar individualmente desde que se notifica la extinción del contrato (art. 121 LJS); b) que la norma especial contenida en el art. 124 LJS no veda la posibilidad de

ejercitar las acciones individuales mientras se sustancia la impugnación colectiva, por cuanto sólo establece el momento en el que empieza a correr el plazo de caducidad de la acción individual por despido en caso de que se hayan ejercido acciones colectivas por la representación de los trabajadores; y c) que el previo ejercicio de la acción colectiva provocaría la suspensión de la tramitación la acción individual, al igual que ocurre con las demandas individuales que se hayan presentado con anterioridad (arts. 51.6 ET y 124.13 LJS).

Y por último, interpretando este mismo art. 124 LJS, la STS 2-10-2018, Rº155/2017, recuerda que el proceso especial de despido colectivo únicamente admite cuatro causas de impugnación. Concretamente, la demanda sólo puede fundarse en los siguientes motivos: a) que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) que no se ha realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51 ET; c) que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; y d) que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas. No cabe, por tanto, acumular a la acción de impugnación de despido colectivo la de reclamación del derecho a la subrogación, pues resulta incompatible con la especialidad del procedimiento.

Por lo que respecta al **proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo**, la STS 29-5-2018, Rº 60/2017, reitera que el plazo de caducidad de veinte días para impugnar una modificación sustancial de carácter colectivo comienza a contar desde que la empresa notifica expresamente a los representantes de los trabajadores su decisión. Y este criterio de cómputo no varía aun cuando dichos representantes tengan conocimiento de la medida empresarial adoptada a través de otras vías.

En relación con el **proceso de conflicto colectivo**, las SSTS 7-3-2018, Rº 239/2016 y 25-10-2018, Rº 190/2017, analizan en qué medida el comité de empresa de un determinado centro de trabajo dispone de legitimación activa para interponer una demanda de conflicto colectivo en el ejercicio de una pretensión que afecta por igual a todos los trabajadores de la empresa de diferentes centros de trabajo repartidos por todo el territorio nacional. En respuesta a esta cuestión, el Tribunal Supremo nos recuerda:

Cuando el conflicto se plantea en varios centros de trabajo de la empresa, la proyección del principio de correspondencia lleva a descartar la posibilidad de que el proceso se inicie únicamente por uno de los comités de centro afectados. Y ello no atenta contra el derecho fundamental consagrado en el art. 24 CE, pues el conflicto puede ser instado por los representantes ajustados a su ámbito objetivo o por un sindicato que goce con la suficiente implantación.

Si el conflicto alcanza a varios o a todos los centros de trabajo de la empresa, el principio de correspondencia puede quebrar si el ámbito de cada órgano unitario no se

extiende a la empresa en su conjunto, sino a un centro de trabajo determinado o, en general, a un ámbito inferior al de la controversia. En este caso, el comité de centro no tiene legitimación suficiente para plantear conflictos que superan su ámbito, pues la representación del comité está limitada y la decisión del conflicto no debe ni extenderse más allá de esa representación, ni reducirse artificiosamente cuando su dimensión real es superior. Por ello, la legitimación para iniciar el proceso de conflicto colectivo correspondería al conjunto de los comités de empresa o delegados de trabajo y al comité intercentros cuando tenga atribuida competencia para ello.

De lo expuesto se deriva que los representantes de los trabajadores de un determinado centro de trabajo están legitimados para actuar únicamente en defensa de los intereses del colectivo de trabajadores a cuyo ámbito territorial se extiende la representación que ostentan, pero carecen de legitimación para ejercitar acciones judiciales en favor de los trabajadores de otros centros de trabajo a los que no representan y quedan, por este motivo, fuera del ámbito del conflicto colectivo.

Y sin que sea óbice para ello el que los demás centros de trabajo no dispongan de representantes unitarios, pues su elección compete a los trabajadores de dichos centros y la ausencia de representantes no puede producir el efecto de otorgar la legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo. Admitir lo contrario supondría tanto como otorgar la representación de todos los trabajadores de los diferentes centros de trabajo de la empresa a los representantes unitarios que pudieren haber sido elegidos en el único de ellos en el que se haya constituido dicha representación, en cuya elección no han participado.

En lo que respecta al proceso de oficio previsto en el art. 148 LJS, las SSTs 16-5-2018, Rº 3976/2016, 28-6-2018, Rº 3713/2016 y 11-7-2018, Rº 3910/2016, reiteran que la Tesorería General de la Seguridad Social ostenta legitimación activa en las infracciones en materia de Seguridad Social, por cuanto tiene a su cargo el servicio de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de Seguridad Social (art. 63.1 LGSS 2015). Además, el art. 48.1 LISOS aclara que el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponde al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga. Y, en tal sentido, el art 4.1.a) del Reglamento 928/1998 atribuye la competencia para imponer estas sanciones a la Dirección Provincial de la TGSS. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que la referencia al concepto jurídico indeterminado de autoridad laboral que efectúa el art. 148 LJS alcanza también a la TGSS, por lo que dicha entidad se encuentra legitimada para interponer la demanda de oficio ante la Jurisdicción Social.

Siguiendo con el proceso de oficio y en relación con el plazo para accionar por parte de la autoridad laboral, debemos advertir que el art. 148 LJS no contiene ninguna mención al respecto. Tampoco el art. 124 LJS (respecto al despido colectivo), ni el 138 LJS (que regula la modalidad procesal sobre suspensión del contrato y reducción de jornada) incluyen referencia a la obligación de la autoridad laboral de accionar en un determinado período de tiempo. No obstante, en opinión del Tribunal Supremo, en sus SSTs 10-4-2018, Rº 104/2017, 27-6-2018, Rº 142/2017 y 4-7-2018, Rº 143/2017, esta omisión es meramente formal y no puede entenderse que la facultad conferida a la autoridad laboral puede ser ejercitada en cualquier momento, ni siquiera que pueda regirse por el criterio genérico de la prescripción de las acciones de contenido laboral. Precisamente por ello, aplicando una interpretación sistemática y homogeneizadora del régimen de impugnación de los procesos colectivos de flexibilidad interna o de despido colectivo, la Sala Cuarta concluye que debe entenderse aplicable el mismo plazo de caducidad de 20 días señalado con carácter general para cualquier tipo de acción destinada a contrarrestar este tipo de medidas del empresario, sin distinción alguna para el caso de que la impugnación provenga de la autoridad laboral en alguna de las dos facultades conferidas en el art. 148.b) LJS.

8.3. El despido en el procedimiento concursal

Como sabemos, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se ocupa en su art. 64 de regular el procedimiento para declarar algunas de las vicisitudes laborales o el despido colectivo en el seno de una empresa u organización productiva que cuenta con problemas de liquidez o insolvencia y que puede ser declarada en concurso. Se trata, por ende, de un momento de dificultad extrema o de insolvencia que atraviesa el deudor común, según establece el art. 2 de la mencionada y que, con carácter previo la declaración de la quiebra, decide emprender una serie de medidas que tendrán una repercusión directa sobre todos los agentes implicados en el ejercicio de dicha actividad o en la prestación de los servicios.

Si bien, es cierto que tales supuestos no comportan ninguna novedad, puesto que ya la OIT en sus convenios nº 173 y 95 se ha venido ocupando de los trabajadores afectados por dichos procesos a los que se le ha otorgado una especial protección reconociéndoles la condición de acreedores preferentes. Sin embargo, con la reforma de la ley concursal estos privilegios que ostentaban los trabajadores con respecto al crédito se han visto recortados, según el art. 84.2,1 LC.

Asimismo, es conocido por todos que una de las novedades más notables de dicha norma se producía con relación a la vis atractiva que ejercía el juez del concurso sobre

una materia que, por su naturaleza jurídica, debería corresponder al orden jurisdiccional social, tal y como establece nuestro art. 57 ET.

No obstante, y pese a la claridad de la norma, tal cuestión no ha dejado de ser objeto de cuantiosas sentencias, puesto que con relación a los despidos la complejidad resulta mucho mayor que con respecto al resto de medidas contempladas en el citado precepto de la norma mercantil, tales como: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada.

La principal complejidad radica en la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer del despido del art. 51 ET, pese a que nuestros arts. 2,a y 3, h de la LRJS establecen que, en tanto no haya recaído una resolución definitiva en el orden social, conocerá el juez del concurso. Por tanto, es determinante el momento en el que se solicita el despido pues, de haberse declarado el concurso, irremediabilmente, conocerá este último.

Con relación a lo expuesto, los motivos más usuales por los que los tribunales se han venido pronunciando sobre el despido en el marco de un procedimiento concursal se pueden relacionar con:

En primer lugar, el aspecto colectivo en tanto que, el art. 86.ter LOPJ establece que cuando los despidos se tramiten al hilo del procedimiento concursal, aunque su ámbito subjetivo sea individual se conocerán en dicho proceso. En tal sentido, contamos con varias sentencias: una de ellas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de mayo de 2018 (nº 1345/2018 de 25 mayo), en la que se pone de manifiesto que los trabajadores a título individual no están legitimados para actuar en el procedimiento concursal, sino que lo tendrán que hacer en todo caso a través de sus representantes, según el art. 64.2 LC. Por tanto, no podrán presentar el recurso de suplicación individualmente aquellos que no se muestren conformes con el auto del juez del concurso, sino que deberán hacerlo a través de una demanda de incidente concursal en materia laboral que tenga su causa en la relación de trabajo. Con respecto a esta, dos pronunciamientos similares: la STS de 2 de julio de 2018 (nº 699/2018) y la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia nº 2844/2018.

El segundo de los aspectos más controvertidos se relaciona con el art. 64.5 LC en el que se establece que los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas (en este supuesto para negociar el alcance y efectos del despido, entre otras cuestiones) de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. Asimismo, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o relativa a otras empresas cuando se trate de un conjunto o red de empresas. De fecha muy reciente, un Auto del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de

2018, (Rec. nº 1242/2018), en el que se pronuncia sobre un recurso de unificación de doctrina que traía su causa en, a su misma vez, un auto dictado por el juez del concurso en el que procedía a la extinción colectiva de 47 trabajadores y que, a juicio de la parte demandada incurre en nulidad, puesto que se trata de una grupo de empresas y que por ende, debe seguir aplicándose el criterio adoptado por el Alto Tribunal en el año 2014 de conformidad con lo dispuesto en el art. 218 LRJS .

Con independencia de que se trate de un procedimiento concursal las partes del proceso siguen teniendo las riendas para la consecución de un acuerdo y es que, no se puede obviar el hecho de que se trata de un periodo de consultas y que las partes, según el art. 37 de la Constitución Española, deben negociar de buena fe. Nos obstante, en este supuesto no se ha admitido esa unificación de doctrina pese a que entiende el Tribunal que, efectivamente, se ha podido infringir el mencionado principio negocial del art. 47.1 ET, circunstancia que no alcanza un mayor impacto al considerarse que la empresa no ha omitido ninguna información a la representación de los trabajadores.

Asimismo, la STS nº 843/2018, de 18 de septiembre (RJ 2018\5045), aunque en esta ocasión sobre suspensión de contratos, pero que traen la misma causa: la obligación de negociar de buena fe que deriva en incumplimientos por parte de la empresa.

Si bien, se aprecia una cierta uniformidad en las sentencias del Tribunal Supremo en tanto que, en cada una de ellas se resume que las partes legitimadas para impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas establecido en la Ley Concursal y fijados entre 30 y 15 días, dependiendo del número de trabajadores de la empresa, no se efectúan según el art. 124 LRJS, así como una falta de motivación con relación a los despidos colectivos, puesto que se desprende de los supuestos, en esencia, la falta de motivación.

Si bien, las causas por las que se puede recurrir en suplicación están tasadas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, como se ha expuesto anteriormente con relación a una de las sentencias traídas a colación, los trabajadores a título individual no están facultados para interponerla.

8.4. La impugnación de la resolución del recurso de reposición del artículo 188 LRJS

De entre las muchas sentencias que, pronunciándose sobre aspectos estrictamente formales, se han dictado en el presente año 2018, merece particular atención por el impacto directo que sin duda va a tener sobre el articulado de la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la STC 72/2018, de 21 de junio (BOE de 25 julio). Se trata de una resolución que trae causa, a su vez, del recurso de amparo intentado contra cierto decreto de la Secretaría de Justicia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Más

concretamente, de un decreto desestimando el recurso de reposición interpuesto contra una diligencia de ordenación dictada por la referida Secretaría, la cual tuvo por no formalizado por parte de la recurrida su escrito de impugnación del RCUD. El caso es que el decreto en cuestión resultó ser firme ex lege, pues, como se sabe, el apartado primero del art. 188.1 LJS establecía entonces lo sigue haciendo a día de hoy que “contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva”.

Admitido el recurso de amparo por el Tribunal Constitucional, siguió adelante su tramitación hasta que se acordó, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 55.2 y 35.2 LOTC, plantear cuestión interna de inconstitucionalidad, en relación precisamente con el párrafo primero del art. 188.1 LJS. Dos motivos fueron aquí los que llevaron al Alto Tribunal a plantearse la posible inconstitucionalidad de la referida norma: 1) por un lado, que desde el momento en que es irrecurrible el auto resolviendo el recurso de reposición interpuesto contra una resolución dictada por Letrado de la Administración de Justicia, con ello se corta de raíz cualquier posibilidad de que el órgano judicial a que aquél estuviere adscrito pudiera fiscalizar luego la adecuación de su actuación, pese a ser precisamente los jueces y tribunales los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional; y 2) por otro, porque el precepto cuestionado resultaba ser idéntico al, en su momento vigente, apartado segundo del art. 102 bis de la LJCA, precepto respecto del cual el propio TC ya había resuelto favorablemente una cuestión de inconstitucionalidad (STC 58/2016, de 17 marzo), por considerar que el mencionado art. 102 bis generaba “un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [art. 24.1 CE] y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial [art. 117.3 CE]”.

En efecto, no puede olvidarse que el art. 188 LJS trae causa del particular modelo de oficina judicial que diseñó la LO 19/2003, de 23 diciembre; luego desarrollada por la Ley 13/2009, de 3 noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, uno de cuyos puntos sin duda más polémicos pasó justamente por la potenciación de la intervención de los Letrados de la Administración de Justicia; hasta entonces llamados, como es sabido, Secretarios Judiciales. De este modo, estos concretos funcionarios de la Administración de Justicia, además de desempeñar con carácter exclusivo su tradicional función de fedatarios públicos dentro del proceso aparte de la de impulso procesal que ya tenían atribuida, asumen “otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma” (Preámbulo de la Ley 13/2009).

Ahora bien, una cosa es que los Letrados de la Administración de Justicia puedan dictar en la actualidad ciertas resoluciones procesales distintas en todo caso de las

estrictamente judiciales en materias colaterales o adyacentes a la función jurisdiccional y otra bien distinta que el juego de los recursos que en su caso procedan contra tales resoluciones termine impidiendo que éstas puedan ser revisadas por los Jueces y Tribunales, en cuanto garantes primeros de los derechos fundamentales. En este último caso, quedaría a todas luces comprometido el derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión alguna, ex art. 24.1 CE. De ahí, como con todo acierto señala el Alto Tribunal, que la clave de la cuestión planteada resida precisamente en determinar “si la previsión contenida en el primer párrafo del artículo 188.1 LJS es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva... y con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional consagrado por el art. 117.3 CE”.

Así las cosas, y tras sopesar la imposibilidad material de otras vías alternativas para poder lograr la recurrente la ulterior revisión judicial de la decisión dictada por el Letrado de la Administración de Justicia reproducción de la cuestión en el recurso que procediese contra la resolución definitiva (párrafo primero in fine del art. 188.1 LJS); declaración de nulidad (art. 240.2 LOPJ); e incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ), el TC confirma que el precepto aquí controvertido “incurre en insalvable inconstitucionalidad”. Y ello, en congruencia con lo declarado en su STC 58/2016, antes citada, de la que asume los siguientes argumentos: 1) el derecho fundamental que garantiza el art. 24.1 CE “comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por jueces y tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional”, axioma éste que impide que el legislador pueda excluir “de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recursos judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición”. Como esto es precisamente lo que propicia el tenor literal del art. 188.1 LJS, la recurrente se encuentra ante un callejón sin salida; o dicho en palabras del TC, se sitúa en “un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial”. De todo lo cual se sigue, en fin, que en tanto en cuanto el legislador no proceda a realizar la correspondiente modificación del art. 188.1 LJS, “el recurso judicial procedente frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutorio de la reposición ha de ser el [recurso] directo de revisión al que se refiere el propio artículo 188.1 LJS”.