

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 442 | Enero 2020

ISSN: 1138-9532

Del contrato a la servidumbre: nuevo «vuelo crepuscular del búho de Minerva»

Cristóbal Molina Navarrete

Los trabajadores indefinidos no fijos:
estabilidad versus mérito en el
acceso al empleo público

Remedios Roqueta Buj

Los sistemas de cuentas nocionales
individuales: implicaciones para España

José Enrique Devesa Carpio

Negociación asamblearia
versus comisión *ad hoc*

Margarita Miñarro Yanini

Juzgando con perspectiva de género
el complemento de maternidad

Glòria Poyatos i Matas

Debate, ¿inconcluso?, en torno a
la prostitución como actividad laboral

Raquel Poquet Catalá



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | ONLINE

ÁREAS DE LABORAL Y RR. HH.

Asesoría Jurídico-Laboral | Big Data y Transformación Digital de la Empresa | Derecho Laboral | Dirección y Gestión de Recursos Humanos | Excel para Profesionales y Directivos | Excel para Recursos Humanos | Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones) | Gestoría Fiscal, Laboral y Contable | Jubilación y Previsión Social | People Analytics (Big Data aplicado a RR. HH.) | Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Práctica en Despidos | Seguridad Social y Derecho Laboral | Transformación Digital: Aspectos Fiscales y Laborales

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 442 | Enero 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo asesor

Carlos Alfonso Mellado. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

Gabriel Álvarez del Egido. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Juan Pablo Borregón Baños. Presidente de AEDIPE y director de Recursos Humanos de SCI

Laura Calafá. Catedrática de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

Heliodoro Carpintero Capell. Catedrático de Psicología Básica. Universidad Complutense de Madrid

Gloria Castaño Collado. Profesora contratada doctora de Psicología Diferencial y Psicología del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

José Antonio Corraliza Rodríguez. Catedrático de Psicología Ambiental. Universidad Autónoma de Madrid

Manuel Fernández Ríos. Catedrático de Psicología. Universidad Autónoma de Madrid

Jordi García Viña. Director del Departamento de Relaciones Laborales de la CEOE

Ana Gómez Hernández. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboristas y responsable laboral de Mariscal & Abogados

Vicente González Roma. Catedrático de Psicología del Trabajo y las Organizaciones. Universidad de Valencia

Celia Gutiérrez Valero. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor

Gloria Iglesias Jiménez. Gerente de Diversidad y Conciliación de Repsol

Alfonso Jiménez. Socio director de PeopleMatters

Loïc Lerouge. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Université Montesquieu IV de Bordeaux (Francia)

Lourdes López Cumbre. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

Gianni Loy. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università degli Studi di Cagliari (Italia)

Nelson Manrích. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

Diego Megino Fernández. Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid

Paz Menéndez Sebastián. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Magdalena Nogueira Guastavino. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

Roberto Pereira Costa. Presidente de Economistas Asesores Laborales

Susana Rodríguez Escanciano. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

Ignacio Sampere. Legal counsel de BDO Abogados

Evaluadores externos

Juan García Blasco. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia

Carolina Martínez Moreno. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

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

Sofía Olarte Encabo. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Margarita Isabel Ramos Quintana. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

José Luis Tortuero Plaza. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.^o Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2019) (11 números) **160 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores **20 €**

No suscriptores **25 €**

En la página www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

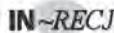
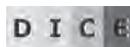
Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2019 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Editorial

- Retornos desde el contrato a la servidumbre (¿voluntaria?): cuatro relatos de lucha (judicial) contra la «condición precaria» 5-22
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público 23-61
Undefined non fixed workers: stability versus equality, merit and ability in access to public employment
Finalista del Premio Estudios Financieros 2019
Remedios Roqueta Buj
- Los sistemas de cuentas nocionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España 63-91
Notional defined contribution systems: theoretical aspects and implications for Spain
José Enrique Devesa Carpio
- El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización 93-134
The right to data protection in the workplace. The video surveillance and geolocation systems
Raquel Aguilera Izquierdo

Diálogos con la jurisprudencia

- Negociación asamblearia versus comisión *ad hoc*: necesarias cautelas ante una «solución excepcional» de cariz expansivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 706/2019, de 10 de octubre 135-140
Margarita Miñarro Yanini



Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre
Glòria Poyatos i Matas 141-148

Debate, ¿inconcluso?, en torno a la prostitución como actividad objeto de una relación laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5388/2019, de 11 de noviembre
Raquel Poquet Catalá 149-155

Exclusión de las «parejas de hecho» del permiso por «matrimonio»: ¿*cuius commoda eius incommoda* u obsolescencia legal a corregir? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 717/2019, de 22 de octubre
Cristóbal Molina Navarrete 156-166

Recursos humanos

Empoderar mediante el bienestar: una fórmula para potenciar la salud emocional de las mujeres en las organizaciones 167-198
Empowering through wellbeing: a formula for potentiating women's emotional health in organizations
Finalista del Premio Estudios Financieros 2019
Laritz Machín Rincón y Eva Cifre Gallego

Normas de publicación 199-200

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de los mismos. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente, los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <<http://www.laboral-social.com>>.

Retornos desde el contrato a la servidumbre (¿voluntaria?): cuatro relatos de lucha (judicial) contra la «condición precaria»

Cristóbal Molina Navarrete

Director

El búho de Minerva emprende su vuelo en el crepúsculo.

Hegel

Tenemos deberes morales con nosotros mismos y con los demás.

Aristóteles

1. Sin solidaridad social, el riesgo es el retorno de la barbarie (aun digital).

Hace tres décadas escribía **Javier de Lucas**, analizando la visión del sociólogo E. Durkheim (referente de la «**división social del trabajo**»), que la alternativa a una era de solidaridad social sería el retorno a una nueva era de barbarie.

La alternativa a una era de solidaridad social sería el retorno a una nueva era de barbarie

El tiempo que vivimos hoy es el de la era digital. El indudable gran progreso tecnológico que conlleva, asociando múltiples ventajas de progreso humano individual y social, alentaría también una evolución en la regulación que adapte, por lo que aquí interesa, las condiciones de empleo y de trabajo a los imperativos de esa nueva era de progreso digital. Las relaciones de trabajo se organizarían, pues, en torno al –tan augurado– nuevo estatuto del trabajo –digital– del siglo XXI. Por lo tanto, enlazando la modernidad de lo más iluminado del pensamiento jurídico-social –la evolución social hacia la solidaridad– con lo más innovador en la tecnología y la economía, asistiríamos a una «nueva era de división –internacional– del trabajo digital» que nos aboca a nuevos vínculos de solidaridad, esa alma esencial del derecho de la que hablara Durkheim.

Pero las representaciones ideales suelen toparse con los tozudos hechos sociales. Estos ofrecen evidencias de, al menos, tres observaciones. De un lado, el inmenso, y aún por explorar, potencial de progreso tecnológico inherente a la digitalización se hace acompañar de condiciones de empleo y de trabajo del siglo XIX. De este modo, mutaría su promesa de rehumanización del trabajo socialmente útil (remunerado, voluntario) en un retorno a su remer-

cantilización, intensificando su condición de mercancía –pese a la prohibición: Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 192/2003–, ahora bajo la forma de maximización de su rendimiento como factor productivo por la tecnología digital. Por lo tanto, la Revolución Industrial 4.0 tiende a parecerse más a la Revolución Industrial 1.0. De otro, comprobamos que **las transformaciones tecnológicas y organizativas no son tan disruptivas como prometían**, sino que tienden a convivir con modelos de negocio y de trabajo tradicionales, donde domina la inseguridad en el trabajo (bajos salarios, interminables ruedas de temporalidad, parcialidad, trabajo a llamada, etc.). Finalmente, observamos como otros «paraísos» prometidos por nuevos modelos de negocio a los consumidores –ahora también del AVE español (AVLO)–, basados en la reducción de precios de productos y servicios para generalizar (democratizar) su consumo (*low cost*), terminan pareciéndose más a «infiernos» para sus prestadores, participando aquellos, indirectamente, en la devaluación de sus condiciones de empleo y de trabajo.

El inmenso, y aún por explorar, potencial de progreso tecnológico inherente a la digitalización se hace acompañar de condiciones de empleo y de trabajo del siglo XIX

2. La condición de pre-cariado se normaliza. Se extiende la «condición precaria», que no expresa meras prácticas patológicas (fraudes), excepciones más o menos extendidas y renovadas, a corregir singularmente por la autoridad –inspectora, judicial–, sino un elemento estructural del sistema de economía de mercado, globalizada y digital. Como tal, sacude los cimientos del modelo regulador basado en el estándar del trabajo decente, fundamento del modelo constitucional de protección del trabajo (art. 35 en relación con el art. 1 Constitución española –CE–). Es un *modus operandi* o práctica de gestión habitual de sectores y empresas, directa o indirectamente, a través del recurso a redes y cadenas de externalización (ex art. 41 Estatuto de los Trabajadores –ET–, empresas de trabajo temporal –ETT–, empresas multiservicios, etc.) y que a menudo se camuflan, o blanquean, con el eufemismo, asumido incluso por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de «formas de empleo atípicas». Ni una sola de ellas es realmente nueva, solo que tienden a normalizarse, contrariando, de hecho y de derecho, la regla general clásica normativizada: las seguridades contractuales (económica, de estabilidad, de protección de la salud, colectivas, etc.) en el empleo.

La «condición precaria» evidencia la privación de (al menos tres de las siete) seguridades que la regulación laboral aportó para el tránsito desde la condición proletaria a la «condición obrera»

La «condición precaria» integra la vieja noción de proletariado (faceta colectiva: personas vulnerables por su debilidad en el mercado laboral) con la algo más nueva de precariedad (faceta objetiva: condiciones de inseguridad, desequilibrio prestacional). No obstante, esta categoría incluye franjas sociales diversas, extensas y heterogéneas. Si bien el concepto

carece de precisión conceptual, sí evidencia tanto la ausencia de homogeneidad e identidad de pertenencia a un mismo y único sector (la vida fabril obrera) y grupo, cuanto la privación de (al menos tres de las siete) seguridades que la regulación laboral aportó para el tránsito desde la condición proletaria a la «condición obrera» (norma social dominante del trabajo del siglo XX: estabilidad, protección social, derechos de progreso –carrera– y adquiridos, medios de organización y de acción colectivas, etc.). La composición, pues, es más heterogénea, educativa y sectorialmente, que la del proletariado, siendo también mayor la inseguridad que la de la clase obrera industrial, por lo que dificulta la generación de una identidad de clase en sí para articular una acción colectiva única o coordinada, al no sentirse representados por los sindicatos de clase –obrero–.

3. ¿*Primum vivere, deinde philosophari*? ¿Primero sé práctico, luego teoriza? Tal visión requiere algunas reflexiones teóricas para la mejor comprensión de la cuestión social que suscita la «condición de pre-cariado». Antes es conveniente, a fin de evidenciar, a quienes se adentran en su lectura, la faceta igualmente pragmática que anima este editorial, anunciar a las personas y grupos que lo integran y que protagonizan algunos de los relatos de lucha judicial contra tal condición. En efecto, ¿qué tienen en común la lucha judicial de los repartidores en la economía de plataforma digital (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 3 de Barcelona de 18 de noviembre de 2019) con pilotos-capitanes, con sueldos altos, que igualmente se sienten abusados por su empresa, Ryanair, dominadora del *low cost* (STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 880/2019, de 2 de septiembre)? ¿Y qué tienen ambos en común con otros colectivos que, de forma análoga a «las *kellys*», abanderadas de la lucha por un trabajo decente para las legiones de personas trabajadoras externalizadas, presten servicios en idéntico sector (por ejemplo, STSJ de Cataluña 11/2019, de 18 de julio –extiende el salario de la empresa principal a la contratada–); o en otros sectores, pero con condiciones de explotación (ejercicio antisocial del contrato) análogas (por ejemplo, limpiadoras atrapadas en ruedas de temporalidad: Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 745/2019, de 30 de octubre, Hospital Clínico de Barcelona; «galleteras» –SJS núm. 6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre–)? El listado es interminable, pero no siempre se rebelan contra su condición de «precarias siervas» (por ejemplo, «aparadoras»).

Incluso, ¿podríamos vincular, sin denigrar más su condición, a estas últimas personas y colectivos con otros que, también desde antiguo, prestan servicios en virtud de «contratos sexuales» (alterne, prostitución) y también luchan por su derecho a un trabajo decente? En unos casos se consigue (STSJ de Madrid 104/2019, de 18 de febrero: prestadora de servicios de alterne, aun prostituta), en otros no (STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019, rec. 3647/2019: prostituto, aun masajista). Lo veremos.

4. Pese la dificultad de reconducir a todas estas personas y grupos a colectivo único, a clase social en sí, cabe identificar rasgos comunes. Primero, en la causa de la degrada-

ción y de su malestar sociolaboral (la remercantilización del trabajo en un contexto de fuerte pujanza del neoliberalismo económico: primado de valores como la desregulación legal –a favor de la autorregulación, más la individual–, la flexibilidad de gestión y el rendimiento productivista para garantizar la acumulación económica). Segundo, en algunos de sus efectos: quiebra de varias (al menos tres) de las «siete seguridades»¹ de la ciudadanía industrial, con el debilitamiento de su tríada de instituciones nucleares (estatuto regulador, protección social y organización colectiva).

Por eso, la «nueva» (aun decimonónica «servil») «condición socioeconómica de precariado» (carece de delimitación jurídica precisa, a diferencia de la condición contractual de temporalidad, de parcialidad, etc., sin que se confundan) refleja un cóctel de inseguridades contractuales, con distintas combinaciones (ruedas de temporalidad, cadenas de externalización, subempleo, pérdida de libertad de disposición de tiempo, diferencias retributivas respecto de sus iguales, por trabajar bajo formas contractuales diversas, aun en un trabajo de igual valor; y vivencias de aislamiento, debilidad frente a su empleador y cada vez más incertidumbre en sus condiciones de existencia). Las pérdidas de estas garantías, en diferente manera e intensidad, elevan los riesgos de afecciones de tipo individual (anomia, ansiedad, alienación, etc.), pero también sociales, por la pérdida –Sennett– no solo de la confianza en sí, sino también en quienes los rodean.

Pero ¿la institucionalización jurídico-social (por ejemplo, arts. 35 y 10.2 CE) de la condición contractual de persona trabajadora no promete lo contrario, un proyecto de emancipación, de libertades? Más aún, ¿la historia jurídico-laboral no describe un viaje evolutivo de liberación **de la servidumbre al contrato de trabajo**? En cambio, ¿la «condición precaria» no traza un camino inverso –involución– de degradación o devaluación del contrato –y a su través– de genuina servidumbre (aun «voluntaria»)?

¿La «condición precaria» no traza un camino –involución– de degradación del contrato –y a su través– de genuina servidumbre (aun «voluntaria»)?

5. ¿Los contratos de trabajo precario, nuevas formas de servidumbre modernas?

Alonso Olea describía en su día cómo el signo de la historia de la regulación sociolaboral habría sido liberar las relaciones contractuales de la vocación que en ellas anida de crear estados de «servidumbre (aparentemente) voluntaria» («cadenas de sujeción» a una autoridad o poder individualmente consentida, que criticara políticamente **Étienne de la Boétie**),

¹ La seguridad (1) en el mercado de trabajo o la relación de empleo, (2) en el puesto de trabajo, (3) frente a accidentes y enfermedades del trabajo, (4) en la capacitación, (5) en la retribución o seguridad económica, (6) en la protección social (también seguridad económica) y (7) en la representación colectiva (derechos colectivos).

restringiendo libertades civiles, teóricamente indisponibles para las personas, por derivar de su dignidad humana. Una historia de liberación jurídica evolutiva (de progreso) que, en última instancia, no haría sino concretar para las relaciones sociales de producción la análoga visión evolutiva del derecho sintetizada –simplistamente–, a finales del siglo XIX, por [H. S. Maine](#), de tránsito «del estatus (condición o vínculo social) al contrato». El «contrato libre» permitiría a la persona decidir si, y de qué grupo, quiere formar parte y por cuánto tiempo. La misión del derecho sería aumentar las elecciones contractuales.

Es manifiesto el exceso de individualismo liberal y conservadurismo social que rezuma, objeto de crítica por el propio advenimiento del modelo de constitucionalismo social, en el que las relaciones sociales (también económicas) realmente libres no se generan solo mediante contrato, sino mediante la concesión de derechos sociales (de prestación) y de un sistema coherente y efectivo de límites a los diversos poderes. Sin perjuicio de la constitucionalidad de la invención liberal, socialmente asumida, de la libertad de subordinación jurídico-contractual, un orden social efectivamente libre ([art. 9.2 CE](#)) no podría ser (solo, ni siquiera sobre todo) un orden contractual, menos irrestricto. El poder –de autonomía privada– exige respeto a límites externos –derechos fundamentales de los otros–, no solo internos –prohibición de abuso–.

Sea como fuere, en la era de la digitalización y la economía global, no es la idea de los límites la que gozaría de mayor vigor, ni tampoco la idea asociada de indisponibilidad, sino la de máxima disponibilidad al servicio del interés de mercado, satisfaciendo las demandas de la clientela en cualquier lugar, a cualquier hora y al menor precio (*low cost*), como señuelo democrático (todos pueden participar del progreso). Y ello bajo formas de aparente libertad de elección y disposición, aun inducidas por razones de mercado y de poder de empresa, intensificando la explotación ajena (contratos de «trabajos siervos») o en formas de autoexplotación (contratos autónomos, reales o pretendidos). Paradójicamente, cuando más presente está hoy el tópico del «trabajo decente» (dignidad, no discriminación, seguridad económica y libertad sindical), y su prohibición de trato de la persona trabajadora como mercancía (específica la [STC 192/2003](#); en general la [STC 56/2009](#)), más se habla de las llamadas «[nuevas formas de esclavitud](#)» y de «servidumbre», aun constituidas sobre la –pretendida– libertad de pactos.

En la era de la digitalización y la economía global, no es la idea de los límites la que gozaría de mayor vigor, sino la de máxima disponibilidad al servicio del interés de mercado, en cualquier lugar, a cualquier hora y al menor precio (*low cost*)

En detrimento de lo que se proclama teóricamente (la persona es el centro de todo el sistema), la condición de persona pasa en las relaciones contractuales de mercado a segundo plano y prima la función económica del sujeto, en sí y del conjunto: emprendedor-empresario, consumidor, trabajador al servicio del consumidor. La construcción sociológica de «precarizado digital como esclavos modernos» (condición de quienes trabajan en condiciones abusivas o fraudulentas de explotación de su rendimiento, sin tener una capacidad real –sí

teórica– de rebelarse contra ellas por carecer de poderes contractuales o colectivos efectivos para ello) suma cada vez mayores cifras, millones en el mundo, según la OIT, también en España, según la Organización de Consumidores y Usuarios. Pero añade también a esas frías macrocifras rostros, con nombres y apellidos.

La construcción sociológica de «pre-cariado digital como esclavos modernos» suma cada vez mayores cifras, pero añade también rostros, con nombres y apellidos

6. Tampoco es momento de entrar en lo que tiene de contribución útil este recurrente recurso a las categorías (no son sociológicas, sino jurídicas, a diferencia de la de «pre-cariado») de esclavitud o de servidumbre, o criticar los excesos metafóricos que llevan consigo, porque no permite diferenciar claramente las auténticas situaciones de esclavitud de nuestro tiempo, perpetuación hoy de las de ayer (trabajo en servidumbre: inmigrantes; explotación sexual, a menudo, de mujeres menores; el trabajo infantil; matrimonios forzados, etc.). Lo que sí refleja es que, si se analiza con mirada histórico-cultural, también normativo-institucional (valores, principios), la realidad del mundo del trabajo no solo debería sino que podría haber sido cada día mejor, a raíz del aumento de la riqueza y el desarrollo tecnológico. Pero no es así. Se constatan las distancias (desigualdades) entre personas, con trabajo y sin él, y entre las que lo tienen entre sí, así como la pobreza (inseguridad económica) en quienes tienen trabajo (precario).

Hoy volvería a levantar su vuelo el ave de Minerva para anunciarle que el progreso tecnológico tiende a usarse en unas condiciones socioeconómicas que hacen renacer viejos males de deshumanización

Como ha observado la filósofa [Marlene Sewer](#), sobre la hermosa metáfora de Hegel, hoy volvería a levantar su vuelo el ave de la diosa de la sabiduría, Minerva, para anunciarle que «el mundo va de mal en peor», y que el progreso tecnológico tiende a usarse en unas condiciones socioeconómicas que hacen renacer viejos males de deshumanización. El interés utilitarista (rendimiento) domina en ca-

bezas y corazones, deslumbrados por los brillos efímeros de los pretendidos poderes contractuales de mercado (consumo de más cosas y más rápido, mayores ganancias), para terminar sometidos a relaciones de dominación. En nombre del progreso –económico y tecnológico– se crearía un círculo vicioso, de explotación y autoexplotación, que pondría la ley del más fuerte por encima de la ley del más débil. Este queda reducido a máquina de maximización de rendimiento (y sin derecho a mantenimiento).

7. ¿La maximización de la condición de animal laborans de la persona es conciliable con la condición de dignidad humana? Parece claro que ese nuevo vuelo crepuscular del ave de Minerva (este mito se usa como emblema de la diosa de la sabiduría para explicar, con una alegoría, la necesidad de que la razón pensante vuelva a facilitar una comprensión

humana de un mundo decadente o en sombra) estaría rebelando una auténtica crisis existencial, de civilización. Esta crisis se vincularía en gran medida a la absolutización del valor del rendimiento productivo (maximización de la vida activa) y reduce el valor de las personas a imperativo de trabajo, [degradando la condición de dignidad humana a condición de *animal laborans*](#). Por tanto, tornan –si es que alguna vez se fueron– las relaciones económico-contractuales ancillares (serviles) entre personas «productivas», con la paradoja de abocar no solo a la pobreza a buena parte de ellas, durante y después de la extracción del rendimiento, sino a su extrañamiento, esto es, a su nueva condición de pre-cariado. En última instancia, si las relaciones sociales dominantes son las económicas (relaciones contractuales provisionales para la satisfacción de los intereses de los sujetos que interactúan), se degrada el «estado social» (contrato social) para retornar a un «orden natural»: ley del más fuerte y poderes salvajes (Montesquieu, Hobbes). Como advirtió [Durkheim](#): «Allí donde el interés es la única regla, dado que nada refrena los egoísmos presentes, cada individuo se encuentra en pie de guerra frente a sus semejantes y cualquier tregua no sería de larga duración».

Si las relaciones sociales dominantes son las económicas, se degrada el «estado social» para retornar a un «orden natural»: la ley del más fuerte

El éxito –parcial– de la razón (jurídico-social) asociado a precedentes «vuelos del búho de Minerva», como los representados por el advenimiento de la modernidad (Siglo de las Luces), con el triunfo de las libertades civiles, o el principio social del Estado constitucional, con el triunfo de los derechos sociales, ¿está agotado? Ciertamente, su existir es siempre dialéctico (por ejemplo, el [editorial del número 437-438](#) se dedicó al lado humano de los riesgos), pues los procesos de superación de lo pasado (mercantilismo, liberalismo, individualismo contractual, etc.) son contradictorios (libertades económicas de mercado y productividad son instituciones constitucionales). Pero, ante la evidenciada crisis, ¿se apagan las luces largas de los «héroes de la razón pensante», que calificara Hegel (padre también de la brillante parábola «dialéctica amo-esclavo») y recordara, mostrando optimismo, Alonso Olea al concluir su «servidumbre al contrato de trabajo», dejando en penumbra ideas y regulaciones conciliadoras entre razón personal (escuela humanístico-romántica) y mercantil (escuela economicista) de las relaciones contractuales de producción, incluso llenándose de zonas grises?

Las formas de pre-cariado mostrarían cómo, en nuestro mundo y su experiencia jurídica, como en el viejo mundo, y en su derecho, son cada vez más las personas que carecen de un poder real de elección (contractual) sobre las posiciones sociales que ocupan (estatus), reduciéndose las oportunidades de elevación (promoción). A lo más se limitan a prestar, o no, consentimiento (función constitutiva del contrato), aun también muy condicionado socioeconómicamente. Más que acuerdos son cláusulas adhesivas a situaciones de poder ajeno y de autorrestricción provocada. En suma, los contratos tienden a legitimar la condición de pre-cariado. Consecuentemente, en tal contexto de prevalencia de la realidad económica sobre la razón (social) normativa (crisis del sistema de garantías de efectividad de los derechos, no su reconocimiento, inalterado en textos constitucionales e internacionales), la cuestión

jurídico-cultural está bien clara: ¿cómo seguir reconciliando la protección claramente comprometida por las normas superiores del ordenamiento a la dignidad humana del trabajo (en el estándar internacional de trabajo decente) con la defensa de las prácticas de un sistema económico, también garantizado constitucionalmente (art. 38 CE), que reflejan la creciente avidez de vidas activas maximizadas al servicio del rendimiento (defensa de la productividad)?

Las formas de pre-cariado mostrarían cómo son cada vez más las personas que carecen de un poder real de elección (contractual) sobre las posiciones sociales que ocupan (estatus), reduciéndose las oportunidades de elevación (promoción)

No, aun conveniente, incluso necesaria, no esbozaré un ensayo de respuesta desde la teoría jurídico-social de las relaciones de trabajo en la era de la condición precaria, menos desde la siempre útil perspectiva filosófico-social. Como ya anticipé al inicio de este editorial, mi ánimo es eminentemente pragmático. Ofreceremos las visiones judiciales recientes de esta «lucha por el derecho social justo a un trabajo decente» (parafraseando a Ihering) y en «rebelión» contra su (servil) condición de pre-cariado. Y ello, procediendo desde muy diferentes posiciones contractuales y socioeconómicas. Para acotar la imagen de agrídulces relatos («gozos y sombras») de emancipación, a veces más justicia romántica que efectiva, hemos seleccionado cuatro (si, bien contados, podrían ser siete).

8. La rebelión del pre-cariado digital y su lucha judicial por el derecho a un trabajo decente. Si cuatro de cada diez personas trabajadoras lo son con empleos vulnerables, engrosando la larga lista del pre-cariado, según la OIT, un lugar estelar, lamentablemente, lo ocuparían quienes prestan sus servicios en la economía de plataformas digitales, en especial de reparto, pero no solo. Sin embargo, como es también suficientemente conocido –los análisis se prodigan en un modo exponencial, inicialmente extrañados de las relaciones de trabajo, mediante la forma de contratos civiles o mercantiles, y aislados, mediante la individualización de sus relaciones–, hoy se habrían movilizado altamente, a través de movimientos propios, incluyendo la acción ante las autoridades, inspectoras y judiciales.

El fallecimiento de un *rider* (repartidor) de Glovo en accidente laboral sirvió, sí, de notable impulso a esta rebelión del denominado «pre-cariado digital», para la reconquista de sus derechos sociales y laborales perdidos mediante la figura del (falso) autónomo. Pero con él también se descubrió, como en la décima quejosa del sabio pobre que escribiera uno de los escritores insignes del Siglo de Oro de las letras españolas, Calderón de la Barca, en *La vida es sueño* («Cuentan de un sabio que un día/tan pobre y mísero estaba/ que solo se sustentaba/ de las hierbas que cogía./¿Habrà otro –entre sí decía–/más pobre y triste que yo?»), que la cadena de pre-cariado digital aún tenía un eslabón inferior: el de quienes usan las cuentas digitales de otro, por carecer de autorización de trabajo, para darse de alta como (falso) autónomo. La relación encubriría una doble condición precaria (inmigrante en situación irregular y situación de falsa autonomía). En suma, el progreso tecnológico en este caso, a través de una forma de

contratación mercantil milenaria, no solo serviría para la fragmentación de la identidad profesional de la persona, desarraigándolo del colectivo al que pertenece, sino que lo sometería (doméstica-subordina) a los dictados de las razones de la máxima eficiencia fijados (unilateralmente –principio de autoridad privada–, aunque se impute a un algoritmo) por las empresas de la economía de plataformas digitales.

El accidente laboral descubrió que la cadena de pre-cariado digital aún tenía un eslabón inferior: el de quienes usan las cuentas digitales de otro, por carecer de autorización de trabajo, para darse de alta como (falso) autónomo

Justamente, la [STSJ de Madrid, Pleno, 1155/2019, de 27 de noviembre](#), desvelaría cómo el favor del nuevo orden (natural) económico-tecnológico hacia el emprendimiento digital solo constituiría una forma artificial de encubrir la falta de compromiso con un estatuto laboral mínimo de derechos y garantías, con lo que reduciría la condición contractual (formalmente como autónomo dependiente) a –la vieja– condición servil. En efecto, también un accidente (de tráfico) del repartidor destapará las prácticas de intensa mercantilización del servicio: la retribución depende de la actividad realmente prestada, al margen de la causa de reducción y siempre con un patrón irregular e imprevisible (art. 10 [Directiva 2019/1152/UE](#)): en 1 año el 10,76 % de los días el trabajo alcanzó 8 o más horas, el 45,52 % entre 5 y 8 horas y el 43,82 % entre 1 y 4 horas. Su retribución media fue 33,8 euros diarios (12.335,23 € en total). El sistema de *ranking* para garantizar tanto la fidelidad del prestador con los objetivos de la empresa

como la excelencia prestadora se nutre de tres factores de valoración que reflejan el servilismo: la del cliente, la eficiencia demostrada en los pedidos más recientes y la realización de los servicios en horas de mayor demanda («horas diamante»: festivos, fines de semana y horas avanzadas de la noche). La falta de operatividad en la franja horaria reservada penaliza, hasta poder llegar a ser dado de baja de la plataforma. Como así sucedió en el caso.

[La STSJ de Madrid, Pleno, 1155/2019, desvelaría cómo el emprendimiento digital reduciría la condición contractual \(formalmente como autónomo dependiente\) a –la vieja– condición servil](#)

Impugnada la «descalificación digital» como despido nulo, el protagonista de nuestra historia obtuvo un primer revés. La instancia validó el contrato de servicios prestados como autónomo económicamente dependiente, asumiendo la autonomía organizativa y jurídica [ex artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio](#), del Estatuto del trabajo autónomo. Los señuelos contractuales funcionaron. Pero la sala de suplicación catalana tendría diferente valoración, desmontándolos uno a uno y, en especial, los relativos a la apariencia de libertad contractual y organizativa (como fundamento de legitimidad de la autoexplotación). Primó la realidad sobre la forma contractual (calificada la relación de laboral, declaró la improcedencia del despido). En su larga fundamentación, que en este lugar no hace al caso, dos argumentos de autoridad jurisprudencial serán determinantes, uno contemporáneo, otro más tradicional, evidenciando la estrecha conexión de «lo nuevo» con «lo viejo».

En efecto, respecto del primero, y como ya porfié en la [actualidad del número anterior](#), al dar cuenta del empate existente en tal momento entre las doctrinas de suplicación social (la sala asturiana, favorable a la calificación de laboral, la sección 4.ª de la madrileña, en contra), el influjo de la jurisprudencia comunitaria ha resultado determinante para inclinar la balanza hacia la calificación laboral de la relación de empleo de repartidor en la plataforma digital de la empresa Glovo. En este caso no ha sido la referencia a la doctrina sobre Uber, sino a [la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2004 \(asunto C-256/01, Allonby\)](#): «El hecho de que tales personas no estén obligadas a aceptar una prestación de servicios específica carece de repercusión en este contexto [...]». Para este primado de la realidad –dependencia– sobre la forma –libertad de organización de la obligación contractual–, la sala también invoca la [Directiva 2019/1152/UE](#), en cuyo inciso final del apartado 8 de los antecedentes recordará que la relación de trabajo está en los hechos relativos al modo de prestación, no en la nominación de las partes (FJ 29.º).

Pero, en verdad, estos argumentos de autoridad jurídica y jurisprudencial comunitaria apenas contendrían novedad jurídica sustancial. Todos están escritos con letras de oro en la mítica [STS de 26 de febrero de 1986](#), la de los mensajeros (del siglo XX). La mirada a la tradición, pues, más que iluminar una innovación de la modernidad la ensombrecería, porque desnuda cuánto habría de «pasado» en el pretendido «futuro» (digital), salvo que cambien las condiciones socioeconómicas de uso del progreso digital. Para el Pleno de la sala madrileña, lo enjuiciado hace 34 años es «una cuestión muy similar» a la que ahora conoce, sin que el diverso modo de comunicación entonces existente sea determinante (FJ 25.º). En suma, hoy, como ayer, cambian los formatos (contractuales), pero no las sustancias (organizativas), claves para la razón jurídica (por ejemplo, [STS 902/2017, de 16 de noviembre](#), para el servicio público de traducción en virtud de una plataforma informática titularidad de la empresa adjudicataria).

La línea de doctrina judicial está ya decantada. Sumará sin cesar adeptos judiciales en esta partida de «juego» de poderes (o «tronos») reguladores, tomando una distancia definitiva en el partido: ahora vencen 12 a 8. Los defensores de artificios contractuales elusivos del estatuto mínimo de garantías laborales irán, a mi juicio, claudicando. Y así será, sin practicar el oficio de profeta jurídico, al menos hasta que haya –como sucedió en el pasado (1994) con la célebre sentencia de los mensajeros (1986)– una intervención legal correctora (excluyente), lo que no es de descartar ante la fuerte presión empresarial, como entonces. No por casualidad la asociación creada por estas empresas mueve ficha en diferentes ámbitos, hasta aceptar la mejora de condiciones sociales y laborales, por ley y/o convenio, siempre que se respete, eso sí, su modelo básico de «[autónomo digital](#)», que las asociaciones de repartidores y estos solo aceptarían, en cambio, desde la resignación de quienes asumen que «[juegan con nuestra \[su\] necesidad](#)».

En tanto, el «nuevo vuelo del búho de Minerva» debería responder al imperativo de razón,

La línea de doctrina judicial está ya decantada al menos hasta que haya una intervención legal correctora (excluyente), lo que no es de descartar ante la fuerte presión empresarial

que rechaza como innovación digital aceptable la sostenida sobre la precarización. El indudable valor de progreso (social) derivado de la riqueza (económica) que la innovación tecnológica crea no puede irse por los desagües sociales de la explotación abusiva y de la desigualdad extrema. Ni la tutela debida a la dignidad humana de toda persona trabajadora, al margen de la vía contractual, ni la vigencia, aun erosionada, del ET del siglo pasado tolerarían una quiebra tan radical del sistema. Las empresas digitales, no obstante, aprietan también mediante la presión a proveedores (restaurantes) y consumidores. Recurren a la idea de que todo aumento de costes de personal lo pagará el consumidor, lo que supone reconocer que su modelo de negocio sería viable solo si se mantiene la doble condición *low cost of labor*: el bajo precio del producto servido solo se sostendría con bajos derechos de quien lo sirve.

En tanto, el «nuevo vuelo del búho de Minerva» debería responder al imperativo de razón, que rechaza como innovación digital aceptable la sostenida sobre la precarización

9. Emergen los capitanes de aeronaves falsos autónomos e ilegalmente cedidos de la «reina» del modelo *low cost*, que también se rebelan. Precisamente, en el sector *low cost* de la aviación, acaba de cobrar verdad judicial un secreto a voces. Estudios de la Comisión reflejan –y los sindicatos denuncian– que en el sector está normalizada la ingeniería contractual (seis de cada diez pilotos en compañías de bajo coste son «autónomos»; uno de cada cinco tiene una relación atípica, incluida la contratación por ETT; muchos jóvenes pilotos pagan por formarse). Pero es particularmente intensa y artificiosa en «su reina»: Ryanair².

Así lo avala la [STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 880/2019, de 2 de septiembre](#). Esta sentencia confirma (en línea con la de instancia social, al menos en lo sustancial) que las relaciones de servicios (mercantiles) de un capitán de aeronave externalizado, a través de la acción de una enmarañada red de empresas, encubren una relación de trabajo con Ryanair. De un lado, la relación societaria con Franylee es de «falso autónomo» y, de otro, la relación civil de servicios con Brookfield es una cesión legal de trabajadores.

La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 880/2019 confirma que las relaciones de servicios (mercantiles) de un capitán de aeronave externalizado encubren una relación de trabajo con Ryanair

Más allá de tal coincidencia con el pre-cariado digital (normalización de multiplicidad de formas contractuales para ocultar la realidad laboral), ¿qué les asemejaría a la situación del capitán-piloto de nuestro relato que cobra una media de 12.000 euros mensuales? Desde luego no las condiciones de retribución. Pero, en buena medida, sí, salvadas las diferencias,

² Vid. Miñarro Yanini, M. (2020). Descentralización productiva y precariedad laboral: la cara b del *low cost*. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 62.

el modelo de relaciones de trabajo elegido para sustentar el modelo de negocio de bajo coste. De un lado, en uno y otro, domina el interés económico (fiscal y laboral) en la ingeniería jurídico-contractual para encubrir relaciones laborales, como condición para reducir los costes de uso de sus servicios, ganando –deslealmente– ventaja competitiva. De otro, la fragmentación de la única plantilla en relaciones individuales crea notables diferencias de condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las retributivas, no solo entre las empresas del sector, sino dentro de cada empresa. No faltan denuncias de pilotos análogas a las del repartidor digital: «[Si me rompo una pierna y no puedo realizar horas de vuelo, me quedo con un sueldo ínfimo](#)».

Finalmente, el modelo se asienta también en la laminación del sujeto sindical, mediante la referida dilución en una gran red de contratos individuales, incluso para gestionar asuntos colectivos. Se trata claramente de relaciones contractuales de adhesión individual en masa, en virtud de las cuales la empresa impone condiciones peyorativas y consentidas, llevada, como el pre-cariado digital, por el miedo y la necesidad. No podemos detenernos en esta cuestión. Bastará con recordar cómo la actualidad de los últimos 2 años está plagada de noticias que evidencian no solo la normalización en Ryanair de prácticas antisindicales (no ha reconocido al interlocutor sindical hasta 2017, ni cesado de incluir en los contratos individuales cláusulas de exclusión sindical hasta 2019), sino también el «basta ya», como el del pre-cariado digital, de este otro tipo de pre-cariado *low cost* (pilotos y tripulantes de cabina). Aunque, conviene advertirlo, estos colectivos de pre-cariado tienden más que otros a la sindicalización –corporativa, naturalmente, no de clase social–.

En suma, este doble movimiento (individual y colectivo) de lucha por el derecho a un trabajo decente debe abocar también a un cambio profundo de su modelo laboral ([el convenio colectivo firmado en 2018 en Italia va en buena dirección](#)), cuyas nocivas consecuencias quedan al descubierto día a día. Es el caso del acuerdo de novación peyorativa de condiciones de empleo y de trabajo alcanzado en el aeropuerto de Girona como exigencia para no cerrar –como ha decidido para otras bases españolas como Tenerife– y quedarse³. La polémica reside en dos aspectos. Primero, en el procedimiento seguido. Se ha optado (siguiendo el manual de las políticas de precarización anteriormente enunciadas) por la negociación individual, ante la ausencia de representación legal. Por tanto, se trataría de un auténtico acuerdo individual en masa o plural. No obstante, de interés es la [STS 706/2019, de 10 de octubre](#), que admite que la negociación asamblearia tenga eficacia colectiva (*vid.* el sugerente «diálogo» de la profesora [Margarita Miñarro en este número](#)). Segundo, en las condiciones de empleo (novación del contrato indefinido en discontinuo) y de trabajo (entre otras: pérdida de la antigüedad), que se dicen acordadas (a regañadientes, claro, por el miedo a perder el empleo, como amenazó).

En todo caso, el progreso de la revuelta vía judicial contra la condición precaria parece en ascenso. Al descubierto el caballo de Troya contractual que obstaculizó el vuelo de la razón

³ *Vid.*, por todos, Rojo Torrecilla, E. (14 de diciembre de 2019). [El caso «Ryanair Girona». Un modelo laboral a no seguir. Análisis jurídico del nuevo contrato para el personal tripulante de cabinas de pasajeros](#) [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/el-caso-ryanair-girona-un-modelo.html>>.

jurídico-social en su seno –cláusulas de imposición del derecho irlandés como ley rectora del contrato y foro de competencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de septiembre de 2017 (asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16) y STS 50/2019, de 24 de enero; STSJ de Cataluña 2703/2019, de 27 de mayo–, la analizada STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 880/2019, constituye una carga de profundidad contra su draconiano modelo de relaciones de trabajo, desarticulando la normalizada (en la práctica), pero anómala (legalmente), ingeniería contractual que blindaba la atipicidad-fraudulencia.

10. Rostros femeninos en la revuelta (judicial) contra la condición precaria: limpiadoras y «galleteras» atrapadas en las interminables cadenas de temporalidad.

Pese a que el propio G. Standing enfatiza la dimensión de género del pre-cariado, hasta ahora los dos protagonistas básicos de sendos relatos de lucha judicial contra esta condición precaria han sido varones. Sin embargo, la experiencia dice que son las mujeres las que están escribiendo algunos de los más notables. El TJUE tampoco actúa siempre de «héroe social de género», al tomar más de una decisión que perpetúa la brecha, como la STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, en un ámbito distinto, pero conectado, como es la brecha de género en pensiones (el complemento de pensión ex art. 60 Ley general de la Seguridad Social ha de pagarse también a los hombres, TJUE *dixit*⁴).

Precisamente, tras la odisea, finalmente frustrada, de la protagonista del caso Ana de Diego Porras, y la abierta y expectante impulsada en el de Lucía Montero Mateos, la lucha judicial contra la condición precaria derivada del atrapamiento en interminables cadenas de temporalidad (ruedas de interinidad y/o de eventualidad) se focaliza en la limpiadora del Hospital Clínico de Barcelona que, tras someterse a más de 240 contratos en 8 años, y sufrir la incompreensión en instancia y suplicación, halló acogida en la STS 745/2019, de 30 de octubre (sobre todo ello nos detuvimos en la actualidad del número pasado). La doctrina de unificación impulsa una comprensión restrictiva de la contratación temporal para situaciones en las que se ha venido normalizando, como es el recurso a los contratos de interinidad y a los eventuales,

Este doble movimiento (individual y colectivo) de lucha por el derecho a un trabajo decente debe abocar también a un cambio profundo de su modelo laboral, cuyas nocivas consecuencias quedan al descubierto día a día

La doctrina de unificación impulsa una comprensión restrictiva de la contratación temporal

⁴ Vid. Molina Navarrete, C. (12 de diciembre de 2019). [¿El TJUE no ama a las mujeres con brecha de género en pensiones?: anula el vigente complemento por contribución demográfica, sí, pero no toda acción correctora de la brecha](https://www.laboral-social.com/El-TJUE-en-sentencia-de-12-diciembre-2019-decide-que-no-solo-las-mujeres-tienen-derecho-al-complemento-de-pensiones-por-aportacion-demografica.html). Recuperado de <<https://www.laboral-social.com/El-TJUE-en-sentencia-de-12-diciembre-2019-decide-que-no-solo-las-mujeres-tienen-derecho-al-complemento-de-pensiones-por-aportacion-demografica.html>>.

para cubrir vacaciones. A tal fin recuerda que la estabilidad en el empleo seguiría siendo la regla de nuestro sistema normativo, aunque la experiencia práctica la contradiga.

En todo caso, el TS, de un lado, confirma que el contrato de interinidad queda vedado para las vacaciones (en el sector público y privado), frente al favor de cierta doctrina judicial (por ejemplo, SSTSJ de [Andalucía/Málaga 508/2016, de 31 de marzo](#), y del [País Vasco 2279/2016, de 15 de noviembre](#), sector público; [STSJ de Madrid 4/2015, de 12 de enero](#), sector privado, aun tenida por anomalía). De otro, reafirma la prohibición también para el sector privado del contrato eventual, al tiempo que «matiza» en sentido restrictivo el uso, ya excepcional (por ejemplo, [STS de 9 de diciembre de 2013, rec. 101/2013](#); la [STS de 7 de diciembre de 2012, rec. 935/2011](#), la admitió incluso en el sector privado), de esta modalidad en el sector público para cubrir periodos de vacaciones. Estas ni son extraordinarias ni imprevisibles, por tanto, exigen gestión sin recurrir a la temporalidad (FJ 2.º 3). La elección de la modalidad adecuada no sería ni un mero error de elección, ni irregularidad tolerable, sino un abuso, debiéndose respetar con pulcritud –también en el sector público– la modalidad adecuada, como, por ejemplo, el contrato fijo discontinuo, aunque tengan, cierto, más obstáculos en el ámbito del sector público por las limitaciones presupuestarias (que, no obstante, el TJUE suele descartar como justificación: [Auto del TJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-614/15](#)).

En virtud de la [STSJ de Cataluña 11/2019, de 18 de julio](#), se declara aplicable el convenio colectivo de la empresa principal a las personas trabajadoras que presten servicios en la red de contratas y subcontratas de aquella

La elección de la modalidad adecuada no sería ni un mero error de elección, ni irregularidad tolerable, sino un abuso, debiéndose respetar con pulcritud la modalidad adecuada, como, por ejemplo, el contrato fijo discontinuo

En suma, parece como si la opción jurisprudencial por una indemnizatoria restrictiva, frente a la ampliada preconizada por el [asunto De Diego Porras I](#), hubiera animado al TS a hacer lo propio, a modo de compensación, con el espacio de la causa temporal. Dará, pues, una vuelta de tuerca al margen de elección –empresarial, e incluso convencional ([STS 740/2019, de 29 de octubre](#): anula el art. 32,

apdo. II, letra b) del Convenio colectivo de Michelin, relativo al contrato de obra o servicio determinado, por desbordar sus fronteras, confundándose tanto con el contrato eventual, como con el contrato indefinido)– del contrato temporal. Con ello, se dirigiría una nueva mirada de desaprobación de las ruedas de temporalidad en las que aparecen frecuentemente ancladas decenas de miles de trabajadoras –y trabajadores–.

Una línea de política judicial del derecho combativa contra la precariedad laboral que, indirectamente respecto a las cadenas de temporalidad, asume la [STSJ de Cataluña 11/2019, de 18 de julio](#), en virtud de la cual se declara aplicable el convenio colectivo de la empresa principal a las personas trabajadoras que presten servicios en la red de contratas y subcontratas de aquella. A su entender –ciertamente polémico, discutido y discutible–, el artículo 60

del Convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña obliga a las empresas contratistas de ciertos servicios a aplicar el salario y la jornada previstos en él, de modo que, análogicamente a lo que sucede con las ETT, sería tan solo «[...] una mejora parcial [garantía de igualdad] que afecta a las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas [...] que no excluye en ningún caso que la empleadora pueda introducir otras garantías».

Una línea restrictiva de las cadenas de temporalidad y, en cambio, de favor hacia la estabilidad en el empleo acogida también por la [SJS núm. 6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre](#). Este pronunciamiento ha merecido [atención mediática](#), por reflejar una práctica o un modelo de gestión estructural anómalo de las relaciones de trabajo en la empresa. Prueba de la extensión del modelo denunciado es la intensa conflictividad judicial: en el inmediato pasado (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 479/2018, de 27 de febrero](#): aplica la teoría de la unidad del vínculo para la indemnización por despido improcedente, una vez desestimó la nulidad por violación de la garantía de indemnidad y de la libertad sindical), en el presente ([SJS núm. 6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre](#): desestima la demanda de despido por caducidad de la acción) y en el futuro próximo (tres vistas entre el 16 de enero y el 17 de marzo de 2020). En algunos de los casos se describen hasta más de 750 contratos en 16 años: «de un día, de tres, de fines de semana, de vacaciones de verano o para cubrir una baja», a veces a través de la empresa, otras, las más, por medio de ETT, casi siempre llamadas de un día para otro, conforme se producen las «eventualidades», es decir, las diversas necesidades de la empresa (una suerte de relación de trabajo a llamada), sin poder, por lo tanto, hacer proyectos de futuro y siempre cuidando de que se cubra el estricto plazo de espera entre un contrato y otro, para huir de los controles legales frente al abuso (que llaman «días de pasivo laboral»).

La Inspección requirió a la empresa para que convirtiera en indefinidas a las trabajadoras («galleteras») denunciantes. Pero la empresa prefirió la autoridad propia: su facultad de despido. La SJS núm. 6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre, declara la nulidad

¿Qué detonó el conflicto? La denuncia de un grupo de «galleteras» ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de su situación de precariedad. La Inspección requirió a la empresa para que convirtiera en indefinidas a las trabajadoras («galleteras») denunciantes. Pero la empresa, en vez de seguir la pauta de autoridad, prefirió la autoridad propia: ejerció su facultad de despido con todas, salvo con una.

En la [SJS núm. 6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre](#) (no es firme), se declara la nulidad del despido de una de las trabajadoras (con 16 años de «antigüedad»: aplicará la doctrina de la unidad del vínculo y de la cesión ilegal entre la ETT y la empresa usuaria) por violación de la garantía de indemnidad, condenando a la readmisión e indemnización adicional -6.251 € ex [art. 40.1 c\) Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social-](#). Aunque ha sido dada de alta de nuevo, cobrando regularmente su nómina, sigue sin trabajar, pues se le ha comunicado expresamente que no se incorpore, en espera de la decisión que se adopte en suplicación

social. Más allá del interés de la dimensión jurídica de esta lucha, que evidencia múltiples aspectos que merecerían análisis más profundos, aquí descartados, merece la pena reseñar, dado el hilo argumental de este editorial, el sentido que las trabajadoras otorgan a su lucha:

Toda esta lucha no sé si nos va a servir para nosotras ya. Lo que estamos haciendo importa por las que vienen detrás, para que no tengan que pasar por lo que estamos pasando nosotras. Porque hay que [...] acabar con esta precariedad.

11. La revuelta de las chicas de alterne prostitutas en pro de su contrato sexual: ¿una aporía jurídica? Esta visión nos introduce en el último relato que traigo aquí, respecto de una análoga historia de lucha (humanística y romántica –pese a tratarse de prostitución–) por el derecho social justo a un trabajo decente (y sus «siete seguridades» de ciudadanía industrial), y que presento también de forma dual, por contraste. Este relato es duro, cuenta la numantina batalla de una colombiana que, en España desde hace década y media, simultaneaba trabajar como «señorita de alterne» con la prostitución. Su drama está contado con pelos y señales [en los medios](#), aunque nuestra narración se ciñe a los hechos, razonamientos y fallo de la sentencia que le ha dado la razón, tras un primer revés en la instancia, y que se presenta como gran victoria jurídica: la [STSJ de Madrid 104/2019, de 18 de febrero](#).

La mujer de alterne prostituta no vive la sentencia –no es firme– como un éxito para ella. Considera que poco ganará (se queda sin «trabajo» y «sin vivienda»). Pero, análogamente a la visión de las «galleteras», asume su lucha como una acción de mejora colectiva de futuro. Busca promover un cambio de mentes y de leyes que asuman la validez de «contratos de trabajo sexual voluntario» (en sí expresión de sujeción o dominación sexual), convirtiendo sus servicios en un trabajo con las mínimas garantías sociolaborales. Hallamos otros paralelismos con la historia de las «galleteras»: su «cese» derivó por movilizar a sus 50 compañeras para que no aceptaran el endurecimiento de las condiciones de explotación de sus servicios impuesto por el propietario, reivindicando juntas, unidas, su revocación. La reacción del club de alterne fue echarla; la suya, atrincherarse en su habitación, de la que salió con ayuda policial.

Una mayor profundización en el asunto, que aquí tampoco se puede asumir, arrojaría otras similitudes con las historias de pre-cariado aquí esbozadas y de sus luchas por el derecho al trabajo decente. Por ejemplo, en la narración de condiciones de prestación de servicios se expresa claramente esa «servidumbre volun-

La mujer de alterne prostituta no vive la sentencia –no es firme– como un éxito para ella. Pero, análogamente a la visión de las «galleteras», asume su lucha como una acción de mejora colectiva de futuro

La STSJ de Madrid 104/2019 ha reconocido la existencia de una actividad principal de alterne, aunque conviva con otra de prostitución, bien diferenciada

taria» (el Código Penal solo castiga la explotación de la prostitución coactiva: [STS, Sala 2.ª, 77/2019, de 12 de febrero](#)) que encubre la relación contractual:

Debemos echar muchas horas. No nos obligan, pero te presionan para que las hagas: te llaman, te dicen que hay clientes; te sientes, pues, obligada. [...] No existen días libres, pues el día que no trabajas no ganas [como los repartidores digitales, como los pilotos de empresas de bajo coste, etc.], pero tienes que pagar igualmente la habitación. La normativa municipal, al castigar a las trabajadoras sexuales de calle o a sus clientes, fomentan trabajar en clubes [...].

La citada [STSJ de Madrid 104/2019](#) –bien fundada, con remisión a la jurisprudencia social y a sus propios precedentes– ha reconocido la existencia de una actividad principal de alterne, aunque conviva con otra de prostitución, bien diferenciada. Expresamente razona que considerar otra cosa, como «que se trataba de un trabajo sin derecho a contraprestación, sería tanto como admitir la esclavitud». Por eso declara el despido improcedente, no nulo, pues si bien se prueban registros personales en habitaciones para verificar, sin avisar, que se cumplía la prohibición de no subir alcohol, al tratarse de una relación prohibida de prostitución, no podría valorarse por el juez social, solo en vía civil o penal.

Al margen de su suerte ante el TS (lo probable es que no se supere el juicio de contradicción, como así viene sucediendo ininterrumpidamente desde hace décadas: [STS de 29 de octubre de 2013, rec. 61/2013](#), [STS 1084/2016, de 21 de diciembre](#), y [Auto del TS de 20 de febrero de 2019, rec. 2685/2018](#)), la sentencia se vive de forma realmente opuesta socialmente. Para unos, es un precedente valioso para que las mujeres (también hombres) trabajadoras del sexo se animen a presentar este tipo de denuncias. Con ello derribarían el muro jurídico-moral que les impide el acceso a la condición estatutaria laboral mediante la validación y eficacia de un contrato de trabajo. Aunque la sentencia es clara rechazando la licitud del contrato laboral de prostitución.

En cambio, pese a esa nitidez de la sentencia en su oposición a legalizar (blanquear) la explotación por terceros de la actividad sexual de otras personas, otro sector, abolicionista, recela de todo aroma de validación del contrato de trabajo sexual. Una validación que sí dio la SJS núm. 32 de Barcelona de 10 de diciembre de 2018 (autos 149/2018). Resolvió a favor de la validez de una relación laboral de prostitución –de un hombre de nacionalidad brasileña– encubierta bajo la actividad de masajista. Esta sentencia aplica el precedente de la SJS núm. 10 de Barcelona de 18 de febrero de 2015 (autos 835/2013), que quedó firme, por falta de recurso.

No compartirá esta minoritaria línea de política judicial del derecho favorable a la validación de la relación de prostitución a través de un contrato de trabajo sexual asalariado la [STSJ de Cataluña 5388/2019, de 11 de noviembre](#), que resuelve el recurso

No compartirá esta minoritaria línea de política judicial del derecho favorable a la validación de la relación de prostitución a través de un contrato de trabajo sexual asalariado la [STSJ de Cataluña 5388/2019, de 11 de noviembre](#)

contra la SJS núm. 32 de Barcelona de 10 de diciembre de 2018, revocándola y rechazando de forma expresa el razonamiento de la citada SJS núm. 10 de Barcelona de 18 de febrero de 2015. A su juicio –argumentado con gran solvencia jurídica, sin perjuicio de algunas debilidades y aporías en las que incurre, a mi entender–, la prostitución como objeto de contrato no es inmoral, tampoco ilegal si asume la forma de contrato de trabajo autónomo (civil o mercantil, por tanto), pues así vendría asumido por la constante doctrina del TJUE, sin atender a la [Resolución del Parlamento Europeo](#), radicalmente abolicionista (2014), en el ámbito de las libertades de establecimiento y prestación de servicios ([STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-230/18](#)). En cambio, sí deviene inválido si la elección es la propia del contrato de trabajo asalariado. Así sucedería en este caso, en el que la actividad de masaje sería mera tapadera contractual para una auténtica actividad de prostitución (masculina).

No obstante, y consciente la sala catalana de suplicación social de la vulnerabilidad de la posición de estas personas y de la necesidad de una mínima protección jurídico-laboral, les abrirá una novedosa vía de tutela en la rama social. Así, junto con la acción de reclamación del salario ex [artículo 9 del ET](#), les ofrece una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de la violación de derechos fundamentales ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (resarcimiento pleno y disuasorio). Vemos, pues, cómo se produce una clara contradicción en este punto con la sala de suplicación social madrileña, pues esta remite a la vía civil –o penal–, la catalana, en cambio, a la social. Por su gran interés jurídico y social ha merecido un [diálogo específico, a cargo de la profesora Poquet, en este número](#).

12. ¿El ave de Minerva reemprende su vuelo en el crepúsculo de la sociedad del trabajo y nos abre una vía de esperanza a quienes soñamos despiertos?

No podemos ir más en estos fascinantes, aunque agrisados, relatos o fragmentos de lucha por el derecho social justo a un trabajo decente. ¿Fragmentos de utopías o justicias poéticas vividas por personas que se rebelan contra su condición socioeconómica y contractual en un mundo que se dirige a un creciente

utilitarismo? Quizás, no estoy seguro de cuál será el horizonte real de todas ellas y de tantas análogas. Pero, al margen de la necesidad de seguir creyendo en un derecho social –no solo del trabajo– con doble alma (ni solamente la ideal humanístico-romántica, ni solamente la mercantilista-economicista), que exige una reconciliación permanente, aun inestable, en aras del difícil y cambiante, pero debido, justo equilibrio, «la esperanza es el sueño de los que estamos despiertos» ([Sewer](#), en boca de Séneca), aunque, como vemos, el ave de Minerva siempre emprenda su vuelo en el crepúsculo, justo cuando la mayoría se va a dormir.

No obstante, y consciente la sala catalana de la vulnerabilidad y de la necesidad de una mínima protección jurídico-laboral, les abrirá una novedosa vía de tutela en la rama social: una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de la violación de derechos fundamentales ex artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Retornos desde el contrato a la servidumbre (¿voluntaria?): cuatro relatos de lucha (judicial) contra la «condición precaria». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 442, 5-22.

Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público

Remedios Roqueta Buj

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Bernal Pérez-Herrera, don Gonzalo Giménez Coloma, don Agustín González Hermosilla, don Miguel Ángel Luelmo Millán, doña Margarita Miñarro Yanini y doña Ana de la Puebla Pinilla.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La figura de los «indefinidos no fijos» fue una creación jurisprudencial, acogida posteriormente por el legislador de forma fragmentaria e inconexa. Dejar esta figura a expensas de la interpretación judicial prevalente en cada momento coloca a los afectados en una situación de extrema incertidumbre e inseguridad jurídica. Además, el indefinido no fijo no está cumpliendo la función para la que fue ideado desde el momento en el que las Administraciones públicas no proceden en un tiempo razonable a la cobertura definitiva de las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos a través de los «procedimientos ordinarios» de selección y los afectados tampoco reaccionan frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de ir generando mayor antigüedad y conseguir así una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. Esto ha desembocado en la formación de ingentes bolsas de personal indefinido no fijo en un estado de pendencia igualmente clamorosa. En este contexto, la norma presupuestaria deja fuera de las limitaciones de la tasa de reposición las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial. Por ello, es previsible que las Administraciones saquen a convocatoria pública miles de plazas ocupadas por indefinidos no fijos en 3 años, lo que sin duda va a ser fuente de una gran conflictividad judicial. De ahí, el interés de este estudio en el que se analiza el régimen jurídico aplicable al indefinido no fijo y se realizan propuestas *de lege ferenda* en aras de armonizar el derecho a la estabilidad en el empleo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Palabras clave: trabajadores indefinidos no fijos, Administraciones públicas.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Roqueta Buj, R. (2020). Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 23-61.



Undefined non fixed workers: stability versus equality, merit and ability in access to public employment

Remedios Roqueta Buj

Abstract

The figure of the «undefined non fixed» was a jurisprudential creation, subsequently received by the legislator in a fragmentary and disjointed manner. Leaving this figure at the expense of prevailing judicial interpretation at all times places those affected in a situation of extreme uncertainty and legal uncertainty. In addition, the indefinite non-fixed is not fulfilling the function for which it was devised from the moment in which the public administrations do not proceed in a reasonable time to the definitive coverage of the places occupied by the undefined undefined workers through the «Ordinary procedures» of selection and those affected do not react to this situation to avoid competition in an open income system, waiting to generate more seniority and thus achieve a less problematic way of entry through consolidations. This has resulted in the formation of huge bags of undefined undefined personnel in an equally clamorous state of penance. In this context, the budget rule leaves out the limitations of the replacement rate the places corresponding to undefined staff not fixed by judicial decision. For this reason, it is foreseeable that the Administrations will take thousands of places occupied by indefinite non-fixed persons in 3 years, which will undoubtedly be the source of a great judicial conflict. Hence, the interest of this study in which the legal regime applicable to the undefined indefinite is analyzed and proposals of lege ferenda are made in order to harmonize the right to stability in employment with the principles of equality, merit and capacity in Access to public employment.

Keywords: undefined non fixed workers, public Administrations.

Citation: Roqueta Buj, R. (2020). Undefined non fixed workers: stability versus equality, merit and ability in access to public employment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 23-61.



Sumario

1. Introducción
 2. Régimen jurídico aplicable a los trabajadores indefinidos no fijos
 3. Las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo
 - 3.1. La contratación temporal realizada en fraude de ley o con graves irregularidades
 - 3.2. La superación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET
 - 3.3. La cesión ilegal de trabajadores en el marco de pseudocontratos administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación
 4. El título de la calificación como indefinidos no fijos en las Administraciones públicas: efectos
 5. El estatus de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla
 - 5.1. Trabajadores «indefinidos no fijos» e igualdad de tratamiento
 - 5.2. Trabajadores «indefinidos no fijos» y diferencias de trato justificadas
 - 5.2.1. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos de provisión de puestos de trabajo
 - 5.2.2. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos selectivos «blandos»
 - 5.2.3. La prioridad de permanencia del personal laboral fijo respecto de los indefinidos no fijos en los despidos por causas económicas, técnicas u organizativas
 - 5.2.4. La readmisión del personal laboral fijo en los despidos disciplinarios improcedentes
 6. Las causas específicas de extinción del contrato por tiempo indefinido no fijo de plantilla
 - 6.1. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad
 - 6.2. La extinción por amortización de las plazas vacantes
 - 6.3. La garantía de indemnidad de los trabajadores indefinidos no fijos
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En la configuración de los denominados «trabajadores indefinidos no fijos de plantilla» de las Administraciones públicas confluyen dos bloques del ordenamiento jurídico –el laboral y el administrativo– orientados a preservar finalidades distintas y hasta cierto punto contrapuestas. El derecho del trabajo defiende la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada o una cesión ilegal, mientras que el derecho administrativo establece unos sistemas selectivos del personal laboral fijo (la oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos) que deben garantizar la igualdad de todos los ciudadanos y que, al objetivar el reclutamiento de los mismos a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la imparcialidad y eficacia en la actuación de las Administraciones públicas.

2. Régimen jurídico aplicable a los trabajadores indefinidos no fijos

La figura de los trabajadores indefinidos no fijos es fruto de la creación jurisprudencial. Efectivamente, la contratación de trabajadores fijos en las Administraciones públicas ofrece la peculiaridad de que debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad –art. 55 RDleg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)–. Por ello, las irregularidades en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues si así fuera se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, el Tribunal Supremo estima que el contrato debe calificarse como indefinido (no sometido a término), pero el trabajador no puede ser considerado fijo de plantilla; es el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla.

Con posterioridad, el legislador ha venido a refrendar esta categoría de empleados públicos a través de las siguientes disposiciones:

- En primer lugar, el artículo 8 del EBEP contempla la figura del personal laboral por tiempo indefinido como una categoría diferente del fijo y del temporal. Ello no obstante, el EBEP no va mucho más allá de la constatación de la existencia

de este personal y solamente se refiere a él en alguna ocasión, como, por ejemplo, en el artículo 11 cuando establece que «en función de la duración del contrato, este (en referencia al personal laboral) podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal».

- En segundo lugar, la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), dispone que el límite al encadenamiento de contratos temporales:

[...] surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. [Y que] En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

De este modo, es evidente que el legislador viene a dar cobertura legal a la figura jurisprudencial del «trabajador con contrato indefinido pero no fijo de plantilla» (Sala y Altés, 2008, p. 66).

- En tercer lugar, de conformidad con el apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018 (LPGE/2018), los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental:

[...] no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

- En cuarto lugar, según el artículo 19.7 de la LPGE/2018, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial». Por ello, la disposición adicional tercera del Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019,

dispone lo siguiente en relación con el «personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial»:

1. Las Administraciones públicas podrán convocar, sin que computen a efectos de tasa de reposición, las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial.
 2. Estas convocatorias deberán realizarse en el plazo establecido en el artículo 70.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de las ofertas de empleo público, previa negociación colectiva.
 3. La articulación de estos procesos garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad y les serán de aplicación los criterios generales establecidos en este real decreto.
- En quinto lugar, el apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 también establece que:

Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.

El problema es que el precepto reenvía las responsabilidades por las actuaciones irregulares a la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas, sin tipificar siquiera la acción como falta de determinada gravedad, por lo que en realidad nada añade (S. Fernández, 2017, p. 10). No obstante, sí debe valorarse positivamente la regla según la cual los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

En fin, hay que subrayar un hecho por lo demás relevante en relación con la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018: no se trata de una disposición adicional de vigencia limitada a un año, sino que se configura como una disposición de vigencia indefinida. Por consiguiente, sus reglas se incorporan al derecho permanente y más específicamente, por su contenido, al derecho del trabajo aplicable a las Administraciones y entidades públicas (Boltaina, 2019, p. 3).

3. Las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo

Los contratos temporales se transforman en indefinidos no fijos en las siguientes circunstancias:

- 1.^a Cuando la contratación temporal se realiza en fraude de ley o con graves irregularidades.
- 2.^a Cuando se supera el límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET.
- 3.^a Cuando los trabajadores sometidos a una cesión ilegal en el marco de pseudo-contratos administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación optan por su integración en la Administración pública cesionaria (art. 43.4 ET).

En cambio, la figura del indefinido no fijo no resulta adecuada en los supuestos en los que se produce una sucesión de empresa desde un empresario privado a un ente público que deba seleccionar a su personal laboral con estricto cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues es una respuesta judicial a una gestión irregular en la contratación temporal, mientras que la subrogación viene impuesta por la ley laboral y la Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad¹. Por ello, el legislador explorará otras alternativas para resolver esta cuestión, en particular la figura del «personal a extinguir». Así, según la disposición adicional vigésima sexta, apartado Uno, b) y a), de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 (LPGE/2017), la integración del personal laboral indefinido de las sociedades mercantiles o fundaciones públicas y consorcios o de los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos en una Administración pública o en una entidad de derecho público se llevará a cabo como «personal a extinguir», sin adquirir la condición de empleados públicos y sin que, en consecuencia, formen parte propiamente de la plantilla de las entidades públicas ni consoliden plaza en ellas. Al «personal a extinguir» no se le pueden reconocer los derechos y expectativas vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial procedimiento de acceso al

¹ En el mismo sentido se expresan, entre otros, Mauri (2017, pp. 112 y ss.); Castillo (2017, pp. 111 y ss.); López (2017, pp. 145 y ss.); y Roqueta (2018, pp. 184 y ss.). En sentido contrario, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Cataluña de 13 de marzo de 2007 (rec. 7241/2006) y de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (rec. 81/2014); Fernández (2008, pp. 137 y ss.); Ortega y De Sande (2015, pp. 86 y ss.); De la Puebla (2016, p. 112); Nores (2016, pp. 5 y ss.); De Sande (2016, pp. 106 y ss.); J. A. Fernández (2017, p. 13); Monereo y Fernández (2017, p. 28); y Cavas (2018, pp. 119 y ss.).

empleo público en condiciones de igualdad y mérito, lo que implica que «su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior» (Mauri, 2017, p. 119). De este modo, el «personal a extinguir» queda vinculado a la unidad o servicio transmitido y no puede olvidarse que la reversión no es irreversible, pues la Administración puede volver a externalizar la gestión del servicio a través de empresas privadas no incluidas en el sector público, en cuyo supuesto, aquel pasaría a formar parte de la plantilla de estas, manteniendo sus condiciones de trabajo en los términos previstos por las reglas de la sucesión de empresas.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 122/2018, de 31 de octubre, considera que el establecimiento de estas reglas para limitar la incorporación, como personal al servicio de la Administración pública, de determinados trabajadores no integra el núcleo mínimo, necesario e indisponible de la ley de presupuestos, sin que tampoco pueda considerarse que se trate de materias propias del contenido eventual de la legislación presupuestaria, al no concurrir las condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia. Y, por tanto, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional vigésima sexta, apartado Uno, a) y b), de la Ley 3/2017.

Pero a pesar de ello, a mi juicio, la cuestión sigue igual². En principio, de conformidad con el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de estos «no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario», si bien esta disposición «no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo» (apdo. 1). Además, y dado que la Directiva 2001/23/CE únicamente persigue una armonización parcial de la materia de que se trata, no impide que, en caso de transmisión de una actividad ejercida por una persona jurídica de derecho privado a una entidad pública que tiene que explotar la actividad de que se ha hecho cargo como un servicio público administrativo y, por tanto, según las normas del derecho público, se aplique una normativa nacional que imponga la resolución de contratos de trabajo de derecho privado³. Sin embargo, con arreglo al artículo 4.2 de la directiva:

² Cfr. Boltaina (2019, pp. 1 y ss.).

³ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE) de 10 de febrero de 1988 (asunto C-324/86), 6 de noviembre de 2003 (asunto C-4/01) y 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99). Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) dictada a propósito de la extinción de la Agencia Pedro Lain Entralgo –cuyas funciones son asumidas por la Comunidad de Madrid–, ordenada por la disposición adicional tercera de la Ley autonómica 4/2012, de 4 de julio, que prescribe que se extinguirán los contratos de trabajo del personal laboral (que no sea fijo y comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid).

[...] tal resolución constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en perjuicio del trabajador, que se deriva directamente de la transmisión, de modo que, en este supuesto, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario⁴.

Pues bien, a pesar de las posibilidades que el marco comunitario reseñado ofrece al legislador español, lo cierto es que el artículo 44 del ET, que resulta aplicable a las empresas tanto privadas como públicas, articula, entre otras, dos garantías a favor de los trabajadores de la empresa transmitida, a saber⁵: la estabilidad en el empleo y la novación subjetiva de la persona del empleador (a); y el mantenimiento de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa cedente con anterioridad a la transmisión de empresa (b).

- a) Por una parte, el artículo 44.1 del ET contiene una garantía de los derechos de los trabajadores en el supuesto de que se produzca una novación subjetiva en la persona de su empleador, de forma que el cambio de titularidad empresarial no puede extinguir –por sí mismo, como explicita el texto legal– las relaciones laborales preexistentes, sino que el nuevo empresario queda subrogado por imperativo legal en los derechos y obligaciones del anterior⁶. De este modo, el cesionario está obligado a hacerse cargo de la plantilla de la empresa cedente y, si no lo hace, su negativa deberá entenderse como un despido que, en principio, merecerá la calificación de improcedente.
- b) Por otra parte, el artículo 44.4 del ET garantiza el mantenimiento de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa cedente al tiempo de producirse la transmisión de empresa⁷. En cambio, ni la directiva ni el ET pueden ser eficazmente invocados para obtener una mejora de las condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de empresa. Por consiguiente, los trabajadores afectados por la sucesión empresarial no pueden obligar a la Administración pública cesionaria a

⁴ SSTJCE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99) y 11 de noviembre de 2004 (asunto C-425/02).

⁵ SSTS de 15 de julio de 2003 (recs. 3442/2001 y 1973/2002) y 4 de octubre de 2003 (rec. 585/2003).

⁶ Cfr. las SSTS de 24 de julio de 1995 (rec. 3353/1994), 10 de septiembre de 1986, 27 de octubre de 1986, 22 de julio de 1988 y 20 de enero de 1997 (rec. 687/1996).

⁷ Por lo demás, este precepto en modo alguno ha sido modificado por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012. En efecto, esta regla no es aplicable en los supuestos de sucesión de empresas, pues establece «medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración» persiguiendo la «correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado [...] evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral» –SSTSJ de Canarias de 25 de octubre de 2013 (rec. 675/2013) y de Castilla y León de 27 de junio de 2014 (rec. 873/2014)–. Y es en este contexto de contratación patológica, fraudulenta, en el que ha de contemplarse la previsión contenida en el párrafo segundo de la mencionada disposición, que se refiere al caso de que «en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración».

homologarles sus condiciones de trabajo a las del resto de empleados públicos laborales, aplicándoles las mejoras de las condiciones de trabajo previstas para estos en el EBEP.

3.1. La contratación temporal realizada en fraude de ley o con graves irregularidades

La contratación de los trabajadores fijos en las Administraciones públicas debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 55.1 del EBEP. Además, el artículo 61.7 de esta disposición normativa establece que «los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos». Por ello, el fraude de ley o las irregularidades graves en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues, si así fuera, se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, el contrato debe calificarse como «indefinido» (no sometido a término), pero el trabajador no puede ser considerado fijo de plantilla; es el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla.

3.2. La superación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET

Según la disposición adicional decimoquinta del ET, el límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET:

[...] surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador:

[...] continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se

producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

No obstante, la disposición adicional decimoquinta.3 del ET matiza que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5 del ET:

[...] solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

De esta manera, a la hora de apreciar la existencia de encadenamiento de contratos temporales, solo se tomarán en consideración los celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. El sentido de la regla parece ser excluir la posibilidad de que las Administraciones públicas y sus organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) o los organismos públicos pertenecientes al mismo nivel de organización territorial puedan considerarse como un «grupo de empresas» a estos efectos.

Por otra parte, como las Administraciones públicas y los organismos públicos son configurados como unidades de referencia para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador, tampoco se podrán considerar los contratos temporales que este haya celebrado con las entidades instrumentales que tengan una forma de personificación jurídico-privada (sociedades mercantiles y fundaciones públicas). En cambio, como la disposición adicional decimoquinta.3 del ET no alude a estas entidades instrumentales, los grupos constituidos por sociedades mercantiles públicas y/o fundaciones del sector público se rigen por la regla general del artículo 15.5 del ET.

Los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma Administración pública u organismo público, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, «adquirirán la condición de trabajadores fijos» (art. 15.5 ET). Estamos ante un efecto legalmente imperativo, ante una novación *ex lege* y, por ello, alcanzado el plazo legalmente previsto y cumplidos los demás condicionantes legales, este debe entenderse como trabajador indefinido no fijo de la Administración pública u organismo público en el que está efectivamente prestando servicios (disp. adic. decimoquinta.1 ET) (Alfonso, 2010, pp. 118-119).

3.3. La cesión ilegal de trabajadores en el marco de pseudocontratas administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación

Cuando los trabajadores sometidos a una cesión ilegal en el marco de pseudocontratas administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación optan por su integración en la Administración pública cesionaria (art. 43.4 ET), no adquieren en la misma la condición de fijo de plantilla, sino de trabajadores indefinidos no fijos. En efecto, como subraya el Tribunal Supremo, las Administraciones públicas están en una posición especial en materia de contratación laboral en la medida en que la cesión ilegal de trabajadores, al igual que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las reglas imperativas que garantizan que la selección en el acceso al empleo público debe someterse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, lo que condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de una oposición, un concurso-oposición o un concurso de méritos libres en los que se garanticen dichos principios de conformidad con lo previsto en los artículos 55 y siguientes del EBEP. Estas normas garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales.

Por ello, se introduce la distinción entre fijo de plantilla y el carácter indefinido del contrato, pues este último impone que el contrato no está sometido directa o indirectamente a un término, pero no implica que el trabajador consolide sin superar un proceso de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de estas normas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato si el trabajador no supera el proceso de selección.

En definitiva, el trabajador sujeto pasivo de una cesión ilegal no adquiere en las Administraciones públicas la condición de trabajador fijo de plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido⁸.

⁸ Así lo señala el Tribunal Supremo en relación con las Administraciones de las comunidades autónomas –SSTS de 17 de septiembre de 2002 (rec. 3047/2001), 19 de noviembre de 2002 (rec. 909/2002), 11 de diciembre de 2002 (rec. 639/2002), 27 de diciembre de 2002 (rec. 1259/2002), 28 de octubre de 2003 (rec. 4878/2002) y 11 de noviembre de 2003 (recs. 17/2003 y 3898/2002)– y los consorcios –STS de 19 de junio de 2002 (rec. 3846/2001)–.

4. El título de la calificación como indefinidos no fijos en las Administraciones públicas: efectos

Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental:

[...] no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial (disp. adic. cuadragésima tercera Ley 6/2018).

Por consiguiente, las Administraciones públicas no pueden atribuir directamente a un trabajador la condición de indefinido, siendo necesaria, en tal sentido, una resolución judicial dictada a instancia del propio trabajador, ya sea en el marco de un proceso declarativo⁹ o de despido¹⁰. De la regla general, sin embargo, habría que excluir los supuestos en los que los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos en una Administración pública o en una entidad de derecho público adquieran la condición de trabajadores indefinidos no fijos por ser víctimas de tráfico ilegal de mano de obra, ya que la STC 122/2018, de 31 de octubre, incomprensiblemente también ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva» del segundo apartado de la disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE/2017. Sin embargo, hay que indicar que dicho inciso se mantiene tal cual en la disposición adicional cuadragésima tercera de la LPGE/2018. A mayor abundamiento, el artículo 19.7 de esta disposición legal determina que no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial».

Por lo demás, como subraya el voto particular del excelentísimo señor magistrado don Aurelio Desdentado Bonete a la STS de 18 de diciembre de 2012 (rec. 185/2011), la apli-

⁹ Como subrayan las SSTS de 16 de septiembre de 2009 (rec. 2570/2008) y 26 de abril de 2010 (rec. 2290/2009), la pretensión de declaración de la naturaleza indefinida de la relación laboral constituye una pretensión declarativa admisible. En efecto, los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo que tal pretensión contiene un interés real y susceptible de acceder a la tutela judicial.

¹⁰ En este sentido, puede traerse a colación la STS de 12 de marzo de 2014 (rec. 685/2013), que viene a señalar que es constitutiva de despido improcedente la extinción al término de un contrato aparentemente temporal que, en realidad, tenía la condición de indefinido dada la reiteración y sucesión de contratos, todos con la misma finalidad y respondiendo a una necesidad permanente del Ayuntamiento, aun cuando el trabajador no hubiera superado la convocatoria para consolidar cuatro plazas de su categoría a la que se sometió, al no ser esta la razón del cese.

cación de lo dispuesto en el artículo 21 del III Convenio colectivo de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía se convierte en una vía para eludir el derecho a acceder al empleo público laboral en condiciones de igualdad y de acuerdo con criterios de mérito, capacidad y publicidad. Ciertamente, la obtención de un contrato indefinido en una entidad pública por la mera permanencia en una contratación temporal durante un determinado periodo de tiempo contradice la norma legal que establece que la selección del personal debe ajustarse, aunque se trate de entidades públicas empresariales, a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A mayor abundamiento, una norma convencional como la controvertida es contraria también al principio de igualdad, al establecer un trato privilegiado a favor de los que han logrado una contratación temporal frente a quienes aspiran a obtener un empleo público en las condiciones que establecen la Constitución y las leyes. Sin embargo, hay que advertir al lector que la sentencia pasa de puntillas sobre esta cuestión y se limita a señalar que la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal al no estar ante nuevas contrataciones, sino ante una modificación de la naturaleza del contrato de trabajo, sin incremento alguno de la plantilla de la empresa.

La sentencia firme, al declarar la condición de indefinido no fijo, obliga a la Administración pública a reconocer formalmente el puesto en la relación de puestos de trabajo (RPT), a dotarlo, ofertarlo e incluirlo en las convocatorias de los «procedimientos ordinarios» de selección y, si no lo hace, debería amortizar el puesto de trabajo ajustándose al marco causal, procedimental e indemnizatorio propio de los despidos colectivos u objetivos.

Tal y como subraya la disposición adicional decimoquinta del ET, la cobertura definitiva de la plaza debe tener lugar a través de los «procedimientos ordinarios» de selección, esto es, por medio de una oposición, un concurso-oposición o un concurso de méritos libres en los que se garanticen en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Ciertamente, pueden establecerse pruebas más o menos sencillas, incluso por vía exclusiva del concurso de méritos, valorando también la experiencia en las Administraciones públicas, pero siempre que las convocatorias estén formuladas de tal manera que quepa la posibilidad (no remota) de que un aspirante externo supere al «indefinido no fijo»¹¹. Por lo demás, aunque tanto el legislador como la doctrina jurisprudencial solo contemplan la cobertura de los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores indefinidos no fijos mediante los sistemas externos de acceso al empleo público, que son los únicos en los que este tipo de trabajadores tienen la oportunidad de participar, las plazas que estos ocupan también pueden ser cubiertas por los procedimientos internos o cerrados de acceso o de provisión (promoción interna, concurso de traslados, etc.), lo que faculta a la Administración empleadora a cesar al indefinido no fijo para colocar en su puesto al tra-

¹¹ STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2009 (rec. 417/2009).

bajador fijo que haya superado dichos procedimientos¹². De lo contrario, se produciría una discriminación inversa en perjuicio de quienes han sido contratados por tiempo indefinido a través de una convocatoria pública y por medio de una oposición, concurso-oposición o concurso de méritos libres. Es más, si se dejaran a salvo de los citados procedimientos las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos, se conculcaría la normativa vigente, al conseguir la permanencia en un puesto de trabajo público, sustrayendo su cobertura de los mecanismos constitucionales de publicidad, mérito, capacidad e igualdad¹³. Ahora bien, en este caso nos encontraremos ante una amortización de plazas, por lo que habrá que seguir el procedimiento de los artículos 51 o 53 del ET (despido colectivo u objetivo), con la correspondiente indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

El problema, sin embargo, se plantea porque no hay un tope concreto de duración para el cumplimiento de los trámites necesarios para la cobertura reglamentaria de las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos. Solo a partir del momento en el que se ha procedido a incluir las plazas en la oferta de empleo público hay obligación de convocarlas en el plazo de 3 años que marca el artículo 70.1 del EBEP, computados desde que se publica la oferta de empleo público en la que se incluyen las plazas de referencia¹⁴. Ello permite que las Administraciones públicas mantengan la situación de los trabajadores indefinidos no fijos durante años, sin proceder nunca a regularizarla, y sin que estos les requieran para que procedan a la cobertura de sus puestos mediante una convocatoria realizada con todas las garantías de publicidad y libre concurrencia en un proceso de selección de personal fijo en condiciones de mérito y capacidad, a la espera de ir generando mayor antigüedad y conseguir así una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones.

Por último, como subrayan las SSTS de 18 de diciembre de 2012 (rec. 185/2011) y 3 de febrero de 2015 (rec. 37/2014), la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal al no estar ante nuevas contrataciones, sino ante una modificación de la naturaleza de los contratos de trabajo, sin incremento alguno de la plantilla de la empresa¹⁵. Esto es, la transformación de los contratos temporales en indefinidos no computa a los efectos de la tasa de reposición prevista en la LPGE de cada año. En este sentido, el artículo 19.7 de la LPGE/2018 establece que no computarán dentro del límite máximo de

¹² Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 24 de enero de 2018 (proc. 912/2017) considera que el carácter indefinido no fijo no impide que la relación laboral se pueda extinguir cuando se cubra reglamentariamente la plaza ocupada mediante la promoción interna.

¹³ STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2009 (rec. 417/2009).

¹⁴ Cfr. la disposición adicional tercera del Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019.

¹⁵ En el mismo sentido, entre otras, las SSTSJ de Andalucía de 2 de diciembre de 2015 (rec. 1668/2015), de Cantabria de 7 de marzo de 2017 (rec. 48/2017) y de Galicia de 11 de abril de 2018 (rec. 5298/2017).

plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial»¹⁶.

5. El estatus de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla

La diferencia entre «indefinido no fijo» y «fijo» se encuentra en la extinción del vínculo contractual. Sin embargo, como subraya la STS de 21 de julio de 2016 (rec. 134/2015), durante la vigencia del vínculo, el trabajador «indefinido no fijo» «no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición». En efecto, el artículo 15.6 del ET establece que:

Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos [...] [y que] Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Esta protección –y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria– resulta, a juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, «sin duda de aplicación [con mayor razón si cabe] a los denominados trabajadores "indefinidos no fijos"»¹⁷.

Por consiguiente, toda diferencia de tratamiento entre estos dos grupos diferenciados –el de los trabajadores fijos y el de los trabajadores indefinidos y temporales– ha de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo, el sistema de acceso al empleo público o el régimen jurídico del contrato (en particular en lo relativo a sus causas de extinción) que las expliquen razonablemente. Así lo viene a clarificar 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, que, recogiendo el acuerdo al respecto de los interlocutores sociales europeos que refleja el título de la directiva, tiene por objeto precisamente el establecimiento de «un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos

¹⁶ Cfr. la disposición adicional tercera del Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019.

¹⁷ SSTS de 4 de mayo de 2009 (rec. 1631/2008), 8 de julio de 2009 (rec. 2632/2008), 16 de septiembre de 2009 (rec. 250/2008), 26 de abril de 2010 (rec. 2290/2010) y 21 de julio de 2016 (rec. 134/2015).

contra la discriminación» (párr. segundo preámbulo). Y para el logro del tal objetivo, la directiva establece, entre otras cuestiones, que:

[...] por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas (cláusula 4.1).

En definitiva, los trabajadores indefinidos y temporales no pueden, sin que exista justificación objetiva alguna, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

5.1. Trabajadores «indefinidos no fijos» e igualdad de tratamiento

El trabajador indefinido de plantilla no puede ser diferenciado del personal laboral fijo en materia de jornada de trabajo ni de retribuciones o mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ni siquiera de la retribución de la antigüedad, cuando se demuestre que ambos realizan un trabajo igual o similar¹⁸. En este sentido, la STC 71/2016, de 14 de abril, a propósito de la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la comunidad autónoma de Canarias para 2013, que instaura, con carácter general, la reducción de jornada del personal funcionario interino, del personal laboral indefinido y del personal laboral temporal, señala que es claro que «la diferenciación no se establece por razón de la naturaleza del trabajo que se desempeña, sino por el hecho de que este personal no tiene una relación de empleo fija con la Administración». Esta circunstancia, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 104/2004, de 28 de junio:

[...] no puede considerarse, por sí sola, una justificación razonable que permita considerar acorde con el principio de igualdad la medida establecida, pues, aunque para acceder a una relación de empleo fija con la Administración, bien como

¹⁸ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2016 (proc. 229/2016) declara que es contraria a derecho y nula la práctica empresarial de discriminar a los trabajadores temporales, trabajadores indefinidos no fijos y los trabajadores de los buques y reservas marinas en el acceso al Fondo de Ayuda Social. Por su parte, la doctrina judicial considera que procede abonar al personal indefinido no fijo el complemento de antigüedad –SSTSJ de Galicia de 26 de marzo de 2013 (rec. 3774/2010) y de Asturias de 9 de febrero de 2016 (rec. 2355/2015)–, el complemento personal de capacitación y permanencia laboral –SSTSJ de Galicia de 18 de marzo de 2014 (rec. 2550/2012), 28 de marzo de 2014 (rec. 1843/2012) y 10 de junio de 2014 (rec. 1919/2012)–, el incentivo de jubilación –STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018 (rec. 4290/2017)– o la ayuda por limpieza bucal –STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (rec. 744/2018)–, no siendo admisibles las diferencias de trato con los trabajadores fijos.

funcionario de carrera, bien como personal laboral fijo, se exija superar unos procesos selectivos que acrediten el mérito y capacidad y estos procesos selectivos sean diferentes de los que han de superar aquellos que tienen un vínculo temporal con la Administración, esta diferente forma de acceso no permite en este supuesto entender justificada la diferencia de trato.

La menor dificultad que tienen los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo:

[...] no justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo.

Por ello, como la medida prevista en la norma cuestionada:

[...] no tiene esta justificación, sino que se fundamenta, como expresamente se reconoce en su apartado primero, en razones de contención de gasto público y tiene como finalidad mantener el empleo público, hacer recaer estas medidas únicamente en los empleados públicos que tienen la condición de temporales no puede considerarse acorde con el principio de igualdad.

En definitiva, esta previsión:

[...] rompe el criterio igualitario entre los trabajadores con contratos de duración determinada y los trabajadores fijos comparables que se deduce de la doctrina de este tribunal (STC 104/2004, de 28 de junio), así como de la aplicación del derecho europeo y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria «serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal» (art. 43.4 ET). Sobre este tema incide la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012, que ordena a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictar las instrucciones correspondientes para evitar que con ocasión de sus relaciones con empresas contratadas se produzca el reconocimiento de una relación laboral entre los trabajadores de dichas empresas y los citados entes, organismos y entidades, al tiempo que establece que de producirse tal

reconocimiento y convertirse en personal laboral de la Administración, el salario a percibir «será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias». A la vista de lo dispuesto en el artículo 43.4 del ET y en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012, en los supuestos de cesión ilegal, si el trabajador opta por la empresa cesionaria, se le aplicarán los salarios que rigen en la misma, aunque sean inferiores a los percibidos en la cedente, ya sean de índole convencional o contractual¹⁹. La previsión normativa sobre equiparación salarial –aparte de su inequívocidad– tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarlo privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que ha optado. A mayor abundamiento, los entes, organismos y entidades que forman el sector público territorial e institucional están sujetos –en materia salarial– al principio de legalidad presupuestaria. El salario a percibir será el que corresponda a la clasificación profesional –determinada en función de las tareas desarrolladas por el trabajador– de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración o entidad de que se trate con independencia de que coincida o no con la ostentada en la empresa cedente²⁰.

5.2. Trabajadores «indefinidos no fijos» y diferencias de trato justificadas

La desigualdad de trato de los trabajadores indefinidos no fijos respecto de los trabajadores fijos está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, entre otros, en los supuestos de hecho que se señalan en los siguientes epígrafes.

5.2.1. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos de provisión de puestos de trabajo

Existe una vinculación evidente entre el contrato indefinido no fijo y la plaza desempeñada (Desdentado, 2018, pp. 23 y ss.). Efectivamente, dicha vinculación jurídica es un elemento constitutivo del tipo contractual en las sentencias fundacionales y en toda la doctrina judicial que se ha mantenido dentro de esta construcción hasta abril de 2018. Además, el legislador ha recogido esta doctrina en el apartado primero de la disposición adicional decimoquinta del

¹⁹ SSTs de 9 de diciembre de 2009 (rec. 339/2009) y 25 de mayo de 2010 (rec. 3077/2009); y SSTSJ de Cantabria de 27 de abril de 2010 (rec. 197/2010), de Madrid de 18 de noviembre de 2013 (rec. 1458/2013) y de Galicia de 17 de marzo de 2016 (rec. 1820/2015).

²⁰ Cfr. SSTSJ de Castilla y León de 4 de junio de 2009 (rec. 277/2009), y de Madrid de 8 de noviembre de 2013 (rec. 1544/2013), 18 de noviembre de 2013 (rec. 1458/2013) y 23 de febrero de 2015 (rec. 816/2014).

ET, cuando establece que las irregularidades en la contratación laboral temporal no permiten la consideración como indefinidos de los trabajadores afectados en contra de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, ni constituir un obstáculo para «la cobertura de los puestos de trabajo» a través de los procedimientos ordinarios. De forma más concreta se establece que «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación», salvo en el supuesto de que tratándose de una provisión abierta sea el propio trabajador el que acceda al puesto convocado. Esta es una exigencia muy importante para garantizar la transparencia de las plantillas reales y para impulsar el funcionamiento efectivo de los mecanismos legales de acceso al empleo público. Por consiguiente, todo está encadenado y lleva a la idea de vinculación: el trabajador que accede a la condición de indefinido no fijo continúa en su puesto de trabajo; ese puesto es el que debe ser objeto de convocatoria pública y su cobertura determina la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo o su conversión en un contrato fijo.

Y, siendo así, los trabajadores indefinidos no fijos no pueden participar en los procesos de provisión de los puestos de trabajo ni en los concursos de traslados, no siéndoles de aplicación los artículos 83, 73 y 81 del EBEP²¹. No es esta, sin embargo, la solución que mantiene la STS de 21 de julio de 2016 (rec. 134/2015) al desestimar el recurso de ADIF y declarar que los trabajadores «indefinidos no fijos» de la recurrente tienen derecho a solicitar el «traslado» regulado en la sección 2.ª de la normativa laboral que a modo de anexo complementa el XIII Convenio colectivo de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE), en igualdad de condiciones que los trabajadores «fijos» siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 30 de la propia normativa laboral²².

Asimismo, la naturaleza del vínculo y su provisionalidad nos llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de la excedencia voluntaria especial por incompatibilidad que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, tal y como señala el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 29 de noviembre de 2005 (rec. 3796/2004) y 3 de mayo de 2006 (rec. 1819/2005)²³. En primer lugar, porque la exceden-

²¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2005 (rec. 1015/2004).

²² En esta misma línea, la STSJ de Andalucía de 22 de junio de 2015 (proc. 4/2015) proclama el derecho de los contratados laborales por tiempo indefinido (no fijos) a participar en el concurso de provisión de vacantes.

²³ En cambio, las SSTSJ de Galicia de 11 de junio de 2014 (rec. 1267/2012), 14 de octubre de 2015 (rec. 2882/2014) y 20 de marzo de 2018 (rec. 5203/2017) reconocen al personal laboral indefinido no fijo de la Xunta de Galicia el derecho a excedencia voluntaria, habida cuenta la equiparación convencional de la situación de los trabajadores indefinidos a la de los fijos creada a raíz de los acuerdos de consolidación del personal laboral indefinido de la Xunta de Galicia. A mayor abundamiento, se aduce que en nada alteraría su condición de indefinido no fijo el hecho de que tras la excedencia voluntaria se le adscribiese a un puesto vacante de igual grupo y categoría.

cia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente «un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría» y este derecho, que puede otorgarse al trabajador, no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de este está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, solo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquella tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del ET, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida. El trabajador podrá optar a la plaza, pero solo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes. La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva.

5.2.2. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos selectivos «blandos»

Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla tampoco pueden participar en los procesos selectivos «blandos» en donde los requisitos de igualdad, mérito y capacidad se adecuan en mayor o menor grado a los aspirantes internos, en perjuicio de los candidatos de libre acceso, tales como los procesos de promoción interna (a), de funcionarización (b) o de consolidación de empleo temporal (c).

- a) El artículo 14 c) del EBEP contempla el derecho de los empleados públicos, incluidos los trabajadores, «a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación». Sin embargo, el artículo 19.2 del mismo texto legal determina que «la carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos». De este modo, los convenios colectivos se convierten en fuente de derecho principal, sin que se prevea un marco legal máximo o mínimo para la autonomía colectiva, aplicándose, en su defecto, la legislación laboral. Pues bien, la negociación colectiva vigente en el sector público administrativo únicamente reconoce el derecho a la promoción interna al personal laboral fijo, dejando fuera del mismo tanto

al personal laboral temporal como al personal indefinido no fijo²⁴. Ciertamente, aunque el trabajador indefinido de plantilla no puede ser diferenciado del personal laboral fijo a efectos retributivos, no cabe una equiparación total entre los mismos a efectos de la promoción interna, ya que aquel no ha superado proceso competitivo de selección alguno.

Sin embargo, la STS de 2 de abril de 2018 (rec. 27/2017), en un supuesto en el que en el convenio colectivo de referencia no excluye expresamente de la promoción interna a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos, no ve inconveniente en admitir que el «indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno derecho». En este sentido, se arguye que «la ausencia de una regulación expresa sobre los derechos de este colectivo aconseja, mientras subsista, su equiparación en derechos y condiciones con el personal fijo». En efecto, «eso es lo que exige el artículo 15 ET respecto del personal temporal y es obligado aplicarlo también en nuestro caso, pues la categoría conceptual de referencia surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales» y «eso es también lo que exige el derecho de la UE».

Con todo, como subraya el voto particular del excelentísimo señor magistrado don Ángel Blasco Pellicer:

[...] el hecho de que el personal indefinido no fijo, contrariando los artículos 23.2 y 103.3 CE, haya ingresado en la empresa pública de referencia sin haber superado un proceso selectivo basado en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de promoción interna para la ocupación de una plaza estable y consolidada, como ocurre en el supuesto de autos»²⁵.

Efectivamente, al no haber superado ningún proceso competitivo de selección, no se les puede eximir de demostrar sus conocimientos sobre algunas de las

²⁴ Cfr., por ejemplo, el artículo 30 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración general del Estado (BOE de 12 de noviembre de 2009); el artículo 26 del Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears (BO de 19 de diciembre de 2013); o el artículo 40 del VIII Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO de 9 de noviembre de 2017).

²⁵ Véase también Desdentado (2018, pp. 34 y ss.).

materias exigidas a los del turno libre ni de realizar ninguna prueba selectiva y valorar como mérito para la promoción interna los servicios que han prestado en el grupo profesional desde el que pretenden promocionar sin un proceso previo de selección que respete los principios básicos de igualdad y publicidad resulta más que discutible.

- b) La disposición transitoria segunda del EBEP establece que el «personal laboral fijo» que desempeña funciones o puestos clasificados como propios del personal funcionario a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, «podrá seguir desempeñándolos» y:

[...] participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

De este modo, la disposición transitoria segunda del EBEP se dirige única y exclusivamente al personal laboral «fijo», por lo que el personal laboral temporal y el personal indefinido no fijo también quedan excluidos de este peculiar sistema de «promoción interna de funcionarización o promoción horizontal cruzada» (Boltaina, 2014, p. 213; González-Varas, 2012, p. 13)²⁶.

Los artículos 19.Uno.6 y 19.Uno.9 de las LPGE para los años 2017 y 2018 ponen en marcha un macroproceso de estabilización de empleo interino y temporal mediante el sistema de concurso-oposición. Por consiguiente, las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla no se pueden incluir en estos procesos de consolidación de empleo temporal. Ahora bien, y de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, las

²⁶ Por su parte, la STS de 6 de mayo de 2009 (rec. 69/2008) pone de manifiesto que la disposición transitoria segunda y el artículo 76 del EBEP han modificado el mandato del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Generalitat, en virtud del cual podían acceder a plazas que no fueran de funcionarios trabajadores temporales e indefinidos no fijos que hubieran desempeñado labores de dichos puestos de trabajo sin titulación pero con capacidad acreditada por el servicio, pero en dicha convocatoria no se incluyeron, sin que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa, dado su carácter normativo.

Administraciones públicas podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la disposición transitoria 4.^a del EBEP estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, hayan venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal. A estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria que fija unas reglas particulares en relación con los procesos selectivos que favorecen la posición de los empleados temporales. Este régimen privilegiado resulta sin duda de aplicación –con mayor razón si cabe– a los trabajadores temporales que con posterioridad al 1 de enero de 2005 hubieran alcanzado la condición de «indefinidos no fijos» en virtud de una resolución judicial²⁷.

En definitiva, los trabajadores indefinidos solo pueden acceder a la condición de funcionarios de carrera o de personal laboral fijo a través de una convocatoria pública y por medio de una oposición, concurso-oposición o concurso de méritos libres en los que se garanticen en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad²⁸. De este modo, se exige siempre la superación de un proceso selectivo, si bien en el seno del mismo cabe hacer valoración de los servicios prestados en los términos previstos en el artículo 61.3 del EBEP y en la doctrina constitucional sobre la valoración del mérito de la antigüedad o previa prestación de servicios.

No obstante, en relación con la posibilidad de computar los servicios prestados como trabajadores indefinidos no fijos en los procesos de concurso-oposición o de concurso de méritos, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos judiciales.

Por un lado, la STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de octubre de 2014 (rec. 3500/2013) señala que las exigencias de igualdad, mérito y capacidad que para el acceso a la función pública se contienen en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española «resultan incumplidas cuando se valora la experiencia en un puesto cuya obtención es resultado de un nombramiento totalmente libre y, por ello, encarna un mérito cuya adquisición no estuvo al alcance de todos los aspirantes». Y, por ello, los servicios prestados como personal eventual no se pueden valorar como mérito para el acceso a la función pública o para la promoción pública. Lo que nos lleva a plantear la posibilidad de restringir la valoración de los servicios prestados a aquellos desempeñados conforme a un proceso previo de selección que respete los principios básicos de igualdad y publicidad, evitán-

²⁷ Cfr. las SSTSJ del País Vasco (Contencioso-Administrativo) de 18 de diciembre de 2014 (rec. 410/2012) y de Asturias (Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 2019 (rec. 156/2018).

²⁸ SSTSJ de Navarra (Contencioso-Administrativo) de 31 de mayo de 1994 (rec. 614/1990) y de Galicia (Contencioso-Administrativo) de 7 de marzo de 2012 (rec. 119/2010).

dose que de un reclutamiento en fraude de ley se deriven efectos que privilegien la posición irregularmente obtenida (S. Fernández, 2017, p. 23).

Por otro lado, la STJCE de 20 de septiembre de 2018 (asunto C-466/17) considera que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo a 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, en principio, a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, para clasificar a un trabajador en una categoría retributiva al ser nombrado funcionario de carrera a través de una selección por méritos, toma en consideración los periodos de servicio prestados por él en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, computándolos íntegramente hasta el cuarto año y parcialmente, en sus dos terceras partes como máximo, más allá de este límite.

En este sentido, se subraya que las diferencias entre la experiencia adquirida por los profesores seleccionados mediante oposición y los seleccionados por méritos constituye una «razón objetiva» que justifica el que a los trabajadores temporales se les aplique un régimen de cómputo del tiempo de trabajo efectuado distinto al aplicable a los funcionarios de carrera. Efectivamente, aunque la inexistencia de verificación inicial de las competencias a través de una oposición y el riesgo de desvalorización de esta cualificación profesional no exigen necesariamente excluir una parte de la antigüedad adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, «cabe considerar que, en determinadas circunstancias, las justificaciones de este tipo responden a un objetivo legítimo». A este respecto conviene señalar que, según las observaciones del Gobierno italiano, el ordenamiento jurídico nacional atribuye especial importancia a las oposiciones. En efecto, con objeto de garantizar la imparcialidad y la eficacia de la Administración, la Constitución italiana dispone, en su artículo 97, que a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas se accederá mediante oposición, salvo en los supuestos que la ley establezca. Habida cuenta de estas circunstancias, no cabe considerar que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que solo toma en consideración como máximo las dos terceras partes de la antigüedad de más de 4 años adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, sobrepase lo necesario para ajustarse a los objetivos previamente examinados y alcanzar un equilibrio entre los intereses legítimos de los trabajadores con contrato de duración determinada y los de los trabajadores fijos, respetando los valores meritocráticos y las consideraciones de imparcialidad y de eficacia de la Administración en que se basa la selección de funcionarios mediante oposición.

Finalmente, hay que traer a colación la doctrina jurisprudencial dictada a propósito de un convenio colectivo por el que se establecía que todo el personal que tuviera una sentencia que declarara indefinida su relación laboral con efectos anteriores al 7 de octubre de 1996 tendría la consideración de personal fijo, quedando excluido de los procesos de consolidación de empleo temporal. Pues bien, tal y como resalta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2009 (rec. 1654/2009):

[...] es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad²⁹.

Asimismo, aunque parezca que el «Acuerdo» por el que se excluyen de las convocatorias públicas de provisión de vacantes las ocupadas por trabajadores con relación indefinida tenga un alcance más modesto (pues no declara formalmente la novación en fijos de los contratos indefinidos), en realidad, su contenido y efectos son iguales, pues, al excluir del sistema de cobertura a los puestos ocupados por los «indefinidos» más antiguos, está igualmente conculcando la normativa ya exhaustivamente analizada, al conseguir el mismo efecto: la permanencia en un puesto de trabajo público sustrayendo su cobertura de los mecanismos constitucionales de publicidad, mérito, capacidad e igualdad³⁰.

5.2.3. La prioridad de permanencia del personal laboral fijo respecto de los indefinidos no fijos en los despidos por causas económicas, técnicas u organizativas

De conformidad con la doctrina constitucional relativa al acceso a puestos de trabajo de carácter público, a la hora de seleccionar al personal afectado por los despidos colectivos en el sector público administrativo, resulta imprescindible distinguir entre quienes puedan acreditar que ingresaron como personal laboral fijo mediante la superación de pruebas selectivas convocadas con arreglo a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y quienes no puedan probar que han accedido al empleo público de tal forma, debiéndose priori-

²⁹ En el mismo sentido, las SSTs de 4 de febrero de 2010 (rec. 1857/2009), 10 de febrero de 2010 (rec. 1954/2009) y 10 de marzo de 2010 (rec. 2305/2009).

³⁰ STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2009 (rec. 417/2009).

zar la permanencia de los primeros sobre los segundos, aunque estos sean más antiguos. Por ello, el párrafo tercero de la disposición adicional decimosexta del ET y el artículo 41.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RPDC), establecen que tendrá prioridad de permanencia en el ente, organismo o entidad pública afectados por el procedimiento de despido:

[...] el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.

No obstante lo anterior, en rigor, la prioridad de permanencia no se impone en la disposición adicional decimosexta del ET, sino que se supedita a la decisión de los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administraciones públicas. Y que ello es así lo viene a confirmar el artículo 43.2 a) del RPDC, al facultar al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las comunidades autónomas para imponer al departamento, consejería, organismo o entidad promotora del procedimiento de despido colectivo «la aplicación de la prioridad a la que se refiere el artículo 41, que tendrá carácter vinculante en los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte». Mas ello no puede interpretarse como una facultad discrecional de las Administraciones públicas, sino como una habilitación a su favor para que, en función del juego combinado de los principios constitucionales de mérito y capacidad, de un lado, y de eficacia administrativa, de otro, adopten la solución más adecuada para el interés general. Esto es, una vez salvaguardada la prioridad de permanencia de las personas que ya han acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe que las Administraciones públicas tomen en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos. Otra interpretación resultaría difícilmente conciliable con los postulados constitucionales.

De hecho, la doctrina judicial considera que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de publicidad, mérito y capacidad prevista en la disposición adicional decimosexta del ET es de obligado cumplimiento para las Administraciones públicas, estableciéndose de esta manera una nítida distinción entre estas y las empresas privadas, puesto que en estas últimas rige el principio de libre elección de los trabajadores, que pueden quedar sometidos a extinciones contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción³¹.

³¹ SSTSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2013 (rec. 11/2012), de Castilla y León de 12 de febrero de 2013 (rec. 60/2013), de Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), de Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013), de Castilla y León de 9 de octubre de 2013 (rec. 1277/2013), 20 de noviembre de 2013 (rec. 1450/2013), 4 de diciembre de 2013 (rec. 1318/2013) y 11 de marzo de 2015 (rec. 2117/2014), y de

La prioridad de permanencia en las Administraciones públicas juega a favor de los trabajadores fijos frente a los temporales y a los indefinidos no fijos de plantilla, aunque estos sean más antiguos³². En este sentido, los tribunales niegan que el hecho de que se prescinda únicamente de trabajadores temporales y/o de trabajadores indefinidos no fijos y no de trabajadores fijos de plantilla constituya una desigualdad de trato injustificada³³. A este respecto, la STS de 23 de mayo de 2014 (rec. 179/2013) viene a esgrimir la siguiente argumentación³⁴:

En cualquier caso y con todos estos antecedentes normativos, para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al artículo 14 de la Constitución es de todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trato cual es el de que nos encontremos ante situaciones «sustancialmente iguales». Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar «trabajadores indefinidos no fijos» y los «trabajadores fijos», y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad –art. 103.3 CE– de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dichos que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad.

Cataluña de 14 de septiembre de 2015 (rec. 3675/2015). En sentido contrario, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de marzo de 2015 (rec. 456/2015) y de Andalucía de 8 de junio de 2016 (rec. 1576/2015) y 13 de diciembre de 2017 (rec. 1747/2017).

³² STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013); y SSTSJ de Castilla y León de 12 de febrero de 2013 (rec. 60/2013), de Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), de Castilla y León de 28 de mayo de 2013 (proc. 9/2013), de Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013), de Castilla y León de 9 de octubre de 2013 (rec. 1277/2013) y 20 de noviembre de 2013 (rec. 1450/2013), de Cataluña de 20 de enero de 2015 (rec. 5807/2014) y 14 de septiembre de 2015 (rec. 3675/2015), de Castilla y León de 20 de mayo de 2015 (rec. 729/2015), del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (rec. 13/2015) y 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017), y de Andalucía de 30 de mayo de 2018 (rec. 2165/2017) y 7 de junio de 2018 (rec. 1913/2017).

³³ STS de 23 de mayo de 2014 (rec. 179/2013); y SSTSJ de Castilla y León de 12 de febrero de 2013 (rec. 60/2013), de Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), de Castilla y León de 28 de mayo de 2013 (proc. 9/2013) y de Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013).

³⁴ En esta misma línea, se expresan las SSTS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) y 23 de noviembre de 2016 (rec. 91/2016).

Es cierto que tanto la jurisprudencia constitucional –por todas la STC 104/2004, de 28 de junio y las que en ella se citan– como el artículo 17 del ET exigen un trato igual y no diferenciado entre trabajadores fijos y temporales que alcanzaría también a los indefinidos no fijos en cuanto se trate de derechos laborales durante la vigencia de la relación laboral, pero esa garantía de igualdad de trato no puede extenderse al momento de la extinción, como efectivamente no lo es en ninguno de aquellos casos como puede apreciarse en la reiterada doctrina de esta Sala en relación con esta categoría concreta de trabajadores como puede apreciarse en Sentencias del Pleno de esta Sala de 22-7-2013 (rec. 1380/2012) o la de 16-12-2013 (rec. 3270/2012) con cita de otras anteriores en el mismo sentido en las que se admite la extinción de estos contratos por la mera amortización de los puestos de trabajo por ellos ocupados en decisión que en modo alguno puede ser de aplicación a los trabajadores fijos. Siendo por ello por lo que el propio legislador ha previsto en el apartado tercero de la disposición adicional vigésima del ET que «en caso de despido colectivo en una Administración pública» «tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido dicha condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de acceso convocado al efecto...».

Al no concurrir la igualdad de situaciones que justificaría defender el trato igual «no puede prosperar el motivo fundado en la norma constitucional denunciada».

Por lo demás, como destaca la STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013):

[...] la existencia de una cláusula convencional como la descrita, pactada en el año 2009 para el posible acceso –tras un proceso selectivo de promoción interna por el sistema de concurso-oposición–, de los trabajadores con contrato laboral indefinido –en realidad, más que un derecho, una expectativa de derecho–, no puede suponer un valladar a que la empresa, de concurrir causa legal suficiente, pueda extinguir el contrato de trabajo de dichos trabajadores, no habiéndose acreditado que, en el momento de tomar la medida extintiva, el citado proceso de selección cuando menos se hubiera iniciado³⁵.

³⁵ Por otra parte, la STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013) también subraya lo siguiente:

Con carácter también subsidiario, la parte recurrente en el cuarto de los motivos de infracción jurídica (octavo del recurso), denuncia la infracción del artículo 124.9 de la Ley reguladora de jurisdicción social (apartado 11 actual), ya que la sentencia –afirma– debió declarar no se ajusta a derecho el despido colectivo por no haberse amortizado previamente en la plantilla y en los presupuestos municipales los puestos ocupados por los trabajadores. [...] También procede la desestimación de este motivo de recurso, pues como advierte el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, planteada ya esta cuestión ante la Sala de instancia, se afirma por esta, en su fundamento jurídico tercero, que «la modificación de plantilla se produjo el día 26-7-2012, una vez producidos los despidos acordados con efectos de 7-7-2012, pues sin su concurrencia difícilmente podría acordarse tal amortización», secuencia cronológica y razonamiento que ponen de manifiesto el acierto –que compartimos– de la Sala de instancia.

5.2.4. La readmisión del personal laboral fijo en los despidos disciplinarios improcedentes

El artículo 96.2 del EBEP dispone que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave», lo que supone que la regla general del artículo 56.1 del ET en los supuestos de despidos improcedentes –opción empresarial entre la readmisión o indemnización– queda sustituida por la readmisión que, por aplicación del artículo 56.2 del mismo texto legal, comportará el abono de los salarios de tramitación. Pero, de la interpretación literal del artículo 96.2 del EBEP, se desprende que este solo opera en los despidos del personal laboral fijo declarados improcedentes como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave³⁶.

En definitiva, esta previsión no resulta aplicable al personal laboral temporal ni al personal laboral indefinido no fijo, sin que se pueda apreciar una vulneración del principio de igualdad, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 25 de julio de 2018 (asunto C-96/17), al declarar que:

La cláusula 4, 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 norma nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

De esta manera, se admite como razonable el argumento esgrimido por el Gobierno español en el sentido de que el mantenimiento en las funciones constituye un imperativo que deriva de la superación de una oposición, lo que justifica conceder más garantías al personal laboral fijo, como el derecho de permanencia en el puesto, que al personal laboral temporal o al indefinido no fijo. A mayor abundamiento, se aduce que «las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanen-

³⁶ STS de 4 de noviembre de 2010 (rec. 88/2010). En el mismo sentido, las SSTSJ de Andalucía de 16 de julio de 2008 (rec. 1585/2008), de Cataluña de 9 de marzo de 2009 (rec. 7006/2008), de Galicia de 13 de marzo de 2009 (rec. 72/2009), de Castilla y León de 14 de marzo de 2012 (rec. 2071/2010) y de Extremadura de 27 de marzo de 2018 (rec. 111/2018), 31 de mayo de 2018 (rec. 317/2018) y 5 de junio de 2018 (rec. 279/2018). En sentido contrario, Vivero (2010, pp. 1.189 y ss.).

cia y estabilidad en el empleo». Y estas consideraciones, que no tienen equivalente en el derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente. Por todo ello, se concluye 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».

No obstante lo anterior, la STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 3292/2012) considera que el artículo 96.2 del EBEP, más favorable ya para el empleado laboral de la Administración pública que el régimen común del despido, no impide la aplicación de un precepto convencional que suponga:

[...] una mejora de su posición en el supuesto de despido improcedente, reconocida expresa y preferentemente la aplicación de la legislación laboral y las normas convencionalmente aplicables al personal laboral de las Administraciones públicas por el artículo 7 del propio EBEP.

Y, por ello, se acepta la posibilidad de que la autonomía colectiva atribuya el derecho de opción entre la readmisión o indemnización a los trabajadores sin distinción alguna entre fijos, indefinidos y temporales, y en todos los despidos improcedentes –no solo en los despidos disciplinarios improcedentes–.

6. Las causas específicas de extinción del contrato por tiempo indefinido no fijo de plantilla

Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado en el que se respeten los principios de publicidad, mérito y capacidad o sea amortizada por el cauce reglamentario que, como ha señalado la reciente doctrina jurisprudencial, necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos³⁷. Por otra parte, como la condición de indefinidos no fijos se adquiere en virtud de sentencia, la extinción de los contratos puede ser concebida por los trabajadores afectados como una «represalia» por haber reclamado y obtenido una sentencia favorable que reconoce la situación de contratación temporal irregular o fraudulenta o de cesión ilegal de la que han sido objeto.

³⁷ Y, en fin, incorporado el trabajador a la Administración como indefinido no fijo, en ejecución de sentencia firme que declaró que había sido objeto de cesión ilegal, los actos posteriores de la empleadora como una nueva RPT no pueden impugnarse pidiendo la ejecución de la antigua sentencia, sino en un nuevo proceso ordinario –STS de 3 de diciembre de 2014 (rec. 144/2014)–.

6.1. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad

Aun existiendo contratación temporal ilegal o fraudulenta o cesión ilegal, concurre la causa legal de extinción prevista en el artículo 49.1 b) del ET cuando la plaza ocupada por el trabajador es cubierta por otra persona tras un proceso de selección que respete los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el que los trabajadores indefinidos hayan tenido la oportunidad de participar. En cambio, el cese de un trabajador indefinido no fijo, fundado en la ocupación de la plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrito, a pesar de tener derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación de empleo previsto en el convenio colectivo, es constitutivo de un despido improcedente³⁸.

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo se produce mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los artículos 51 y 52 del ET, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de amortización de la plaza vacante ocupada, en cuyo caso sí es exigible acudir a la extinción de los contratos por despido colectivo u objetivo en función de que se superen o no los umbrales que delimitan el despido colectivo³⁹. Por lo demás, en cuanto al cómputo de la extinción contractual de este tipo al efecto de considerar el despido como colectivo, debería darse la misma solución que prevé el penúltimo párrafo del artículo 51.1 del ET (Desdentado, 2018, p. 22).

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo, como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista para las extinciones por causas objetivas. En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015) afirma que:

[...] la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo– obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza [...] [y que] acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indem-

³⁸ SSTS de 13 de diciembre de 2016 (rec. 2059/2015), 20 de julio de 2017 (rec. 2832/2015) y 25 de enero de 2018 (rec. 3917/2015).

³⁹ STSJ de Andalucía de 14 de mayo de 2015 (rec. 519/2015); y Gorelli (2015, p. 27).

nización de 20 días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1 b) del ET en relación con los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 del ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato⁴⁰.

Llegados a este punto, la sentencia se centra en el tipo contractual y en la descalificación del carácter temporal del contrato, lo que obviamente descarta también la indemnización del artículo 49.1 c) del ET. Pero hay algo más, pues se dice que, «dadas las causas que han motivado la creación de esta institución» –un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, «parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales». Es un argumento adicional de equidad que fuerza quizá la legalidad para «penalizar» de nuevo a la Administración cuando esta ya fue penalizada en su momento con la transformación de la contratación temporal irregular en un contrato indefinido no fijo.

6.2. La extinción por amortización de las plazas vacantes

El contrato no se extingue por la simple amortización de la vacante ocupada por el trabajador indefinido no fijo, para lo cual cabe acudir al procedimiento del despido colectivo (art. 51 ET) u objetivo (art. 53 ET), según el número de trabajadores afectados, y abonar la indemnización establecida en esos preceptos⁴¹. De este modo, la amortización de los

⁴⁰ En el mismo sentido, las SSTS de 9 de mayo de 2017 (rec. 1806/2015), 12 de mayo de 2017 (rec. 1717/2015), 19 de julio de 2017 (rec. 4041/2015) y 22 de febrero de 2018 (rec. 68/2016); y la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018 (rec. 2408/2017).

⁴¹ Por todas, las SSTS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), 7 de julio de 2014 (recs. 1844/2013 y 2285/2013), 8 de julio de 2014 (rec. 2693/2013), 14 de julio de 2014 (recs. 1847/2013, 2680/2013, 2052/2013 y 2057/2013), 15 de julio de 2014 (recs. 2065/2013, 1833/2013, 2047/2013 y 1801/2013), 17 de julio de 2014 (rec. 1873/2013), 16 de septiembre de 2014 (rec. 1880/2013), 13 de octubre de 2014 (rec. 2745/2013), 29 de octubre de 2014 (rec. 1765/2013), 18 de noviembre de 2014 (rec. 2167/2013), 11 de febrero de 2015 (rec. 840/2014), 5 de abril de 2016 (rec. 1874/2014), 30 de marzo de 2017 (rec. 961/2015), 15 de noviembre de 2017 (rec. 440/2015) y 14 de febrero de 2018 (rec. 513/2015). En este sentido, se puede traer a colación la STS de 20 de junio de 2017 (rec. 253/2015), que declara ajustado a derecho el despido colectivo en la Universidad Politécnica de Madrid por concurrir causas organizativas dada la nueva RPT que supuso la amortización de 156 vacantes, ocupadas por interinos, debido al déficit presupuestario existente, siendo la modificación de la RPT validada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

puestos de trabajo, operando para ello sobre la correspondiente RPT, no conlleva la extinción automática de los contratos indefinidos no fijos que debe realizarse conforme al procedimiento establecido para el despido por causas objetivas o, en su caso, el despido colectivo⁴². Además, la extinción de los contratos de este tipo por la amortización de la plaza ocupada es computable al efecto de considerar el despido como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado artículo 51.1 del ET, que excluye del cómputo las extinciones de los contratos temporales que se produzcan por la expiración del tiempo convenido con arreglo al artículo 49.1 c) del ET⁴³.

Si la Administración pública o entidad de que se trate amortiza la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo sin seguir el cauce reglamentario, estaremos ante un despido objetivo individual o colectivo que habrá de calificarse como improcedente⁴⁴ o nulo⁴⁵, respectivamente. De encontrarnos ante un despido objetivo improcedente, el trabajador no podrá pretender que se le aplique el artículo 96.2 del EBEP, a cuyo tenor «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave». Esta previsión no resulta aplicable porque no estamos ante el supuesto contemplado en el precepto, esto es, un despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave⁴⁶. A mayor abundamiento, el trabajador tampoco es personal laboral fijo, sin que pueda prosperar sobre este particular la vulneración del principio de igualdad, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de noviembre de 2010 (rec. 88/2010).

6.3. La garantía de indemnidad de los trabajadores indefinidos no fijos

La necesidad de que la condición de indefinido no fijo derive de una resolución judicial plantea una última cuestión, a saber: la posible vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores indefinidos no fijos, ya que estos pueden entender que, de no haber enablado las reclamaciones judiciales, no se habrían visto inmersos en el proceso extintivo.

⁴² SSTS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) y 14 de julio de 2014 (rec. 1807/2013).

⁴³ STS de 14 de julio de 2014 (rec. 1807/2013).

⁴⁴ SSTS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 2371/2013), 18 de diciembre de 2014 (rec. 1790/2013) y 19 de julio de 2017 (rec. 3255/2015).

⁴⁵ SSTS de 14 de julio de 2014 (rec. 2057/2013), 15 de julio de 2014 (rec. 2041/2013) y 18 de septiembre de 2017 (rec. 514/2015).

⁴⁶ SSTSJ de Canarias de 26 de febrero de 2010 (rec. 1060/2009) y de Galicia de 27 de marzo de 2014 (rec. 4003/2013). Por su parte, la STSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2012 (rec. 1262/2012) señala que el derecho de opción corresponde a la trabajadora según establece el convenio colectivo en supuestos de despido improcedente.

A la hora de examinar si el cese de los trabajadores constituye una represalia por haber reclamado y obtenido en su día una sentencia en la que se declaraba que habían sido sometidos a una situación de contratación temporal irregular o fraudulenta o al tráfico de mano de obra prohibido por el artículo 43 del ET, hay que distinguir dos supuestos distintos según la extinción contractual derive del proceso ordinario de cobertura de las plazas ocupadas por los trabajadores (a) o de la amortización de las mismas (b).

- a) La declaración judicial del carácter indefinido no fijo de la relación laboral existente entre las partes contratantes obliga a la Administración pública a poner en marcha un proceso selectivo ordinario, articulado en torno a los principios de igualdad, mérito y capacidad, para la provisión regular de las plazas ocupadas por los trabajadores y, una vez producida esa provisión en la forma legalmente procedente, a extinguir el contrato de aquellos trabajadores indefinidos no fijos que no hayan superado el proceso de selección. Por ello, no cabe apreciar la existencia de una lesión del derecho de tutela judicial efectiva en la decisión extintiva derivada del proceso ordinario de cobertura⁴⁷.

En cambio, el trabajador indefinido no fijo tiene derecho a ocupar la plaza de personal laboral reservada y a ser adscrito a una plaza de tales características, por lo que su adscripción a una plaza funcionarial inaccesible para quien ha obtenido la condición de indefinido no fijo no puede entenderse sino como incumplimiento del derecho derivado de esta situación, lo que hace que exista un despido, y si dicha adscripción se produce con posterioridad a haberse reconocido la condición de indefinido no fijo, es claro que su cese ha podido producirse como represalia frente a una actuación o actuaciones encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En tales circunstancias, corresponde a la Administración pública acreditar que el cese fue ajeno a todo propósito de represalia o de lesión de un derecho fundamental, y esa prueba desvirtuadora de tales indicios es ciertamente difícil, por cuanto no es lícito desconocer la existencia de un litigio pendiente sobre el reconocimiento del actor a ocupar una plaza de personal laboral, adscribiéndolo a una plaza de funcionario inaccesible para quien ha obtenido la condición de indefinido para extinguir una relación laboral declarada indefinida en virtud de sentencia firme⁴⁸.

- b) En la extinción de los contratos indefinidos no fijos por la amortización de las plazas vacantes ocupadas por estos, no se aprecia ninguna vulneración de la tutela judicial efectiva ni tampoco de la garantía de indemnidad cuando existe una desconexión temporal entre el cese y las reclamaciones formuladas, la amortización se realiza a través de los órganos competentes y ajustándose al procedimiento preestablecido en el ordenamiento jurídico administrativo, la Administración pú-

⁴⁷ STSJ de Andalucía de 14 de mayo de 2015 (rec. 519/2015).

⁴⁸ SSTs de 13 de diciembre de 2016 (rec. 2059/2015) y 20 de julio de 2017 (rec. 2832/2015).

blica proporciona cumplida prueba de que el cese de los trabajadores ha tenido causa objetiva, razonable y ajena a toda intención de vulnerar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, por ejemplo, por afectar a otros trabajadores como consecuencia de un proceso de reorganización o de ajuste económico derivado de una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, y la extinción contractual se realiza conforme al procedimiento legalmente establecido en el ET⁴⁹.

7. Conclusiones

No existe un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, lo que sitúa a los trabajadores indefinidos no fijos en una situación de inseguridad jurídica al albur del criterio cambiante de los tribunales. Por ello, y ante la elevada frecuencia con que en los últimos tiempos las Administraciones públicas están recurriendo a la figura del indefinido no fijo, es necesario que en breve el legislador regule la figura de los trabajadores indefinidos no fijos, aclarando cuáles son las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, sus condiciones de trabajo, las causas específicas de extinción de este tipo contractual, así como sus consecuencias, y eludiendo, en todo caso, el mal uso de la norma presupuestaria para regular contenidos sustanciales de las relaciones laborales o del empleo público.

En este sentido, se pueden formular las siguientes propuestas *de lege ferenda* en orden a la regulación legal de los trabajadores indefinidos no fijos:

- La figura del indefinido no fijo solo resulta adecuada cuando se produce una gestión irregular en la contratación temporal o en las contrataciones administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación, o se supera el límite al encadenamiento de los contratos temporales con un mismo trabajador previsto en la normativa laboral. Además, los meros incumplimientos o infracciones formales en la contratación temporal de la Administración no deben comportar la calificación del vínculo laboral afectado como indefinido no fijo, sanción que debe reservarse para los incumplimientos especialmente cualificados (fraude de ley o irregularidades sustanciales).
- La figura del trabajador indefinido no fijo, en realidad, es una solución de equilibrio en la que las dos normas en conflicto se atemperan: no hay una nulidad completa del contrato de trabajo que sigue vigente, transformado en un vínculo

⁴⁹ STS de 13 de julio de 2015 (rec. 2405/2014); y SSTSJ de Galicia de 23 de junio de 2014 (rec. 1078/2014), de Murcia de 30 de septiembre de 2015 (rec. 430/2015), del País Vasco de 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017) y de Andalucía de 27 de julio de 2017 (rec. 459/2017).

temporal en función de la cobertura reglamentaria de la vacante, pero también se excluye el efecto laboral ordinario, esto es, la conversión en indefinido del contrato temporal irregular (Desdentado, 2018, pp. 25 y ss.). El concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en el derecho español, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo, es una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada⁵⁰. Sin embargo, el indefinido no fijo no está cumpliendo la función para la que fue ideado, que era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por ende, los principios de imparcialidad y eficacia en la gestión de las Administraciones públicas (Desdentado, 2018, pp. 37 y ss.; Selma, 2017, pp. 57 y ss.). En efecto, el sistema quiebra desde el momento en que las Administraciones públicas no proceden en un tiempo razonable a proveer las plazas y los afectados tampoco reaccionan frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. De este modo, los contratos tienden a prolongarse y el indefinido no fijo se convierte en «casi fijo».

- Por ello, solo con una intervención legal que, tras la declaración judicial de trabajador indefinido no fijo, obligase a la Administración pública a incluir el puesto en la RPT, dotarlo, ofertarlo y poner en marcha el procedimiento ordinario de selección dentro de un plazo perentorio, podría llegarse a solventar esta situación⁵¹.
- Además, y con objeto de evitar toda discriminación inversa en perjuicio de los opositores libres y de quienes hubieran sido contratados por tiempo indefinido o determinado tras aprobar una oposición, un concurso-oposición o un concurso de méritos, por lo menos se debería aplicar un coeficiente reductor a la hora de tomar los servicios prestados sin haber superado un proceso previo de selección que respete los principios básicos de igualdad y publicidad.
- Para atajar este problema de cara al futuro, es necesario también, como pusiera de manifiesto el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, hacer hincapié en la responsabilidad de las autoridades o funcionarios a los que se atribuya la contratación temporal irregular o fraudulenta, la cesión ilegal de mano de obra o la prolongación irregular de la situación de los trabajadores indefinidos no fijos. Por ello, se debería establecer legalmente la exigencia de informe previo del titular del órgano que tenga a su cargo el asesoramiento legal de la Administración, organismo o departamento en

⁵⁰ STJCE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15).

⁵¹ Cfr. Cordero (2003, p. 6).

el que presta sus servicios el trabajador sobre la irregularidad de la prórroga expresa o implícita del contrato o la obligación de poner en marcha el proceso de cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo; informe que debería emitir de oficio, bajo su responsabilidad, con la antelación necesaria para adoptar la decisión que corresponda según la legislación aplicable. Y, una vez emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asumiría la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le correspondiera según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación laboral.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2010). Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 107, 87-122.
- Boltaina Bosch, X. (2014). La gestión de los recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad y la temporalidad. Los procesos de funcionarización del personal laboral. En F. A. Castillo Blanco (Coord.), *La reforma del sector público* (pp. 181-224). Sevilla: Instituto García Oviedo.
- Boltaina Bosch, X. (2019). Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la Administración pública. Empleos «no públicos». *La Administración Práctica*, 1-10.
- Castillo Blanco, F. A. (2017). *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: Estudios de Relaciones Laborales.
- Cavas Martínez, F. (2018). *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*. Murcia: Ediciones Laborum.
- Cordero Saavedra, L. (2003). El fraude de ley en la contratación por las Administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 3.
- Desdentado Bonete, A. (2018). Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? *Revista de Información Laboral*, 10, 17-45.
- Fernández Avilés, J. A. (2017). [Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 407, 5-13.
- Fernández Fernández, R. (2008). *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Fernández Ramos, S. (2017). Acceso al empleo público: igualdad e integridad. *Revista General de Derecho Administrativo*, 46-103.
- González-Varas Ibáñez, S. (2012). Empleados públicos. Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas. Algunos problemas. En *Estudios y comentarios legislativos. Tratado de derecho administrativo. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi.
- Gorelli Hernández, J. (2015). La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el

- difícil equilibrio entre los intereses laborales y de derecho público. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 10, 19-39.
- López Cumbre, L. (2017). Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público. *Revista Galega de Dereito Social*, 3, 101-147.
- Mauri i Majós, J. (2017). Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal. *Cuadernos de Derecho Local*, 43, 79-123.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A. (2017). La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo). *La Ley Unión Europea*, 53.
- Nores Torres, L. E. (2016). La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales. *Revista de Jurisprudencia (Lefebvre-El Derecho)*, 2.
- Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M. (2015). El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales. *Anuario de Derecho Municipal*, 9, 63-96.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2016). Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 17, 112-122.
- Roqueta Buj, R. (2018). *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de contratos del sector público*. Pamplona: Aranzadi.
- Sala Franco, T. y Altés Tárrega, J. A. (2008). La contratación de personal laboral en la Administración local. *Revista de Estudios Locales*, 112, 39-143.
- Sande Pérez-Bedmar, M. de. (2016). La prestación de servicios públicos por las Administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas. *Documentación Laboral*, 106, 97-118.
- Selma Penalva, A. (2017). Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras. *Revista de Información Laboral*, 7, 53-68.
- Vivero Serrano, J. B. (2010). Extinción del contrato de trabajo. En A. V. Sempere Navarro y M. Cardenal Carro (Dirs.), *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales* (pp. 1.093-1.218). Madrid: La Ley.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Los sistemas de cuentas nacionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España

José Enrique Devesa Carpio

*Profesor titular de Economía Financiera y Actuarial. Universidad de Valencia
Miembro del Instituto de Políticas de Bienestar Social y del
Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas*

Extracto

El estudio se centra en analizar las principales características de los sistemas de cuentas nacionales individuales. En primer lugar examina las principales causas que llevaron a algunos países, como Suecia, a implantar un sistema de cuentas nacionales. Entre estas causas se cita la necesidad de crear un sistema sostenible desde el punto de vista financiero y con capacidad para hacer frente a los cambios demográficos y económicos futuros, que refuerce la relación entre cotizaciones y prestaciones y que incentive el ahorro privado. A continuación se explican las diferencias entre los distintos sistemas financiero-actuariales de financiación y se analizan una serie de elementos que consideramos que son necesarios para un mejor entendimiento de la estructura general de los sistemas de pensiones; nos referimos a diferencias entre prestaciones contributivas y no contributivas; las fuentes de financiación; la naturaleza de las cotizaciones; y la problemática sobre la redistributividad. El siguiente paso se centra en la discusión de las principales características de los sistemas de cuentas nacionales individuales, destacando las principales ventajas e inconvenientes respecto del sistema español actual. Por último se muestran los resultados cuantitativos de la introducción de un sistema de cuentas nacionales en España utilizando dos métodos, uno basado en los datos que proporciona la Muestra continua de vidas laborales y otro aplicado a individuos tipo. Los principales resultados demuestran que la introducción de un sistema de cuentas nacionales individuales en España daría lugar a una pensión inicial entre un 45 % y un 85 % de la pensión proporcionada por el actual sistema, calculada bajo las condiciones que rigen en 2014, si bien podría ser algo superior respecto de la calculada tras el periodo transitorio de la reforma de 2011.

Palabras clave: sistema de reparto; aportación definida; pensiones contributivas.

Fecha de entrada: 27-10-2019 / Fecha de aceptación: 02-12-2019

Cómo citar: Devesa Carpio, J. E. (2020). Los sistemas de cuentas nacionales individuales: aspectos teóricos e implicaciones para España. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 63-91.



Notional defined contribution systems: theoretical aspects and implications for Spain

José Enrique Devesa Carpio

Abstract

The work focuses on analyzing the main characteristics of notional defined contribution systems. First, we analyze the main causes that led some countries, such as Sweden, to implement a system of notional defined contribution, such as the need to create a financially sustainable system with the capacity to deal with future demographic and economic changes, which will strengthen the relationship between contributions and benefits, and that will encourage private savings. Next, the differences between the various financial-actuarial financing systems are explained, as well as a series of elements that we consider necessary for a better understanding of the general structure of the pension systems: differences between contributory and non-contributory benefits; funding sources; the nature of the contributions; and the problem of redistributivity. To continue, we focus on the discussion of the main characteristics of individual notional defined contribution systems, emphasizing the main advantages and disadvantages with respect to the current Spanish system. Finally, the quantitative results of the introduction of a system of notional defined contribution in Spain are shown using two methods, the first one is based on data provided by the Continuous Sample of Work Lives and the other is applied to theoretical individuals. The main results show that the introduction of a system of notional defined contribution in Spain would result in an initial pension between 45 % and 85 % of the pension provided by the current system, calculated under the conditions governing in 2014, although it could be somewhat higher than the one calculated after the transitional period of the 2011 reform.

Keywords: pay as you go system; defined contribution; contributory pensions.

Citation: Devesa Carpio, J. E. (2020). Notional defined contribution systems: theoretical aspects and implications for Spain. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 63-91.





Sumario

1. Introducción
 2. Principales elementos de los sistemas de pensiones
 - 2.1. Los sistemas financiero-actuariales de financiación
 - 2.1.1. Sistema de reparto simple
 - 2.1.2. Sistema de reparto de capitales de cobertura
 - 2.1.3. Sistema de capitalización
 - 2.2. El criterio de las obligaciones estipuladas
 - 2.3. Otros elementos: prestaciones contributivas, naturaleza de las cotizaciones, redistributividad
 - 2.3.1. Prestaciones contributivas y no contributivas
 - 2.3.2. Fuentes de financiación
 - 2.3.3. Naturaleza de las cotizaciones
 - 2.3.4. Redistributividad
 3. Características de los sistemas de cuentas nocionales individuales
 4. La aplicación del sistema de cuentas nocionales al caso español
 - 4.1. Resultados a partir de la MCVL
 - 4.2. Resultados a partir de individuos tipo
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Los sistemas de cuentas nocionales aparecen a finales del siglo XX para intentar solucionar los problemas que empezaban a surgir en algunos países cuyo sistema de pensiones estaba basado en el de reparto de prestación definida.

Los principales países europeos que tienen como modelo básico el de cuentas nocionales son: Suecia, Polonia, Letonia e Italia, y se está estudiando su implantación en alguno más.

El más conocido es el caso de Suecia, si bien este sistema es mixto, ya que alrededor de un 15 % de la cotización total se destina a un sistema de capitalización individual. De forma resumida y de acuerdo con Palmer (2000), Palmer (2001) y Könberg, Palmer y Sunden (2006), los objetivos fundamentales de la reforma del sistema de pensiones en Suecia fueron los siguientes:

- Crear un sistema sostenible desde el punto de vista financiero y con capacidad para hacer frente a los cambios demográficos y económicos futuros.
- Reforzar la relación entre cotizaciones y prestaciones, es decir, aumentar la contributividad y el grado de justicia actuarial del sistema.
- Realizar la redistribución interpersonal de manera más transparente¹.
- Crear un sistema que incentive el ahorro privado.

Detrás de las reformas de todos los países que implantaron sistemas de cuentas nocionales, existe la intención de solucionar problemas de sostenibilidad, contributividad, equidad, suficiencia y eficiencia del sistema público de pensiones.

De forma abreviada, tal y como exponen J. E. Devesa, Devesa, Domínguez, Encinas y Meneu (2017b), había múltiples razones para emprender la reforma, pero, sin duda, la causa fundamental era el temor a que el anterior sistema condujera a una situación con un nivel de gastos en pensiones imposible de asumir o que impidiera mantener el gasto en los otros pilares del estado de bienestar, como educación, sanidad, servicios sociales o dependencia.

En este estudio vamos a revisar las principales características de los sistemas de cuentas nocionales, si bien hemos creído conveniente, para comenzar, explicar las diferencias entre los distintos sistemas de financiación, así como analizar una serie de elementos que

¹ En este sentido es importante destacar la recomendación de Cichon (1999) de que los elementos redistributivos deben ser explícitos y estar sometidos a procesos específicos de adopción de decisiones políticas.

consideramos que son necesarios para un mejor entendimiento de la estructura general de los sistemas de pensiones.

La estructura de este trabajo es la siguiente. En el segundo epígrafe se analizan los diferentes elementos que configuran los sistemas de pensiones, con la finalidad de poder comparar sus diferentes características. En el tercero se discuten las principales características de los sistemas de cuentas nocionales individuales. El epígrafe cuarto muestra los resultados de la introducción de un sistema de cuentas nocionales en España utilizando dos métodos, uno basado en los datos de la Muestra continua de vidas laborales y otro aplicado a individuos tipo o teóricos. El último epígrafe presenta las principales conclusiones de este estudio, que finaliza con las referencias bibliográficas.

2. Principales elementos de los sistemas de pensiones

En este epígrafe se van a analizar los sistemas de pensiones, pasando revista a los principales elementos que los configuran, entre los que destacamos los sistemas financiero-actuariales de financiación; las obligaciones estipuladas; y otro bloque que incluye, entre otros, elementos redistributivos, la naturaleza de los ingresos y gastos.

2.1. Los sistemas financiero-actuariales de financiación

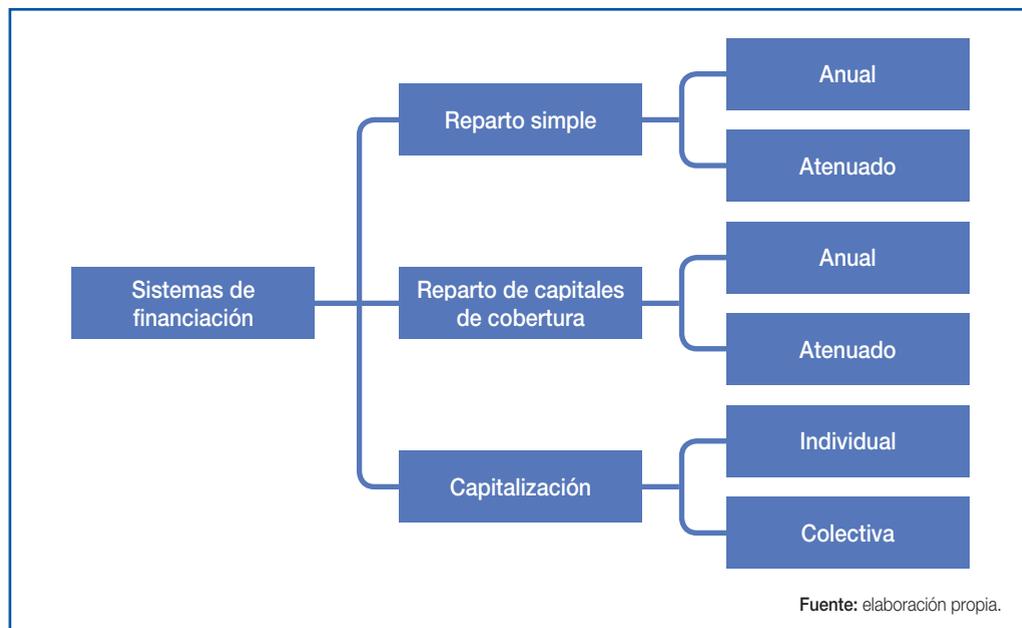
Los sistemas financiero-actuariales aparecen inicialmente para dar respuesta a las preguntas de cómo financiar y cómo valorar los denominados «seguros de vejez». Como el antiguo proceso de simple acumulación o almacenamiento de la producción en los años de vida activa, para su disfrute en la vejez, no es posible ni eficiente en la actualidad, se ha hecho necesaria la utilización de los diferentes sistemas. Es decir, el método por el que se ha optado ha sido el de adquirir unos derechos sobre la producción futura, ya que es mucho más eficiente y, además, permite acceder a bienes no almacenables, como los servicios médicos, asistenciales, etc.

Con lo cual, el primer paso es enunciar lo que se entiende por un sistema financiero-actuarial, que, según Nieto y Vegas (1993), es un modelo matemático de naturaleza estocástica que permite establecer la equivalencia financiero-actuarial entre primas (aportaciones) y prestaciones (reembolsos) de un colectivo en un horizonte temporal determinado. Con esto se consigue que la suma actuarial de las prestaciones que se prevé que se van a conceder al colectivo sea equivalente a la suma actuarial de las aportaciones que se prevé que se van a recaudar.

Antes de continuar conviene aclarar el significado del término de «suma actuarial», que hace referencia a que la suma de cada uno de los conjuntos se realiza ajustando cada uno de los capitales por su probabilidad de ocurrencia y, además, hay que valorarlos financieramente en el mismo momento del tiempo, lo cual implica que hay que establecer un tipo de interés que recoja el precio del diferimiento de la disposición de dichos capitales.

Hay tres grandes métodos para financiar los sistemas de pensiones: reparto simple, reparto de capitales de cobertura y capitalización.

Esquema. Sistemas financiero-actuariales de financiación



Conviene puntualizar que, en un primer momento, el estudio de los distintos sistemas financiero-actuariales se va a abordar en su concepción pura, es decir, sin considerar cualquier tipo de intervención estatal que intente paliar las deficiencias presentadas por los sistemas. Esto nos permitirá aislar las características propias de cada sistema.

2.1.1. Sistema de reparto simple

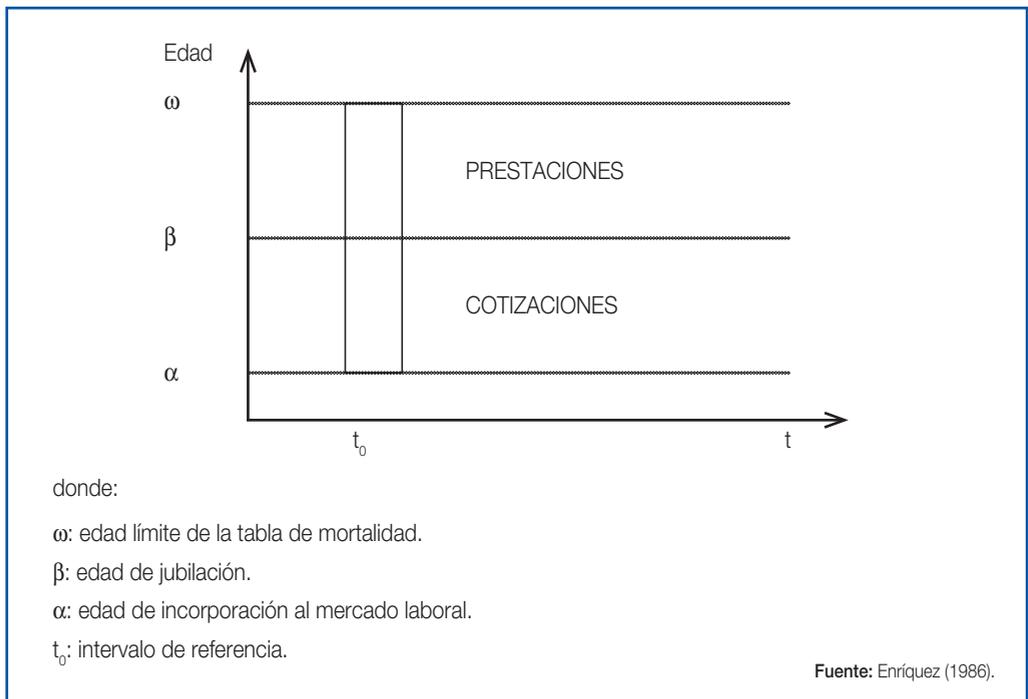
Como afirman Devesa y Vidal (2008), el reparto simple anual se basa en establecer la equivalencia entre las primas satisfechas en un año por todo el colectivo y las prestaciones de un año². En el caso de que el equilibrio entre primas y prestaciones se haga en un horizonte temporal más amplio, se le llama «reparto simple atenuado» o «de cuota media escalonada». La Seguridad Social española emplea, en general, el sistema de reparto simple anual.

² Algunos autores (Betzuén y Blanco, 1989) distinguen, además, entre reparto simple, cuando se definen *a priori* las aportaciones en función de los gastos esperados, y reparto puro, cuando los gastos se satisfacen a medida que se van produciendo.

Esto significa que la suma actuarial (valor actual actuarial) de las aportaciones durante un determinado plazo tiene que ser igual a la suma actuarial (valor actual actuarial) de las prestaciones pagadas durante ese mismo periodo.

También se puede decir que el sistema de reparto es, según Enríquez (1986), un método transversal en sentido demográfico, tanto para las cotizaciones como para las prestaciones, como aparece en el gráfico 1.

Gráfico 1. Estructura demográfica de los sistemas de reparto



El siguiente paso es conocer cuáles son las principales características, según Nieto y Vegas (1993), comunes a todos los sistemas puros de reparto anual:

- No genera reservas, puesto que la prima pagada corresponde a la prima natural, es decir, está destinada a pagar los siniestros de ese año. Esto es en teoría, pues posibles desviaciones darían lugar a superávit o déficit de caja.
- Se basa en una transferencia íntegra de los recursos de los activos a los pasivos.
- Financieramente, este sistema no garantiza *a priori* sus pensiones a los pasivos, ni a los activos sus futuras pensiones, ya que dependen de la existencia de una

realimentación del colectivo adecuada. Sin embargo, para dar credibilidad al sistema, en la práctica suelen estar garantizadas por el propio Estado, aunque las cuantías pueden ser distintas de las inicialmente previstas.

- Es muy sensible a la evolución demográfica de los activos, que puede llegar a hacer inviable el sistema.
- Su aplicación práctica exige la obligatoriedad en la afiliación al colectivo asegurado, o bien que sea la entidad o institución la que financie, en todo o en parte, el coste de las prestaciones.

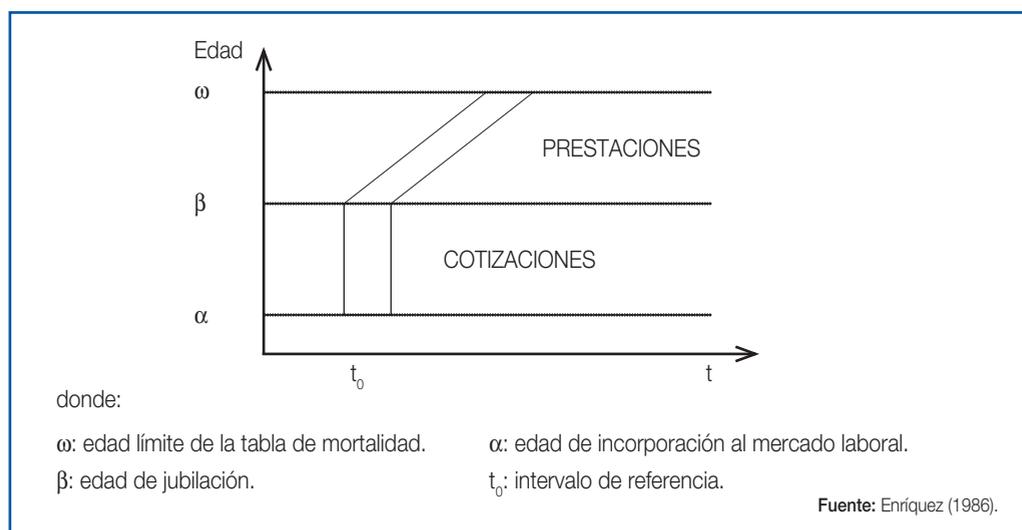
2.1.2. Sistema de reparto de capitales de cobertura

En este caso (Devesa y Vidal, 2008), el equilibrio es entre las primas pagadas por el colectivo en ese periodo y la suma actuarial (valor actual actuarial) de las prestaciones futuras, generadas en el mismo periodo de tiempo. El atenuado hace referencia a un horizonte temporal superior al año.

Dicho de otra forma, mediante el pago de una prima única (las cotizaciones cobradas durante un año) «se compra» una renta vitalicia (por ejemplo, una pensión de jubilación), solo para aquellos que empezarán a cobrar la prestación durante ese año.

También se puede decir, según Enríquez (1986), que el sistema de capitales de cobertura es un método transversal, en sentido demográfico, en cuanto a las cotizaciones, y longitudinal, para las prestaciones, como se puede ver en el gráfico 2.

Gráfico 2. Estructura demográfica de los sistemas de reparto de capitales de cobertura



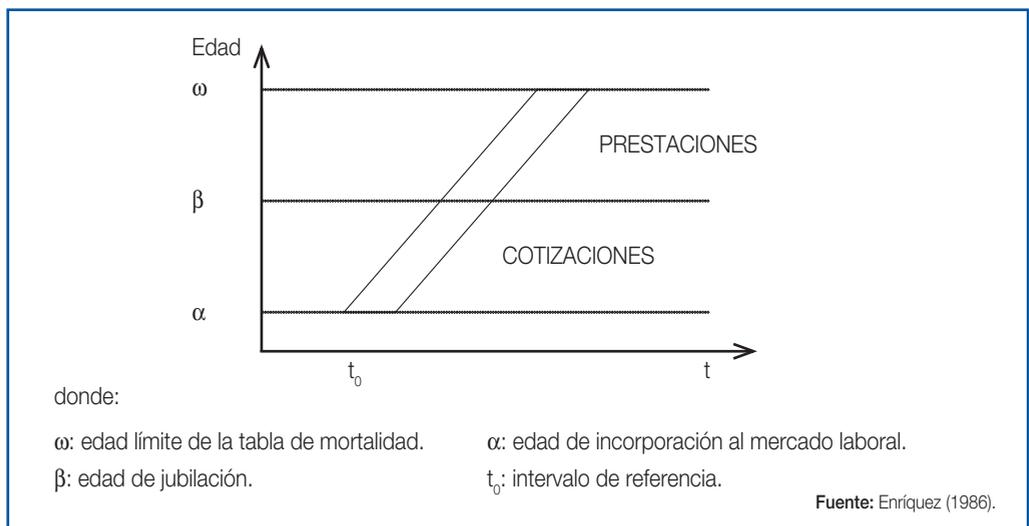
De forma abreviada, las principales diferencias respecto a un sistema puro de reparto anual (Nieto y Vegas, 1993) son: las aportaciones o primas de un periodo concreto no están directamente relacionadas con los pagos que realiza el sistema en ese periodo. Además, las aportaciones del periodo garantizan actuarialmente solo las prestaciones causadas en ese periodo, pero no las de otro anterior (puesto que estas ya deberían estar garantizadas). Sin embargo, el colectivo de activos no tiene garantizada ninguna prestación, ya que todas sus aportaciones sirven para garantizar las pensiones causadas. Esto significa que existe transferencia intergeneracional de los activos a los pasivos, lo cual exige para su aplicación práctica la obligatoriedad en la afiliación al colectivo o que la institución o la empresa financie, en todo o en parte, el coste de las prestaciones.

2.1.3. Sistema de capitalización

En este caso (Devesa y Vidal, 2008), este sistema se define como aquel en el que el equilibrio entre el valor de las primas y el valor de las prestaciones es de carácter actuarial. Hay dos tipos, la capitalización individual, donde el equilibrio se plantea individuo a individuo (con lo cual cada asegurado tendrá su correspondiente prima), y la capitalización colectiva, donde se aplica el principio de equivalencia a todo el conjunto o colectivo, es decir, se produce una «socialización» del riesgo dentro del colectivo, donde normalmente todos pagan la misma prima con independencia de su edad y tiempo en el colectivo.

También se puede decir, según Enríquez (1986), que el sistema de capitalización es un método longitudinal, en sentido demográfico, tanto para las cotizaciones como para las prestaciones, tal como queda representado en el gráfico 3.

Gráfico 3. Estructura demográfica de los sistemas de capitalización



Las principales características de los sistemas puros de capitalización individual (Nieto y Vegas, 1993) se pueden resumir de la siguiente forma: tiene una especial importancia la edad del partícipe, tanto desde el punto de vista actuarial, como desde el punto de vista de la acumulación de capital, quedando garantizadas actuarialmente las prestaciones futuras. Es un sistema autosuficiente, en el sentido de que no necesita la incorporación de nuevas personas al colectivo. Resulta un sistema «caro» cuando la edad del partícipe es elevada y se quiere garantizar una determinada pensión. No hay transferencia intergeneracional y no es necesaria la obligatoriedad de cotización para que pueda funcionar.

2.2. El criterio de las obligaciones estipuladas

Otro de los aspectos relevantes es la elección del tipo de sistema de pensiones según los compromisos estipulados, es decir, según se predeterminen las aportaciones o las prestaciones. De esta forma, tendremos:

- Sistemas de aportación definida, en los que la variable dependiente es la prestación, la cual se obtiene mediante un proceso de acumulación de las aportaciones y de sus rendimientos. Por lo tanto, la prestación está estrechamente relacionada con dichas aportaciones. Es una operación posdeterminada, ya que *a priori* no se conoce el tanto efectivo anual de valoración de los distintos periodos hasta el momento de la jubilación. Dicho de otra forma (Devesa y Domínguez, 2013), la suficiencia es la característica dependiente en este tipo de sistemas.
- Sistemas de prestación definida, en los que se precisa la cuantía de la prestación. En un sistema «estable», la variable dependiente debería ser la aportación. Según Devesa y Domínguez (2013):

En uno de reparto de prestación definida, la sostenibilidad es la variable que depende de las fórmulas que se utilicen para determinar la pensión inicial y la posterior revalorización de la misma. La suficiencia es, aparentemente, la variable independiente y solo se necesita elegir de forma adecuada el volumen de prestaciones necesario. La equidad también va a estar íntimamente relacionada con las reglas de acceso, cálculo de la pensión inicial, revalorización, etc. Es decir, con una multiplicidad de elementos que configuran las normas o reglas del sistema de pensiones.

2.3. Otros elementos: prestaciones contributivas, naturaleza de las cotizaciones, redistributividad

En este subepígrafe vamos a identificar y clarificar algunos de los elementos que también pueden incidir en la configuración de los sistemas de pensiones.

2.3.1. Prestaciones contributivas y no contributivas

La contributividad es un elemento que no está relacionado estrechamente con el sistema de financiación elegido, pero es interesante recoger sus implicaciones. Así, la Seguridad Social³ define las prestaciones contributivas como:

Prestaciones económicas y de duración indefinida, aunque no siempre, cuya concesión está generalmente supeditada a una previa relación jurídica con la Seguridad Social (acreditar un periodo mínimo de cotización en determinados casos), siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos. Su cuantía se determina en función de las aportaciones efectuadas por el trabajador y el empresario, si se trata de trabajadores por cuenta ajena, durante el periodo considerado a efectos de la base reguladora de la pensión de que se trate.

Mientras que las prestaciones no contributivas son definidas por la Seguridad Social como:

Prestaciones económicas que se reconocen a aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos suficientes para su subsistencia en los términos legalmente establecidos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo.

Según Gallego (2014):

El término deriva de la conocida clasificación de las prestaciones en «contributivas», cuando tienen como fundamento el pago previo de algún tipo de cotización o prima, y «no contributivas», que son las que se reciben sin necesidad de ese pago previo.

En este estudio nos vamos a centrar en la parte contributiva, que es la que está más relacionada con los sistemas de financiación analizados.

2.3.2. Fuentes de financiación

Otro elemento relacionado con este ámbito (J. E. Devesa, Devesa, Domínguez, Encinas y Meneu, 2017a) es el de las fuentes de financiación que deben acompañar a cada uno de los dos tipos de prestaciones. Así, el Pacto de Toledo es muy explícito, proponiendo, en su recomendación primera, la separación de las fuentes de financiación, de tal forma que las presta-

³ <http://www.seg-social.es/Internet_1/Pensionistas/Pensiones/ModalidadesClases/index.htm>.

ciones no contributivas y universales sean financiadas exclusivamente a través de la imposición general, con cargo a los presupuestos generales del Estado; mientras que la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependa básicamente de las cotizaciones sociales.

2.3.3. Naturaleza de las cotizaciones

No hay un único enfoque sobre la naturaleza de las cotizaciones sociales, si bien, desde el punto de vista hacendístico, se considera que son unos ingresos con contraprestación implícita y que debe existir una relación entre lo que se aporta y lo que se recibe. Además, las cotizaciones sociales también se pueden entender como salario diferido, lo cual se corrobora desde el punto de vista fiscal, ya que la pensión tiene la consideración de rendimiento del trabajo.

Esto, unido a lo comentado en el subepígrafe de contributividad, nos lleva a pronunciarnos en el sentido de que las cotizaciones deben servir, en su mayor parte, para atender la cobertura de las contingencias por las que cotizan los trabajadores.

2.3.4. Redistributividad

Según el diccionario de la Real Academia, «redistributivo» es: «En relación con las políticas públicas, que procura el reparto más igualitario de la riqueza nacional».

La redistributividad es un elemento complejo, porque, en algunos casos, va en sentido contrario al deseable, es decir, favoreciendo a los que menos lo necesitan. Se podría hablar, en este caso, de redistribución «negativa», frente a una redistribución «positiva», que sí que favorecería a los de menores ingresos.

Centrándonos en el caso de las pensiones, una de las formas de definirlo es en sentido contrario al concepto de «equidad financiera» o «actuarial». Es decir, existe redistribución cuando no existe equidad respecto a algún aspecto del sistema.

Sin ánimo de ser exhaustivos, se podría clasificar el impacto redistributivo en tres grupos:

- En algunos casos, esta falta de equidad (redistributividad) no solo es deseable, sino que es socialmente exigible. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al trato actuarialmente favorable del cálculo de la pensión de jubilación para las mujeres, debido a que su mayor esperanza de vida no se traduce en una menor pensión inicial. Podemos decir que, en este caso, se da una redistribución en sentido positivo.
- En otros casos, sí que es más fácil de analizar su impacto redistributivo «positivo». Aquí se incluiría la pensión mínima, el complemento por maternidad (*vid.* Sentencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, C-450/18), etc. Se favorece a las mujeres con dos o más hijos y a todos los pensionistas con menores ingresos.

- En otros, actúa de forma indiscriminada sobre los individuos, sin tener en cuenta si existe una verdadera redistribución «positiva». Estamos refiriéndonos a la penalización por jubilación anticipada, la bonificación por retrasarla, el número de años para calcular la base reguladora. En este caso, se perjudica «actuarialmente» a determinados individuos frente a los que se jubilan a la edad ordinaria o a otros que han acumulado mayores bases de cotización en los últimos años de su carrera laboral.

Independientemente del grupo en el que se encuentre encuadrada, cada una de estas medidas puede aplicarse en los distintos sistemas de pensiones, si bien en algunos es más difícil que en otros por su propia idiosincrasia.

3. Características de los sistemas de cuentas nocionales individuales⁴

Un sistema de cuentas nocionales es una forma especial de designar a los sistemas de pensiones basados en el sistema financiero de reparto y que, además, es de aportación definida. Tiene bastantes similitudes con el actual sistema español, en cuanto que es de reparto, siendo la diferencia fundamental que el actual es de prestación definida.

Además, no hay que confundir el sistema de cuentas nocionales con el de capitalización, ya que solo guardan relación en el sentido de que ambos utilizan herramientas financiero-actuariales similares; por ejemplo, la capitalización financiera de las aportaciones efectuadas, y la ecuación de equivalencia actuarial entre las aportaciones realizadas por el cotizante y las prestaciones que recibirá dicho cotizante a partir de su jubilación.

Para poder conocer la pensión que corresponderá a cada individuo, primero, se tendrá que calcular el fondo acumulado, como consecuencia tanto de las cotizaciones efectuadas por el individuo, como de los rendimientos teóricos (virtuales o ficticios) hasta el momento de su jubilación; y, posteriormente, habrá que utilizar un factor de conversión –de carácter actuarial– para transformar ese fondo acumulado en la cuantía de la renta vitalicia que le corresponda.

Los elementos que hay que tener en cuenta para llevar a cabo todo el proceso descrito anteriormente son los siguientes:

⁴ Para el desarrollo de este epígrafe se han seguido los trabajos de Devesa *et al.* (2017b) y Devesa y Doménech (2019).

- El tipo de cotización, que, aplicado sobre la base de cotización, nos informará de la aportación realmente efectuada en un mes cualquiera. Es un elemento clave, puesto que, en este sistema, se tienen en cuenta las cotizaciones realmente efectuadas y no solo, como ocurre en un sistema de prestación definida, las bases de cotización⁵. Esto supone que un incremento del tipo de cotización durante toda la carrera laboral se traslada de manera totalmente proporcional a la cuantía de la pensión calculada mediante cuentas nocionales, pero no supondría ninguna modificación en la pensión si el sistema fuera como el español.
- El tanto nocional sirve para capitalizar las cotizaciones efectuadas. También es un elemento fundamental debido a que los largos periodos de pago de las cotizaciones generan valores mucho mayores en plazos de tiempo elevados, porque los rendimientos generan, a su vez, nuevos rendimientos (capitalización compuesta). Dicho tanto nocional puede ser algún tipo de índice: la tasa de crecimiento del producto interior bruto (PIB), de los salarios medios, de los ingresos por cotizaciones, etc.⁶. En todo caso, el tanto nocional debería situarse como máximo en el crecimiento del PIB nominal, para que se cumpla el principio de sostenibilidad financiera de los sistemas de transferencias intergeneracionales, enunciado por Samuelson (1958).
- El fondo nocional es la suma de todas las cotizaciones efectuadas al sistema más los rendimientos ficticios calculados con el tanto nocional fijado. El proceso efectuado hasta este momento, es decir, hasta el cálculo del fondo nocional acumulado, es virtual, en el sentido de que solo ha habido una serie de anotaciones contables en una cuenta, pero no hay una masa monetaria que lo respalde. Esto es consecuencia de que el sistema sigue siendo de reparto y no de capitalización.
- El factor de conversión es el elemento que permite transformar el fondo nocional en la cuantía de la pensión inicial. Justo en este momento, el proceso deja de ser virtual y se transforma en real, porque, ahora, el fondo acumulado sí que se convierte en una cuantía real: la pensión que va a recibir inicialmente el nuevo jubilado. Para que se cumpla la filosofía nocional, este factor de conversión debe ser una herramienta actuarial, es decir, debe tener en cuenta las probabilidades de supervivencia de la cohorte del nuevo pensionista, la posible revalorización de la pensión, el carácter vitalicio de la misma, el tipo de interés utilizado para la valoración. En algunos casos, todo lo anterior se sustituye por la esperanza de vida

⁵ En los últimos años ha habido un debate en cuanto a si el factor de sostenibilidad introducido en la Ley 27/2011 y regulado en la Ley 23/2013 significaba un paso hacia un sistema de cuentas nocionales. La respuesta es no, y uno de los argumentos más evidentes es que el actual sistema español sigue sin tener en cuenta las cotizaciones y solo considera las bases de cotización. El otro argumento es la utilización de un factor actuarial para convertir el fondo acumulado en la pensión inicial, lo cual no ocurre en el actual sistema de pensiones.

⁶ Un análisis más amplio de esta problemática se puede ver en Vidal, Domínguez y Devesa (2006).

de la cohorte, si bien este valor es una simplificación de todos los elementos anteriormente mencionados. En este sentido, Devesa y Doménech (2019) afirman que el factor actuarial de conversión debe satisfacer dos criterios:

- a) El equilibrio actuarial, que se satisface teniendo en cuenta de alguna manera la esperanza de vida en el momento de la jubilación.
- b) El equilibrio financiero, que se satisface teniendo en cuenta las proyecciones de crecimiento económico y demográfico que determinan los ingresos por cotizaciones con los que se financian las pensiones.

El siguiente paso es analizar las principales ventajas e inconvenientes que presentan los sistemas de reparto de cuentas nocionales de aportación definida.

Entre los aspectos positivos de este sistema, cabe destacar:

- Aumento de la equidad actuarial.
- Incremento de la contributividad. Un mayor esfuerzo durante la época activa se ha de transformar en unas pensiones proporcionalmente más elevadas. Esto podría dar lugar a un mayor incentivo a retrasar la edad de jubilación para aquellos individuos con un nivel más bajo de cotizaciones.
- Mejora de la equidad intergeneracional. Teóricamente, en este sistema no habría que cambiar las reglas de juego (parámetros del sistema, condiciones de acceso, edad de jubilación), lo que junto con la utilización de un factor de conversión que recoja los cambios en la esperanza de vida haría que las distintas cohortes tengan un tanto interno de rendimiento parecido.
- Aumento de la equidad intrageneracional. La mejora proviene del hecho de que la corrección por adelantar o retrasar la edad de jubilación de individuos de la misma generación responde a un criterio actuarial y no a una regla, como ocurre en el sistema español actual, donde se penaliza mucho el adelanto y se beneficia poco el retraso de la edad de jubilación, con lo cual la edad óptima de jubilación es la edad ordinaria.
- Sostenibilidad actuarial del sistema. La aplicación de una ecuación de equivalencia actuarial entre las aportaciones y las prestaciones proporciona un elevado grado de sostenibilidad actuarial, siempre que se cumplan las hipótesis asumidas.
- Mayor transparencia. Aunque son cuotas virtuales, en cualquier momento se puede saber la cuantía teórica acumulada por cada individuo, debido a que el índice utilizado para obtener los rendimientos debe ser conocido previamente. También es conocido el método para transformar el fondo virtual acumulado en la cuantía de la pensión inicial.

En cuanto a los elementos negativos:

- Sostenibilidad financiera. La sostenibilidad actuarial no garantiza la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que las prestaciones de cada año se pagan con las aportaciones de ese mismo periodo. Las cuentas nocionales de aportación definida siguen basándose, al igual que el sistema español actual, en un sistema de reparto, por lo que pueden presentarse situaciones con déficits de caja.
- Suficiencia. El hecho de que la cuantía de la pensión provenga de una ecuación de equivalencia actuarial puede hacer que dicha cuantía sea inferior a la proporcionada por el sistema anterior, pudiendo no cumplir el principio de suficiencia. Esta característica puede ser uno de los elementos negativos más importantes *a priori*, por lo que se debería realizar un amplio estudio cuantitativo antes de adoptar el sistema de cuentas nocionales. Pero, por otro lado, esto también es un signo de los problemas que puede tener el sistema actual. Todo esto puede paliarse mediante una adecuada política de pensiones mínimas.
- Solidaridad. El hecho de que algunos jubilados perciban pensiones más bajas con el nuevo sistema se podría entender como una falta de solidaridad. Sin embargo, de forma similar a lo que se hace en muchos sistemas, esto se puede corregir, y es lógico que así se haga, mediante el establecimiento de pensiones no contributivas, asistenciales o complementos a mínimos, financiados con impuestos.
- Transición. El proceso de transición desde el actual sistema de reparto de prestación definida al de cuentas nocionales puede suponer posibles desequilibrios entre distintos grupos de edad, según se decida de qué manera se lleve a cabo⁷.

En el modelo teórico de los sistemas de cuentas nocionales (Devesa y Doménech, 2019), la expresión que se utiliza para determinar la cuantía de la pensión inicial de jubilación, incluyendo la existencia de pensión mínima, es la siguiente:

$$P_{ej} = \sum_{t=ee}^{ej-1} c_t BC_t \prod_{t=ee}^{ej-1} (1+n_t) \frac{1}{f c_{ej}} = \frac{K_{ej}}{f c_{ej}} \geq PMin_{ej}$$

donde P es la pensión inicial; ej , la edad de jubilación; ee , la edad de entrada en el mercado laboral; c , el tipo de cotización; BC , la base de cotización; n , la tasa nocional; f , el factor de conversión; K , el capital nocional acumulado en el momento de la jubilación; y $PMin$, la

⁷ Un análisis detallado de la transición se puede ver en Devesa y Doménech (2019).

pensión mínima. Esta expresión indica que, excepto que no se alcance una cuantía mínima, la pensión inicial es el resultado de dividir todas las cotizaciones realizadas a lo largo de la carrera laboral, convenientemente capitalizadas hasta el momento de jubilación, por un factor de conversión. Este factor debe tener en cuenta la esperanza de vida y también es factible añadir la revalorización prevista de las pensiones del sistema, por ejemplo, el índice de precios de consumo (IPC), con la finalidad de que se garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión.

Por lo tanto, si las contribuciones realizadas a lo largo de la carrera laboral dan lugar a una pensión inicial contributiva inferior a la mínima, se aplica esta última.

Para poder comparar la diferencia entre los dos sistemas, vamos a exponer una fórmula simplificada para el cálculo de la pensión en el sistema español cuando termine el periodo transitorio de la Ley 27/2011:

$$P_{x_j} = \frac{\left[\sum_{t=x_j-300}^{x_j-25} BC_t \prod_{i=t}^{x_j-25} (1 + IPC_i) + \sum_{t=x_j-24}^{x_j-1} BC_t \right] \times (C_{AC} + C_{RET}) \times (1 - C_{ANT}) \times (1 + C_{MAT}) \times FS}{25 \times 14}$$

donde, IPC_i es el índice de precios de consumo del periodo i ; C_{AC} , el coeficiente por años cotizados; C_{RET} , el coeficiente por retrasar la edad de jubilación; C_{ANT} , el coeficiente por anticipar la edad de jubilación; C_{MAT} , el coeficiente por maternidad. Además, también se aplica, aunque con excepciones, una cuantía mínima como pensión inicial.

En la tabla 1 se puede ver un resumen de las principales diferencias entre ambos sistemas, respecto del aumento de una serie de variables.

Tabla 1. Efectos sobre la pensión inicial y sobre la sostenibilidad del sistema actual y el de cuentas nocionales

Aumento de	Sistema actual	Cuentas nocionales
Tipo de cotización	No afecta a la pensión inicial. Mejora la sostenibilidad financiera y la actuarial.	Sí afecta directamente a la pensión inicial. Mejora la sostenibilidad financiera a corto plazo. No mejora la sostenibilidad actuarial.

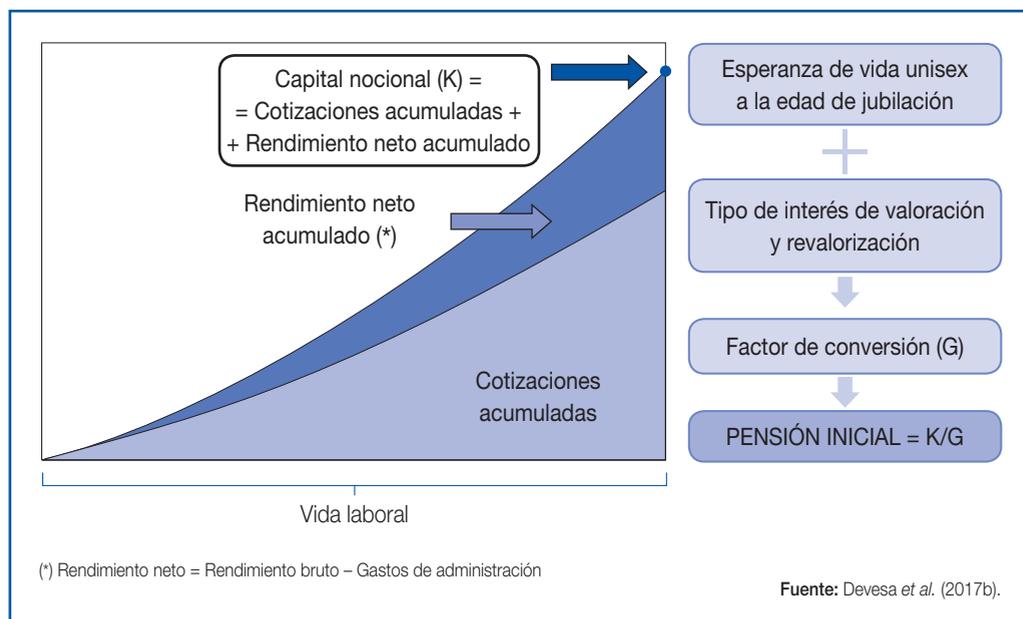


Aumento de	Sistema actual	Cuentas nocionales
Bases de cotización	<p>Afecta a la pensión inicial si corresponden al periodo de cálculo de la pensión (últimos 25 años a partir de 2022).</p> <p>Mejora la sostenibilidad financiera a corto plazo.</p> <p>Puede mejorar la sostenibilidad actuarial.</p>	<p>Sí afecta directamente a la pensión inicial.</p> <p>Mejora la sostenibilidad financiera a corto plazo.</p> <p>No mejora la sostenibilidad actuarial.</p>
Edad de jubilación	<p>Normalmente afecta a la pensión inicial.</p> <p>Mejora la sostenibilidad financiera a corto plazo.</p> <p>Puede mejorar la sostenibilidad actuarial.</p>	<p>Sí afecta directamente a la pensión inicial.</p> <p>Mejora la sostenibilidad financiera a corto plazo.</p> <p>No mejora la sostenibilidad actuarial.</p>

Fuente: Devesa et al. (2017b).

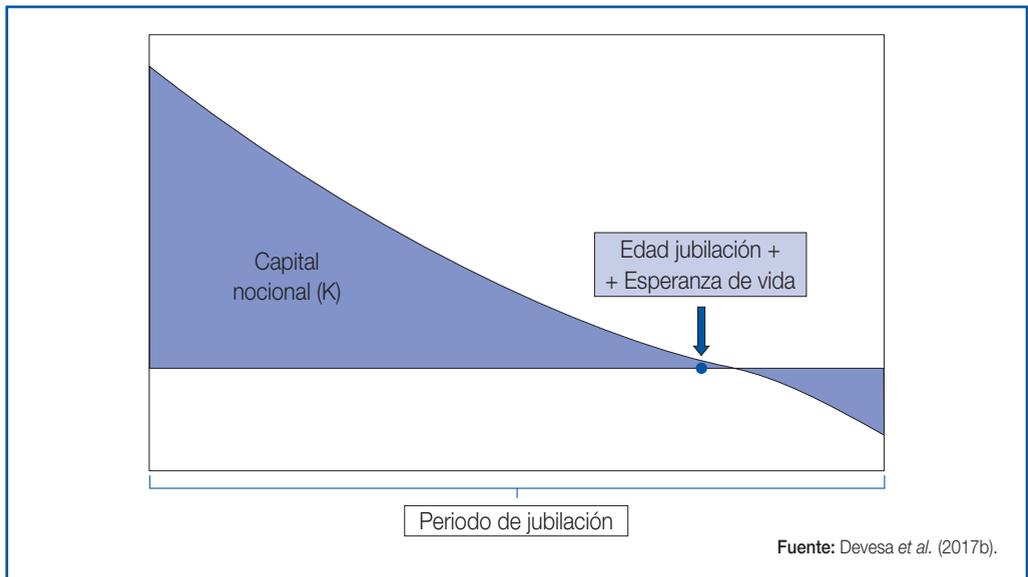
En el gráfico 4 se representa la fase de acumulación del capital nocional durante la vida laboral del trabajador. Cuando se alcanza la edad de jubilación, el capital nocional acumulado se transforma en una renta vitalicia mediante la aplicación del factor de conversión.

Gráfico 4. Esquema de acumulación de las cuentas nocionales



En el gráfico 5 se aprecia el proceso de desaccumulación una vez calculada la pensión inicial. El capital nacional va disminuyendo a medida que se van cobrando las sucesivas pensiones. Si se utiliza la esperanza de vida como factor de conversión, al transcurrir el plazo de la esperanza de vida, teóricamente se habría agotado el capital nacional, sin embargo, se seguirán cobrando pensiones hasta el fallecimiento del jubilado. La Seguridad Social actuaría, en este caso, como asegurador de las desviaciones respecto a la media (esperanza de vida). Por otro lado, si el pensionista falleciera antes de que transcurriera el plazo de su esperanza de vida y no se utilizara la totalidad del capital nacional para pensiones de muerte y supervivencia a favor de sus beneficiarios (viudedad, orfandad, favor familiar), entonces el capital nacional restante pasaría a formar parte del fondo o patrimonio de la Seguridad Social.

Gráfico 5. Esquema de desaccumulación de las cuentas nacionales



4. La aplicación del sistema de cuentas nacionales al caso español

En este epígrafe se va a realizar un análisis del impacto que podría tener sobre el sistema de pensiones español la implantación de un sistema de cuentas nacionales individuales.

Se va a utilizar como base el artículo de Devesa *et al.* (2017b), en el que, a su vez, se llevan a cabo dos tipos de estudios, uno basado en la Muestra continua de vidas laborales (MCVL) y otro a partir de individuos representativos.

4.1. Resultados a partir de la MCVL

La base de datos utilizada ha sido la MCVL de 2014. Se ha partido de unas hipótesis iniciales, de las que entresacamos las siguientes:

- El número inicial de altas de jubilación de la MCVL de 2014 es de 11.816. Se ha eliminado un total de 3.321 individuos porque les faltaban datos esenciales o por pertenecer a determinados grupos, como jubilación parcial, haber cotizado también fuera de España.
- Para el IPC anterior a 2015 se han tomado los datos históricos y para los valores futuros se ha utilizado el 1,5 %.
- El tipo de cotización aplicado para jubilación se ha considerado constante durante todo el periodo de estudio (es decir, estamos suponiendo que es el tipo de cotización de equilibrio del sistema) y ha sido del 16,27 %, obtenido al aplicar al 28,3 % (tipo de cotización para el conjunto de contingencias comunes en el régimen general) la proporción que los gastos de jubilación suponen sobre el total de gastos en pensiones (57,5 %).
- La tabla de mortalidad-supervivencia utilizada para el factor de conversión ha sido la de jubilados de la Seguridad Social. Se ha trabajado con tres valores para el factor: a) la esperanza de vida correspondiente a la edad de jubilación de cada individuo, a la que se denomina «esperanza de vida»; b) el valor actual de una renta vitalicia, con tipo de interés de valoración del 2 % y revalorizable un 0,25 %, al que denominamos «valor máximo»; c) el promedio de distintos valores actuales de rentas vitalicias, con diferentes tipos de interés y distintas revalorizaciones, al que denominamos «valor promedio».
- Para la revalorización anual de las pensiones se ha tomado una estimación del IRP, fluctuando entre el 0,25 % (mínimo según la normativa vigente) y un máximo de 0,56 % en 2020.
- El tanto notional aplicado se ha basado en la variación del PIB nominal, utilizando tres series de datos: a) la variación del PIB nominal de cada año; b) la media móvil quinquenal; c) un único valor para todos los años, obtenido como el valor promedio de la variación del PIB nominal de todo el plazo de estudio 1961-2014.

En el cuadro siguiente se exponen las variables aplicadas para los datos que se muestran en la tabla 2.

Elemento	Sistema actual (SA)	Cuentas nocionales (CN)
Complemento a mínimos	Con complemento	Con complemento
Tope pensión máxima	Con tope	Con tope
Tipo de cotización	No le afecta	16,27 %
Tabla de mortalidad	Jubilados Seguridad Social	Jubilados Seguridad Social
Tanto nocional	No le afecta	Variación anual del PIB nominal
Factor de conversión (FC)	No le afecta	Promedio, máximo y esperanza de vida (e_x)

Tabla 2. Pensión con complemento a mínimos. Con tope pensión máxima. PIB anual y tabla de mortalidad de la Seguridad Social

Variable	SA	FC = Promedio		FC = Máximo		FC = e_x	
		CN	CN/SA	CN	CN/SA	CN	CN/SA
Fondo nocional promedio	-	163.605	-	163.605	-	163.605	-
Factor conversión promedio	-	19,57	-	17,07	-	20,66	-
Pensión media mensual altas 2014	1.261,72	739,46	58,61 %	807,52	64 %	715,71	56,73 %
N.º pensión, donde: Pensión SA > Pensión CN	-	8.033	94,56 %*	7.805	91,88 %*	8.090	95,23 %*
TIR	3,69 %	2,0017 %	54,27 %	2,2835 %	61,91 %	1,8977 %	51,45 %
Tasa reemplazo sobre base reguladora	88,19 %	-	-	-	-	-	-
Índice Gini pensiones	0,3010	0,2109	70,05 %	0,2356	78,28 %	0,2009	66,74 %
N.º pensiones con complemento de mínimos	1.552	5.716	368,3 %	5.223	336,53 %	5.883	379,06 %



Variable	SA	FC = Promedio		FC = Máximo		FC = e _x	
		CN	CN/SA	CN	CN/SA	CN	CN/SA
Pensiones con complemento de mínimos/Total (%)	18,27 %	67,29 %	368,3 %	61,48 %	336,53 %	69,25 %	379,06 %
Cuantía promedio complemento de mínimos	182,69	216,31	118,4 %	206,57	113,07 %	221,38	121,18 %

(*) Se ha calculado el porcentaje sobre el número total de pensiones.

Fuente: Devesa et al. (2017b).

A partir de la tabla 2 se pueden entresacar algunos comentarios. En el mejor caso, es decir, utilizando el factor de conversión que proporciona la pensión máxima en el sistema de cuentas nacionales, esta cuantía supondría un 64 % de la que se genera en el sistema actual. Más del 90 % de las pensiones con el sistema actual son superiores a las que se obtendrían con el de cuentas nacionales. El índice de Gini mejoraría al pasar a un sistema de cuentas nacionales, sobre todo como consecuencia de que se triplicaría el número de pensiones que recibirían la mínima.

Los resultados de la tabla 3 se han obtenido modificando el tanto nocional, utilizando los otros dos valores comentados anteriormente: la media quinquenal, por un lado, y el promedio del PIB nominal, por otro. Para no añadir mucha información se ha elegido como factor de conversión el que genera pensiones máximas. Las variables concretas utilizadas se encuentran en el cuadro siguiente:

Elemento	Sistema actual (SA)	Cuentas nacionales (CN)
Complemento a mínimos	Con complemento	Con complemento
Tope pensión máxima	Con tope	Con tope
Tipo de cotización	No le afecta	16,27 %
Tabla de mortalidad	Jubilados Seguridad Social	Jubilados Seguridad Social
Tanto nocional	No le afecta	Media móvil quinquenal y promedio del PIB nominal
Factor de conversión (FC)	No le afecta	Máximo

Tabla 3. Con complemento a mínimos. Con tope pensión máxima. PIB quinquenal y PIB promedio anual. Tabla de mortalidad jubilados de la Seguridad Social

Variable	SA	PIB anual		PIB quinquenal		PIB promedio anual	
		CN	CN	CN/CN anual	CN	CN/CN anual	
Fondo nocional promedio	-	163.605	177.822	108,7 %	243.468	148,8 %	
Factor conversión promedio	-	17,07	17,07	100%	17,07	100%	
Pensión media mensual altas 2014	1.261,72	807,52	855,62	106%	1.082,19	134%	
N.º pensión, donde: Pensión SA > Pensión CN		7.805	7.616	97,6%	6.196	79,4%	
TIR	3,69 %	2,284 %	2,47 %	108,2 %	3,21 %	140,6 %	
N.º pensiones con complemento de mínimos	1.552	5.223	4.933	94,4%	3.785	72,5%	
Pensiones con complemento de mínimos/Total (%)	18,27 %	61,48 %	58,07 %	94,5%	44,56 %	72,5%	
Cuantía promedio complemento de mínimos	182,69	206,57	200,95	97,3%	179,76	87%	

Nota. Todos los porcentajes de variación están calculados respecto de los resultados de cuentas nocionales con PIB anual.

Fuente: Devesa *et al.* (2017b) y elaboración propia.

Con los datos de la tabla 3 se pueden extraer las siguientes conclusiones: el tanto nocional utilizado es sumamente importante, ya que, incluso utilizando como referencia el PIB nominal, se aprecia que la utilización de un PIB promedio genera un fondo nocional promedio de casi un 50 % superior al resultado base (PIB anual)⁸. Algo menor es el crecimiento

⁸ En este caso se debe a dos circunstancias: a que el PIB nominal tiene una tendencia decreciente durante todo el plazo y al mayor peso del tanto nocional de los años próximos a la fecha de valoración, 2014, ya que la mayor parte de las cotizaciones tienen que capitalizarse utilizando el tanto nocional de estos últimos periodos.

de la pensión inicial, un 34 %, respecto del escenario base, debido al efecto de la pensión mínima; es decir, en este último caso, solo un 72,5 % de las pensiones, respecto del caso base de cuentas nocionales, necesita un complemento a mínimos. También se aprecia una importante mejora del tanto interno de rendimiento (TIR), concretamente del 40,6 %, al pasar de un 2,28 % en el caso base a un 3,21 %. La diferencia es menor en el caso de que utilizemos como tanto nocional el PIB quinquenal, pues el fondo nocional solo crecería un 8,7 %, la pensión inicial solo un 6 % y el TIR un 8,2 %.

Como parece obvio, la utilización de tantos nocionales diferentes al PIB nominal aún podría generar mayores diferencias. Al respecto puede consultarse el trabajo de Vidal *et al.* (2006).

Otra alternativa que se va a analizar es la de calcular cuál tendría que ser el tipo de cotización de la contingencia de jubilación para conseguir que el sistema de cuentas nocionales (con el factor que genera la pensión máxima) proporcione la misma pensión media que el sistema actual. El resultado indica que tendría que pasar del 16,27 % actual a un 29,63 %.

4.2. Resultados a partir de individuos tipo⁹

En este subepígrafe se calcula la pensión inicial bajo el sistema de cuentas nocionales para un conjunto de individuos teóricos y se compara con la pensión inicial bajo el sistema actual.

El resultado de esta comparación depende tanto de características individuales (edad de jubilación, años cotizados y nivel de las bases de cotización), como de los parámetros del sistema de pensiones, como del sistema de cuentas nocionales (tipo de cotización, tanto nocional en la fase activa y pasiva, revalorización y tablas de mortalidad elegidas para el cálculo del factor de conversión).

Los cálculos de la pensión inicial bajo el sistema actual se realizan aplicando los parámetros de 2027, es decir, cuando el periodo transitorio de la Ley 27/2011 haya finalizado. La pensión inicial se acota entre la mínima y la máxima.

Las hipótesis asumidas para los cálculos son las siguientes:

- La pensión inicial bajo el sistema de cuentas nocionales se calcula con la tasa media interanual del PIB nominal en el periodo 1978-2016 (7,382 %).
- El tipo de cotización para la contingencia de jubilación es del 16,27 %.

⁹ Este subepígrafe está basado en Devesa *et al.* (2017b).

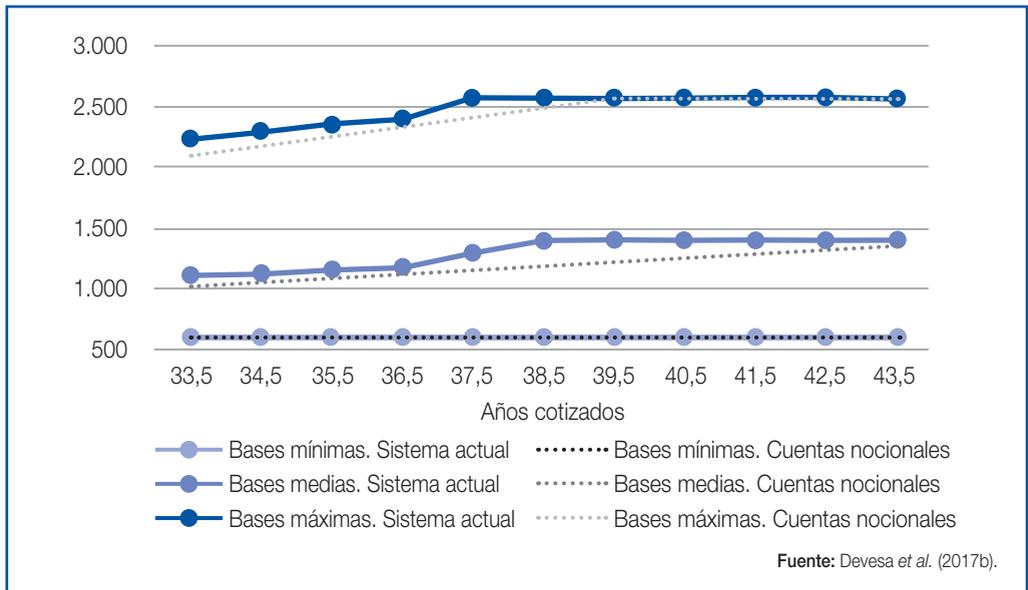
- El tanto nocional es del 2 %, la revalorización de las pensiones es del 0,25 % y las tablas de mortalidad son las dinámicas de jubilados de la Seguridad Social.
- La pensión inicial se acota entre la mínima y la máxima.

Por otro lado, las características personales de los individuos teóricos son las siguientes:

- Perfiles de bases de cotización: bases de cotización mínimas, medias y máximas del régimen general. Datos históricos desde 1979 hasta 2017.
- Años cotizados: entre 33,5 y 43,5 años.
- Edad de jubilación: entre 63 y 70 años.

En el gráfico 6 se compara la pensión inicial bajo ambos sistemas según años cotizados y para una edad de jubilación de 65 años. Las líneas superiores corresponden a un individuo con bases máximas; las centrales, con bases medias; y las inferiores, con bases mínimas. La línea continua se refiere a la pensión bajo el sistema actual y la discontinua, bajo el sistema de cuentas nocionales.

Gráfico 6. Pensión inicial bajo ambos sistemas según años cotizados. Edad de jubilación de 65 años

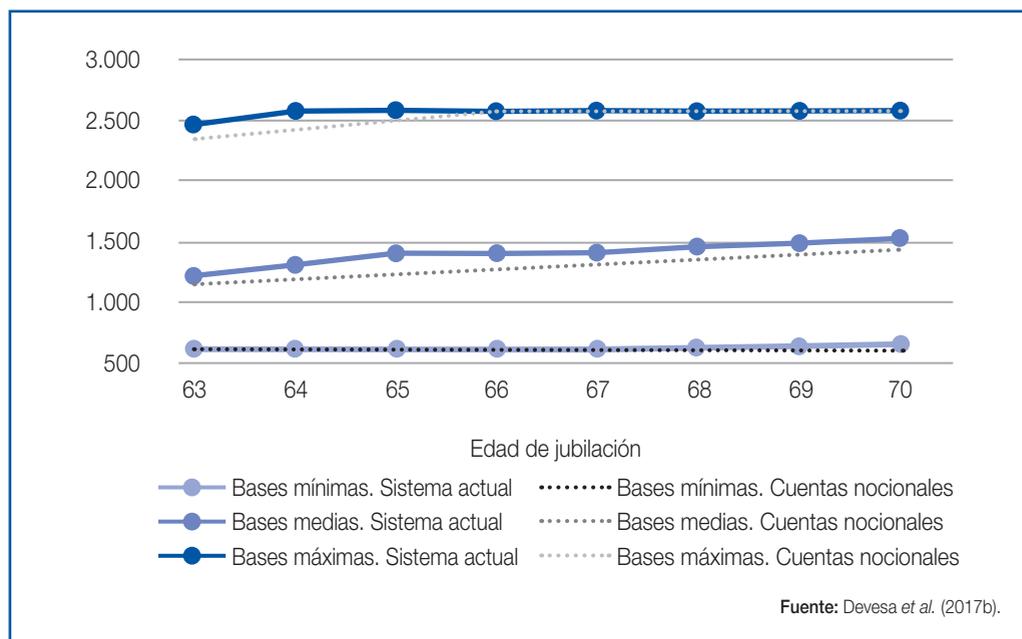


Se observa que para bases mínimas no hay diferencias, porque actúa la pensión mínima en ambos sistemas. Para bases medias, la pensión con cuentas nocionales llega a ser

un 13,9 % inferior con una carrera laboral de 38,5 años. Con bases máximas no hay diferencias en el caso de carreras laborales largas, porque actúa la pensión máxima, y para carreras laborales más cortas, por debajo de 38,5 años, las diferencias son muy pequeñas.

En el gráfico 7 se compara la pensión inicial bajo ambos sistemas según edad de jubilación y para una carrera laboral de 38,5 años.

Gráfico 7. Pensión inicial bajo ambos sistemas según edad de jubilación. Con 38,5 años cotizados



En este caso, la máxima diferencia entre ambos sistemas con bases medias de cotización vuelve a encontrarse para el individuo con edad de jubilación de 65 años.

En definitiva, el individuo que, según el sistema actual, podría considerarse como referencia (38,5 años cotizados y 65 años de edad de jubilación) es el que más se ve afectado por el cambio de sistema: pérdida del 13,9 % de pensión, asumiendo el resto de los parámetros considerados. Ello demuestra, una vez más, que este es el individuo mejor tratado por el sistema actual respecto de lo que sería un sistema justo desde el punto de vista actuarial y contributivo.

La información de los anteriores gráficos se completa con la tabla 4, donde se muestra la variación en la pensión inicial para nueve individuos teóricos según edad de jubilación y años cotizados.

Tabla 4. Variación en la pensión inicial para nueve individuos teóricos: pensión con cuentas nocionales respecto a pensión con el sistema actual. Bases medias de cotización

Edad de jubilación	Años cotizados		
	33,5	38,5	43,5
63	5,2%	- 6,1%	3,7%
65	- 7,7%	- 13,9%	- 3,9%
67	- 15,9%	- 7,8%	- 4,9%

 Fuente: Devesa *et al.* (2017b).

En la tabla 4, un valor negativo muestra situaciones en las que el sistema actual trata mejor al individuo que el sistema de cuentas nocionales. Ello sucede con más notoriedad alrededor de las características del individuo de referencia: 38,5 años cotizados y 65 años de edad de jubilación. En general, con alguna excepción, al alejarse de estas características, el sistema de cuentas nocionales va recortando las diferencias e incluso llega en alguno de los casos a proporcionar una mayor pensión inicial (valor positivo en la tabla 4) en el caso de un individuo que se jubila a los 63 años con 33,5 años cotizados.

5. Conclusiones

El sistema de cuentas nocionales sigue estando basado en el reparto, por lo que sigue conservando muchas de las características del actual sistema español.

El sistema de cuentas nocionales daría lugar a un sistema más justo desde el punto de vista contributivo y actuarial que el sistema actual, ya que, en este último, el esfuerzo de cotización no se refleja de forma totalmente proporcional en la cuantía de la pensión (inequidad contributiva) y, además, la jubilación a edades distintas de la ordinaria no se corrige de forma actuarialmente justa (inequidad actuarial).

La introducción de un sistema de cuentas nocionales en España podría producir importantes efectos sobre la cuantía de la pensión inicial, pudiendo variar significativamente, en función de las hipótesis que se utilicen. En líneas generales, la pensión inicial podría estar entre un 45 % y un 85 % de la pensión actual, calculada bajo las condiciones de 2014, si bien podría ser superior respecto de la calculada tras el periodo transitorio de la reforma de 2011.

Se aprecia una gran variación según el valor que asignemos a los distintos parámetros relevantes del sistema de cuentas nocionales: el tanto nocional, el tipo de cotización y las

hipótesis que afectan al factor de conversión (tabla de mortalidad, tipo de interés de valoración y revalorización).

El sistema de cuentas nocionales permite añadir, al «contrato implícito» entre cotizantes y pensionistas, una revalorización explícita de las pensiones, por ejemplo, con el IPC esperado. Esto se puede conseguir mediante el ajuste del factor de conversión. Evidentemente, cuanto mayor sea el índice de revalorización elegido para las pensiones, menor será la pensión inicial que recibirá el futuro pensionista. En definitiva, la elección del factor de conversión no deja de ser una decisión política que puede modificar sustancialmente el importe de la pensión inicial.

Conviene recordar que, en el caso de cuentas nocionales, una variación en el tipo de cotización se traslada totalmente al fondo nocional y, por lo tanto, a la pensión inicial (en el caso de que no se aplique complemento a mínimos ni se tope la pensión máxima), pero no ocurre así en el sistema actual, puesto que el tipo de cotización no aparece en la fórmula de cálculo de la pensión inicial. Por tanto, la implantación de un sistema de cuentas nocionales debe ir acompañada de una decisión sobre el valor del tipo de cotización y su distribución entre empresa y trabajador, porque afecta al mercado laboral y al crecimiento futuro de la economía.

Además, si se quiere que el sistema de cuentas nocionales sea sostenible a largo plazo, el tanto nocional no debe superar el crecimiento del PIB nominal y, para suavizar el efecto del ciclo económico, sería conveniente tomar este dato en media interanual de un amplio periodo de tiempo.

A la vista de los datos de las cuantías de la pensión obtenidas con el nuevo sistema, el complemento a mínimos se manifiesta como un elemento esencial para tener en cuenta, porque afectaría a un elevado porcentaje de pensiones.

A pesar de todo lo anterior, conviene apuntar que el sistema de cuentas nocionales admite cualquier política redistributiva que se considere oportuna, como el complemento a mínimos, el complemento por maternidad, etc.

Referencias bibliográficas

- Betzuén Zalbidegoitia, A. y Blanco Ibarra, F. (1989). *Planes y fondos de pensiones. Su cálculo y valoración*. Bilbao: Deusto.
- Cichon, M. (1999). Notional defined-contribution schemes: Old wine in new bottles? *International Social Security Review*, 4(52), 87-105.
- Devesa Carpio, J. E. y Doménech Vilariño, R. (2019). Sostenibilidad y suficiencia. Las cuentas nocionales como un mecanismo de disciplina. En J. A. Herce San Miguel (Dir.), *Pensiones del futuro* (pp. 62-79). Madrid: Instituto santalucía.
- Devesa Carpio, J. E. y Domínguez Fabián, I. (2013). Sostenibilidad, suficiencia y equidad: más allá del factor de sostenibilidad. En J. A. Herce San Miguel (Dir.), *Pensiones: una reforma medular* (pp. 125-139). Madrid: Fundación de Estudios Financieros y Círculo de Empresarios.
- Devesa Carpio, J. E. y Vidal Meliá, C. (2008). Apuntes del curso «Técnicas de la Seguridad Social» [Documento inédito]. Universidad de Valencia.
- Devesa, J. E., Devesa, M., Domínguez, I., Encinas, B. y Meneu, R. (2017a). ¿Es posible mejorar la sostenibilidad financiero-actuarial de la Seguridad Social española? *Papeles de Economía*, 154, 232-247.
- Devesa, J. E., Devesa, M., Domínguez, I., Encinas, B. y Meneu, R. (2017b). La implantación de un sistema de cuentas nocionales en España: efectos sobre el sistema de Seguridad Social. Recuperado de <<https://goo.gl/yVYyAf>>.
- Enríquez de Salamanca Navarro, R. (1986). Combinación óptima de los métodos financieros de un sistema de pensiones. *Investigaciones Económicas (Segunda Época)*, 1(10), 127-140.
- Gallego Losada, R. (2014). El límite máximo de las pensiones públicas: generosidad y contributividad. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39.
- Könberg, B., Palmer, E. y Sunden, A. (2006). The NDC reform in Sweden: The 1994 legislation to the present. En R. Holzmann y E. Palmer (Eds.), *Pension reform: Issues and prospects for non-financial defined contribution (NDC) schemes* (pp. 449-466). Washington D. C.: The World Bank. Recuperado de <<https://goo.gl/ssfkpR>>.
- Nieto de Alba, U. y Vegas Asensio, J. (1993). *Matemática actuarial*. Madrid: Mapfre.
- Palmer, E. (2000). The Swedish pension reform model: Framework and issues. Recuperado de <<https://goo.gl/1rGAuH>>.
- Palmer, E. (2001). Swedish pension reform: How did it evolve and what does it mean for the future? En M. Feldstein y H. Siebert (Eds.), *Social Security pension reform in Europe* (pp. 171-210). Chicago: University of Chicago Press. Recuperado de <<https://goo.gl/uptRS7>>.
- Samuelson, P. A. (1958). An exact consumption-loan model of interest with or without the social contrivance of money. *The Journal of Political Economy*, 6(66), 467-482.
- Vidal, C., Domínguez, I. y Devesa, J. E. (2006). Subjective economic risk to beneficiaries in notional defined contribution accounts. *The Journal of Risk and Insurance*, 3(73), 489-515.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0



El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización

Raquel Aguilera Izquierdo

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid*

Extracto

Este estudio tiene por objeto analizar, desde el punto de vista laboral, los principios que regulan la protección de datos según la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, y el 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. Asimismo, se analizan los problemas que se plantean en la práctica entre el derecho a la protección de datos y el control empresarial en los supuestos de uso de cámaras de videovigilancia y de sistemas de geolocalización, con especial atención a lo dispuesto sobre esta materia por la jurisprudencia.

Palabras clave: protección de datos; control empresarial; videovigilancia; geolocalización.

Fecha de entrada: 11-06-2019 / Fecha de revisión: 05-12-2019 / Fecha de aceptación: 05-12-2019

Cómo citar: Aguilera Izquierdo, R. (2020). El derecho a la protección de datos en el ámbito laboral. Los sistemas de videovigilancia y geolocalización. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 93-134.





The right to data protection in the workplace. The video surveillance and geolocation systems

Raquel Aguilera Izquierdo

Abstract

The aim of this study is to analyze, from the labor point of view, the principles that regulate data protection according to the Organic Law 3/2018, of December 5, on the protection of personal data and the guarantee of digital rights, and the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Likewise, the problems that arise in practice between the right to data protection and business control in the cases of use of video surveillance cameras and geolocation systems are analyzed, with special attention to the provisions on this matter by the jurisprudence.

Keywords: data protection; business control; video surveillance; geolocation.

Citation: Aguilera Izquierdo, R. (2020). The right to data protection in the workplace. The video surveillance and geolocation systems. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 93-134.





Sumario

1. El ámbito de aplicación de la Ley orgánica de protección de datos y del Reglamento europeo 2016/679: los conceptos de fichero y de tratamiento y sus responsables
2. Principios de la protección de datos y derechos de las personas con especial incidencia en el ámbito laboral
 - 2.1. La exactitud de los datos
 - 2.2. El consentimiento y el deber de información
3. Control empresarial y protección de datos
 - 3.1. Videovigilancia y protección de datos
 - 3.1.1. Información general sobre la existencia de cámaras de videovigilancia. Situación anterior a la entrada en vigor de la LOPD/2018
 - 3.1.2. Cámaras ocultas
 - 3.1.3. El uso de dispositivos de videovigilancia y grabación en la LOPD/2018
4. Protección de datos y sistemas de geolocalización

Referencias bibliográficas

1. El ámbito de aplicación de la Ley orgánica de protección de datos y del Reglamento europeo 2016/679: los conceptos de fichero y de tratamiento y sus responsables

La protección de datos se concibe en nuestra Constitución como un instrumento de garantía de otros derechos fundamentales, la intimidad y el honor, pero también como un instituto que es en sí mismo un derecho o libertad fundamental¹. Nos encontramos, por tanto, ante un derecho fundamental específico que coexiste con la función de garantía instrumental de otros derechos.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos:

[...] consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.º).

En España:

[...] el proceso de construcción de un derecho fundamental a la protección de datos personales ha sido el resultado de la evolución de la doctrina constitucional que, en un juego sucesivo de adelantamientos sobre la acción legislativa, empieza a tutelar la protección frente al tratamiento automatizado de los datos al amparo del artículo 18.1 CE cuando el legislador no había cumplido, todavía, el mandato del artículo 18.4 CE, para luego adelantarse de nuevo a la acción legislativa proclamando un derecho fundamental específico en el año 2000 (Desdentado y Muñoz, 2012, p. 86).

Así, el derecho a la protección de datos se regula inicialmente por la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos. Como consecuencia de la aprobación de la Directiva 95/46/CE, la Ley 5/1992 fue derogada y sustituida por la Ley orgánica 15/1999, de 11 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD/1999).

¹ Hasta la publicación de la Sentencia 254/1993, el Tribunal Constitucional (TC) concebía la protección de datos como una función exclusivamente de garantía del derecho a la intimidad (véanse, SSTC 110/1984 y 142/1993).

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos², ha sido derogada por el 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD). Este reglamento pretende superar, con su eficacia directa, los obstáculos que han impedido lograr la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE. En efecto, la trasposición de la directiva por los Estados miembros ha dado lugar a una variada regulación normativa que ha provocado un tratamiento fragmentado de la protección de datos en el territorio de la Unión. Con la finalidad de terminar con esa dispersión, el reglamento revisa las bases legales del modelo europeo de protección.

Este reglamento es directamente aplicable en cada Estado miembro desde el 25 de mayo de 2018. Ahora bien, el reglamento concede un cierto margen de maniobra a los Estados y en determinadas materias requiere una legislación nacional de aplicación. De este modo, en nuestro país, la adaptación al RGPD ha provocado la aprobación de una nueva ley orgánica de protección de datos, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD/2018) (BOE de 6 de diciembre de 2018). El objeto de la nueva ley orgánica de protección de datos, según señala su artículo 1, es doble: adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD y garantizar los que la norma denomina «derechos digitales de la ciudadanía» conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución española (CE).

En consecuencia, el derecho a la protección de datos personales se ejercerá con arreglo a lo dispuesto en el RGPD y en esta ley orgánica. Así, a diferencia de la LOPD/1999, la nueva ley, al remitirse al reglamento comunitario, es mucho más concreta, de manera que, a efectos de definiciones o de determinar los principios rectores en esta materia, debemos remitirnos a lo dispuesto en dicho reglamento, pues la ley solo pretende completar sus disposiciones. Por otro lado, y como novedad, la ley incluye un capítulo específico, el capítulo X, dedicado a los denominados «derechos digitales», que fue introducido tras el debate a que durante más de 1 año fue sometido el proyecto de ley orgánica de protección de datos, de manera que en la primera versión del proyecto (publicada en el BOCG de 24 de noviembre de 2017) no se hacía ninguna referencia a dichos derechos. Este capítulo cobra una gran trascendencia desde el punto de vista laboral, pues, como analizaremos en el epígrafe 3, establece distintas reglas en relación con el control empresarial a través de las nuevas tecnologías, lo que venía siendo una demanda en los últimos años en búsqueda de una mayor seguridad jurídica en esta materia.

² La regulación europea se completa con el reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8).

El RGPD se aplica «al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero» (art. 2.1). Por datos de carácter personal se entiende cualquier información sobre una persona física identificada o identificable (art. 4.1). El concepto no puede ser más amplio y está integrado por dos elementos: a) el dato en sí, que es la información numérica, alfabética, gráfica... susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión, y b) la relación del dato con la persona física «entendida dicha relación no como necesaria identificación actual, sino como una posibilidad real de identificación» (Vizcaíno, 2001, p. 72)³. En este sentido, señala el artículo 4.1 del RGPD que:

[...] se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como, por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

El RGPD y la LOPD/2018, al igual que hacía la LOPD/1999, exigen para desplegar sus efectos protectores que estemos en presencia de datos de carácter personal. La jurisprudencia ha señalado que las opiniones y valoraciones que se realizan sobre una persona no son datos personales en el sentido expresado en la ley. Como se indica en la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2010:

El artículo 3 a) LOPD define los datos de carácter personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» y por información hemos de entender la puesta en conocimiento de hechos de naturaleza objetiva referidos a una persona pero no las opiniones o juicios que puedan realizarse sobre ella ya que estas opiniones o juicios conllevan siempre una estimación subjetiva y por tanto cuestionable.

El registro en el que se recoge y almacena el conjunto de datos que integra la información es el fichero y, por su parte, el tratamiento de datos es «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no» (art. 4 RGPD).

Es, por tanto, necesario que el dato se haya incorporado a un fichero de datos personales y que sea susceptible de tratamiento. La existencia de un «tratamiento» junto a la existencia de un «fichero», sea automatizado o no, es condición inexcusable para la aplicación de los principios de protección contenidos en el RGPD.

³ El artículo 3 a) de la LOPD/1999 entendía por datos de carácter personal cualquier información «concerniente a personas físicas identificadas o identificables», por tanto, las reflexiones que sobre este precepto han sido elaboradas por la doctrina siguen siendo válidas para la regulación actual.

No basta, sin embargo, la realización de una de las actuaciones señaladas en el reglamento en relación con datos personales para que esta norma despliegue sus efectos protectores y sus garantías y derechos del afectado. Es preciso algo más: que las actuaciones de recogida, estructuración, conservación, etc. se realicen de forma automatizada, o bien, si se realizan de forma manual, que los datos personales estén contenidos o destinados a un fichero. Todo fichero de datos exige para tener esta consideración una estructura u organización con arreglo a criterios determinados⁴. Por ello, el mero acúmulo de datos sin criterio alguno no podrá tener la consideración de fichero a los efectos de la ley y del reglamento.

Junto a los conceptos de fichero y de tratamiento, resulta necesario, a los efectos de interpretar la LOPD/2018 y el RGPD, partir también de los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento». La LOPD/1999 hablaba de responsable del fichero en lugar de responsable del tratamiento, pero en la práctica sus funciones son las mismas. El responsable del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento (art. 4 RGPD)⁵. Por su parte, encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento (art. 4 RGPD).

La figura del responsable del tratamiento se conecta, pues, en la LOPD/2018 con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. En el ámbito laboral, el empresario será, normalmente, el responsable del tratamiento, si bien pueden existir otros responsables, como los representantes de los trabajadores o los servicios de prevención (Desdentado y Muñoz, 2012, p. 95). El encargado del tratamiento será generalmente un tercero que tratará los datos personales siguiendo las instrucciones del responsable, en cuyo caso a dicho tercero le serán aplicables las reglas del artículo 28 de la LOPD/2018.

Por último, hay que tener en cuenta que otro criterio que determina el ámbito de aplicación de la LOPD/2018 es el ámbito territorial. La LOPD/1999 era aplicable al tratamiento de datos personales efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento cuando el establecimiento se encontraba ubicado en territorio español y el responsable del tratamiento tenía su domicilio social en otro Estado miembro (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 2014).

⁴ El artículo 4 del RGPD señala que se entenderá por fichero: «todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica».

⁵ Según establecía el artículo 3 d) de la LOPD/1999, responsable del fichero es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

El RGPD ha ampliado el ámbito de aplicación territorial. Así, el ámbito de aplicación del nuevo reglamento afecta a cualquier empresa que gestione datos personales de ciudadanos de la Unión Europea (UE), y no solo a aquellas que forman parte de la UE. De esta manera, aunque la empresa no se encuentre ubicada en territorio español, si los trabajadores prestan servicios para dicha empresa desde España, será de aplicación lo dispuesto en el citado reglamento y en la normativa nacional a efectos de protección de datos.

Por su parte, el artículo 19 de la vigente LOPD considera lícito el tratamiento de los datos de contacto y, en su caso, los relativos a la función o puesto desempeñado de las personas físicas que presten servicios en una persona jurídica, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que el tratamiento se refiera únicamente a los datos necesarios para su localización profesional y que la finalidad del tratamiento sea únicamente mantener relaciones de cualquier índole con la persona jurídica en la que el afectado preste sus servicios. La LOPD/2018 se refiere, por tanto, a los datos necesarios para su localización profesional, esto es, los destinados –específicamente– a la actividad profesional del trabajador y que han de ser los proporcionados por la empresa para el desarrollo de la actividad laboral del empleado; no los particulares de que los trabajadores pudieran disponer.

2. Principios de la protección de datos y derechos de las personas con especial incidencia en el ámbito laboral

El capítulo II del RGPD y el título II de la LOPD regulan los principios de protección de datos. De entre los principios enumerados, desde un punto de vista laboral, gozan de especial relevancia el relativo a la exactitud de los datos y al consentimiento para el tratamiento de los datos. Directamente relacionado con el consentimiento está el deber de información, pues sin información no puede haber consentimiento. La LOPD/1999 recogía el deber de información entre los principios de la protección de datos, sin embargo, la LOPD/2018, siguiendo lo dispuesto en el RGPD, no lo enumera entre los principios, sino que regula este deber en el título III de la ley relativo a los derechos de las personas.

2.1. La exactitud de los datos

El RGPD, en su artículo 5, señala que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente; recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados; y exactos y, si fuera necesario, actualizados. El artículo 4 de la LOPD/2018 se remite a dicho precepto. Por su parte, la LOPD/1999, para referirse a este principio, utilizaba la denominación genérica de «calidad de los datos» (art. 4).

La aplicación de los datos a la finalidad para la que fueron pedidos constituye un principio básico de la protección de datos, y así lo ha señalado el TC en su Sentencia 39/2016, de 6 de marzo. Como recuerda la citada sentencia:

[...] debe existir [...] una relación directa entre la finalidad que justifica el fichero y los datos personales que se recaban y que afectan a los derechos de las personas. Además, de conformidad con el apartado 2 del citado artículo 4 LOPD, «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos». La utilización de un fichero para finalidades incompatibles representa una vulneración del principio de calidad, así como del principio de consentimiento e información (FJ 3.º).

En el artículo 5 del RGPD se señala bajo qué condiciones y en qué supuestos específicos pueden ser recogidos y sometidos a tratamiento los datos de carácter personal, estableciéndose las características que han de reunir la recogida y el tratamiento de los mismos. Los datos de carácter personal recogidos deben ser adecuados y pertinentes, como ya señalaba la LOPD/1999. Para la doctrina judicial, el principio de pertinencia:

[...] exige que los datos sean apropiados, estén relacionados con el fin perseguido, por lo que deben ser «adecuados» y no exceder de los fines para los que se han registrado, es decir, deben «servir» o ser relevantes para la finalidad para la que se obtienen, de forma que exista una clara conexión entre la información que se recaba y el objetivo para el que se solicitó (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de septiembre de 2005, rec. 393/1999).

Como hemos señalado, el artículo 5 del RGPD, reproduciendo la Directiva 95/46/CE y tal y como ya señalaba el artículo 4.2 de la LOPD/1999, prevé que los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. El RGPD, como la LOPD/1999, habla de finalidades incompatibles y no de finalidades distintas como hacía la Ley orgánica de protección de datos de 1992. Esta diferencia provocó en su momento distintas interpretaciones doctrinales. La norma dice que los datos no pueden utilizarse para finalidades incompatibles, con lo que queda la duda de si pueden utilizarse para finalidades distintas o diferentes, pero no necesariamente incompatibles (Troncoso, 2010, p. 328; Vizcaíno, 2001, p. 93). Estas dudas han sido resueltas por la doctrina judicial al entender que la norma utiliza el término «incompatibles» como sinónimo de «distintas» o «diferentes»⁶.

⁶ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de febrero de 2004 (rec. 119/2002). En el mismo sentido, SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de junio de 2011 (rec. 314/2010).

En el ámbito laboral, la STC 11/1998⁷ declaró que vulneraba el artículo 28.1 de la CE en relación con el artículo 18.4 de la CE la conducta empresarial consistente en utilizar los datos de afiliación de los trabajadores para una finalidad distinta de aquella para la que dichos datos habían sido facilitados. La afiliación del trabajador recurrente a determinado sindicato se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al sindicato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley orgánica de libertad sindical. Sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: retener la parte proporcional del salario relativa al periodo de huelga.

En este mismo sentido, se ha considerado que vulnera el derecho a la protección de datos la aportación por la empresa como prueba documental de un listado de afiliados a un sindicato, sin estar autorizada a ello, y del que disponía con la finalidad de proceder al descuento de la cuota sindical⁸.

Por lo que se refiere a la adecuación y pertinencia de los datos a la que alude el RGPD, como también lo hacía la LOPD/1999, estas exigencias se refieren a la idoneidad del dato para lograr la finalidad para la que ha sido recogido, por ello el reglamento europeo señala con claridad que los datos solicitados deben ser limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. La aplicación de este principio puede apreciarse con claridad en el Auto del TC (ATC) 29/2008, que analiza la negativa de la Tesorería General de la Seguridad Social al envío masivo de datos solicitados por el sindicato CC. OO., que consideraba necesario disponer de los mismos para el mejor desenvolvimiento de su labor de defensa de los derechos e intereses legítimos de los funcionarios públicos. Para el TC, al denegar la cesión de los datos personales que les fueron solicitados, los poderes públicos han satisfecho la obligación que recae sobre ellos de proceder al tratamiento de los datos personales contenidos en los ficheros públicos con las debidas garantías. Como se indica en el ATC 29/2008:

La solicitud formulada no solo era desproporcionada y no contemplada por el legislador, sino que además tampoco la petición cursada había obedecido a una necesidad debidamente justificada sobre la que sustentar un pedido que llegara a recabar tal conocimiento masivo de los datos como el interesado, para el ejercicio del derecho de actividad sindical, que tampoco se había especificado en qué sentido pretendía llevarse a efecto (FJ 6.^o).

⁷ A esta sentencia siguieron las SSTC 33/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 104/1998, 105/1998, 106/1998, 123/1998, 124/1998, 125/1998, 126/1998, 158/1998, 198/1998, 223/1998 y 44/1999.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de abril de 2014 (rec. 19/2013).

2.2. El consentimiento y el deber de información

El principio clave en materia de protección de datos es el consentimiento del afectado. De conformidad con el artículo 4.11 del RGPD, reproducido en el artículo 6 de la LOPD/2018, se entiende por consentimiento del afectado «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

La novedad del RGPD frente a la LOPD/1999 es que especifica solo dos formas de expresar el consentimiento, mediante una declaración o mediante una acción afirmativa. Por lo tanto, no cabe el llamado consentimiento tácito (Aduara, 2016, p. 152)⁹. Ahora bien, la propia norma prevé una serie de excepciones a este deber y, por lo que al ámbito laboral se refiere, el artículo 6 del RGPD señala que el tratamiento será lícito, sin necesidad de consentimiento, si «es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales»¹⁰. En este sentido, puede afirmarse, como hace el TS en su Sentencia de 10 de abril de 2019 (rec. 227/2017), que la nueva normativa flexibiliza y hace más clara la aplicación del principio de consentimiento del interesado.

En el ámbito laboral, como indica la STC 39/2016:

[...] el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. [...]

La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato (FJ 3.º).

La excepción abarca, por tanto, según la jurisprudencia constitucional, el mantenimiento, desarrollo o control de la relación laboral.

⁹ El consentimiento se definía por la LOPD/1999, artículo 3 h), como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen».

¹⁰ El artículo 6.2 de la LOPD/1999 ya establecía que no será preciso el consentimiento cuando los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

La utilización de un fichero para finalidades incompatibles representa una vulneración del principio de exactitud de los datos, pero también del principio de consentimiento e información. De hecho, como recuerda la STC 39/2016:

[...] el Real Decreto 1720/2007 regula expresamente la solicitud del consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma. Así, se establece que «si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos» (art. 15). Por lo tanto, solo cuando la finalidad del tratamiento de datos no sea el mantenimiento, desarrollo y control de la relación contractual se necesita consentimiento del afectado (FJ 3.º).

Por lo que se refiere al deber de información, como ya hemos señalado, la LOPD/1999 lo consideraba un principio de la protección de datos, sin embargo, el RGPD y la LOPD/2018 lo incluyen entre lo que denominan «derechos de las personas». En cualquier caso, a pesar de esta diferente consideración del deber de información en la nueva regulación, hay que entender que el deber de información sigue formando parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos independientemente de que se requiera o no el consentimiento del afectado. Como señala el TC, aunque no sea necesario el consentimiento:

[...] el deber de información sigue existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante. El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado (STC 39/2016, FJ 3.º).

El deber de información ha planteado numerosos problemas prácticos en materia laboral desde el punto de vista del control empresarial a los que haremos referencia en el epígrafe correspondiente.

Un supuesto particular, relacionado con el deber de consentimiento y el deber de información, que merece una mención especial por la trascendencia práctica que tiene en el ámbito laboral, es la comunicación o cesión de datos a un tercero.

Constituye cesión o comunicación de datos toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado. El artículo 11 de la LOPD/1999 exigía dos condiciones para que la comunicación de datos a un tercero se pudiese llevar a cabo: en primer lugar, que se tratase del cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y, en segundo lugar, que contase con el previo consentimiento

del interesado. El artículo 11 de la LOPD/1999 ha sido uno de los preceptos de la ley que se ha prestado a mayores dudas interpretativas.

La LOPD/2018 no contiene ningún precepto que se refiera expresamente a la cesión de datos a un tercero, pero de lo dispuesto en el RGPD parece derivarse que en la actualidad ya no es necesario el consentimiento del interesado para ceder datos a un tercero, pero sí el deber de información, del que indirectamente deriva el consentimiento. En efecto, el artículo 6.1 f) del RGPD señala que el tratamiento de datos será lícito si «el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero». Por su parte, el artículo 14 del RGPD prevé la información que debe facilitarse al interesado cuando los datos personales no se hayan obtenido directamente de él, es decir, cuando se hayan obtenido de un tercero. Por lo tanto, el deber de información se exige en estos casos. Y, por último, el artículo 21.1 del RGPD señala que el interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6.1 f).

De este modo, en la regulación actual, cabe la cesión de datos a un tercero debiendo el responsable del tratamiento informar al interesado de los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales. No es necesario el consentimiento expreso de este, que se entenderá concedido si no ejerce su derecho de oposición.

En materia laboral son muy variados los supuestos en los que la jurisprudencia se ha planteado si la cesión o comunicación de datos a un tercero constituye una vulneración de los principios de la protección de datos. Entre dichos supuestos podemos destacar, a modo de ejemplo, los siguientes:

1. El primero –SAN de 15 de junio de 2017 (rec. 137/2017) y STS de 10 de abril de 2019 (rec. 227/2017) que casa y anula la anterior– resuelve el conflicto colectivo planteado por varios sindicatos contra la empresa Unisono, empresa de *contact center*, que en sus contratos de trabajo incluye habitualmente una cláusula tipo que dice lo siguiente:

El trabajador consiente expresamente, conforme a la LO 1/1982, de 5 de mayo, RD 1720/2007 de protección de datos de carácter personal y Ley orgánica 3/1985, de 29 de mayo, la cesión de su imagen, tomada mediante cámara web o cualquier otro medio, siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de *telemarketing* y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato y los requerimientos del contrato mercantil del cliente.

La empresa demandada defiende la generalización de la cláusula controvertida en los contratos de trabajo, porque la captación de imágenes de los trabajadores es absolutamente imprescindible para la ejecución de sus contratos de tra-

bajo, cuando los clientes requieren servicios de videollamada, que es uno de los supuestos reflejados en el ámbito funcional del convenio, en el que se contempla como herramienta para contactar con terceros en entornos multimedia, lo cual, a su juicio, les exime, incluso, de requerir ningún tipo de consentimiento.

Para la SAN de 15 de junio de 2017, es totalmente legítimo que la empresa exija a sus trabajadores la realización de servicios de videollamada, cuando el servicio pactado con el cliente lo requiera, lo cual comportará necesariamente que entre en juego la imagen de los trabajadores afectados, puesto que, si no cedieran su imagen, no podría activarse la videollamada con terceros. «Ahora bien, el hecho de que sea necesaria la cesión de la imagen de los trabajadores para la realización de este tipo de servicios no exime del consentimiento expreso de los trabajadores, puesto que los servicios de videollamada» resultan excepcionales en la empresa. La AN considera que cuando la empresa destine a sus trabajadores a la realización de servicios de videollamada, porque lo requiera así el contrato mercantil con el cliente, deberá solicitar, en ese momento, el consentimiento del trabajador, que deberá ajustarse de manera precisa y clara a los requerimientos de cada contrato, sin que sea admisible la utilización de cláusulas tipo de contenido genérico, que no vayan asociadas a servicios concretos, requeridos por contratos específicos, por cuanto dicha generalización deja sin contenido real el derecho a la propia imagen de los trabajadores, que queda anulado en la práctica, aunque se diera consentimiento genérico al formalizar el contrato.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la empresa, que fue estimado por la STS (Sala de lo Social) de 10 de abril de 2019. Para el TS, la actividad de quienes son contratados para prestar los servicios de *contact center* incluye las videollamadas, cuando ello sea necesario para la prestación de un mejor servicio o por exigencias del cliente:

Consiguientemente, si se trata de la realización de funciones propias del objeto del contrato celebrado, aunque no sean las habituales, es lo cierto que la cláusula controvertida se limita a advertir al nuevo contratado de la posibilidad de tener que realizar una de las funciones propias del contrato que suscribe y, a la par que el mismo queda advertido de ello, presta, expresamente, su consentimiento a la cesión de su imagen, pero con una salvaguarda: «siempre con el fin de desarrollar una actividad propia de *telemarketing* y cumplir, por tanto, con el objeto del presente contrato», esto es que la cesión de la imagen, el dato, venga condicionada a que su fin sea cumplir con el objeto del contrato (FJ 2.º 3).

De este modo, concluye que la cláusula controvertida no es abusiva, sino, más bien, informativa, y a la vez receptora de un consentimiento expreso que no era preciso requerir, conforme a lo dispuesto en los artículos 6.1 b), 7 y 9.2 b) del RGPD. Para el TS, estos preceptos nos muestran que el consentimiento no es

necesario prestarlo hoy día, ni tampoco lo era conforme a la normativa anterior, cuando los datos, la imagen, se ceden en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo cuyo objeto lo requiere.

2. La segunda sentencia –SAN de 11 de diciembre de 2017– hace referencia a un supuesto de cesión de datos a terceros autorizado por la ley en materia de planes y fondos de pensiones. Se plantea en dicha sentencia si vulnera o no el derecho a la protección de datos la obligación de la empresa de entregar a la comisión de control del plan de pensiones el fichero mensual con las aportaciones de los partícipes, en el que se incluya el NIF de los partícipes junto con los datos salariales de los mismos, como única forma de llevar a cabo por la misma la supervisión y control a la que viene obligada por la Ley de planes y fondos de pensiones.

La protección de datos alcanza a la protección de los datos relativos a la retribución, como ha señalado el ATC 29/2008, y al DNI, en virtud de lo previsto en el artículo 3 a) de la LOPD/1999. La revelación de estos datos supone una comunicación de datos a una persona distinta del interesado y, por tanto, según el artículo 11.1 de la LOPD/1999, se exige su consentimiento. Ahora bien, la cesión de información a la comisión de control está autorizada por la ley, de manera que no será necesario el consentimiento. La comisión de control puede ser usuario autorizado para acceder a la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, si bien la cesión de datos debe realizarse estrictamente para el desempeño de la función supervisora, quedando obligados sus miembros al deber de confidencialidad.

3. Asimismo, se ha declarado que no constituye vulneración del derecho a la protección de datos ni del derecho a la intimidad la cesión de datos al perito externo a la mutua cuando se trata de datos correspondientes a la evolución de la lesión de un trabajador, pues la mutua debe hacerse cargo de las consecuencias derivadas del accidente de trabajo –STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2013, rec. 375/2013–.
4. Sobre la cesión de datos a terceros se ha pronunciado también la STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2018 (rec. 78/2017). La controversia resuelta por esta sentencia gira en torno a la interpretación y aplicación del Acuerdo de la CIVEA de 21 de diciembre de 2000, según el cual, aprobadas las relaciones de puestos de trabajo (RPT), los centros gestores deberán elaborar un informe anual de ocupación de los puestos, en el que se deberá contener:

[...] la relación individualizada de la totalidad de puestos de trabajo de su respectivo ámbito con expresión del código de puesto de trabajo de la RPT, apellidos y nombre del titular del puesto, en su caso, y el domicilio del centro de trabajo al que esté adscrito el puesto (FJ 1.º).

La Administración se niega a proporcionar los listados de ocupación porque en estos figura el nombre y apellidos de los trabajadores.

Para el TS:

[...] la necesidad de identificación de los trabajadores que ocupan cada uno de los puestos que en la RPT se relacionan no resulta baladí, pues los elementos personales guardan relación con aspectos tales como la formación, titulación, y especialización, siendo también necesarios para delimitar las circunstancias de las vacantes, su cobertura, orden de prioridades, sistemas de sustitución y de promoción, etc.

En suma, parece evidente que el cumplimiento de aquellas funciones de las representaciones sindicales justifica el acceso a tal dato y, por ello, no se produce un acceso indebido a datos personales que contraveniga el derecho a la protección de tales datos (FJ 3.º).

Ahora bien, no hay que olvidar que los sindicatos deben limitar el uso estricto de los datos cedidos por la empresa «a la finalidad para la que se considera legítima la cesión, pues lo contrario sí sería susceptible de constituir una lesión del derecho de los trabajadores».

3. Control empresarial y protección de datos

Son muchos los problemas que el control empresarial viene planteando desde el punto de vista del derecho a la protección de datos. Aunque tradicionalmente nuestros tribunales han venido enfocando los problemas derivados del control empresarial a través de las nuevas tecnologías como una cuestión que afecta al derecho a la intimidad, no puede obviarse, como indica Thibault:

[...] la circunstancia de que existe diferencia sustancial entre las nuevas tecnologías y los anteriores medios de control a distancia, cual es la aparición y definición de un nuevo y sofisticado tipo de control que consiste en la reconstrucción del perfil del trabajador, a través del almacenamiento y la reelaboración de una serie de datos aparentemente anodinos, una amenaza potencial antes desconocida (2009, p. 215).

La nueva LOPD/2018 ha tratado de dar respuesta a algunos de esos problemas, pues la aplicación al ámbito laboral de una normativa que estaba pensada para otras cuestiones ha provocado una situación de gran inseguridad jurídica. En efecto, la LOPD/1999 no contenía ninguna referencia específica al ámbito laboral, por lo que ha sido la jurisprudencia quien ha ido interpretando la normativa en materia de protección de datos tratando de ajustarla a las peculiaridades laborales. La aprobación del RGPD ha supuesto un cambio en esta materia al contener una referencia expresa a la normativa laboral (Rodríguez, 2019, p. 2). Así, el artículo 88 del RGPD prevé que:

Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

Pues bien, el legislador español ha hecho uso de esta posibilidad y, en el título X de la LOPD/2018, ha recogido un elenco de derechos digitales de los ciudadanos, entre los que cobran una gran importancia los ceñidos al ámbito de la empresa y la relación de trabajo (Orellana, 2019).

Como ha señalado la doctrina:

[...] no siempre es fácil discernir la relación, ni la línea de separación, entre lo que ese texto legal ha llamado «derechos digitales» y lo que implica más bien protección de datos personales. En verdad, muchos de los derechos digitales reconocidos con carácter general en la Ley orgánica 3/2018 (neutralidad de internet, acceso universal a internet, rectificación en internet o educación digital) carecen de una relación directa con la protección de datos personales y se conectan más bien con otros derechos básicos o fundamentales de las personas, como la igualdad y no discriminación, la libertad de expresión, la intimidad, el honor o la dignidad (García y Rodríguez, 2019, p. 31).

Por lo que se refiere a los derechos digitales específicamente laborales, se aprecian esas mismas dificultades de delimitación, pues no siempre está en juego el derecho a la protección de datos. En efecto, dentro del elenco de derechos digitales enumerados en el título X de la LOPD/2018, los específicamente laborales son los siguientes: el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90).

De estos derechos, solo respecto de los dos últimos contiene la norma referencias expresas a la protección de datos, pues en los dos primeros se garantizan otros derechos fundamentales, principalmente, la intimidad.

Así, en relación con el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral (art. 87), señala la norma que el empresario podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de con-

trolar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y garantizar la integridad de dichos dispositivos. Para ello, los empresarios deberán establecer criterios de utilización de estos dispositivos respetando, en todo caso, su derecho a la intimidad. Cuando el empresario haya admitido el uso de dispositivos digitales con fines privados, para que este pueda acceder a su contenido deberá especificar de modo preciso los usos autorizados y establecer garantías para preservar la intimidad de los trabajadores.

Como puede comprobarse, el precepto establece determinadas garantías con la finalidad de proteger el derecho a la intimidad y no el derecho a la protección de datos.

Es cierto, como ya hemos señalado, que los problemas que desde el punto de vista de los derechos fundamentales plantea el control empresarial del uso de dispositivos digitales se han abordado tradicionalmente desde la perspectiva del derecho a la intimidad y no del derecho a la protección de datos. En este sentido, hay que tener en cuenta que solo estaremos en el ámbito de la LOPD cuando el control empresarial del uso del ordenador puesto a disposición de los trabajadores suponga el acceso a datos personales incluidos en un fichero¹¹. Ahora bien, respecto de este supuesto, ninguna garantía específica prevé el artículo 87 de la LOPD/2018.

Por lo que se refiere al derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral (art. 88), señala el precepto que los trabajadores y empleados públicos tendrán derecho a la desconexión tecnológica, a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Las modalidades de ejercicio de este derecho se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Por su parte, la empresa elaborará una política interna dirigida a los trabajadores en esta materia.

Este derecho se conecta en la LOPD/2018 con el derecho a la intimidad y con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El derecho a la protección de datos no está tampoco garantizado en este precepto.

¹¹ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Sentencia de 22 de febrero de 2018 (caso *Libert contra Francia*) ha incluido el control empresarial del ordenador de un trabajador en el derecho a la protección de datos porque el empresario en dicho control accede a archivos del trabajador. El demandante se queja de una violación de su derecho al respeto de su vida privada como resultado del hecho de que el empresario abrió, en su ausencia, archivos personales almacenados en el disco duro de su ordenador profesional. El tribunal declara que el derecho positivo francés contiene un principio dirigido a la protección de la privacidad. El principio es que, si bien el empresario puede abrir los archivos profesionales almacenados en el disco duro de los ordenadores que pone a disposición de sus empleados para el desempeño de sus funciones, no puede, «excepto riesgo o acontecimiento especial», abrir archivos subrepticamente identificados como personales. Únicamente podrá proceder a la apertura de los archivos en presencia de los empleados afectados o después de que hayan sido debidamente informados. Sin embargo, en este caso considera el tribunal que el empresario pudo abrir los archivos informáticos sin vulnerar su derecho al respeto a la vida privada porque estos no habían sido debidamente identificados, al ser archivados por el trabajador, como de carácter privado.

De este modo, de los derechos digitales específicamente laborales, el derecho a la protección de datos trata de garantizarse solo en los artículos 89 y 90 de la LOPD/2018, relativos, respectivamente, al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo y a la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral. En efecto, es en materia de control de la prestación de trabajo a través de las técnicas de reproducción de la imagen y el sonido donde el derecho a la protección de datos está planteando mayores problemas y esa circunstancia ha tenido reflejo en los artículos 89 y 90 de la LOPD/2018.

En todo caso, y aunque entre los derechos digitales específicamente laborales contenidos en la LOPD/2018 solo se recojan garantías específicas en relación con el derecho a la protección de datos personales en los dos supuestos señalados, hay que tener en cuenta que desde hace tiempo la doctrina jurisprudencial lo que está haciendo es aplicar las reglas propias de la protección de datos al derecho a la intimidad, de manera que, como gráficamente se ha dicho, la protección de datos se está comiendo a la intimidad (García-Perrote y Mercader, 2017). «La protección de datos, si bien nació tímidamente, se ha convertido en un agujero negro que lo absorbe todo y no deja escapar nada a su entorno», de manera que:

[...] a la luz de los amplios conceptos de datos personales y tratamiento, cualquier acto de comunicación basado en medios automáticos, como las telecomunicaciones, el correo electrónico o las redes sociales, relativo a una persona física, constituye una interferencia putativa tal de este derecho fundamental que requiere de justificación (Córdoba y Díez-Picazo, 2016, p. 109).

La jurisprudencia se muestra muy estricta «con la relevancia que se asigna, en el terreno de la toma de decisiones empresariales, al efectivo cumplimiento de las reglas generales sobre protección de datos» (Goerlich, 2016, p. 146). La regla general parece ser la necesidad de información previa respecto del sistema de control que se va a utilizar. De este modo, a la hora de adoptar una medida de control informático que comporte un tratamiento de datos personales, debe aplicarse el principio de proporcionalidad y cumplirse con el deber de información a los trabajadores recogido en la LOPD.

3.1. Videovigilancia y protección de datos

3.1.1. Información general sobre la existencia de cámaras de videovigilancia. Situación anterior a la entrada en vigor de la LOPD/2018

El control mediante la captación o grabación de la imagen durante la ejecución del contrato ha dado lugar a una extensa doctrina jurisprudencial y a un interesante debate en la doctrina constitucional y la del TEDH (Gude, 2014).

La imagen de una persona constituye un dato personal y la captación de imágenes con fines de vigilancia y control se encuentra sometida a la LOPD en la medida en que dicha imagen sea objeto de tratamiento.

Los problemas que desde el punto de vista del control empresarial se han planteado en materia de videovigilancia fueron resueltos inicialmente desde la perspectiva únicamente del derecho a la intimidad, pero sin analizar la posible vulneración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), quizás porque este derecho se concibió inicialmente como una función de garantía del derecho a la intimidad y no como un derecho fundamental propio. Esto sucedió, por ejemplo, en la conocida STC 98/2000, de 10 de abril, sobre la instalación de micrófonos en determinadas dependencias del Casino de La Toja, en la que el derecho fundamental alegado por el recurrente y, por tanto, el único analizado por el TC fue el derecho a la intimidad; o en la STC 186/2000, en la que se alega vulneración del artículo 18.1 de la CE por haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa.

Sin embargo, poco a poco, los problemas que provoca el control empresarial a través de sistemas de videovigilancia han sido abordados por los órganos judiciales y por el TC no solo desde la perspectiva del derecho a la intimidad, sino también a la protección de datos. En efecto, el TC, en su Sentencia 29/2013, de 11 de febrero, se pronunció por primera vez sobre la vulneración del artículo 18.4 de la CE en un supuesto de control empresarial a través de un sistema de videovigilancia. En esta sentencia, el TC declaró vulnerado el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE) de un trabajador de la Universidad de Sevilla que fue sancionado por incumplimientos en su jornada de trabajo que fueron detectados por las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario sin haber sido informado el trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen.

Recuerda la sentencia que es complemento indispensable del derecho fundamental del artículo 18.4 de la CE:

[...] la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo. [...] Ese derecho de información opera también cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento (FJ 7.º).

Afirma el TC que no hay en el ámbito laboral una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del artículo 18.4 de la CE.

Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar even-

tualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa (FJ 7.º).

En el supuesto resuelto por la citada sentencia, las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo sin haber sido informado el trabajador de que las imágenes capturadas por las cámaras podían ser utilizadas para el control laboral, por lo que se declara vulnerado el artículo 18.4 de la CE. Señala la sentencia que la ilegalidad de la conducta empresarial no desaparece por el hecho de que la existencia de las cámaras fuera apreciable a simple vista.

No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la AEPD; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo (FJ 8.º).

La STC 29/2013 pone, por tanto, el énfasis en la necesidad de que el interesado conozca de antemano el destino específico de sus datos personales, y de ello deriva que la falta de información al trabajador, en el caso examinado, de que las grabaciones de la cámara de seguridad podrían ser utilizadas en su contra para controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales determina la nulidad de la prueba.

Esta sentencia dio lugar a diferentes interpretaciones por los órganos judiciales. Así, algunas sentencias entendieron que no puede recibir el mismo tratamiento el caso de cámaras destinadas a un uso genérico como el control de accesos y cuyas imágenes son aprovechadas *a posteriori* por la empresa para realizar un control de cumplimiento de la jornada laboral que el de las cámaras de videovigilancia:

[...] específicamente instaladas para controlar la actividad en la caja registradora o TPV, siendo ello un hecho perfectamente conocido por los trabajadores, aunque no se haya sujetado la transmisión de la información a las exigencias derivadas de la Instrucción 1/2006, pero que hace que los empleados sean plenamente conscientes de la finalidad y utilidad de dichas cámaras (STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2013, rec. 1804/2013).

No tratándose de una instalación oculta y siendo público y notorio el objetivo y finalidad de la cámara, no puede apreciarse la vulneración de derecho fundamental que vicie de nulidad la prueba de grabación aportada por la empresa.

Sin embargo, para otras sentencias no es válida la prueba consistente en las imágenes grabadas por las cámaras de videovigilancia que hay, por ejemplo, en un supermercado y a través de las cuales se comprueba que un trabajador está cometiendo irregularidades en el cobro de productos a sus clientes apropiándose de determinadas cantidades de dinero. Consideran que el trabajador debería haber sido informado sobre esa utilidad de supervisión laboral. Aunque la finalidad de la instalación de las cámaras pueda ser la prevención de hurtos y similares, lo cierto es que se usó con la indicada y distinta finalidad de controlar la actividad de la trabajadora y luego para sancionar a la misma con el despido, por lo que se declara no lícita la prueba de grabación de imágenes y su utilización para acreditar los hechos constitutivos del despido (STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2013, rec. 1039/2013).

La existencia de distintas posturas en la doctrina judicial dio lugar a que el TS se pronunciara en unificación de doctrina (STS de 13 de mayo de 2014, rec. 1685/2013) sobre esta cuestión en relación con una cajera de un supermercado a la que las cámaras de seguridad captaron evitando en la caja el escaneo de diversos productos en beneficio de su pareja. En aplicación de la doctrina sentada por la STC 29/2013, el TS llega a la conclusión de que se ha vulnerado el derecho a la protección de datos porque la empresa no dio información previa a la trabajadora de la posibilidad de tal tipo de grabación ni de la finalidad de dichas cámaras instaladas permanentemente, ni tampoco se informó, con carácter previo ni posterior a la instalación, a la representación de los trabajadores de las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, ni explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. Insiste el TS en señalar que la ilegalidad de la conducta empresarial no desaparece por el hecho de que la existencia de las cámaras fuera apreciable a simple vista y añade que:

[...] el mero hecho de la instalación y del conocimiento de la existencia de tales cámaras no puede comportar la consecuencia de entender acreditado el que existiera evidencia de que podían utilizarse aquellas para el control de la actividad laboral y para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos contractuales, puesto que expresamente, como hemos indicado, en el presente caso la representación empresarial, tras la instalación de las cámaras, comunicó a la representación de los trabajadores que la finalidad exclusiva era la de evitar robos por parte de clientes y que no se trataba de un sistema de vigilancia laboral (FJ 6.º 4).

Es cierto que la aplicación de la doctrina sentada por la STC 29/2013, sin matizaciones en supuestos en los que el trabajador ha cometido una infracción que puede ser castigada penalmente, puede llevar a situaciones absurdas. Así, podríamos preguntarnos: ¿qué pasa

si la cámara visiona casualmente un delito cometido por un empleado?; ¿estamos ante una prueba ilícita y el trabajador será absuelto del delito?; ¿o las imágenes obtenidas podrían servir como medio de prueba en un proceso penal, pero no en un proceso laboral para despedir al trabajador que ha cometido la correspondiente infracción por no haber sido informado de la posible utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen?

Ante las distintas dudas que en la práctica plantea la aplicación de la doctrina de la STC 29/2013, el TC modificó su doctrina en la STC 39/2016, de 3 de marzo. Esta sentencia pretende aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa y, en concreto:

[...] aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica (tal como se había pronunciado la STC 29/2013, de 11 de febrero) (FJ 1.º).

En el supuesto resuelto por la citada STC 39/2016, la recurrente en amparo consideró vulnerado el artículo 18.4 de la CE porque no había sido informada previamente de la instalación de cámaras de videovigilancia en el puesto de trabajo. Las cámaras de videovigilancia instaladas en la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo capturaron su imagen apropiándose de dinero y realizando, para ocultar dicha apropiación, operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. Ante estos hechos, la trabajadora fue despedida.

La cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja, y en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Como recuerda la STC 39/2016:

La necesidad de adecuar la videovigilancia a las exigencias del derecho fundamental a la protección de datos ha llevado a la AEPD, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 37.1 c) de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, a dictar la citada instrucción para adecuar los tratamientos de imágenes con fines de vigilancia a los principios de dicha ley orgánica y garantizar los derechos de las personas cuyas imágenes son tratadas por medio de tales procedimientos. Esta instrucción, en su artículo 3, exige a los responsables que cuenten con sistemas de videovigilancia cumplir con el deber de información previsto en el artículo 5 de la Ley orgánica 15/1999, y a tal fin deberán «colocar, en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados» y «tener a disposición de los/las interesados impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley orgánica 15/1999». El con-

tenido y el diseño del distintivo informativo se ajustará a lo previsto en el anexo de esta instrucción, según el cual el distintivo deberá incluir una referencia a la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos, una mención a la finalidad para la se tratan los datos («Zona videovigilada») y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se refieren los artículos 15 y siguientes de la Ley orgánica 15/1999 (FJ 4.º).

La sentencia considera que la empresa cumplió con la obligación de información previa:

[...] pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006. El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque solo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados (FJ 4.º).

En efecto, afirma el TC que el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Si la dispensa del consentimiento prevista en el artículo 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario (FJ 4.º).

Ahora bien, aunque no se requiere el consentimiento expreso de los trabajadores para adoptar esta medida de vigilancia que implica el tratamiento de datos, persiste el deber de información del artículo 5 de la LOPD, pero para que el incumplimiento de este deber por parte del empresario implique una vulneración del artículo 18.4 de la CE debe valorarse la observancia o no del principio de proporcionalidad.

Debe ponderarse así el derecho a la protección de datos y las eventuales limitaciones al mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el

artículo 20.3 ET, en conexión con los artículos 33 y 38 CE. En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (FJ 4.º).

Obviamente, el sometimiento de la falta o insuficiencia de información al reiterado juicio de proporcionalidad requerirá determinar en cada supuesto, con carácter previo, si se ha producido o no la indicada omisión de la información debida. Y, en este sentido, el TC estima que la trabajadora tiene información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, sin que sea necesaria una información específica acerca de que las cámaras pueden ser utilizadas también para detectar posibles incumplimientos laborales.

De este modo, el tribunal modifica su doctrina anterior sobre el control empresarial a través de cámaras de videovigilancia, al entender que basta con que exista una información general sobre su existencia.

El TC opta por dictar una doctrina general sobre el control empresarial a través de cámaras de videovigilancia en lugar de centrarse en las diferencias que existen entre el supuesto de hecho que dio lugar a la STC 29/2013 y el que da lugar a la STC 39/2016. La diferencia entre ambos supuestos radica, a mi juicio, en el hecho de que, en este segundo asunto, la grabación no se destinó a un uso distinto a su finalidad. La acción captada es un ilícito laboral que afecta a la seguridad, que es precisamente la finalidad para la que fueron instaladas las cámaras.

En efecto, la cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja, y en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. La finalidad de la vigilancia a través de cámaras no aparece reflejada de modo expreso en el distintivo exigido en estos casos por la AEPD, que solo exige que aparezca la expresión «Zona videovigilada», al entenderse con esta expresión que el propósito de la vigilancia a través de cámaras, que tienen como destino un colectivo indeterminado de personas, no es otro que establecer un control general de seguridad.

Pues bien, el sistema de videovigilancia captó la apropiación de efectivo de la caja de la tienda por parte de la recurrente, que por este motivo fue despedida disciplinariamente. Por tanto, a diferencia del asunto enjuiciado en la STC 29/2013, donde la grabación fue utilizada para una finalidad distinta a la de seguridad para la que habían sido instaladas las cámaras –en concreto, para controlar el horario de trabajo–, en el segundo caso, la grabación realizada fue destinada a la finalidad para la que las cámaras habían sido instaladas, que no era otra que la de controlar la seguridad en la empresa.

Este es un dato importante a tener en cuenta, pues resulta muy curioso que, detectado por las cámaras de videovigilancia un incumplimiento de un trabajador que puede constituir un delito, el empresario no pueda utilizar esta grabación como medio de prueba para despedir a su trabajador porque previamente no ha sido informado de que las cámaras instaladas pueden utilizarse para el control de la actividad laboral.

Pero, aunque ciertamente el TC podría haberse limitado a establecer esa diferencia entre ambos supuestos y resolver exclusivamente el problema que se plantea cuando las cámaras, instaladas con una finalidad de seguridad en la empresa, detectan que el trabajador está cometiendo un robo o cualquier otra conducta que puede ser tipificada como delito o falta desde el punto de vista penal (por ejemplo, una agresión física o sexual a un compañero de trabajo o a un cliente), optó por establecer una doctrina con carácter general en los supuestos de control empresarial a través de cámaras de videovigilancia. La doctrina del TC deja claro que lo importante es que el trabajador conozca la existencia de las cámaras, que esté informado de su presencia, pero sin que sea necesario informar de la finalidad que se le ha asignado a ese control. La cámara puede haberse instalado por razones de seguridad en la empresa y si de un modo accidental registra un incumplimiento laboral, no se vulnera el derecho a la protección de datos porque no se cumple con la finalidad inicialmente asignada al medio de control. El trabajador sabe que está siendo controlado porque conoce la existencia de las cámaras y no es necesario que conozca la finalidad principal asignada a las mismas.

3.1.2. Cámaras ocultas

La doctrina constitucional expuesta no resuelve expresamente el problema de la videovigilancia a través de cámaras ocultas, si bien deja claro que, en todo caso, para que el incumplimiento del deber de información por parte del empresario implique una vulneración del artículo 18.4 de la CE, es necesario valorar la observancia o no del principio de proporcionalidad.

Debe ponderarse así el derecho a la protección de datos y las eventuales limitaciones al mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el artículo 20.3 ET, en conexión con los artículos 33 y 38 CE. En efecto, la relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información en los supuestos de videovigilancia laboral exige la consiguiente ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, que es reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE y que, como se ha visto, en lo que ahora interesa se concreta en la previsión legal ex artículo 20.3 ET que expresamente faculta al empresario a adoptar medidas de

vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales (SSTC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5.º; 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3.º). Esta facultad general de control prevista en la ley legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales (STC 170/2013, de 7 de octubre; STEDH de 12 de enero de 2016, caso Bărbulescu v. Rumanía), sin perjuicio de que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si dicha fiscalización llevada a cabo por la empresa ha generado o no la vulneración del derecho fundamental en juego (FJ 4.º).

Por lo tanto, es necesario comprobar si la medida restrictiva del derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, para lo cual es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Los órganos judiciales¹² vienen entendiendo que la omisión de toda información previa de la existencia de videovigilancia solamente sería admisible cuando, en los términos del Repertorio de recomendaciones prácticas de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de datos de los trabajadores, lo permita la normativa nacional o existan sospechas suficientes de actividad delictiva y/u otras infracciones graves (punto 6.14.2). En este sentido, la STC 186/2000, de 10 de julio, pero en relación con el derecho a la intimidad y no a la protección de datos, no apreció vulneración del artículo 18.1 de la CE por el hecho de

¹² STSJ de Andalucía de 13 de junio de 2016 (rec. 1820/2015):

En el caso concreto de autos existían indicios, que ya no solo sospechas, de que alguno de los trabajadores se estaba apropiando de víveres, por lo que la medida de instalar unas cámaras enfocando a las dos salidas y entrada trasera del edificio y en la despensa, como en el pasillo de acceso a las dependencias del despacho del jefe de cocina y en el pasillo del vestuario y en el exterior del recinto de la cocina resulta justificada pues se pretendía verificar si algún trabajador cometía irregularidades y adoptar medidas disciplinarias en ese caso, por lo que la medida es idónea para dicha finalidad; la grabación servía de prueba de tales irregularidades, por lo que la medida resulta necesaria; y la grabación de imágenes se limitó a las zonas en las que se podían sacar los víveres, por lo que la medida parece equilibrada pues con arreglo a la STC 186/2000 (RTC 2000, 186) concurría la situación precisa para el control oculto, esto es sin notificar expresamente la colocación de la cámara a los trabajadores, porque era, en principio, el único medio posible dicho control para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quién estaba realizando los actos defraudatorios de los que indiciariamente ya se tenían conocimiento. La empresa adoptó la medida cuestionada no sobre sospechas sino sobre indicios que había en curso un fraude.

En el mismo sentido, la STSJ de Canarias de 27 de marzo de 2017 (rec. 934/2016).

haberse instalado un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral, pese a que el mismo no había sido informado de tal instalación, porque «existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo».

Sobre la utilización de cámaras ocultas y la posible vulneración del derecho a la protección de datos, se ha pronunciado el TEDH en su Sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otros contra España) (Rojo, 2018; Chacartegui, 2018). El asunto tiene su origen en varias demandas dirigidas contra España por cinco trabajadoras, cajeras de un supermercado, que fueron despedidas por robo. El empresario fue informado de ciertas irregularidades entre la mercancía almacenada existente en el supermercado y las ventas reales diarias. Concretamente, el supervisor de la tienda identificó pérdidas en exceso por importe de 7.780 euros en febrero, 17.917 euros en marzo, 13.936 euros en abril, 18.009 euros en mayo y 24.614 euros en junio de 2009. Con el fin de investigar lo que estaba sucediendo, el empresario instaló cámaras de vigilancia tanto visibles como ocultas. El propósito de las cámaras visibles era grabar los posibles robos de los clientes y estaban colocadas en las entradas y salidas del supermercado. El propósito de las cámaras ocultas era grabar y controlar los posibles robos de los empleados y enfocaban a las cajas registradoras, cubriendo el área detrás de la caja. La empresa comunicó a sus trabajadores previamente la instalación de las cámaras visibles, pero no fueron informados de las cámaras ocultas.

Las demandantes fueron despedidas por motivos disciplinarios, porque habían sido captadas por vídeo ayudando a otros compañeros de trabajo y a clientes a robar productos y robándolos ellas mismas. Según sus cartas de despido, habían sido grabadas escaneando productos de la cesta de la compra de los clientes y otros compañeros de trabajo para después cancelar las compras. Las cámaras de seguridad también las grabaron permitiendo a los clientes y otros compañeros abandonar el supermercado con productos por los que no habían pagado.

En la misma fecha en la que se produjeron los despidos, casi todas las trabajadoras firmaron diversos acuerdos transaccionales en atención a los cuales declaraban que en la carta de despido se recogen una serie de hurtos de productos que la trabajadora reconoce como ciertos, solicitándose por parte de la trabajadora un acuerdo por el cual se convalide la decisión empresarial y la empresa no interponga acciones penales contra la trabajadora, acordando la rescisión del contrato laboral que los unía y teniendo por saldada y finiquitada la relación laboral.

Las trabajadoras interpusieron las correspondientes demandas alegando vulneración del derecho a la protección de su privacidad por el uso de la videovigilancia encubierta. El juzgado de lo social declaró que el uso de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo sin una comunicación previa es conforme con el artículo 20 del ET. Para el juzgado de lo social, siguiendo la doctrina judicial en esta materia, en casos donde existan fundadas sospechas de robos, las especiales circunstancias justifican la injerencia en el derecho del

trabajador a la privacidad. De este modo, desestimó las demandas por considerar procedente el despido en uno de los casos y en los restantes por considerar que existía «falta de acción» por haber firmado las trabajadoras un «documento de saldo y finiquito plenamente válido, eficaz y liberatorio para la empresa».

Frente a estas resoluciones, las trabajadoras interpusieron dos recursos de suplicación que fueron desestimados por SSTSJ de Cataluña de 28 de enero y 24 de febrero de 2011. Para el TSJ de Cataluña, reconociendo que es posible que el empresario podría enfrentarse a una sanción administrativa por no informar a sus empleados y al comité de empresa antes de la instalación de las cámaras, ese solo hecho carece de importancia desde el punto de vista constitucional, ya que desde esta perspectiva la videovigilancia encubierta estaba justificada –dado que existían sospechas razonables de robo–, adecuada al objetivo legítimo perseguido, necesaria y proporcionada. Por ello, declaró los despidos procedentes.

Las recurrentes interpusieron recursos de casación para unificación de doctrina, que fueron inadmitidos por falta de contradicción por los AATS de 5 de octubre de 2011 y 7 de febrero de 2012.

Finalmente, las recurrentes interpusieron dos recursos de amparo ante el TC, que fueron inadmitidos por providencias de 27 de junio y 18 de julio de 2012, por inexistencia de la vulneración denunciada.

Las recurrentes en amparo interpusieron demanda ante el TEDH alegando, por lo que aquí interesa, vulneración del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, porque la videovigilancia encubierta de su lugar de trabajo interfirió gravemente en su derecho a la privacidad.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la vulneración del derecho a la privacidad al amparo del artículo 8 del convenio, señala el TEDH que el presente asunto difiere del asunto Köpke contra Alemania (núm. 420/07, de 5 de octubre de 2010), y ello porque en ese caso, cuando el empresario llevó a efecto la videovigilancia encubierta tras las sospechas de robo contra dos empleadas, todavía no se habían establecido en el estatuto las condiciones en las que un empresario podía utilizar la videovigilancia de un empleado para investigar un delito. Sin embargo, considera el tribunal que la legislación española vigente en el momento de los hechos claramente establece que debe informarse a los interesados de la recogida de datos, de la existencia de medios de recogida y del tratamiento de sus datos de carácter personal (art. 5 LOPD). Por lo tanto, las demandantes tenían una expectativa razonable de respeto a su privacidad.

Además, a diferencia también de Köpke, en este caso la videovigilancia encubierta no era la consecuencia de una sospecha justificada contra las trabajadoras y, en consecuencia, no iba dirigida específicamente a ellas, sino a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. En Köpke, la

medida de vigilancia estuvo limitada en el tiempo (2 semanas) y solo dos empleados fueron el objetivo de la medida. En el presente caso, por el contrario, la decisión de adoptar medidas de vigilancia se basó en una sospecha general contra todo el personal ante las irregularidades que se habían detectado en el supermercado.

De este modo, el tribunal deja claro que se aparta de la sentencia Köpke por las dos razones señaladas, y a continuación afirma que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 5 de la LOPD, al no haber informado a los trabajadores «de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal». El tribunal afirma que los derechos del empresario podrían haber sido protegidos por otros medios, «en especial, informando previamente a los demandantes, incluso de una manera general, sobre la instalación de un sistema de videovigilancia y dotándolos de la información establecida en la LOPD».

Por lo tanto, para el TEDH hubiera bastado con una información general sobre la instalación de un sistema de videovigilancia. En este caso, el empresario informó de la existencia de las cámaras visibles que enfocaban las salidas del supermercado, pero no de las cámaras ocultas. Sin embargo, para el tribunal, el empresario debería también haber informado a sus trabajadores de la existencia de cámaras ocultas, bastando con una información general sobre su existencia. El TEDH no pondera, por tanto, si existían sospechas razonables para instalar dichas cámaras y considera que el deber de información exigido por la LOPD debe aplicarse sin excepciones. Así, parece que los trabajadores no tienen por qué saber dónde están colocadas las cámaras, pero deben saber que las cámaras existen y que la zona está siendo videovigilada.

A mi juicio, esta doctrina del TEDH no resulta contraria a la doctrina constitucional dictada en la STC de 3 de marzo de 2016. En esta sentencia, como hemos señalado, el TC consideró suficiente una información general sobre la existencia de cámaras de videovigilancia, al entender que basta con el distintivo informativo de zona videovigilada que exige la Instrucción 1/2006 de la AEPD. Y esta misma postura parece mantener el TEDH en Sentencia de 9 de enero de 2018, pues no exige que exista una información concreta y específica, sino que considera suficiente una información general que en el caso de las cámaras ocultas no se ha dado. Los trabajadores tenían conocimiento de la existencia de las cámaras visibles, pero no de las cámaras ocultas, y lo que dice el TEDH es que deberían haber sido informados de su existencia, siendo suficiente para ello con una información general.

Esta doctrina, que sin duda hacía imposible que los empresarios pudieran utilizar cámaras ocultas, al exigir un deber de información general sobre su existencia, ha sido matizada, con buen criterio, en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 en este mismo asunto (caso López Ribalda contra España) (Navarro, 2019). En efecto, en virtud del artículo 43 del Convenio de protección de derechos y libertades fundamentales de 1999, el Gobierno solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala que ha dictado la señalada sentencia que

modifica la doctrina sentada en la de 9 de enero de 2018 y supone un acercamiento a la posición que venían manteniendo nuestros tribunales en relación con el uso de cámaras ocultas. El TEDH insiste en que es necesario informar sobre la instalación de sistemas de videovigilancia, pero pueden existir razones importantes que justifiquen la ausencia de información previa. Para el TEDH, la existencia de sospechas razonables de que se han cometido graves irregularidades y el alcance de los robos constatados pueden ser razones suficientes que justifican la falta de información. No basta, por tanto, con una mera sospecha de robos u otras irregularidades, sino que debe tratarse de una sospecha razonable.

3.1.3. El uso de dispositivos de videovigilancia y grabación en la LOPD/2018

El artículo 89 de la LOPD/2018 señala que:

Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

El precepto admite, por tanto, el control empresarial a través de sistemas de videovigilancia, siempre y cuando el empresario informe de esta medida a sus trabajadores. No basta, en principio, con una información genérica acerca de la existencia de cámaras de videovigilancia, sino que es precisa una información específica sobre la posibilidad de que dichas cámaras sean utilizadas para el control laboral. La información será previa, expresa, clara y concisa.

Ahora bien, el precepto establece una excepción a esta regla general para el supuesto de que las cámaras de videovigilancia hayan captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores. En este caso, se entenderá cumplido el deber de información cuando exista al menos un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión u oposición previstos legalmente. Se trata así de salvar la situación absurda, a la que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, a la que se puede llegar si por falta de una información específica al trabajador sobre la posibilidad de control de su actividad laboral no pudiera utilizarse como medio de prueba válido la grabación en la que el trabajador es captado cometiendo un acto ilícito. De este modo, en el caso de la STC 39/2016 anteriormente comentada, en el que una trabajadora es captada por las cámaras de seguridad apropiándose de dinero de la caja, la solución a

la que se llega con la normativa actual es la misma a la que llegó el TC: basta en este caso con una información general sobre la existencia de cámaras, información que se entiende cumplida cuando existe un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. Parece así existir una clara sintonía entre el artículo 89 de la LOPD/2018 y la STC 39/2016.

El precepto no establece ninguna excepción al deber de información en los supuestos de cámaras ocultas. El artículo 89 de la LOPD/2018 da así respuesta al problema que se plantea *a posteriori*, es decir, cuando el acto ilícito se ha cometido y es captado por las cámaras de videovigilancia instaladas con una finalidad genérica de seguridad en la empresa, y no para el control específico de los trabajadores. Pero el precepto no da ninguna solución para el supuesto de que el empresario tenga claras sospechas de que se ha cometido una infracción y quiera llevar a cabo un control, que podemos denominar «sorpresivo». Aunque una aplicación literal del precepto pudiera llevarnos a entender que el deber de información debe existir siempre y, por tanto, no cabe la instalación de cámaras ocultas, la doctrina sentada por el TEDH, que coincide, como hemos señalado, con la que ya venían aplicando nuestros tribunales, debe llevarnos a la conclusión de que cabe la instalación de un sistema de videovigilancia encubierto por parte del empresario, cuando existan sospechas razonables de que se están cometiendo graves irregularidades. Qué se entienda por sospechas razonables o por graves irregularidades es algo que los tribunales irán fijando según las circunstancias de cada caso.

En contra de esta postura podemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 18 de febrero de 2019 (rec. 875/2018) que considera que la LOPD/2018 no está respetando el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales, pues el RGPD no establece ningún tipo de excepción al deber de información en las relaciones laborales. Por otra parte, señala dicha sentencia que:

[...] en la hipótesis de sospechas de la comisión de hurtos o de otras conductas delictivas parece que lo más razonable es impetrar el auxilio judicial, de modo que el empresario debería interponer la correspondiente denuncia y solicitar las medidas de investigación del delito adecuadas, incluida la videovigilancia, que podrá acordarse si resulta eficaz a los fines de la instrucción penal y si concurren los requisitos legales, salvaguardando así los derechos del empleador, solo que con el amparo y debido control judicial (FJ 2.º).

Junto a la protección de datos de carácter personal, el artículo 89 de la LOPD/2018 protege también la intimidad de los trabajadores en los supuestos de uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo. Así, en primer lugar, el artículo 89.2 señala que «en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos». En este sentido, el precepto no hace sino recoger una doctrina constitucional y jurisprudencial clara sobre la vulneración del derecho a la intimidad en estos casos. Como afirmó

la STC 98/2000, de 10 de abril (FJ 6.º), la instalación de medios de vigilancia y control «en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias».

Y, en segundo lugar, los sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirán únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores (art. 89.3 LOPD/2018). Como ha señalado la doctrina:

[...] las exigencias son en apariencia bastante más estrictas para la captación de sonidos que para la captación de imágenes, puesto que para la instalación de sistemas de videovigilancia el precepto únicamente establece como requisito específico el de «informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y precisa», a los trabajadores y en su caso a sus representantes, mientras que para la captación de sonidos se imponen, además de ese deber de información, aquellos otros límites (García y Rodríguez, 2019, p. 36).

Es decir, además del deber de información hay que respetar el principio de proporcionalidad y de intervención mínima.

Parece así recoger este precepto la doctrina constitucional contenida en la STC 98/2000, de 10 de abril, en el caso del Casino de la Toja. En esta sentencia se planteó si la instalación de micrófonos que permitían grabar las conversaciones de trabajadores y clientes en determinadas zonas del casino se ajustaba a las exigencias indispensables del respeto del derecho a la intimidad. La sentencia concluyó que:

[...] la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino).

Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y

grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes (FJ 9.º).

De este modo, el empresario, antes de instalar sistemas de grabación de sonidos, deberá no solo informar a sus trabajadores, sino valorar si la finalidad que se persigue con esa medida resulta proporcionada a la limitación del derecho a la intimidad de los trabajadores, teniendo en cuenta que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación.

En todo caso, no parece que sea admisible, como regla general, una videovigilancia y grabación de sonidos genérica y permanente con finalidad de control laboral, aunque se haga la oportuna advertencia a los trabajadores. En este sentido, ya señaló la reiterada STC 98/2000 que:

[...] el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el artículo 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE (FJ 9.º).

Por último, hay que tener en cuenta que, según señala el artículo 89.3 de la LOPD/2018, «la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley». De este modo, los sonidos serán suprimidos en el plazo máximo de 1 mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones.

4. Protección de datos y sistemas de geolocalización

Cada vez más empresas utilizan los avances tecnológicos para controlar las herramientas de trabajo facilitadas a sus trabajadores. Entre esas tecnologías adquieren importancia las herramientas de geolocalización con las que el empresario puede conocer la localización tanto de bienes propiedad de la empresa, como de trabajadores (Fernández, 2010; Goñi, 2009).

La instalación del sistema de geolocalización por la empresa supone el tratamiento de datos personales por afectar a personas identificables.

La AEPD ya en su Informe 0613/2009 determinó que resulta aplicable a estos supuestos la LOPD y su normativa de desarrollo, habida cuenta de que los datos de localización

se refieren siempre a una persona física identificada o identificable, por lo que constituyen datos personales.

El Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en el Dictamen 5/2005, sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, estableció una serie de pautas o recomendaciones a tener en cuenta en relación con el tratamiento de datos de localización relativos a empleados.

Así, señaló que en estos casos el tratamiento de datos ha de corresponder a:

[...] una necesidad específica de la empresa que guarde relación con su actividad. El tratamiento de los datos de localización puede estar justificado si se lleva a cabo formando parte del control del transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos (por ejemplo, la planificación de operaciones en tiempo real) o cuando se trate de lograr un objetivo de seguridad en relación con el propio empleado o con los bienes o vehículos a su cargo. Por el contrario, el Grupo considera que el tratamiento de datos es excesivo en el caso de que los empleados puedan organizar libremente sus planes de viaje o cuando se lleve a cabo con el único fin de controlar el trabajo de un empleado, siempre que pueda hacerse por otros medios. En estos dos casos, su finalidad no justifica el uso de un tratamiento que, por el tipo de datos recogidos, supone una innegable intromisión.

Si la empresa cede al trabajador un vehículo para ser usado por el mismo en el ejercicio de las funciones propias de su trabajo, los datos que se conecten a su manejo, así como a sus desplazamientos y ubicaciones a lo largo de la jornada laboral, vendrán a reflejar la forma de proceder del trabajador como conductor del vehículo, permitiendo de ese modo, como se indica en la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2014 (rec. 1952/2013), el permanente:

[...] conocimiento de parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal y, de ser objeto de tratamiento como aquí sucede, del que igualmente le asiste a la protección de datos de tal carácter (FJ 16.º).

La cuestión, por tanto, a resolver en estos supuestos queda centrada en la determinación de los requisitos a los que debe ajustarse la posible instalación por la empresa de un sistema de vigilancia como el GPS, a fin de salvaguardar el derecho fundamental que, de conformidad con el artículo 18.4 de la CE, asiste al trabajador.

El artículo 90 de la LOPD/2018 reconoce el derecho de los empleadores a tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de funciones de control de los trabajadores previstas en el artículo 20.3 del ET, «siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo». Para llevar a cabo este tratamiento de datos, el artículo 90.2 de la LOPD/2018 prevé que:

Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

Se da, así, un tratamiento muy similar al del uso de dispositivos de videovigilancia, pues se exige la información expresa, clara e inequívoca a los trabajadores. En todo caso, esta venía siendo la postura mantenida por la jurisprudencia en estos supuestos, pues, aunque no siempre se exigía el consentimiento de los trabajadores, sí que se exigía el deber de información sobre la utilización de estos sistemas de geolocalización.

En este sentido, se ha entendido que el empresario puede establecer esta medida de control sin el consentimiento de los trabajadores afectados siempre y cuando la medida se considere necesaria para el mantenimiento y ejecución del contrato de trabajo. Así, por ejemplo, la AEPD (Informe 0090/2009) ha considerado que no es necesario el consentimiento en el supuesto de una empresa de seguridad que proporciona a sus empleados en tareas de escolta un teléfono que dispone de localizador GPS. El tratamiento de los datos de localización del escolta durante la prestación del servicio y, como consecuencia, de la persona escoltada, así como los relativos al inicio o fin del servicio o las incidencias ocurridas durante su prestación, responde a la necesidad de garantizar la seguridad del escoltado y forma parte de la prestación del servicio de protección a la persona escoltada, por lo que el tratamiento de dicho dato vendría amparado en lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LOPD/1999.

En este sentido, se ha considerado que no es necesario el consentimiento de los trabajadores cuando el sistema de geolocalización instalado por la empresa en los vehículos que pone a disposición de sus trabajadores tiene una finalidad de control del cumplimiento de las funciones y obligaciones de los conductores durante la jornada laboral. «La finalidad de control alegada por la empresa está justificada y permite que dada la existencia de una relación laboral entre en juego la excepción (del art. 6.2 LOPD) durante la jornada de trabajo»¹³.

¹³ STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2018 (rec. 2241/2017):

La utilización de los vehículos de motor para desplazarse a los diferentes domicilios de los clientes, en toda la comunidad autonómica asturiana, consume una buena parte de la jornada y es un medio fundamental en la prestación de servicios y en la actividad empresarial de

Sin embargo, aunque en determinados supuestos no sea necesario el consentimiento del trabajador, lo que ha resultado exigible por la jurisprudencia, con carácter general, es cumplir con el deber informativo que impone la LOPD. Ahora bien, es cierto que en algún supuesto la doctrina judicial no ha considerado necesario que el empresario haya informado expresamente al empleado de su instalación.

A título de ejemplo, podemos citar la STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2012 (rec. 5194/2011). En este caso, el trabajador había sido advertido de que podían adoptarse las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales, pero no específicamente de la instalación del GPS en el vehículo de empresa que tenía a su disposición. La empresa tuvo noticias, a través de comentarios de empleados y de otros encargados de obras, de que el trabajador incumplía gravemente su jornada y su horario de trabajo, no realizando el total de la misma y no visitando las obras en determinados momentos, por lo que decidió instalar un dispositivo de GPS en su vehículo de empresa para tener localizado el vehículo todo el tiempo y conocer los sitios que visitaba durante su jornada laboral. Al trabajador se le remitió una carta en la que se le recordaba su deber de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, y se le advertía que el empresario podría adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control. En sentido similar, la STSJ de Valencia de 2 de mayo de 2017 (rec. 3689/2016) consideró que, a pesar de no haber sido informados expresamente por el empresario de su instalación, los trabajadores conocían la existencia del GPS, porque emitía un sonido cuando se abría el vehículo que se apagaba al introducir la llave. E incluso en algún supuesto, a pesar de no existir ningún tipo de advertencia por parte del empresario, se ha considerado que no hay vulneración, pues, como señala la STSJ de Galicia de 6 de junio de 2014 (rec. 903/2014), no parece razonable que la empresa, ante la comisión de faltas laborales, desvele las medidas de control y de seguridad tendentes a prevenir o a disuadir a posibles infractores, cuando se refieren a vigilancia sobre mercancías, que pueden ser sustraídas, o localización de vehículos en sus rutas laborales en un ámbito que no se puede considerar de intimidad o privacidad o de estricto control de una persona con un fin ilegal.

Por tanto, parece que, aunque la regla general ha sido el deber de información al trabajador acerca de la instalación de los correspondientes dispositivos de geolocalización, no faltan sentencias que han considerado posible eludir el deber de información cuando el dispositivo se instala ante las sospechas razonables que tiene el empresario de que el trabajador está incumpliendo con sus obligaciones laborales.

instalar y mantener servicios de telecomunicaciones de la sociedad Telecable. La instalación de los dispositivos GPS y el uso de la información transmitida contribuye de forma importante a la supervisión del cumplimiento eficiente de la prestación de servicios, a corregir deficiencias en la confección y ejecución de las diferentes rutas y a mejorar la capacidad de respuesta ante los acontecimientos imprevistos (una solicitud urgente de un cliente, una avería de un vehículo, etc.) (FJ 4.º).

Esta situación cambia con la entrada en vigor de la LOPD/2018, pues la ley exige el deber de información con carácter previo sin ningún tipo de excepción.

Ahora bien, una duda que se planteaba ya antes de la entrada en vigor de la nueva LOPD, y que esta no resuelve, es si resulta necesario que el empresario indique expresamente que la instalación del correspondiente dispositivo GPS servirá para verificar el cumplimiento por parte de los trabajadores de las obligaciones y deberes laborales o si basta simplemente con que el trabajador tenga conocimiento de su instalación.

Si el sistema GPS se instala para controlar la posición del trabajador durante la jornada laboral, a mi juicio, basta con que el trabajador tenga conocimiento de que se ha instalado el citado dispositivo, pues la finalidad de control resulta implícita en su instalación. Si el sistema GPS se instala en el vehículo asignado, en el teléfono móvil, en la tableta o en cualquier otro instrumento de trabajo puesto a disposición de los trabajadores por la empresa para el desarrollo del servicio y la localización del trabajador, resulta difícil separar el control de la posición de tales instrumentos de trabajo del cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores. Como señala la STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2015 (rec. 19/2015):

[...] si el sistema GPS se instala en el vehículo asignado precisamente para el desarrollo del servicio y para poder realizar las rutas de vigilancia, entonces no acertamos a discernir cómo puede separarse conceptualmente el control de posición de tal vehículo de la comprobación del cumplimiento de sus obligaciones por parte del trabajador (FJ 4.º).

De este modo, en estos casos, aunque el trabajador solo haya sido informado de la instalación del correspondiente sistema de geolocalización, pero no de que puede ser utilizado para el control de sus obligaciones laborales, a mi juicio, no se plantea ninguna duda en relación con si resulta o no exigible el deber de información.

Por el contrario, cuando el dispositivo se implanta con la función de proteger bienes empresariales (por ejemplo, vehículo de empresa), pero a la vez permite conocer la ubicación y los movimientos del trabajador, resulta dudoso si el empresario puede utilizar los datos obtenidos con una función de control. El artículo 90 de la LOPD/2018 no da respuesta a esta situación. ¿Basta con que el trabajador haya sido informado de la instalación y características del correspondiente dispositivo? Esta es la única obligación que el precepto impone al empresario, sin que en ningún momento exija que los empresarios informen a los trabajadores de que este sistema podrá ser utilizado para su control. El casuismo se impone de nuevo en estos casos. A mi juicio, resulta significativa la diferente redacción del artículo 89, en relación con los dispositivos de videovigilancia y grabación, y el artículo 90, en relación con los sistemas de geolocalización. Así, el artículo 89, tras señalar que los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras

para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, afirma que estos habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores «acerca de esta medida». Es decir, habrán de informarles de que las cámaras o videocámaras podrán controlar su trabajo. Por el contrario, el artículo 90, tras señalar igualmente en el apartado 1 que los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de funciones de control, en el apartado 2 no dice que los empresarios deberán informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores sobre esta medida, sino que habrán de informar «acerca de la existencia y características de estos dispositivos». No parece, por tanto, que deban informarles sobre la posibilidad de control laboral por los correspondientes sistemas de geolocalización. Si el legislador así lo hubiera querido podría haber utilizado la misma expresión que para los sistemas de videovigilancia, sin embargo no lo ha hecho.

La utilización de los sistemas de geolocalización en vehículos o dispositivos móviles puestos a disposición de los trabajadores por la empresa viene planteando también problemas cuando los mismos siguen siendo utilizados fuera de la jornada de trabajo. En estos casos, el problema surge si el trabajador no está informado de que el sistema de geolocalización puede ser utilizado para controlar su actividad fuera de la jornada laboral. La AEPD ha señalado en su Informe 90/2009 que el tratamiento de los datos de localización fuera del tiempo de la prestación laboral resulta excesivo en relación con la finalidad perseguida, por lo que vulnera el principio de proporcionalidad y resulta contrario a la LOPD. En este mismo sentido, el Dictamen 5/2005 del Grupo de Trabajo del artículo 29, al que anteriormente hemos hecho referencia, señala que:

[...] en cualquier caso, el requisito relativo a la finalidad implica que un empresario no debería recoger datos de localización en relación con un empleado fuera de su tiempo de trabajo. Por consiguiente, el Grupo recomienda que se dote a los equipos puestos a disposición de los empleados, y especialmente a los vehículos que también puedan ser utilizados con fines privados, de un sistema que les permita desactivar la función de localización.

Uno de los pilares fundamentales para la licitud del control de los desplazamientos por medio de dispositivos GPS y del tratamiento de los datos personales obtenidos por su medio es que la existencia de relación laboral faculta a la empresa para, en el ejercicio de sus facultades directivas y supervisoras, establecer algunos límites a derechos fundamentales de los trabajadores. Ahora bien, cuando finaliza la jornada laboral o acaba el tiempo de trabajo, la doctrina judicial considera que dichas facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la empresa para imponer medidas de captación y tratamiento de datos. A partir de ese momento, es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS y para el análisis automatizado de los datos personales conseguidos por ese medio.

Es indiferente, como ha señalado la doctrina judicial, que «al finalizar la jornada laboral, los trabajadores se hagan cargo de los vehículos que utilizan». Finalizada la jornada:

[...] el contrato de trabajo ya no ampara la restricción en los derechos fundamentales que supone la aplicación de la medida y por tanto no hay razón suficiente para prescindir del necesario consentimiento de los afectados. La protección por la empresa de sus bienes y el control del uso que de ellos se haga una vez terminada la jornada de trabajo no constituye una excepción a la vigencia de la indicada regla general (STSJ de Asturias de 27 de diciembre de 2017, rec. 2241/2017)¹⁴.

Por ello, salvo que los trabajadores den su consentimiento, la empresa está obligada a contar con un procedimiento que le permita desactivar el sistema de posicionamiento global instalado, de forma que no capte datos a partir del momento en el que finalice la jornada laboral.

En este sentido se ha declarado nulo el despido de una trabajadora, en situación de incapacidad temporal, que fue despedida por utilizar el vehículo de la empresa durante dicha situación, a pesar de la prohibición de uso para fines ajenos a la actividad laboral. La empresa aportó como prueba el sistema de geoposicionamiento (GTA) con el que estaba dotado el vehículo. La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía considera que:

[...] se han utilizado dichos datos, no con la finalidad de control durante su jornada laboral, sino en relación a tramos horarios ajenos a la jornada laboral, como era los periodos de baja por incapacidad temporal, para lo que no se encontraba autorizado, todo lo cual comporta [...] la consiguiente declaración de nulidad del despido acontecido, al quedar constancia de que la actora no era conocedora de la instalación del GPS, en el vehículo que conducía, para supuesto ajeno al control de su jornada de trabajo (Sentencia de 19 de octubre de 2017, rec. 1149/2017).

¹⁴ En el mismo sentido, STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de junio de 2014 (rec. 1162/2013), según la cual el trabajador «no puede ser objeto de seguimiento durante todos los días de su vida laboral, y tanto durante la jornada como fuera de ella (al no tener prohibida la utilización del teléfono móvil fuera del tiempo de actividad laboral)».

Referencias bibliográficas

- Adsuares Varela, B. (2016). El consentimiento. En J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. Madrid: Reus.
- Córdoba Castroverde, D. y Díez-Picazo Giménez, I. (2016). Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico. En Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (Coord.), *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 99-122). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Charcategui Jávega, C. (2018). Videovigilancia en el lugar de trabajo y «expectativa razonable de privacidad» según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda contra España). *Revista Derecho Social*, 83, 119-132.
- Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruiz, A. B. (2012). *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Valladolid: Lex Nova.
- Fernández García, A. (2010). Sistemas de geolocalización como medio de control del trabajador: un análisis jurisprudencial. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 17(2), 91-105.
- García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I. A. (2019). La protección de datos personales en el ámbito de trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 19-64.
- García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (2017). La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la Sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017 (caso Bărbulescu v. Rumania; n.º 61496/08; Gran Sala). *Revista de Información Laboral*, 10.
- Goerlich Peset, J. M. (2016). Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: inquietudes y paradojas. En Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (Coord.), *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 123-150). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Goñi Sein, J. L. (2009). Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, internet, videovigilancia y controles biométricos. *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39, 11-58.
- Gude Fernández, A. (2014). La videovigilancia laboral y el derecho a la protección de datos de carácter personal. *Revista de Derecho Político (UNED)*, 91, 43-90.
- Navarro Nieto, F. (2019). La videovigilancia laboral. Un comentario a la STEDH de 17 de octubre de 2019. Asunto López Ribalda, *Diario La Ley*, 9519.
- Orellana Cano, A. M. (2019). *El derecho a la protección de datos personales como garantía de la privacidad de los trabajadores*. Pamplona: Aranzadi.
- Rodríguez Escanciano, S. (2019). Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *Diario La Ley*, 9328.
- Rojo Torreccilla, E. (2018). Derecho del empleador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de videovigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otros contra España (a propósito de la STEDH de 9 de enero de 2018). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 135-152.



Thibault Aranda, J. (2009). La vigilancia del uso de internet en la empresa y la protección de datos personales. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 215-226.

Troncoso Reigada, A. (Dir.). (2010). *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas.

Vizcaíno Calderón, M. (2001). *Comentarios a la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas.



Negociación asamblearia versus comisión *ad hoc*: necesarias cautelas ante una «solución excepcional» de cariz expansivo

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 706/2019,**
de 10 de octubre

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

1. Marco normativo

Con artículos como el [41.4 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) –y su proyección, por remisión formal, en los arts. [82.3](#) o [51 ET](#)–, la reforma laboral de 2012 pretendió garantizar al empleador un interlocutor para la gestión de las crisis y/o dificultades de las empresas en ese tiempo. El pequeño tamaño de la gran mayoría de empresas españolas representa un importante obstáculo para la generalización de los sujetos auténticamente representativos de las personas trabajadoras, sea en el canal unitario o en el sindical. Por ello, para superarlo, se aseguró que tanto el empleador como la plantilla, al margen de cuál fuese su tamaño, pudieran en todo caso disponer de una «comisión negociadora», aun creada artificialmente y para un objetivo específico, que impidiera el bloqueo de estos procesos negociadores ante la ausencia de interlocución estable.

La decisión legislativa fue muy cuestionada, incluso en el plano constitucional, porque era contradictoria con el modelo de preferencia sindical ex [artículo 28 de la Constitución española \(CE\)](#) en relación con el [artículo 37 de la CE](#). No obstante, fue eficaz empresarialmente, pues las comisiones negociadoras constituidas por este tipo de interlocución «social» *ad hoc* alcanzaron acuerdos con las empresas en más del 90 % de los casos, según estadísticas del ministerio competente. Con todo, fuera esta una comisión *ad hoc* elegida por la plantilla de la empresa, o una comisión *ad hoc* sindical más representativa, el legislador presumía la existencia de un sujeto colectivo representativo, descartando la comisión

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2020). Negociación asamblearia versus comisión *ad hoc*: necesarias cautelas ante una «solución excepcional» de cariz expansivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 706/2019, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 135-140.

asamblearía con el conjunto de la plantilla, pues la negociación colectiva no se atribuye a las personas trabajadoras directamente. Aunque podría haberse establecido la necesaria sindicalización de esa comisión *ad hoc*, que sería coherente con el modelo constitucional e internacional, el legislador no lo hizo. En cualquier caso, la opción era colectiva, descartando las formas de participación directa, dada la desigualdad que generaría.

Con todo, dadas las deficiencias de la regulación a efectos de asegurar la necesaria representatividad, fue necesaria una nueva reforma –RDL 11/2013, luego Ley 1/2014–, para solventar los problemas planteados en la práctica. Surgieron así las comisiones mixtas o híbridas, a fin de dar respuesta a la fragmentación del conjunto empresarial en centros de trabajo con reducida plantilla, pero cuya suma total era de entidad. Estos supuestos han planteado gran conflictividad judicial, dadas sus estrategias para lograr acuerdos colectivos globales a través de la negociación con representantes de uno o solo parte de los centros, quebrando el principio de correspondencia, como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 746/2019, de 30 de octubre, respecto de una empresa de seguridad privada.

De este modo, se abría un nuevo cauce de interlocución que permitía apartar la vía sindical, que fue avalada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, bajo el argumento de la inexistencia de un modelo cerrado. De ahí que se introdujera en la actual redacción del artículo 41.4 del ET un modelo subsidiario, con un amplio catálogo de reglas en función del ámbito y representatividad, según afectara a un único o a varios centros de trabajo la regulación –extintiva y/o novatoria– de empleo y que, en todo caso, no se basaba en un sujeto directo, sino representativo.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

El Colegio de Procuradores de la provincia de Oviedo, integrado por varios centros de trabajo ubicados en diversas localidades, cuenta con un total de 16 personas trabajadoras en su plantilla, siendo prácticamente todos los centros de trabajo unipersonales. Con el argumento de la reducción de la carga de trabajo por la implantación del sistema LexNET y las notificaciones telemáticas, la entidad promovió un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41.4 del ET dirigido a reducir la jornada de trabajo, quedando fuera del mismo solo 2 oficinas en las que el personal ya presta servicios a tiempo parcial. Dada la inexistencia de una estructura representativa, se pidió al personal que eligiera entre todas las personas trabajadoras una comisión negociadora de un máximo de 3 miembros. El comunicado de la empresa les indicaba la posibilidad de que se integrasen en la comisión «todos los afectados» o bien «atribuir su representación a un solo trabajador».

Tras diversas vicisitudes y reuniones entre la entidad y la comisión integrada por todas las personas trabajadoras afectadas, fue alcanzado un acuerdo mayoritario, pero no unáni-

me, de modificación de jornada. El resultado fue la reducción de una hora diaria de trabajo con la consiguiente reducción proporcional del salario. No obstante, uno de los integrantes de dicha comisión que votó en contra de dicho acuerdo lo impugnó, al considerar que la composición de la comisión no es válida.

La demanda de conflicto colectivo fue desestimada en la instancia, confirmándose en su aplicación, por entender que el acuerdo tiene validez por respetar las reglas previstas para el procedimiento de consultas ex artículo 41.4 del ET, en línea con la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 287/2014), que casó la Sentencia de la Audiencia Nacional 232/2013, de 20 de diciembre. El trabajador recurre en casación para la unificación de doctrina al entender que o bien la falta de aplicación de la comisión *ad hoc* en este supuesto hace que no sea legítima, o bien los acuerdos alcanzados no tienen eficacia global, de conformidad con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 7335/2013, de 11 de noviembre. En consecuencia, la cuestión jurídica se centra en determinar si es legítima esta modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo realizada tras el acuerdo negociado directamente con la totalidad de la plantilla y cuál es la eficacia que hay que atribuir a los acuerdos resultantes.

3. Claves de la posición judicial

En la [sentencia analizada](#), la sala desestima el recurso, confirmando la doctrina jurisprudencial que estableciera en su [Sentencia de 23 de marzo de 2015](#). Dos son los aspectos en los que se centra la decisión del tribunal, si bien ambos llevan a idéntico resultado.

Por una parte, constata que las circunstancias concurrentes en este caso son coincidentes con las existentes en el referido supuesto examinado en 2015, confirmando los «criterios de excepcionalidad» que dan validez al acuerdo negociado con la totalidad de la plantilla. Estos son:

- Plantilla formada por pocas personas.
- Voluntad unánime de estas para negociar personalmente.
- Aprobación claramente mayoritaria del acuerdo.
- Ausencia de indicios de actuación maliciosa de la empresa dirigida a subvertir el necesario carácter colectivo de la negociación, así como ausencia de vicios en el acuerdo alcanzado.

Por otra, la sala considera necesario realizar otras precisiones a fin de «apuntalar la eficacia de esta clase de acuerdos». Con este objetivo, rechaza que puedan ser considerados «simples acuerdos plurales de naturaleza individual, a modo de pactos singulares de carácter personal con cada uno de los trabajadores que votaron a favor de su aprobación», para

afirmar su «eficacia colectiva, en el mismo sentido y con el mismo alcance que atribuye el artículo 41.4 ET al que pudiere haberse alcanzado con la comisión *ad hoc*». Las consecuencias prácticas de esta consideración son de relieve, pues suponen que tales acuerdos tienen una eficacia general personal, siendo extensibles a todas las personas trabajadoras, incluso para las que mostraron su disconformidad. De este modo, en este caso la asamblea no actúa a título individual, sino «en la misma condición colectiva que correspondería a la comisión representativa que sustituyen, en cuyo estatuto jurídico han venido a subrogarse a efectos de la negociación y eventual conclusión de un acuerdo con la empresa». En consecuencia, quienes aceptan participar en el procedimiento directo no pueden después «ignorar la naturaleza representativa del colectivo negociador por el hecho de que no compartan el resultado final de lo pactado por la mayoría». Del mismo modo, también goza de presunción de causa justificativa, sin perjuicio de su eventual impugnación en su aplicación individual.

4. Trascendencia de la decisión más allá del caso concreto

La relevancia de la [sentencia comentada](#) y de la doctrina que en ella se contiene resulta indiscutible, tanto en el plano teórico como en el práctico, al incidir en la representatividad y negociación colectiva, aun en su modalidad más informal. En última instancia, es evidente que la jurisprudencia social no se ha limitado a resolver un conflicto particular, sino que ofrece una respuesta jurídica de alcance general. De este modo, aunque no de forma manifiesta, no solo crea un nuevo sujeto colectivo con competencias de negociación colectiva, que identifica con una comisión asamblearia –por lo tanto, con el total de la plantilla–, sino que consolida la validez y eficacia de tales acuerdos de manera más general, lo que se aprecia con base en varios indicios.

Por un lado, no es la primera vez que el TS justifica decisiones de un contenido polémico con base en la [STS de 23 de marzo de 2015](#). Esta fue intensamente difundida en la prensa económica como si de un revés para el legislador se tratara cuando, por el contrario, obedece al primado de la voluntad legislativa de asegurar al empleador un interlocutor útil para su gestión de crisis. Algo después, esta fue reforzada por la [STS de 14 de mayo de 2015 \(rec. 144/2014\)](#), que reconoce legitimación a una extraña «comisión *ad hoc* mixta», permitiendo nuevos supuestos de mutación de la asamblea de personas trabajadoras. De este modo, lo que nació aparentemente sin pretensión de generalidad adoptaba diferentes proyecciones concretas y en contextos conflictivos distintos.

Por otro, los criterios de control de la excepcionalidad se conforman de una manera amplia, por lo que no existe en la doctrina jurisprudencial una pauta interpretativa segura para fijar los límites de la construcción judicial. Así, por ejemplo, afirma que debe tratarse de empresas de reducido volumen, pero en más de un caso supera las 10 personas trabajadoras, hasta llegar incluso a 17, sin que se indique dónde se sitúa el límite. En cualquier caso, con base en los datos estadísticos, las empresas que pueden quedar comprendidas en esas ra-

tios superan con creces el millón, pues incluiría a todas las microempresas (de 1 a 9 personas asalariadas, que ascienden a 1.143.015), más parte de las pequeñas empresas (de 10 a 49 personas asalariadas, que ascienden en total a 154.738) –datos de empresas inscritas, fuente: Ministerio de Empleo, Migraciones y Seguridad Social–. En suma, el hecho de que se trate de pequeñas empresas no quiere decir que su incidencia sea menor.

Asimismo, tampoco indica la sala con claridad qué quiere decir cuando alude a la aprobación «claramente mayoritaria del acuerdo», de modo que la «minoría sea escasa». Según indica la [sentencia comentada](#), una minoría de en torno a un tercio discrepante cumple tal condición, pues así sucede en el caso examinado –7 contra 3–, pero nada se dice de otras posibilidades próximas –como 6 contra 4, que sería mayoría absoluta–. Con carácter general, la jurisprudencia social viene exigiendo unas amplias mayorías para dar validez y eficacia a los acuerdos que se adoptan por el conjunto de la plantilla en asamblea, como es el caso de la conformidad con el calendario de vacaciones anuales propuesto por la empresa. En este sentido, la [STS 715/2019, de 16 de octubre](#), rechaza declarar la nulidad del calendario de vacaciones anuales aceptado por el 80 % de la plantilla –34 personas trabajadoras de un total de 43–, si no hay representación legal de los trabajadores en la empresa, aunque sí sección sindical.

A juicio del TS, la ausencia de representación legal en pequeñas empresas:

[...] no obliga a la empresa a adoptar otras medidas a tal fin, aunque en este caso, constan acuerdos alcanzados a nivel individual [...], sin que el hecho de que no exista ese expreso acuerdo con 9 de los trabajadores [...] obligue a una nueva reestructuración del calendario cuando tampoco se conoce que esos otros trabajadores hayan planteado acción alguna al respecto y las razones de ello y su alcance.

De este modo, entiende que no se vulneraría el convenio ni el [artículo 80 del ET](#), pues una mayoría tan amplia refleja:

[...] un cauce adecuado para dejar constancia de que la empresa ha obtenido la conformidad de aquellos en el calendario sin que le sea exigible que dicho acuerdo deba ser obtenido por otras vías cuando la norma legal tan solo acude al individualizado, en defecto de otras representaciones de los trabajadores.

En suma, la manifestación válida de la voluntad global de las personas trabajadoras no requiere del cauce del [artículo 80 del ET](#), porque ha sido válida la convocatoria del conjunto y porque, en otro caso, se conculcaría una regla democrática al imponer su voluntad la minoría a la mayoría. Por ello, la discrepancia individual no puede ser canalizada a través del veto al acuerdo adoptado, sino por la vía de la impugnación judicial.

Por lo demás, se percibe en esta doctrina jurisprudencial el favor por una acción negociadora colectiva asamblearia, más directa y menos representativa, bajo cierto influjo

del principio de democracia industrial directa. En los supuestos que basan los pronunciamientos apuntados, la empresa es ajena a la ausencia de un órgano interlocutor con sustrato organizativo estable que pueda actuar como el sujeto colectivo en representación del conjunto en sentido estricto. Por ello, en ausencia de sospecha de intervención empresarial en tal sentido, con base en esta doctrina, no es exigible acudir a la comisión *ad hoc* en los casos así previstos legalmente, ni tampoco, con carácter más general, a formas de negociación individualizada. Sin embargo, en la realidad del mundo del trabajo, en general, y en particular en el caso concreto aquí analizado, no resulta tan nítida la inocencia de la empresa en tal decisión asamblearia. Así, en la comunicación de la empresa no se apunta que la plantilla afectada puede acudir a comisiones sindicalizadas, como alternativa legal, sino que se indican opciones que dan preferencia a la negociación directa. Sin pretender caer en la sospecha sistemática, se considera que en estos casos los tribunales deberían evaluar de forma precisa y detallada el desarrollo de los acontecimientos, a fin de evitar una intervención empresarial orientada a que la designación de una comisión representativa acabe convirtiéndose en un mecanismo de elusión del cumplimiento real de las condiciones legales con objeto de alcanzar acuerdos peyorativos de las condiciones de trabajo. Sin duda, que estos no se hayan adoptado en el marco de un despido, sino en relación con la flexibilidad interna, de impacto más reducido, no disminuye la necesidad de este juicio detenido. En cualquier caso, debe recordarse que este tipo de acuerdos tiene una eficacia reforzada, conforme a la jurisprudencia social consolidada, lo que limita también la tutela judicial.

Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre**

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás [...] la línea central de la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual [...] hacer algo a favor de las mujeres queda estigmatizado como protección especial o como acción afirmativa en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez.

Catherine MacKinnon¹

1. Marco normativo

Mediante el **Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), se renumera el complemento por maternidad, que pasa a estar regulado en el **artículo 60**. Literalmente en su apartado 1 se establece lo siguiente:

Se reconocerá un complemento de pensión, por su 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

¹ MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra, pp. 422-423.

Cómo citar: Poyatos i Matas, G. (2020). Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 141-148.

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 %.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 %.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 %.

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. [...]

Su aplicación se acota exclusivamente a las mujeres, por motivo de «su aportación demográfica a la Seguridad Social», siendo los requisitos generales acumulativos, con las salvedades contempladas en los párrafos que van del segundo al sexto, los siguientes:

1. Ser mujer.
2. Ser beneficiaria de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad.
3. Haber tenido hijos biológicos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.
4. Solo se computarán los «hijos nacidos» (biológicos).

La causa por la que se regula el complemento por maternidad es, literalmente, «por la aportación demográfica» de las mujeres a la Seguridad Social, lo que parece justificar que se acote su reconocimiento exclusivamente respecto a las pensionistas mujeres. La norma pretende compensar, a modo de acción positiva, la aportación a la demografía realizada por las mujeres mediante la maternidad y el esfuerzo asociado a tal maternidad, suavizando así las históricas discriminaciones que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres y han sido generadoras de la brecha de género en las pensiones. Esta finalidad u objetivos del complemento controvertido se contienen de forma expresa en la enmienda aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en la que trae su origen esta bonificación².

² Se trata de la enmienda núm. 4.242 del Grupo Parlamentario Popular, en la que literalmente se dice:

El complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social se fundamenta en la consecución de los siguientes objetivos principales:

- Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.
- Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

2. Relato fáctico. Hechos relevantes

La Sentencia de fecha 29 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas estimó parcialmente la demanda interpuesta en materia de aplicación del complemento por maternidad en pensión de jubilación contributiva, reconociéndose a la actora una bonificación del 10 % correspondiente a 3 hijos biológicos.

El procedimiento derivaba de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en la que solo se contabilizaron 2 hijos (inscritos en el libro de familia) de los 4 que solicitaba la actora.

El juez de instancia reconoció la contabilización de un tercer hijo nacido en 1977 que murió a las pocas horas de nacer. No obstante, no se le reconoció la contabilización del cuarto hijo, porque: «no puede extraerse que hubiera nacimiento el día 4/8/73 ya que la documentación médica habla de aborto».

Frente a la sentencia se alzó en suplicación la demandante, solicitando la contabilización de este cuarto hijo, y, por tanto, un porcentaje del 15 %, en aplicación de lo previsto en el [artículo 60 de la LGSS](#).

La [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas de 11 de septiembre de 2019](#) se hace eco del criterio mayoritario de la sala por el que se entiende que los fetos fallecidos tras 6 meses de gestación no tienen encaje en la contabilización de hijos a efectos de devengo del complemento de maternidad que se sustenta sobre «la aportación demográfica a la Seguridad Social» y «de ningún modo podría cifrarse en el cómputo los fetos abortados, los cuales no constituirían individuos hipotéticamente integrables en el futuro sistema de la Seguridad Social» (FJ 3.º).

Haciendo uso de la facultad conferida por el [artículo 260.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#), formulé voto particular a la sentencia, por discrepar, desde la mayor consideración y respeto, con el criterio mayoritario de la sala, considerando que debió estimarse el recurso de suplicación, de acuerdo con las consideraciones jurídicas que se exponen a continuación.

De acuerdo con el relato fáctico de la sentencia, estos son los hechos relevantes:

- Mediante resolución del INSS de fecha de salida 23 de noviembre de 2017 se reconoce a la actora pensión de jubilación contributiva, con las siguientes condiciones:
 - Base reguladora: 1.219,28 euros.
 - Porcentaje pensión: 81,29 %.
 - Pensión inicial: 991,15 euros.
 - Complemento por maternidad: 49,56 euros.

- En fecha 2 de febrero de 2018 se dictó resolución por el INSS en respuesta a la reclamación previa presentada por la actora, en la que se ratifica la anterior resolución con base en lo siguiente:

[...] usted alega que tuvo cuatro hijos, sin embargo, en el libro de familia solo constan dos inscripciones: ICC, nacida el 1/9/1975, y TCC, nacida el 15/10/1983. No procede, por tanto, la aplicación de un mayor porcentaje del complemento por maternidad.

- La actora tuvo un hijo no inscrito en el libro de familia el día 31 de octubre de 1977. De acuerdo con lo contenido en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida: «[...] consta indubitadamente el nacimiento de un hijo en la fecha reseñada que murió a las pocas horas [...]».
- La demandante tuvo también un alumbramiento con 6 meses de gestación, con el resultado de feto fallecido, informe médico de asistencia e ingreso de fecha 4 de agosto de 1973, en el que hace constar: «aborto 6 meses-parto feto fallecido».

3. Voto particular. Clave del razonamiento jurídico: perspectiva de género en la interpretación de acciones positivas

La cuestión litigiosa se centró en la interpretación de la norma sustantiva.

Desde un punto de vista gramatical, el precepto legal determina que solo se computarán «los hijos nacidos», no exige que los hijos/as hayan nacido vivos tal y como sí exige, por ejemplo, el [artículo 30 del Código Civil](#) (CC). Tampoco se exige que el hijo/a nacido haya tenido que vivir un tiempo determinado fuera del útero materno, como se exigía en el ya derogado artículo 30 del CC³. Y, por último, tampoco se hace referencia a periodo de tiempo mínimo efectivo de cuidados y educación de los vástagos, es decir, de vida de los/as menores.

Como ejemplo de normativa similar que sí vincula el complemento a un tiempo mínimo de vida de los descendientes puede destacarse el caso francés y la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2001 \(asunto C-366/99, Griesmar\)](#), que analizó el carácter discriminatorio de la ley francesa por la que se atribuía cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la

³ Antes de la reforma introducida por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (disp. final tercera), disponía: «Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

pensión de jubilación. El beneficio de cotizaciones ficticias era automático si se cumplía el requisito de haberse dedicado a sus cuidados durante un periodo mínimo de 9 años. En el caso francés, la ley exigía un tiempo mínimo de vida de los descendientes para poder obtener la bonificación de cotizaciones, pero ello no se exige en el caso de la norma española.

Desde un punto de vista teleológico o finalista, la finalidad del complemento pretende compensar o suavizar mediante esta bonificación las consecuencias de las discriminaciones históricas derivadas del esfuerzo asociado a la maternidad, que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres, así como reconocer la aportación demográfica de las mujeres que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad.

Desde un punto de vista sistemático y contextual, este complemento, a diferencia de las prestaciones familiares reguladas en los [artículos 235 a 237 de la LGSS](#), pretende suavizar los perjuicios laborales soportados por las mujeres derivados de su aportación demográfica, esto es, por el sacrificio y esfuerzo anudado a la procreación biológica o por adopción, que tiene incuestionables efectos negativos en la carrera profesional (techo de cristal) y en la carrera de cotizaciones (brecha salarial y de pensiones).

A los anteriores criterios de interpretación, y dado que el complemento por maternidad se configura como una acción positiva a favor de las madres trabajadoras, debe añadirse necesariamente, por mandato del [artículo 4 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la perspectiva de género. Ello no es una opción, sino una obligación normativa y vinculante. El derecho a la igualdad y el acceso a la justicia son normas imperativas de derecho internacional público generadoras de obligaciones *erga omnes* a tenor de lo previsto en los artículos 53 y 64 de la [Convención de Viena sobre derecho de los tratados](#), en relación con los artículos [1](#), [9.2](#), [14](#), [10.2](#) y [96](#) de la Constitución española, respecto al deber internacional de «diligencia debida», que exige del Estado firmante, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad de resultado –arts. 2 f) y 5 a) de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (CEDAW), en relación con las Recomendaciones [28](#), [33](#) y [35](#) del Comité CEDAW-. Las anteriores obligaciones internacionales vinculan al poder judicial español en su actividad jurisdiccional, que debe ejercer teniendo presente el «control de convencionalidad» tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [140/2018, de 20 de diciembre](#). Ello exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, como un criterio hermenéutico que obliga a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la protección de los derechos humanos. Hay que adoptar un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos e integrando la perspectiva de género como criterio de referencia ([SSTC](#) [216/1991, de 14 de noviembre](#), [26/2011, de 14 de marzo](#), y [39/2002, de 14 de febrero](#)).

Debe añadirse, además, que lo que estamos interpretando es una medida legal de acción positiva de género. Las acciones afirmativas son una estrategia temporal destinada

a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social discriminado alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Tienen como objetivo alcanzar la igualdad sustantiva. Por ello, su interpretación y aplicación debe hacerse en conexión con las normas reguladoras del principio de igualdad y no de forma mecánica, tal y como expresamente se indica en la [Recomendación 25 del Comité CEDAW](#) sobre medidas especiales de carácter temporal:

[...] un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad *de facto* con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre.

4. Proyección de los criterios interpretativos al caso

Con base en lo expuesto, debe hacerse una interpretación con perspectiva de género del complemento por maternidad, acorde con su finalidad, y contabilizarse el cuarto hijo, por las siguientes razones:

1. Ha quedado probado que hubo un alumbramiento o parto, habiéndose producido este en un avanzado estado de gestación (6 meses-24 semanas).
2. Durante el semestre de duración del embarazo, la demandante también debió soportar las dificultades laborales derivadas del proceso de gestación inescindible con el proceso de maternidad biológico, para el que está pensado el complemento debatido.
3. Debe añadirse, también, el tiempo de duración del proceso de recuperación tras sufrir un aborto tan avanzado, lo que irremediablemente tiene consecuencias físicas, pero sobre todo psicológicas para la madre trabajadora hasta que logra recuperarse de la pérdida del ser que ha crecido en su seno durante 2 trimestres.
4. El proceso de recuperación tras el parto, incluso en gestaciones de 1 semestre, es biológicamente incuestionable, por ello dispone de la misma protección a efectos de prestaciones por maternidad (nacimiento y cuidado del menor) que en casos de nacimientos de hijos/as con vida ([art. 8.4 RD 295/2009, de 6 de marzo](#)).
5. Además, el concepto «nacimiento» lleva aparejado de forma inescindible el proceso de gestación previo y parto biológico que, en el presente caso, ha quedado probado que sí se ha producido. La actora también ha padecido las consecuencias laborales derivadas de la maternidad, en su fase de gestación y parto, en fase de recuperación física y psicológica derivada de la pérdida sufrida. Un sufri-

miento, y unas consecuencias claramente anudadas al sexo femenino, al ser el embarazo y el parto situaciones exclusivas del sexo femenino, como también lo son los perjuicios laborales y de cotizaciones anudados a la procreación.

6. Excluir los casos de gestación de 1 semestre, aunque el feto nazca sin vida, cuando la norma analizada no lo excluye expresamente, supone interpretar el concepto «aportación demográfica» de forma restrictiva y amputada, pues no puede haber aportación demográfica biológica sin previo proceso de gestación, con las consecuencias laborales negativas que ello tiene para las mujeres en casos como el presente. Ello supone condicionar este derecho a los casos en que las madres «produzcan» hijos/as vivos, difuminándose a condición de un «resultado útil» la verdadera finalidad del complemento vinculada «al esfuerzo asociado a la maternidad [...] y las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres».

Por ello debió estimarse el recurso planteado y reconocerse el 15 % (complemento por maternidad), esto es, la cantidad de 148,67 euros mensuales (15 % sobre 991,15 €) con efectos del 16 de octubre de 2017.

Juzgar con perspectiva de género no es una opción, sino una obligación normativa interna e internacional. Puede definirse como una metodología de análisis jurídico que obliga a todos los órganos judiciales a adoptar un enfoque global y contextualizado del conflicto jurídico, que garantice una mayor protección de los derechos humanos ante situaciones asimétricas o impactos normativos lesivos de género, frente a otros criterios tradicionales como la automaticidad o la literalidad.

El complemento comentado fue diseñado legislativamente como una acción positiva de género en cumplimiento de las obligaciones internacionales de España. La norma no exige que los hijos/as nazcan vivos, tengan figura humana, vivan un tiempo determinado desprendidos del seno materno, estén inscritos en el libro de familia, ni tampoco se exige un periodo mínimo de dedicación a la crianza, como sí hacen otras legislaciones.

El concepto «nacimiento» lleva aparejado de forma inescindible el proceso de gestación previo y parto biológico, que en el presente caso ha quedado probado que sí se ha producido, y, por tanto, la actora también ha padecido las consecuencias laborales negativas derivadas de la maternidad, en su fase de gestación y, con posterioridad al parto, en fase de recuperación física y psicológica derivada de la pérdida sufrida. Excluir casos como el presente del acceso a la bonificación supone interpretar el concepto «aportación demográfica» de forma amputada, pues no puede haber aportación demográfica biológica sin previo proceso de gestación, con las consecuencias laborales negativas que ello tiene para las mujeres en casos como el presente. Por tanto, tal exclusión supone cosificar a las mujeres y protegerlas condicionalmente solo cuando «produzcan» hijos/as con vida, difuminándose a condición de un «resultado útil» la verdadera finalidad del complemento.

No será posible suavizar las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres si la interpretación de las acciones positivas implementadas legalmente para revertir el proceso es más restrictiva que el texto de la ley. No podemos descartar el concepto de «aportación demográfica» excluyendo del mismo el proceso previo de gestación, que es inescindible de la maternidad biológica y uno de los puntales que sostienen las discriminaciones laborales que sufren las mujeres en un mercado de trabajo globalizado que equipara el buen aprovechamiento del tiempo con un concepto de «productividad» forjado sin perspectiva de género.

Debate, ¿inconcluso?, en torno a la prostitución como actividad objeto de una relación laboral

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5388/2019, de 11 de noviembre](#)

Raquel Poquet Catalá

*Profesora asociada.
Universidad de Valencia*

1. Introducción. Marco normativo

La prostitución, a la vez que una realidad social, constituye cuanto menos un tema sumamente incómodo para el legislador y la doctrina. Pero, como problema de la sociedad actual, debe ser tratado y abordado. En este sentido, según la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, la prostitución genera en España más de 50 millones de euros diarios. De hecho, los diarios que publican anuncios de contactos ingresan por ellos más de 40 millones de euros anuales. Se estima que en España existen unas 400.000 prostitutas que generan para los empresarios del sector 45.000 euros por prostituta y año ([Informe de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades](#), Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 379, de 24 de mayo de 2007).

En el marco normativo, cabe diferenciar, por un lado, la regulación internacional, debiéndose citar la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#), de 10 de diciembre de 1948; el [Pacto de Derechos Civiles y Políticos](#), de 16 de diciembre de 1966; la [Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#), de 18 de diciembre de 1979; el [Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena](#), de 2 de diciembre de 1949; la [Convención sobre los derechos del niño](#), de 20 de noviembre de 1989; y el [Convenio OIT núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación](#), de 1 de junio de 1999.

A nivel comunitario, destaca la Resolución núm. 3 del Consejo de Europa sobre explotación sexual, pornografía y prostitución y trata de niños, niñas y mujeres jóvenes; la Reco-

Cómo citar: Poquet Catalá, R. (2020). Debate, ¿inconcluso?, en torno a la prostitución como actividad objeto de una relación laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5388/2019, de 11 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 149-155.

mendación núm. 11 sobre la acción contra el tráfico de seres humanos; la Recomendación núm. 1325 relativa a la trata de mujeres y a la prostitución forzosa; la Recomendación núm. 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual; la [Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril](#), relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la [Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril](#), relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; y la [Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014](#) sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género.

En el ámbito nacional, cabe indicar que con la ratificación del Tratado de Lake Success por España se modificó el Código Penal en 1963 adecuando los tipos legales a dicho tratado. No obstante, aunque las prostitutas no estaban penalizadas, la [Ley 16/1970, de 4 de agosto](#), sobre peligrosidad y rehabilitación social, consideraba peligrosos a «los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución», imponiéndoles medidas de seguridad de una aflicción cuasipenal. Esta ley fue derogada por el Código Penal (CP) de 1995, el cual despenalizó la prostitución voluntaria. Sin embargo, la [Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril](#), añadió una nueva modalidad de proxenetismo atendiendo a la situación de vulnerabilidad de la víctima. También, la [Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre](#), castigó la prostitución voluntaria. La [Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio](#), incluyó un nuevo delito en el artículo 177 bis denominado «trata de seres humanos». Con la [Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo](#), por la que se vuelve a reformar el CP, el artículo 188.1 finalmente castiga al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines. Así, como indica Díaz Aznarte, se ha preferido renunciar a la posibilidad de despenalizar el proxenetismo vinculado a la prostitución ejercida voluntariamente, perdiendo una oportunidad para avanzar en materia de reconocimiento de derechos sociales y laborales a las personas que ejercen esta actividad.

Por tanto, en relación con los diferentes modelos ideológicos en torno a la regulación o no de la prostitución (el prohibicionismo, la despenalización/reglamentación, la laboralización y el abolicionismo), la actual legislación parece encuadrarse en el modelo abolicionista, aunque sin ofrecer una respuesta adecuada a dicha realidad. En puridad, siguiendo a la profesora Díaz Aznarte, la normativa española parte de la falacia de que la prostitución se ejerce siempre por cuenta propia, y traza una línea divisoria imaginaria entre la prostitución y el denominado «alterne». No obstante, no existe tampoco una clara política abolicionista con respecto a esta materia, del mismo modo que tampoco es característica una política regulacionista o una legalización de la actividad. Se está, más bien, ante una situación de ausencia de regulación.

No cabe duda de que la conducta penalmente perseguida continúa siendo la explotación de la prostitución ajena, o proxenetismo, exista o no consentimiento por parte de la víctima. Pero, sin embargo, la regulación del ejercicio de la prostitución libremente ejercida sigue

estando ausente a día de hoy. Se prioriza la actuación para proteger a aquellas personas que ejercen la prostitución obligadas y a las que se considera víctimas sin contemplar que un número indeterminado pueda realizarla de manera no forzada.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Un hombre brasileño y sin autorización administrativa para trabajar en España prestaba servicios para una empresa realizando masajes y servicios sexuales a los clientes de la misma, así como la limpieza y adecuación de las habitaciones cuando terminaban los servicios. Los servicios eran prestados en un piso con la categoría administrativa de motel de dos estrellas. Los clientes eran los que elegían entre los distintos masajistas disponibles y posteriormente se dirigían a una de las habitaciones.

El actor (masajista) tenía un horario fijo de 13:00 a 21:00 de lunes a sábado con descanso de 20 minutos y recibía una remuneración mensual. Disfrutaba también de 1 mes de vacaciones.

De esta forma, el 22 de diciembre de 2017, los responsables de la empresa manifestaron al actor y al resto de masajistas que disfrutaran del mes de vacaciones y así procederían a realizar unas reformas en el local. Pasado el mes, el actor volvió al piso y se lo encontró cerrado. Presentó demanda por despido contra la empresa. El juzgado de lo social estima la demanda de despido declarando extinguida la relación de trabajo. Frente a ella, la empresa interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) solicitando la declaración de que no existió relación laboral y, de forma subsidiaria, para el caso de considerarse laboral, formula siete motivos más.

3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

El TSJ realiza un análisis muy detallado tanto de la normativa reguladora como de la jurisprudencia, diferenciando a tal efecto entre el ámbito penal y el ámbito privado, y dentro de cada área distingue la regulación a nivel internacional, comunitario y nacional.

Tras el estudio de dicha normativa y doctrina judicial, considera que se trata de un supuesto de prostitución voluntaria por cuenta ajena, enmarcado en las notas de dependencia y subordinación propias de toda relación laboral, que se realiza simultáneamente con otras actividades accesorias (limpieza de habitaciones y masajes), por lo que el objeto del contrato es ilícito, pero:

[...] no porque el trabajo sexual deba considerarse contrario a la moral ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estima o intrínsecamente indigno, sino porque su

prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario (arts. 5 c) y 20 ET), resulta contraria a la dignidad humana.

Por tanto, desde el punto de vista laboral, declara la nulidad total del contrato ex [artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) por resultar ilícito su objeto, por contrario a la dignidad, pues las actividades de limpieza de habitaciones o de masaje son absolutamente accesorias a la principal de prestación de servicios sexuales, y la sumisión de la vida sexual de una persona a la subordinación propia de un contrato de trabajo supone una vulneración del derecho a la intimidad. De ahí que se considere que no haya acción por despido, sino acción por nulidad, por lo que «el trabajador no gozará de la acción de despido, pues no puede extinguirse una relación jurídica que resulta ser nula».

No obstante, el TSJ no entra a valorar la tutela de derechos fundamentales al no haberse ejercitado la misma, dejando la puerta abierta para que se solicite posteriormente, declarando así únicamente la nulidad del contrato de trabajo.

4. Trascendencia de la doctrina

La importancia de esta decisión judicial radica en que realiza un análisis detallado sobre toda la normativa reguladora y la evolución de la doctrina judicial al respecto, declarando la ilicitud del objeto del contrato de trabajo por ser contrario a la dignidad. Además, curiosamente, en este caso, quien ejerce la prostitución es un hombre, no como habitualmente se acostumbra a entender que son siempre mujeres.

En relación con el marco normativo penal, se destaca el [Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena](#). En el área normativa privada, el TSJ diferencia entre el intercambio voluntario de servicios sexuales a cambio de dinero por mayores de edad, que constituye una prestación de servicios remunerada, y la explotación de un establecimiento de prostitución, que queda comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento según el artículo 49 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) y los artículos 9 a 15 de la [Directiva 2006/123/CE](#).

Posteriormente, analiza la doctrina jurisprudencial sobre el trabajo sexual, distinguiendo también a nivel europeo y nacional. Incide en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany y otros](#), que razona que la prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de una remuneración y, en consecuencia, queda comprendida en el concepto de «actividades económicas» (de igual forma la [STJUE de 8 de mayo de 2019,](#)

[asunto C-230/18, Pl](#)). En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), destaca la STEDH de 11 de septiembre de 2007, caso Tremblay, que indica que la prostitución voluntaria no es en sí misma inhumana o degradante.

En el ámbito nacional, y desde el orden penal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) ha realizado una interpretación restrictiva del [artículo 188 del CP](#), de forma que se exige más que el mero lucro con la prostitución ajena, imponiéndose como elemento objetivo la explotación vinculándolo a un ejercicio no libre. Así, en aplicación del [artículo 312 del CP](#), en casos de explotación de inmigrantes irregulares en actividad de prostitución o alterne, los ha considerado como actividad laboral (SSTS, Sala 2.ª, de 30 de enero de 2003, rec. 1425/2001; de 30 de mayo de 2003, rec. 232/2002; y de 8 de marzo de 2004, rec. 449/2003). No obstante, como señala Lousada Arochena, no se reconoce la laboralidad de la prostitución, pues ello se elude, utilizando una definición de trabajador en los supuestos de migraciones fraudulentas que incluye tanto a quienes lo son según el ET, como a «los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país».

Desde el orden social, que es lo que interesa a estos efectos, debe señalarse, en primer lugar, que la doctrina judicial diferencia entre la actividad de alterne y la de prostitución. En relación con la primera, hubo una corriente jurisprudencial que la consideró como laboral (SSTS de 3 de marzo de 1981, de 25 de febrero de 1984 y de 17 de noviembre de 2004), al estimar que las chicas de alterne son trabajadoras por cuenta ajena. Del mismo modo lo estima la mayoría de la doctrina judicial (entre ella, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2012, rec. 2550/2011 y de [Murcia de 16 de abril de 2012, rec. 833/2011](#), al declarar que concurren todos los elementos caracterizadores del contrato de trabajo, pues las trabajadoras realizaban la prestación de servicios bajo el ámbito de organización y dirección del empresario, para el que prestaban servicios en exclusiva 6 días a la semana, siendo la empresa la que establecía su horario, se ocupaba del transporte al local, y retribuyendo su horario como una comisión sobre las consumiciones efectuadas en club de alterne (STS de 21 de diciembre de 2016, rec. 1868/2015, aunque con desestimación del recurso por falta de contradicción, de igual forma que en el resto de pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal; SSTSJ de Galicia de [19 de enero de 2018, rec. 4368/2017](#), y de [10 de mayo de 2017, rec. 5255/2016](#); y de Castilla y León de 6 de julio de 2017, rec. 634/2017). De hecho, se ha admitido el asociacionismo de empresarios de locales de alterne (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– de 23 de diciembre de 2003, rec. 168/2003; confirmada por [STS de 27 de noviembre de 2004, rec. 18/2004](#)).

No obstante, por lo que se refiere a la prostitución, la doctrina judicial mayoritaria niega que pueda considerarse como prestación de servicios canalizable a través de un contrato de trabajo, si bien las argumentaciones utilizadas no son siempre acordes con el sistema abolicionista. Así, un sector judicial (SSTSJ de Galicia de 10 de junio de 2002, rec. 1282/2002; y de Andalucía de 23 de julio de 2003, rec. 1700/2003) se limita a declarar la ausencia de las notas de la relación laboral, sin pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la relación laboral. En otros casos más recientes (SSTSJ de Galicia de 6 de octubre de 2017, rec. 3207/2017,

y de 28 de febrero de 2018, rec. 4901/2017) sí se ha valorado la posibilidad o no de celebrar un contrato de trabajo en el que una de las partes se comprometa a ejercer la prostitución por cuenta de otra, negando radicalmente su validez. De cualquier forma, la solución es negar la laboralidad de la prostitución.

En otros pronunciamientos judiciales se ha vinculado a los derechos fundamentales, donde se afirma que constituye «la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral» (STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004, rec. 3598/2004). Asimismo, en otro caso se argumenta que:

[...] el artículo 15 de la CE garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral, que se vulnera con la decisión de la empresa de proceder a la extinción del vínculo contractual en razón exclusivamente de la negativa de la trabajadora a ejercer la prostitución (STSJ de Cataluña 1865/1996, de 22 de marzo).

Destaca un pronunciamiento judicial (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona 50/2015, de 18 de febrero) que reconoce la libre elección de la prostitución como medio para ganarse la vida, y que este no resulta menos digno que otro trabajo. Según el mismo queda «plenamente acreditado» que las trabajadoras ejercían «libremente» los servicios de prostitución, sin coacción y de manera no forzada, bajo la «dirección» y dependencia de la empresa, y no son de apreciar motivos de ilicitud penal ni de lesión de derechos fundamentales individuales que impidan el reconocimiento de la laboralidad. De esta forma, reconoce el derecho a la Seguridad Social y a la percepción de la prestación por desempleo de las prostitutas. Se reconocen los derechos laborales a las prostitutas y las equipara con cualquier otro trabajador, por lo que manifiesta su cobertura por la Seguridad Social.

En relación con la consideración del objeto del contrato de trabajo como argumento para rechazar la laboralidad de la prostitución, debe partirse de la conceptualización del objeto como realidad sobre la que el contrato incide, esto es, la materia social sobre la que recae el vínculo creado (STS de 10 de octubre de 1997), de tal forma que no pueden ser objeto del contrato los servicios contrarios a las leyes o las buenas costumbres. En este sentido, son numerosas las sentencias (SSTSJ de Baleares de 9 de enero de 1992; de Cataluña de 15 de mayo de 2009, rec. 101/2008; y de Madrid de 7 de diciembre de 2011, rec. 2672/2011) que consideran que el objeto del contrato de prostitución es ilícito, comportando su nulidad. Asimismo, la AN (SAN 174/2018, de 19 de noviembre) ha anulado los estatutos del sindicato de trabajadoras sexuales, porque la prostitución no puede ser objeto válido de un contrato laboral. Considera que aceptar que de forma colectiva el sindicato y los proxenetas pueden negociar las condiciones de trabajo en las que debe ser desarrollada la actividad de las personas que se utilizan en la prostitución sería disponer de forma colectiva de un derecho de naturaleza personalísima como es la libertad sexual, entendiéndose por tal el derecho de toda persona de decidir con qué persona determinada quiere mantener una relación sexual, en qué momento y de qué tipo.

También se ha recurrido a la moral para rechazar la prostitución como actividad objeto de una relación laboral. Así, la doctrina judicial ha afirmado con rotundidad que la prostitución, además de ser una forma de violencia de género y de esclavitud de las mujeres, era una «actividad contraria a la moral» (SSTSJ de Galicia de [10 de noviembre de 2004, rec. 3598/2004](#), y de 27 de febrero de 2009, rec. 3734/2008). Según la doctrina civilista (Díez Picazo), es inmoral todo contrato cuyo resultado práctico repugne a la conciencia social y lo considere indigno de amparo jurídico.

En el caso enjuiciado por la [sentencia comentada](#), el TSJ declara que el objeto del contrato es ilícito no por ser contrario a la moral, sino por resultar contrario a la dignidad humana ex [artículo 10.1 de la Constitución española](#), pues en este marco jurídico:

[...] donde el trabajo sexual por cuenta ajena se halla amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art. 49 TFUE), por el derecho al trabajo en régimen autónomo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE –*vid.* STC 109/03 y Ley 20/2007–) y, en definitiva, por la libre autonomía de la persona, dicho trabajo, en sí mismo, no puede considerarse indigno. Al contrario, su prestación bajo régimen de subordinación y disciplina empresarial sí que cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad, la libertad sexual [...]. Que alguien tenga derecho a controlar, sancionar y ordenar sobre el contenido de la libertad sexual e intimidad supone una afectación a su contenido esencial.

Por consiguiente, se declara la nulidad, no parcial, sino total, del contrato, por ser contrario a la dignidad, por lo que comporta no solo la acción para exigir la remuneración correspondiente, sino también para tutelar los derechos fundamentales vulnerados, esto es, la dignidad, la libertad sexual y el derecho a la intimidad.

En conclusión, como recuerda el TSJ de Cataluña, en un Estado social y democrático de derecho no puede privarse a la parte más débil de un contrato de la protección que el derecho del trabajo le brinda, pero no puede declararse la existencia de un contrato laboral válido, siendo la vía de protección judicial la acción de tutela de los derechos fundamentales, concretamente «sus derechos a la dignidad, libertad, igualdad e intimidad, a fin de obtener una indemnización que, siguiendo el artículo 183 LRJS, debe contemplar un componente disuasorio».

Exclusión de las «parejas de hecho» del permiso por «matrimonio»: ¿*cuius commoda eius incommoda* u obsolescencia legal a corregir?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 717/2019, de 22 de octubre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Commoda cuiusque rei eum sequi quem sequitur incommoda.

(Quienes disfruten de las ventajas derivadas de cualquier cosa deberán asumir también los inconvenientes que les corresponden).

Paulo. *Libro tertio ad Sabinum. Digesto* 50,17,10

1. Marco normativo: el permiso por matrimonio, homenaje del estatuto a la tradición del «viaje de novios» (o «recién casados»)

La tradicional luna de miel suele poner broche final de gozo al estresante periodo preparativo de un acontecimiento vital singular: la boda o enlace matrimonial. [Su origen es incierto](#). Para unos, es ancestral (tradición babilónica, romana o incluso germánica: en todas, el viaje principiaba con una bebida de miel, por creer que tiene propiedades afrodisiacas, y bajo la influencia de la luna –el ciclo lunar como reloj para medir el tiempo–). Para otros, resulta más moderno (tradición burguesa británica: viaje de presentación de la nueva pareja a los parientes que no pudieron asistir al enlace, con la consiguiente dimensión familiar). Pero, en todo caso, si bien mirado, en todos ellos, se trata de un tiempo singular de gozo asociado a un suceso muy particular para la vida de la pareja (también para el resto de la familia).

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). Exclusión de las «parejas de hecho» del permiso por «matrimonio»: ¿*cuius commoda eius incommoda* u obsolescencia legal a corregir? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 717/2019, de 22 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 156-166.

Desde esta perspectiva, siendo [las personas trabajadoras españolas las que más viajan para disfrutar su luna de miel de toda Europa](#) (nueve de cada diez parejas lo hacen en España, cuando en Alemania viajarían por este concepto siete de cada diez), aduciendo quien no lo hace solo problemas económicos, no sorprende que el [artículo 37.3 a\) del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) mantenga inalterado, desde su versión originaria (allá por 1980), el reconocimiento de un «permiso por matrimonio»:

3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, [...] por el tiempo siguiente:

a) Quince días naturales en caso de matrimonio.

Desarrollándose aquel viaje de boda (igual da religiosa, única en origen, o civil –celebración en el ayuntamiento, ante la persona titular de un órgano jurisdiccional o ante una persona notaria–; sea entre personas de sexo diferente o del mismo sexo) la mayor parte de las ocasiones de forma inmediatamente sucesiva (como en Portugal, pero a diferencia del resto de países europeos, que prefieren esperar a la temporada baja de turismo, como Francia), no nos causará tampoco perplejidad que ni el cómputo inicie en día laborable ni el periodo quede establecido en días laborales, sino naturales. Por lo tanto, si habitualmente no se «apellidan» esos días como naturales (laborables y festivos) o laborables (es la opción seguida por el resto de los permisos del [art. 37.3 ET](#), por ejemplo), en este caso el legislador viene cuidando de establecer esa precisión. Una opción legislativa que coincide con la seguida en el [artículo 38.1 del ET](#) para el periodo de vacaciones anuales (se fija en un periodo no inferior a 30 días naturales, no en días laborales, como realmente debería, para representar un periodo de descanso efectivo), periodo de descanso con el que mantendría mayor afinidad que con las interrupciones, de muy escasa duración, previstas en el [artículo 37.3 del ET](#) (salvo el de la letra e) –funciones representativas–, pero es evidente que no comparte con él afinidad alguna). No obstante, en este caso estamos ante un periodo de «vacaciones» extraordinario y no responde a la necesidad de descanso por el trabajo efectivo del año, de ahí que no se preocupe el legislador de conciliarlo con las bajas por enfermedad, como sí hace el [artículo 38.3 del ET](#), sino al disfrute de un tiempo de ocio para una celebración con la pareja por un acontecimiento especialmente gozoso (al menos por un cierto tiempo y dejando de lado ahora que el número de divorcios ya dobla al de bodas en España) y grabado con una fecha particular en el calendario vital.

¿Por qué recrearse tanto en los orígenes y regulación actual del permiso más conocido e inalterado de cuantos contempla el ET? Porque resulta trascendental, a mi juicio, para poder comprender mejor las dos principales cuestiones que hoy aparecen discutidas en su aplicación práctica y para las que no parece existir una línea jurisprudencial suficientemente pacífica y, por lo tanto, segura. Sin duda, la principal de ellas es la exclusión que sigue evidenciando el tenor literal del precepto referido de las «parejas de hecho», en la medida en que constituyen un creciente modo de unidad de pareja y convivencia

familiar, también formalizado, con el registro correspondiente público, pero diferenciado del matrimonial (heterosexual o no). En consecuencia, al margen de la previsión convencional, que puede mejorar la regulación legal (se trata de normas de derecho necesario relativo, mejorables «hacia arriba», no disponibles «hacia abajo»), como comienza a suceder en cierto número de convenios colectivos, ¿cabe concluir que el ET, al dejar fuera de este permiso, reflejo del principio de conciliación de la vida laboral y familiar, a estas otras formas de convivencia de pareja, cada vez más extendidas, ha incurrido en una discriminación sobrevenida o, en realidad, no se trata sino de una restricción coherente con la propia opción de la pareja de hecho de no celebrar de forma tradicional y ruidosa su enlace, orillando los «inconvenientes» de la boda, aunque se vea privada también de alguna de sus «ventajas»? Veámoslo.

2. Supuesto de hecho: relato de circunstancias relevantes para la decisión

Un sindicato –que no participó en la firma, sí en el proceso negociador del convenio– plantea demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional (AN) para que se interprete el artículo 58 a) del [III Convenio de Correos](#) de forma que se equipararan los derechos para disfrutar del permiso retribuido previsto (15 días naturales por matrimonio) por las parejas de hecho, así como de otros «nuevos modelos de convivencia familiar continuada y de género, distintos de las uniones matrimoniales». El precepto convencional litigioso reconoce el derecho a solicitarlo entre «los 5 días anteriores a la fecha de la boda o íntegramente después de esta, a no ser que coincida con algún periodo vacacional, en cuyo caso se disfrutará seguido de aquel». Junto al principio constitucional de igualdad de trato del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), se esgrimía en la demanda que esa sería la voluntad de los sujetos negociadores, como pone de manifiesto que permisos reconocidos en ese mismo precepto, aun en letras diferentes (por ejemplo, art. 58 b): vacaciones y licencias), sí se extienden a las parejas de hecho registradas, en virtud de acuerdos específicos de comisiones emanadas del convenio, como la de tiempos de trabajo. Además, reclamada de la comisión paritaria por el sindicato una decisión específica en torno a esta misma extensión del permiso por matrimonio, aquella no habría evidenciado negativa alguna al respecto (aunque tampoco se habría pronunciado).

La AN desestimaré la demanda de conflicto colectivo aplicando los reiterados criterios de interpretación de los convenios colectivos, según una consolidada jurisprudencia social. La AN enfatiza la (al menos aparente) claridad de sus términos literales y la expresa voluntad de los negociadores que, pudiendo establecer cualquier otra regulación que estimaran conveniente, expresamente circunscribieron el aludido permiso retribuido a los supuestos derivados de la celebración de matrimonio y no a los derivados de la constitución de parejas de hecho u otros modelos diferentes de convivencia continuada. El sindicato presenta el correspondiente recurso de casación ordinaria.

3. Doctrina judicial: brevario de razonamientos jurídicos para la norma del caso

El Tribunal Supremo (TS) desestimaré íntegramente el recurso, confirmando la sentencia de instancia. En su razonamiento afirma que la interpretación efectuada «se adecua totalmente a las pautas y criterios consolidados normativa y jurisprudencialmente e impide que pueda considerarse irrazonable o ilógica, sino que, al contrario, debe ser mantenida en esta sede casacional». De un lado, por lo que hace a la interpretación literal del precepto convencional cuestionado, esta «resulta clarísima: no solo habla de permiso por "matrimonio", sino que, además, fija la fecha de la "boda" como elemento temporal para establecer el periodo exacto de los días de disfrute». Por otro lado, tampoco ofreceré duda el criterio que atiende a la voluntad de las partes negociadoras, en la medida en que, pudiendo «haber consensuado una interpretación acorde con la demanda en el seno de la comisión paritaria no lo hicieron [...]» (FJ 2.º 3). Asimismo, la interpretación sistemática conduciré a la misma conclusión excluyente, pues «no existe precepto alguno en el convenio que posibilite otra decisión» (incluyente de la pareja de hecho en el derecho al permiso por matrimonio).

Finalmente, ningún reproche de legalidad cabría hacer a esta exclusión convencional. No solo refleja la previsión legal, sino que resulta conforme con el [artículo 14 de la CE](#) y la doctrina del Tribunal Constitucional (TC). Este acepta diferencias de derechos y beneficios entre la unión matrimonial y la fáctica, pues el modo de unión de pareja justifica, por ser elemento objetivo y razonable, la diferencia de trato, que sin duda se produce. Ni la (mayoría de) sala de casación social contemplaría inconstitucionalidad alguna del [artículo 37.3 a\) del ET](#) ni la doctrina constitucional dejaré margen para concluir lo contrario, pues, se insiste, no resultan realidades equivalentes (la doctrina está compendiada en el [–nada resolutive– ATC 8/2019, de 12 de febrero](#)). Además, pudiendo el matrimonio celebrarse entre personas del mismo sexo, tampoco la sala considera posible aplicar una perspectiva de igualdad de género en el enjuiciamiento.

En definitiva, la mayoría de la sala concluye que:

La dicción del precepto acordado en sede de negociación colectiva es clara [...] y su articulación actual no permite la creación judicial *ex novo* de dicho permiso para otros supuestos diferentes de los perfilados convencionalmente; creación que, como resulta obvio, solo a las partes negociadoras del convenio compete (FJ 3.º 3 *in fine*).

No es de la misma opinión el voto particular (que firman tres magistradas de la sala). A su juicio, debió adoptarse una conclusión diferente. Primero, atendiendo necesariamente a un criterio histórico-evolutivo de interpretación (conforme a la realidad del tiempo en que la ley ha de ser aplicada [ex art. 3.1 Código Civil](#)). Segundo, conforme a un criterio social de interpretación, en atención al principio social del Estado constitucional de derecho *ex ar-*

títulos 1.1 y 9.2 de la CE, de modo que se refleje la propia tensión dialéctica «cristalizada en nuestros tribunales al hacerse eco en múltiples pronunciamientos» de soluciones «alternativas» a la mayoritaria, atendiendo a cada caso y sin inclinarse de forma absoluta y automática por la excluyente de protección. Muy en especial se llama la atención a la dimensión constitucional de la conciliación de la vida laboral y familiar en todas sus formas de convivencia ex artículo 39 de la CE en relación con los artículos 32 y 14 de la CE. Tercero, en atención a «otras disposiciones del [...] convenio colectivo y acuerdos celebrados durante su vigencia, que ofrecen pautas interpretativas adicionales y complementarias». La voluntad de los negociadores, plasmada en el texto y en acuerdos posteriores –comisión de tiempo de trabajo sobre equiparación de los demás permisos y acuerdo plurianual para actualizar, en el primer semestre de 2019, conforme al nuevo plan de igualdad, los permisos legales que posibiliten la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación–, facultaría «una interpretación conforme al principio de igualdad en la norma cuestionada, no pudiendo entenderse exclusivamente circunscrita a la perspectiva de igualdad de género».

En consecuencia, partiendo de estos criterios hermenéuticos básicos, integradores y no excluyentes, el resultado final debió ser el contrario de la mayoría, estimando la demanda (FJ 1.º 1). De ahí que:

Si se precisa y reconoce un lapso para los actos de celebración de un matrimonio, sus preparativos y las consecuencias que comportan, lo mismo puede y ha de acaecer cuando el modelo de convivencia familiar elegido es otro diferente [...] resultando [...] excluidas [...] otras uniones o modelos de convivencia que vedan todo conocimiento del establecimiento mismo de la situación de pareja análoga a la matrimonial, provocando inseguridad respecto de su [...] existencia [...] en orden a hacer viable la concesión de aquel (FJ 3.º 1 y 2).

4. Trascendencia de la doctrina jurisprudencial más allá del caso: ¿quién debe corregir la obsolescencia –la ley o la jurisprudencia–?

4.1. *¿Cuius commoda eius incommoda?*: las parejas de hecho no tienen luna de miel, pero tampoco integran la «unidad familiar» a efectos de subsidios por desempleo

No es la primera vez que la sala social del TS se enfrenta a un recurso de casación en el que se decide el reconocimiento o no a las parejas de hecho del tradicional permiso retribuido por matrimonio. Ya la STS de 9 de diciembre de 2010 (rec. 1572/2010) dejó firme la sentencia de suplicación social dictada por la sala sevillana en un caso de la empresa pública Tussam, en la que se reconoció el permiso a una pareja de hecho, por así preverlo

expresamente el propio convenio colectivo, a través de una cláusula general de asimilación de tal unión de convivencia a la matrimonial. La sentencia de casación entendió inexistente la contradicción, por lo que no consideró necesario unificar doctrina judicial alguna, en la medida en que la exclusión de aquel permiso de una pareja de hecho en la sentencia de contraste se debía a la ausencia de pacto convencional al respecto, limitándose la cláusula de asimilación solo a los permisos que se recogían en el convenio, sin referir al permiso por matrimonio. Precisamente, desde la clave de regulación convencional diferencial, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 1713/2003, de 12 de marzo, también reconocerá el permiso por matrimonio a las uniones civiles (parejas de hecho), porque en el convenio colectivo aplicable (art. 35 Convenio colectivo de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia) así se preveía igualmente:

La licencia en caso de matrimonio es de 15 días naturales, acumulables al periodo de vacaciones. Tendrán derecho igualmente a este permiso las uniones estables de pareja que se constituyan, a partir de la firma del presente convenio, de acuerdo con la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

No había, pues, una auténtica disparidad de posiciones interpretativas al respecto, en la medida en que la diferencia la marca la norma convencional aplicable, más o menos sensible a la equiparación. No obstante, no es dudosa la trascendencia de la doctrina comentada, aun no dictada en unificación, sino en casación ordinaria, y sin acuerdo de pleno, sino con un sólido –aunque, a mi juicio, menos solvente que la decisión mayoritaria, en este caso– voto particular. La STS 717/2019, de 22 de octubre, lejos de implicar bamboleo alguno en la fijación de un criterio hermenéutico seguro al respecto opta por la pauta más cierta y consolidada, incluso en la doctrina constitucional. Sin embargo, no por ello resulta la más deseable y ajustada al principio de igualdad de trato entre modelos de convivencia en pareja asimilados hoy cada vez más.

Un argumento es la prohibición de discriminación y otro diferente el de la igualdad de trato, admitiendo la distinción, respecto de las uniones civiles, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por lo que la dimensión multinivel en este caso también expresa coherencia sistemática o ajustes. Queda claro que, pese a la notable evolución legal y jurisprudencial (reconocida y enfatizada, más bien sublimada, por el voto particular) del tratamiento de las parejas de hecho en nuestro ordenamiento jurídico, en modo alguno han alcanzado la –seguramente debida y, en todo caso, conveniente– equiparación. Pero eso es así «en lo malo» (privación de beneficios de diferente índole, públicos y privados –contractuales–; regulaciones diferenciales peyorativas, como en el caso de la pensión de viudedad ex art. 221.2 Ley general de la Seguridad Social), pero también «en lo bueno» (elusión de ciertos obstáculos legales de acceso al beneficio, al no formar parte formalmente de la unidad familiar). Un somero repaso de las principales piezas que hoy integran el «puzzle» de la regulación social y laboral de las parejas de hecho evidenciaría este balance de «beneficios» e «inconvenientes», del que la ju-

risprudencia y doctrina judicial social son fiel reflejo siguiendo la vieja máxima romana del *cuius commoda eius incommoda*.

No pretendo realizar tal balance, que merece un estudio específico (otro ejemplo, más allá de la regulación de la pensión de viudedad para las parejas de hecho –desde la [Ley 40/2007](#): una síntesis del panorama jurisprudencial hallamos en la [STSJ del País Vasco 1130/2019, de 11 de junio](#)–, recordado de forma reciente en doctrina judicial –[STSJ de Andalucía/Sevilla 1758/2019, de 27 de junio](#)–, sería el [art. 2 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero](#), sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Aquí solo busco acreditar, como refleja la reciente [STS 710/2019, de 15 de octubre](#), si bien en un ámbito diferente (protección por desempleo, más concretamente respecto de la renta activa de inserción), que la creciente inclusión de las parejas de hecho en el sistema jurídico (no solo civil, sino social) no puede llevar a aplicaciones analógicas, pues ello supondría también crear judicialmente condiciones que, no estando previstas en las leyes, perjudicarían la decisión libremente tomada de constituir una pareja de hecho, no una unión matrimonial. La referida sentencia niega que sea «posible integrar en la unidad familiar a quien no tiene la condición de cónyuge, aunque mantenga una relación como pareja de hecho» –a efectos de acceder a la renta activa de inserción (que cita la [STS 912/2018, de 17 de octubre](#), para la rama de subsidios de la protección por desempleo)–, como pretendía el Servicio Público de Empleo Estatal. Se diluye, así, la razón básica del voto particular de la sentencia de nuestro diálogo, conforme al cual la evolución inclusiva pareciera serlo a todos los efectos. En definitiva, la no equiparación unas veces beneficia y otras perjudica.

Como es natural, una exclusión que resultara carente de una justificación objetiva y razonable, más allá de la mera diferencia derivada de la formalización de una modalidad u otra (exteriorizada mediante boda, pero con inscripción registral también, en un caso; formalizada solo mediante registro público, sin exteriorización en boda), podría abrir la vía de la discriminación sobrevenida, atendiendo al enfoque evolutivo tan apelado por el voto y que fuera crucial en la [STC 198/2012, de 6 de noviembre](#), sobre el matrimonio homosexual –que el voto particular silencia–. Por eso, sorprende que la sentencia de la AN que el TS convalidaría despachara tan alegremente la demanda de conflicto colectivo, invocando otra máxima jurídica romana, en esta ocasión, falsa: *in claris non fit interpretatio*. La dimensión constitucional, e incluso comunitaria, no solo desde la perspectiva de la no discriminación jurídica por condición personal y social (por tanto, civil), sino también de la conciliación de la vida laboral y familiar, en la que el permiso por matrimonio se enmarca inexcusablemente. No obstante, honestamente, y sin perjuicio de lo que después se dirá, no creo que haya una identidad total de posiciones (por ejemplo, «cargas de preparación», presión social) entre una situación –matrimonial, aun civil– y la otra –no matrimonial–, por lo que la diferencia, en relación con el permiso, podría justificarse jurídicamente, aunque hoy resulte de todo punto obsoleta socialmente, sin duda. La [STS de 12 de mayo de 2009 \(rec. 4/2008\)](#) apelaba al carácter excepcional del acontecimiento de su boda «en la vida laboral de cualquier trabajador».

4.2. La inexistencia de discriminación por la condición civil no justifica el desfase social: ¿quién debe poner fin a una ley manifiestamente obsoleta?

A mi juicio, en el fondo, la discrepancia real entre la mayoría de la sala y la minoría está en la selección de la fuente jurídica, del poder de creación de normas, llamada a acabar con una diferenciación de trato que, asumible jurídicamente por no discriminatoria, se presenta, bajo cualquier mirada, desfasada socialmente. Si la mayoría se niega a hacer esa función de suplencia legislativa, correspondiéndole a ese, tan invocado, legislador estatutario del «siglo XXI», o, más pragmáticamente, al sujeto colectivo, la minoría asume que tiene poder bastante de creación con los principios social (igualdad efectiva) y evolutivo (primado de la realidad social) del Estado constitucional de derecho. De forma análoga a la hoy recurrente perspectiva de género en la función de juzgar, el voto particular (del mismo modo que ciertos votos particulares a la [STC 111/2018, de 17 de octubre](#), para la equiparación de permisos por nacimiento, o al [ATC 114/2018, de 16 de octubre](#) –que quizás revise el TJUE–, incluso al [ATC 9/2019, de 12 de febrero](#), en relación con la eventual discriminación indirecta por razón de género del despido por absentismo) ensaya una interpretación «socialmente alternativa» para acelerar la equiparación también por esta causa.

Si los argumentos de la mayoría pueden adolecer de un exceso de simplismo, los del voto particular son, sin embargo, extremadamente voluntaristas. La propia apelación que se hace a la integración de la voluntad de las personas negociadoras aparece sesgada, en la medida en que se enfatiza el dato de la activación del proceso de equiparación ante la citada comisión paritaria y, sin embargo, se obvia no solo que no se ha pronunciado, cuando tuvo el tiempo para hacerlo, sino que los acuerdos de equiparación se concretaron en permisos muy diferentes al de matrimonio y, además, la equiparación comprometida de futuro se ha hecho para la igualdad por sexo-género, no en relación a ninguna otra condición. Aunque pueda ser objeto de crítica, y creo que la merece, esta actitud renuente por parte de la unidad colectiva, es a ella a la que corresponde, en ausencia de reforma legal, llevar a cabo la equiparación y en términos razonablemente claros y precisos, aunque para ello disponga de [variadas fórmulas](#), y en relación con los distintos aspectos de las relaciones laborales y de protección social (por ejemplo, art. 39 II Convenio colectivo Grupo Aena, con relación a la movilidad geográfica, a fin de favorecer también la de la pareja de hecho, no solo la matrimonial). Al respecto, inequívoco resulta, y solo por poner un ejemplo reciente, el artículo 46 a) del [III Convenio colectivo de residencias privadas de personas mayores para la comunidad autónoma de La Rioja, 2018-2020 \(BOR núm. 105, de 7 de septiembre de 2018\)](#):

15 días naturales en caso de matrimonio o convivencia de hecho debidamente registrada en el registro de uniones de hecho. El disfrute se podrá realizar con anterioridad o posterioridad a su celebración (*vid.* [STSJ de La Rioja 185/2019, de 10 de octubre](#)).

En suma, la debida adecuación del sistema normativo y de la experiencia convencional a la realidad histórica de nuestro tiempo, armonizando la norma con la evolución social, no debe suplirse judicialmente sobre el solo dato fáctico o social, el cambio del contexto. Si bien, como venimos evidenciando desde antaño y a múltiples efectos, la interpretación conforme a los valores, principios y derechos sociales fundamentales puede mucho para la innovación y el dinamismo jurídicos, no lo puede todo. Una cosa es la erradicación de las discriminaciones, de todo tipo, y otra la promoción de la igualdad real o efectiva de personas y grupos ex [artículo 9.2 de la CE](#). Si la primera concierne a todos los poderes públicos, incluidos los órganos judiciales, con la cada vez más extendida perspectiva de género en el enjuiciar social, removiendo obstáculos que perpetúan tratos peyorativos a modelos de familia distintos al matrimonial, también a los sujetos particulares, la segunda atañe básicamente al poder legislativo –también al ejecutivo–, así como a la negociación colectiva, muy principalmente.

4.3. Una cuestión relevante perdida en un «laberinto selvático interpretativo»: ¿cuándo se disfruta de forma efectiva el permiso por matrimonio?

A la negociación colectiva corresponde, pues, un papel regulador determinante. Y no solo en la garantía de equiparación plena en el disfrute del permiso para todas las formas de unión de pareja equivalentes (registradas y con vocación de continuidad –naturalmente no son compatibles ambos, disfrutado por pareja de hecho no puede luego gozarse por matrimonio: [STSJ de Castilla y León/Valladolid 1079/2015, de 11 de junio](#)), también en la introducción de certidumbre en el régimen temporal de disfrute. Precisamente, ilustrando lo «selvático» y/o «laberíntico» que puede llegar a ser la función interpretativa, bien conocido es el caos, casi la «barra libre hermenéutica», que hoy parece existir en torno a las cuestiones relativas al día de inicio del cómputo (día del hecho causante, laborable o no, o día laborable inmediatamente posterior al hecho causante) y al cómputo de los días de duración (si incorpora todos, laborales o no, o solo los laborables). Aunque la [STS 717/2019, de 22 de octubre](#), que venimos glosando, nada dice al respecto, la doctrina judicial de suplicación viene constatando –con razón– la inexistencia de una línea jurisprudencial inequívoca o cierta en torno al modo de computar los permisos ex [artículo 37.3 del ET](#), abriendo la veda a las interpretaciones más variadas, apegadas en unos casos o liberadas en otros de los tenores literales de los preceptos convencionales ([STSJ de Cantabria 86/2019, de 1 de febrero](#), que habla, erradamente, de «absoluta libertad de criterio»). Y ello en la medida en que están en juego derechos constitucionales, como la conciliación de la vida laboral y familiar, exigiendo reinterpretaciones expansivas, a fin de asegurar que el disfrute sea efectivo, no formal (Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 3 de Pamplona 146/2019, de 16 de mayo; [STSJ de Navarra 97/2019, de 25 de marzo](#)).

La equivocidad y la pretendida patente de curso interpretativa vendrían de las propias contradicciones exhibidas por el TS. La [STS 145/2018, de 13 de febrero](#), corrigiendo, si

bien de una forma poco clara, su jurisprudencia precedente, parece apuntar a la recreación de todo el [artículo 37.3 del ET](#) en el sentido de emplazar el día inicial de cómputo de todos los permisos que en él se contemplan, incluido el propio por matrimonio, al primer día laborable siguiente al hecho causante (la boda, en el matrimonio; la inscripción, en la pareja de hecho, en su caso). Por eso casará la sentencia de la AN, que había aplicado la doctrina precedente negando tal disfrute de forma aplazada y anclándose en el criterio de la interpretación literal del convenio. En cambio, la [STS 377/2018, de 5 de abril](#) (precisamente respecto del permiso por matrimonio), confirma la sentencia de instancia (también de la AN) que, aplicando el mismo criterio precedente, niega el goce del permiso por matrimonio desde el primer día laborable de la persona trabajadora, con lo que se fija en la fecha del hecho causante.

Sumamente perpleja la AN por este bamboleo del TS, se «rebelará» contra su criterio, al considerar que, no siendo todavía jurisprudencia unificada, resulta obligado establecer unos parámetros más coherentes o sensatos de interpretación. Por eso, una vez más, emprende un doble proceso de confrontación con el TS. Uno velado, matizando el criterio de casación, para lo que distingue entre los permisos por matrimonio, para los que no acepta diferimiento a un día laborable, en relación con los que la propia ley atribuye el carácter de días naturales, y el resto, los que se refieren solo a «días», calificándolos siempre de laborables (SSAN [98/2018, de 13 de junio](#), [105/2018, de 20 de junio](#), y [115/2018, de 28 de junio](#), entre otras). El otro directo, con el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial ([AAN 57/2018, de 3 de septiembre](#)) con incidencia sobre el tema, aunque verse sobre cuestiones más amplias (para la limitación de sus efectos de litispendencia, de interés la [STSJ de Asturias 645/2019, de 29 de marzo](#)).

Sin poder entrar aquí en honduras, a fin de avistar luz en tan profundo –e inesperado, también algo extravagante– túnel interpretativo, que podrán analizarse según el TS responde al nuevo desafío de la AN, e incluso una vez ofrezca su –seguramente oracular– respuesta el TJUE, sí conviene hacer dos observaciones, con evidentes consecuencias prácticas. Primero, que existe una diferencia finalista del permiso por matrimonio (o formalización registral de pareja de hecho), considerado un permiso de larga duración y asimilable, que no confundible, con el de vacaciones. Por tanto, cabe establecer diferencias tanto en la fijación del día inicial para su goce (la [SAN 115/2018](#) admite que sea el día del hecho causante, aun festivo, si bien la citada [STS de 12 de mayo de 2009](#) ya asumió que debía ser laborable, al menos para la duración legal, otra cosa podrá ser para el eventual periodo suplementado por convenio, según se establezca en él) cuanto en el método de cómputo (incluye días naturales). En este caso realmente:

[...] no existe una necesidad en sentido estricto, sino una convención social ligada a la celebración del evento familiar, frecuentemente mediante un viaje posterior al mismo, que puede ser objeto de planificación por motivos de conveniencia de la pareja [...] ([STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de julio de 2019, rec. 1167/2019](#) –convenio de la empresa Galletas Gullón–).

Segundo, en cambio, de llevarse al extremo esta interpretación de garantía máxima del disfrute del permiso, puede conducir a «resultados sorprendentes», claramente desbocados en relación con las actuales previsiones legislativas e incluso con la finalidad de este permiso (citada [SJS núm. 3 de Pamplona 146/2019, de 16 de mayo](#)). En efecto, si todos los permisos ex [artículo 37.3 del ET](#), con inclusión del relativo a matrimonio, presuponen que el trabajador no esté prestando sus servicios, se requerirá su incorporación efectiva para comenzar el disfrute. Pero, entonces, ¿qué pasa si sucede el hecho causante cuando está de vacaciones o incluso de baja médica?

Que el ejercicio del derecho al permiso por matrimonio –o inscripción registral de una pareja de hecho– puede aplazarse respecto del hecho causante no presenta problema alguno, pues, dada su finalidad, diferirlo a un tiempo considerado más adecuado por la pareja en modo alguno desnaturaliza este permiso, a diferencia de lo que sucedería, con carácter general, con relación al derecho de vacaciones. Diferirlo, además, no es solo una práctica frecuente para las bodas civiles. Naturalmente, el ejercicio aplazado debe respetar determinados límites, más allá del deber de preaviso y justificación, conformándose según los parámetros de la buena fe con relación al sujeto obligado por el derecho al permiso, el empleador. Por lo tanto, a mayor aplazamiento respecto del hecho causante (referencia totalmente previsible), menor será la disponibilidad que la persona trabajadora tenga sobre el momento de ejercicio, debiéndose alcanzar un acuerdo que atienda a eventuales necesidades organizativas (citada [STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2003](#)). En todo caso, deberá estarse a las razones para el aplazamiento.

El primer supuesto referido (interacción con el periodo de vacaciones anuales) no parece problemático, tanto la boda (o la inscripción en el caso de pareja de hecho) cuanto las vacaciones son situaciones previsibles y, por tanto, cabe su planificación, hasta el punto de que suele ser frecuente –así se prevé en muchos convenios colectivos– que se acumulen ambos periodos de descanso (permiso de matrimonio y vacaciones anuales). Del mismo modo, si la baja por suspensión del contrato se debe al nacimiento (maternidad, paternidad), parece claro que el goce del permiso matrimonial no puede perjudicar el disfrute de aquellos ([STSJ de Andalucía/Sevilla 703/2008, de 22 de febrero](#)). En cambio, más conflictivo resulta el disfrute cuando concurre con una baja por incapacidad temporal y el disfrute del permiso por matrimonio –o inscripción de pareja de hecho– se aplaza hasta terminar una larga baja.

La [STSJ de Baleares 219/2019, de 27 de junio](#), que ha sido objeto de una especial difusión en los [medios de comunicación](#), rechaza equiparar este supuesto al de las vacaciones no disfrutadas por causa de incapacidad temporal y, en consecuencia, niega el goce del permiso por matrimonio, pues ni existe justificación razonable ni mejora convencional (FJ 3.º). Para la sala de suplicación social balear se trataría de una situación de demora temporalmente indefinida e injustificada del hecho causante, en los términos de la STS de 29 de marzo de 2007, y, por tanto, ajena a la opción de aplazamiento apuntada por la [STS de 13 de febrero de 2018](#), pues durante la baja laboral –por un accidente de tráfico– se habrían sucedido diversos días laborables. No obstante, a mi juicio, la sala balear hace una lectura muy banal, casi absurda, de la [STS de 13 de febrero de 2018](#).

Empoderar mediante el bienestar: una fórmula para potenciar la salud emocional de las mujeres en las organizaciones

Laritz Machín Rincón

Máster en Psicología del Trabajo, las Organizaciones y en Recursos Humanos

Eva Cifre Gallego

Doctora en Psicología

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: don David Aguado García, doña Ana María Calles Doñate, don Juan Manuel Chicote Díaz, don José Antonio González Moreno, don Vicente Martínez Tur y don Manuel Pino Giráldez.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La promoción de la igualdad de género, como práctica de gestión del talento saludable en las organizaciones, es algo básico en las entidades que reconocen y valoran el talento de las mujeres que forman parte de estas. Sin embargo, las organizaciones se encuentran con mujeres altamente capacitadas, pero que se apartan a la hora de aceptar un ascenso, en parte por una serie de barreras, no solo estructurales, sino subjetivas, que les dificultan romper ese techo de cristal. Estas barreras incluyen la importancia que le dan a su rol de cuidadora como eje fundamental de su identidad, haciendo que el poder equilibrar las actividades en las esferas laboral y familiar sea una fuente importante de su bienestar psicosocial. El bienestar es en parte el resultado del empoderamiento psicológico por el aumento de los recursos personales relacionados con la autonomía. En este trabajo se muestra el diseño y los resultados de un estudio piloto de un programa de empoderamiento para mujeres basado en el modelo PERMA de bienestar, diseñado para aumentar la conciencia de las participantes sobre los elementos estructurantes de su identidad y su influencia en el conflicto que supone desempeñar sus roles de cuidado y de trabajo.

Palabras clave: bienestar subjetivo; empoderamiento femenino; empoderamiento psicológico; igualdad de género; salud emocional.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Machín Rincón, L. y Cifre Gallego, E. (2020). Empoderar mediante el bienestar: una fórmula para potenciar la salud emocional de las mujeres en las organizaciones. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 167-198.



Empowering through well-being: a formula for potentiating women's emotional health in organizations

Laritza Machín Rincón

Eva Cifre Gallego

Abstract

The promotion of gender equality, as a practice of managing healthy talent in organizations, is essential in organizations that recognize and value the talent of their female members. However, organizations count with highly trained women who get aside when accepting a promotion, partly because of a series of subjective and structural barriers that make it difficult for them to break that glass ceiling. These barriers include the importance that they give to their role as caretakers as a fundamental axis of their identity, making the ability to balance activities in the work and family spheres an important source of their psychosocial well-being. Well-being is partly the result of psychological empowerment due to the increase in personal resources related to autonomy. Well-being is partway an outcome of psychological empowerment due to the increase in personal resources related to autonomy. This paper shows the design and results of a pilot study of an empowerment program for women based on the PERMA well-being model. This program was designed in order to increase the awareness of the participants about the elements that structure their identity and the influence of these elements on the conflict that supposes performing their caretaking and working roles.

Keywords: subjective well-being; women empowerment; psychological empowerment; gender equality; emotional health.

Citation: Machín Rincón, L. y Cifre Gallego, E. (2020). Empowering through well-being: a formula for potentiating women's emotional health in organizations. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 167-198.





Sumario

1. Importancia de la diversidad en las organizaciones: promocionando la igualdad como estrategia de gestión del talento
 - 1.1. Género y estereotipos de género asociados a las mujeres líderes
 - 1.2. Barreras estructurales: segregación vertical y horizontal
 - 1.3. Barreras subjetivas: la culpa ante la incongruencia identitaria
 - 1.4. Retando las barreras
 - 1.4.1. Empoderamiento como base del bienestar
 2. Programa de empoderamiento psicológico basado en el modelo PERMA
 - 2.1. Diseño del programa
 - 2.1.1. Desarrollo de las sesiones
 - 2.2. Resultados del programa: estudio piloto
 - 2.2.1. Método
 - 2.2.2. Resultados
 - 2.2.3. Discusión
 3. Conclusión: aporte positivo del modelo PERMA para el empoderamiento de las mujeres
- Referencias bibliográficas

1. Importancia de la diversidad en las organizaciones: promocionando la igualdad como estrategia de gestión del talento

La gestión de los recursos humanos en los tiempos de la globalización de los mercados ha tenido que adaptarse a los cambios resultantes de la participación de las organizaciones en un mundo de negocios distinto y dinámico. Desde la industrialización a los tiempos actuales, la visión acerca de la importancia de la fuerza de trabajo ha cambiado. Inicialmente, se concebía a la plantilla como una parte necesaria del negocio para lograr los objetivos, motivada fundamentalmente por el dinero; hasta la visión actual en donde se denomina a los otrora recursos humanos como «capital humano» o «talento humano», motivado este por elementos intangibles de las organizaciones como el contrato psicológico, factores de bienestar, o la conciliación de la vida personal y laboral, entre otros.

La globalización ha ocasionado que la información fluya más y más rápidamente entre las personas. Por tanto, lo que antes era lejano e inalcanzable está al toque de los dedos por el impacto del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación. Las personas ahora somos alcanzadas por la información de países que no conocemos físicamente, y para las organizaciones esto ha representado una ventaja competitiva, pues tienen al alcance el talento que necesitan para hacerle frente a los retos y dinámicas de los mercados mundiales. Cuando se habla de globalización, muchas veces se cree que solo afecta a las grandes empresas; sin embargo, la red internet ha democratizado el acceso a los mercados a empresas pequeñas y/o medianas. Estas empresas pueden acceder a mercados a los que antes no hubiera sido posible, y esto de alguna manera les exige comportarse de manera diferente.

Atender a mercados diversos requiere poseer competencias empresariales que hagan posible mantenerse y sacar provecho a las oportunidades presentes en estos mercados. Las organizaciones han entendido que para atender a un contexto cambiante es importante estar preparadas. La diversidad de los mercados ha exigido que las organizaciones sean diversas, flexibles y adaptables. Estas características facilitan que las organizaciones, ante los cambios, sean capaces de aprender y reaccionar ante exigencias variables y así tener mayores posibilidades de éxito. A nivel del capital humano significa contar con el mejor talento, aquel que permita a las organizaciones salir airoso de los retos que implican su presencia en el mercado global. Es por ello por lo que una práctica organizacional imprescindible para la adaptación a las nuevas exigencias de los mercados es la gestión de la diversidad. Esta gestión busca aumentar el rango de las competencias y las perspectivas

de la organización de manera que se aumente la competitividad organizacional. Asimismo, desde el punto de vista ético, la diversidad es una manera de contribuir con una sociedad más justa e igualitaria.

La diversidad del talento humano aumenta los recursos (habilidades, información, perspectivas y conocimientos) disponibles, aumentando, en consecuencia, la efectividad organizacional. Las organizaciones diversas tienden a aumentar su capacidad y habilidad para la innovación, la resolución de problemas complejos y la toma de decisiones. Una organización diversa tiene claro que su diversidad es más que la presencia de personas de distinta raza, cultura, género, orientación sexual, nacionalidad, habilidad, experiencia, profesión, entre otros; y que implica hacer una verdadera integración de las diferencias individuales en su sistema social.

Como ya se ha mencionado, la diversidad organizacional genera beneficios para la organización no solo a nivel económico, por ejemplo, mayor productividad e innovación; sino también en su clima y moral laboral, generando que sus miembros estén más comprometidos, desplieguen conductas de compromiso y civismo organizacional, lo que redundará en la productividad y rentabilidad de la organización. Por ello, el que haya una representación de género equilibrada en las organizaciones aprovecha las contribuciones potenciales del talento de las mujeres.

Es innegable que las mujeres están cultivando su talento a la par de los hombres y, por ello, las organizaciones, reconociendo esta situación, las han incorporado en sus plantillas. Hoy en día, las mujeres han ido ocupando posiciones en el trabajo antes consideradas exclusivas para los hombres como consecuencia del avance de los cambios sociales y personales que han permitido la incorporación de las mujeres al ámbito laboral. Entre estas posiciones están las de dirección y/o liderazgo y aquellas consideradas solo para hombres como las relacionadas con la ingeniería y la ciencia.

Sin embargo, no ha sido fácil para las mujeres ingresar en el campo laboral y ocupar puestos que en el ideario social corresponden al ámbito de los hombres. A pesar de que se han hecho grandes esfuerzos a nivel mundial, europeo y nacional para aumentar la presencia femenina en el trabajo remunerado y aumentar la calidad de vida laboral de las mujeres, quedan muchas tareas pendientes por resolver.

Y esto tiene un coste no solo personal, sino también organizacional. Así, nos encontramos en la actualidad con organizaciones que invierten ingentes cantidades de capital económico en sus empresas para captar y retener este talento femenino, pero que se encuentran con que, una vez formadas y capacitadas para puestos de liderazgo, son las propias mujeres las que dan un paso al lado, dejando pasar sus oportunidades de desarrollo de carrera (y a sus compañeros masculinos) en aras de su desarrollo familiar, considerando que con ello incrementará su bienestar. En los próximos párrafos analizaremos en profundidad algunos fenómenos que pueden estar en la base de esta decisión.

1.1. Género y estereotipos de género asociados a las mujeres líderes

Dentro de las tareas pendientes a resolver para lograr una igualdad real está el cambio de los estereotipos de género, que en parte son responsables de que el tipo de trabajo remunerado al que acceden hombres y mujeres siga siendo diferente.

Los estereotipos de género son simplificaciones, ideas preestablecidas socialmente gestadas, generalizadas (Martínez y Bonilla, 2000) y compartidas acerca de las actividades, los roles, los atributos que describen y distinguen a las mujeres y a los hombres (Rocha y Díaz, 2011). Estos estereotipos sirven de esquemas a las personas para organizar información relacionada con la diferenciación de los géneros, en la que se incluyen normas y reglas implícitas relacionadas con cada género (Rocha y Díaz, 2011), sobre las actividades que son diferencialmente apropiadas para los hombres y las mujeres (Martínez y Bonilla, 2000).

Derivadas de los estereotipos de género, en los roles de género inculcados desde la más temprana socialización a los niños y a las niñas de cada sociedad, se representan las actividades apropiadas para hombres y mujeres, puesto que incluyen los significados culturales y personales relacionados con el hacer considerado como femenino y masculino dentro de un contexto histórico o cultural (Eagly y Karau, 2002; Freedman, 1993; Gilbert, 1985; Wood y Eagly, 2010). Los roles de género son tanto descriptivos como prescriptivos (Eagly y Karau, 2002): lo descriptivo establece lo que es típico para cada sexo y lo prescriptivo se refiere a lo que es deseable y admirable para cada sexo (Wood y Eagly, 2010). A nivel social, son guías de conducta reforzantes del *statu quo*; por ello, cuando el comportamiento de género es atípico, se considera como inadecuado. Este carácter de los roles de género hace que se acepten de manera implícita, al punto de que las personas los incorporan a su autoconcepto de hombres o de mujeres para poder funcionar efectivamente dentro del rol social asignado como hombre o mujer (Gilbert, 1985).

Por tanto, el género es un significado cultural adscrito a los hombres y a las mujeres. «Cuando las personas incorporan estos significados culturales en sus propias psiques, entonces el género forma parte de su identidad» (Wood y Eagly, 2015, p. 461). Es decir, una vez estos hombres y mujeres interiorizan lo que significa ser hombre o mujer en esa cultura, podemos decir que esos significados pasan a formar parte de su identidad, de su forma de ser y relacionarse con el mundo. A través de esas identidades de género, las personas se entienden a sí mismas en relación con los significados culturalmente definidos de lo que es femenino y masculino que va unido a ser mujer u hombre, y pudiendo entonces pensar y actuar de acuerdo a estos aspectos de género (Wood y Eagly, 2010, 2012).

Son los significados compartidos culturalmente acerca del trabajo de hombres y mujeres, y de las características estereotipadas de cada género, los determinantes, al menos parcialmente, de las diferencias de las condiciones y calidad del trabajo de ambos sexos (López-Sáez, Morales y Lisbona, 2008), así como la propia identidad de género asociada

a la asimilación de dichos estereotipos. Por ello, con el fin de cambiar las ideas sociales asociadas al género que impiden la igualdad, se han iniciado esfuerzos institucionales de carácter legal en el ámbito internacional, como, por ejemplo, la ONU, con resoluciones dirigidas a aumentar la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer en el 2011 (Porter, 2013). En el ámbito europeo existen acciones, como, por ejemplo, las de la Comisión de la Unión Europea para la igualdad de género, que tienen como objetivo principal promover la igualdad entre hombres y mujeres en todas sus actividades. En España, se cuenta con la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Estos esfuerzos no han sido estériles; han comenzado a generar cambios en la sociedad europea y también en la española. Pero los cambios que se han producido relacionados con la igualdad de género, por tener un sustrato de carácter social, van a un ritmo más lento de lo que la realidad de las mujeres necesita.

Como el género es una identidad sociocultural que determina la subjetividad y la conducta de las personas, el trabajo, al ser una actividad que se realiza en lo social, está atravesado por los significados compartidos de carácter cultural. Es por ello por lo que el trabajo de hombres y mujeres tiene una connotación diferente. De acuerdo con Carli, Alawa, Lee, Zhao y Kim (2016), los estereotipos asociados con las mujeres y los estereotipos asociados con roles masculinizados explican la discriminación de género en la contratación de mujeres en esas posiciones, debido a una relativa falta de ajuste entre estos estereotipos. Este desajuste percibido desvaloriza el desempeño laboral femenino en ocupaciones y roles estereotipados como masculinos. Por tanto, a medida que aumenta la incongruencia entre el estereotipo y roles de género femeninos y roles y ocupaciones considerados masculinos, más dificultades tienen las mujeres para ocuparlos y más prejuicio experimentan cuando los desempeñan (Eagly y Karau, 2002).

1.2. Barreras estructurales: segregación vertical y horizontal

Por esta percepción de una mayor incongruencia entre los rasgos y roles de las mujeres y los rasgos y roles asociados con ciertas ocupaciones, es que algunas posiciones dentro de las organizaciones, como, por ejemplo, las de liderazgo, son ocupadas mayoritariamente por hombres, aun cuando las mujeres se educan en la misma proporción que los hombres a lo largo del sistema educativo (Cheryan, Ziegler, Montoya y Jiang, 2017). En consecuencia, las mujeres tienen que afrontar fenómenos discriminatorios a lo largo de los sectores productivos y a lo ancho de las estructuras organizacionales, tales como el techo de cristal, la segregación horizontal y vertical, la brecha salarial (Vera, Cifre y Pastor, 2015) y el acantilado de cristal (Alhalwachi y Costandi, 2016).

La segregación vertical limita el acceso de las mujeres a puestos más elevados de la jerarquía profesional, y la segregación horizontal se refiere a la concentración de las mujeres y hombres en determinados sectores de actividad y en ciertas profesiones, de acuerdo a lo que se considera congruente para cada sexo. Por otro lado, el techo de cristal se ha concebido

como una barrera difícilmente quebrantable, que dificulta que las mujeres asciendan a puestos superiores en la escalera organizacional, independientemente de sus logros o calificaciones.

El acantilado de cristal es una ampliación del techo de cristal y se refiere a la situación en la que las mujeres que logran alcanzar altos cargos ejecutivos son ubicadas en aquellos con una posición precaria dentro del negocio, o con la responsabilidad de llevar a cabo un cambio estratégico u otro proyecto importante con muchas posibilidades para fracasar (Alhalwachi y Costandi, 2016).

Por otro lado, los cambios económicos y sociales promovidos por la globalización han provocado la expansión de las actividades políticas, económicas y sociales a través de las fronteras, fomentando la movilidad de las personas entre países para ejercer trabajos que les sean más favorables. Esta tendencia del mercado ha sumado a las condiciones discriminatorias de trabajo debido al sexo otra desigualdad: las fronteras de cristal, impuestas a las mujeres cuando requieren decidir entre su familia o su trabajo. Además de que las mujeres no tienen posibilidad de ocupar cualquier puesto de trabajo, tampoco pueden trabajar en todas las localidades geográficas en donde se encuentran ubicados los puestos de trabajo (Burin, 2008).

En general, tanto en las prácticas de segregación vertical como las del techo de cristal, además de las barreras estructurales, existen barreras subjetivas que limitan a las mujeres a aspirar a llegar a la cumbre organizacional. Estas son las que, a última instancia, tal y como se ha comentado anteriormente, hacen que las mujeres decidan apartarse del ascenso en su carrera profesional a pesar de las oportunidades que la organización les pueda ofrecer. En estas barreras subjetivas será donde nos centraremos en este trabajo.

1.3. Barreras subjetivas: la culpa ante la incongruencia identitaria

Las barreras subjetivas consisten en la incorporación de los significados sociales, culturales que se han construido alrededor del ser y el hacer de la mujer (Burin y Meler, 2010). Ambas barreras se erigen sobre los valores dominantes de la sociedad heteronormativa reflejados en la organización como ente social, y dentro del ideario de hombres y mujeres acerca de los roles de género. Por ello, para las mujeres sigue siendo un reto estar presente en el ámbito laboral y aspirar a hacerlo en igualdad de condiciones, porque, aún en el ideario social y en su subjetividad identitaria, su rol de cuidadora, de madre, es un eje fundamental.

Dentro de los elementos de las barreras subjetivas de la segregación vertical están las responsabilidades domésticas, debido a que las mujeres siguen asumiendo las responsabilidades insertas en el rol doméstico/familiar. Usualmente, en las organizaciones, los horarios de los puestos de mando están diseñados bajo una lógica masculina, por lo que las actividades laborales pueden realizarse en horarios que coinciden con el tiempo que las mujeres dedican a sus responsabilidades familiares y domésticas, por ejemplo, en horas vespertinas o nocturnas. Las mujeres que quieren ocupar o ya ocupan puestos de lideraz-

go necesitan encontrar mecanismos mediante los cuales puedan manejar ambos roles si quieren desarrollar su carrera profesional. Para otras mujeres, esto es un elemento disuasivo, por lo que prefieren desistir de continuar ascendiendo en la estructura organizacional y evitar así el conflicto que supone ejercer los dos roles: el trabajo extradoméstico y el trabajo doméstico. Esta disyuntiva de cómo dividir su tiempo entre las responsabilidades laborales y las familiares no se le presenta a la mayoría de los hombres (Burin y Meler, 2010; Kark y Eagly, 2010), y hace que las mujeres (decidan lo que decidan) sean vulnerables a un sentimiento de culpa (bien por no cumplir con su rol social de cuidadora, bien por hacerlo y haber abandonado el ascenso en su carrera).

Además, debido a que se percibe que existe una incongruencia entre el rol tradicional de la mujer y el rol de liderazgo que ejercen, a las mujeres en altos cargos se las evalúa con mayores niveles de exigencia que a sus pares hombres. Aunado a esto, algunas mujeres pueden mantener ideas estereotipadas de que el poder y la autoridad son dos aspectos que se les hace difícil ejercer. El nivel de exigencia diferencial y la internalización de estereotipos sociales son otros elementos subjetivos que influyen en las decisiones de las mujeres de desistir de la idea de avanzar hacia posiciones que impliquen tener poder, autoridad, prestigio (Burin y Meler, 2010; Kark y Eagly, 2010).

Las mujeres que aspiran a ejercer o ejercen cargos o roles atribuidos a lo masculino afrontan el reto que representa la expectativa de que ellas desplieguen comportamientos valorados dentro de una sociedad con valores sustentados en un sistema sexo-género y se ajusten a lo establecido. Las mujeres en estos contextos deben parecerse a sus pares masculinos para evitar ser discriminadas por su género. En vista de que las mujeres que quieren ocupar o ya ocupan posiciones en el trabajo que tradicionalmente han sido ocupadas por hombres no tienen modelos femeninos a los cuales emular, sienten inseguridad y temor, por ejemplo, de perder su identidad sexual, de dejar de parecer mujeres. Esta autopercepción de las mujeres acerca de su identidad hace que desistan en su carrera profesional ascendiente o vivan en conflicto por el malestar psicológico experimentado (Burin y Meler, 2010).

Las mujeres han interiorizado que su identidad se sustenta en el principio de servir a los otros y no en el principio de logro, pues pareciera que demostrar intereses ambiciosos es contrario a la estructura subjetiva de ser femenina. Por no guiar el desarrollo de su carrera bajo un principio de logro, muchas veces las mujeres que trabajan fuera del hogar dejan que su desarrollo profesional esté a merced de los acontecimientos, por considerarlo complementario a su carrera principal –la materna o matrimonial– (Burin y Meler, 2010).

Las mujeres que buscan alcanzar puestos de liderazgo puede que mantengan los valores e ideales que se formaron al inicio de la carrera profesional, basados en la ética femenina de la consideración al otro, el respeto mutuo, la confianza, y valorar los vínculos afectivos. Contrariamente, estas mujeres trabajan en un contexto en donde los valores se basan en el logro, en el progreso económico, en donde el fin justifica los medios. Este contraste entre los valores propios y organizacionales genera en las mujeres un conflicto cuya resolución

puede ser desistir en continuar sus carreras profesionales por evitar estar en esa posición, o reestructurar su sistema de valores o mecanismos de compensación que les permita afrontar el conflicto y proseguir con su carrera profesional (Burin y Meler, 2010).

1.4. Retando las barreras

Sumado a los conflictos que los elementos estructurales y subjetivos dejan en los modos de desear, de sentir y de pensar de las mujeres, y en la posibilidad de formar familias y de tener hijos e hijas, y desarrollarse profesionalmente, también existe el conflicto que siente una gran cantidad de mujeres que no están dispuestas a perder la inversión de tiempo, dinero y esfuerzo que han puesto en su educación y en el desarrollo de su experiencia laboral. Estas mujeres ya no están dispuestas a sacrificar su carrera laboral ante la posibilidad de tener una familia ni viceversa, y perciben una enorme injusticia al encontrarse con estas barreras y fronteras invisibles (Burin, 2008).

Las mujeres viven en un conflicto cuando desean prestigio, reconocimiento social y ocupar posiciones de liderazgo en el ámbito público, y ser madres y criar a sus hijos e hijas dentro de una familia. Este conflicto de ambivalencia tiene un costo psíquico, generador de malestar; la aceptación a rajatabla de las normas de género pone en riesgo la salud mental de las mujeres, haciéndolas vulnerables a presentar estados depresivos (Burin, 2008).

Sin embargo, muchas mujeres han transgredido los roles de género tradicionales con un posicionamiento transicional o innovador en el género. Estas mujeres se han empoderado en lo personal, y reconocido sus deseos y necesidades propias. Estas conductas transgresoras han ido cambiando los estereotipos de género y, por tanto, les han dado a otras tantas mujeres la posibilidad de construir su subjetividad de manera diferente a la idea tradicional acerca de lo que es ser mujer (Rocha, 2014).

La solución a las desigualdades de carácter social no es sencilla; por tanto, tampoco lo es lograr la igualdad de género, puesto que supone atender los distintos niveles en donde ocurren: en la sociedad, las comunidades, las organizaciones y las personas. Sin embargo, las organizaciones pueden asumir un papel social activo, de cambio, emprendiendo acciones que vayan en pro del trato igualitario de sus miembros, aun cuando no existan normativas sociales y/o legales referidas a la igualdad de género, o superando los requerimientos que estas establezcan. Atender las necesidades de las personas considerando las diversas identidades sociales que convergen en una persona es una práctica saludable y positiva que toda organización necesita incorporar a sus políticas y acciones. Garantizar la auténtica igualdad de las personas dentro de la organización es la manifestación material de asumir realmente la diversidad.

Son los elementos relacionados con la vida familiar los que detienen el avance de las mujeres en las organizaciones. Debido a que esta realidad se sustenta sobre ideas estereotipadas acerca de los roles de hombres y mujeres, queda reflejado en el ideario social.

Estas ideas son las que moldean las estructuras familiares y las organizacionales, puesto que se organizan en función de cómo son las relaciones de género. Por ello, para garantizar que exista un auténtico trato igualitario entre hombres y mujeres, hay que desmontar las estructuras organizacionales que replican las ideas sociales de las relaciones de género y reproducen las desigualdades subjetivas en relación con el sostén de la pareja y de la familia, en detrimento de la incorporación de las mujeres al ámbito laboral y de su desarrollo profesional. Dentro de estas acciones destinadas a eliminar las barreras de género, se pueden instaurar prácticas de conciliación familiar para hombres y mujeres (jornadas flexibles, excedencias remuneradas por paternidad y maternidad, horarios y jornadas de trabajo compatibles con la vida familiar), así como iniciativas que impulsen la motivación de las mujeres en persistir en su camino hacia la cima organizacional.

Desde el punto de vista individual, las acciones que promueven la igualdad de género pueden orientarse a apoyar a las mujeres a hacer conscientes los mandatos de género que tienen interiorizados para, así, tomar conciencia de la socialización sexista que ha determinado cómo las mujeres «deben» vivir su vida y, de esta manera, poder cambiarlos si es su decisión. Una acción encaminada a ello son los llamados programas de empoderamiento.

1.4.1. Empoderamiento como base del bienestar

Para las mujeres, es una fuente importante de su satisfacción y bienestar general el conseguir que las actividades de las esferas laboral y familiar estén en equilibrio, y que ninguna de las tareas dentro de un contexto se coloque como obstáculo de la otra (Rocha, 2014). La posibilidad de que las mujeres se puedan vincular con su pareja y su familia mediante una postura afectuosa y expresiva, pero evitando vivirse y percibirse como dependientes, débiles, inseguras y vulnerables, es otro aspecto que contribuye con su bienestar. El desarrollo de características vinculadas con la autonomía, el control y el empoderamiento es un elemento que también contribuye con el bienestar de las mujeres, porque las hace percibirse como inteligentes, competitivas, capaces, autosuficientes y trabajadoras. Para las mujeres, lo saludable de desarrollar atributos más vinculados con la orientación al logro es también poder vivirse desde la parte afectiva, logrando establecer vínculos con las demás personas, siendo además autónomas.

La autonomía psicológica es una capacidad adquirida para pensarse, sentirse y actuar como sujeto independiente en relación con los/as otros/as, bajo principios, normas y criterios, deseos y metas propias, que permitan el reconocimiento y realización de las propias potencialidades. Esta autonomía se sustenta en una conciencia crítica, y se manifiesta en actitudes y comportamientos respecto a la vida personal y social, facilitando la resolución de las contradicciones en los ámbitos de la existencia (Reyes, 2012). Según Rocha y Cruz (2012), para ser autónomas, las mujeres necesitan darle prioridad a su propia autorrealización y a las expectativas acerca de su desarrollo profesional y personal, y desligarse de la idea de que se es mujer en la medida en que se vive para las demás personas, tal como se ha establecido en el ideario social acerca del rol de la mujer.

Una forma de contribuir con la salud psicológica y emocional de las mujeres es apoyarlas para que, en lo individual, hagan un trabajo personal que las lleve a reconocer y apropiarse de sus aspiraciones y deseos, tanto en la esfera laboral como en la personal. Los programas de empoderamiento son posibles acciones a nivel individual que pueden desarrollarse en las organizaciones para generar bienestar en las mujeres. Empoderar a las mujeres implica fomentar su poder interno/personal, y gestar en ellas la capacidad para ocupar un espacio de toma de decisiones dentro y fuera del hogar, y de controlar los recursos que las ayudarán a desafiar y eliminar situaciones de desigualdad de género (Alhalwachi y Costandi, 2016; Murguialday, 2006).

Desde la psicología social, el empoderamiento personal es sinónimo del empoderamiento psicológico, puesto que comparte teóricamente la relevancia del control personal, el sentido de competencia para el alcance de las metas propuestas, la conciencia sobre los recursos y los factores que obstaculizan o mejoran los esfuerzos personales para lograr esas metas y los esfuerzos sostenidos para cumplir las metas (Zimmerman, 2000).

El empoderamiento psicológico tiene tres componentes: a) el intrapersonal, que alude a la autopercepción de las personas sobre su capacidad de influir en los sistemas sociales y políticos importantes para ellas; b) el interaccional, referido a las transacciones entre personas y contextos que facilitan manejarse con éxito dentro de los sistemas sociales o políticos; y c) el conductual, que hace referencia a las acciones para influir directamente en los resultados que se aspira lograr, y en el entorno social y político, por ejemplo, mediante la participación en organizaciones y actividades de tipo comunitario (Zimmerman, 1995).

El empoderamiento psicológico es una estrategia que aumenta el bienestar de las mujeres por el aumento de sus recursos personales relacionados con la autonomía, la independencia, un sentido de competencia personal, y con las habilidades de interactuar con otras personas con un sentido positivo y constructivo. Seligman (2011) propuso el modelo de bienestar compuesto por cinco elementos: las emociones positivas, el compromiso, las relaciones interpersonales positivas, el significado y el logro. Según sus siglas en inglés, este modelo se denomina PERMA –*P-positive emotions* (emociones positivas), *E-engagement* (compromiso), *R-relationships* (relaciones positivas), *M-meaning* (significado), *A-accomplishment* (logro)–. Estas cinco áreas del modelo PERMA contribuyen al bienestar general, un aspecto positivo de la salud mental (Kern, Waters, Adler y White, 2015). Nuestra propuesta innovadora es un programa de empoderamiento basado en el modelo PERMA, diseñado con el fin de empoderar psicológicamente a mujeres y aumentar la conciencia acerca de los mandatos de género que han aceptado.

2. Programa de empoderamiento psicológico basado en el modelo PERMA

El modelo PERMA plantea que el bienestar se consigue cuando las personas buscan por sí mismas tener el control de las emociones positivas que experimentan, tener un sentido de

competencia y de compromiso relacionado con sus metas personales, mantener relaciones interpersonales positivas y vivir sus vidas con un sentido de trascendencia.

En el modelo PERMA de bienestar, las emociones positivas son aquellas relacionadas con los sentimientos hedónicos de felicidad (por ejemplo, sentir alegría). El compromiso se refiere a la conexión de carácter psicológico con actividades (por ejemplo, sentirse absorto/a). Las relaciones personales positivas se refieren a la percepción de las personas de estar socialmente integradas, de ser apreciadas y apoyadas por otras personas, y sentir satisfacción por las conexiones sociales que mantienen. El significado alude a la creencia de que la vida propia es valiosa y a un sentido de conexión con algo más grande que uno/a mismo/a. El logro hace mención al progreso hacia las metas propuestas, de sentirse capaz de realizar actividades diarias relacionadas con las metas, y de tener un sentido de logro personal (Seligman, 2011).

Este planteamiento del modelo PERMA, basado en el fundamento teórico de la psicología positiva que persigue aumentar los recursos personales para una vida plena, se puede articular dentro de las estrategias de empoderamiento personal de las mujeres como una guía teórica. Existen intervenciones realizadas en adultos y en adolescentes basadas en el modelo PERMA para el aumento del bienestar desde una perspectiva multidimensional (Kern *et al.*, 2015), sin embargo, no se han encontrado evidencias de este tipo de intervenciones con el fin de empoderar a mujeres desde una perspectiva de género.

2.1. Diseño del programa

Basándonos en el modelo PERMA, diseñamos un programa de empoderamiento psicológico para mujeres trabajadoras, líderes o futuras líderes, cuyo objetivo general es aumentar la conciencia de las participantes sobre los elementos culturales, sociales y personales que estructuran su identidad como mujeres y su influencia en el conflicto que supone desempeñar funciones de cuidado y trabajo.

Los objetivos específicos son:

- Identificar las emociones emergentes al manejar los roles conflictivos de cuidado y trabajo.
- Proporcionar estrategias y técnicas para generar bienestar emocional.
- Diseñar estrategias para que la realización de los roles de trabajo y de cuidado por parte de las participantes representen una fuente de bienestar.

Para lograr estos objetivos, el programa se ha estructurado en siete sesiones de 5 horas cada una (total = 35 horas), cuyo contenido se puede observar en la tabla 1.

Tabla 1. Contenido de sesiones del programa de intervención

Sesión	Tema	Elemento a desarrollar
1	Los estereotipos y roles de género	Conciencia de las ideas sociales acerca del género
2	La base del bienestar: la identidad positiva y la emoción positiva	Emociones positivas
3	Gratitud y relaciones positivas	Emociones positivas y relaciones positivas
4	Fluir y resiliencia	Compromiso
5	Valores y fortalezas	Significado
6	Los objetivos y metas positivos	Logro
7	Compromisos con el bienestar	Prácticas de bienestar

Fuente: elaboración propia.

Los contenidos del programa buscan que, a través de estrategias y técnicas relacionadas con el bienestar, se construya una base emocional positiva sobre la cual articular y desarrollar estrategias personales para aumentar la percepción de la autoidentidad positiva y de los recursos personales, examinar la postura desde la cual se establecen las relaciones con las demás personas y plantear objetivos y metas positivos, generadores de bienestar. Estos elementos entrelazados con el conocimiento de las ideas de género propias y sociales generarían que las participantes eleven su nivel de conciencia sobre sus ideas relacionadas con el ejercicio de los roles de género que limitan su propia autorrealización y sus expectativas acerca de su desarrollo profesional y personal. Esta conciencia daría paso a la gestión de las actividades asociadas a sus roles familiares y laborales, de manera que den lugar a prácticas personales que aumenten su autonomía psicológica (autoconocimiento, independencia en relación con las demás personas, deseos y metas propias).

Todas las sesiones son teórico-prácticas y tienen estructuras similares entre ellas. Tanto los temas teóricos como los ejercicios prácticos se han incluido basándose en la revisión teórica de los trabajos de Lyubomirsky (2008), Seligman (2011) y Tarragona (2014). Durante el transcurso de las siete sesiones, el foco se centrará en aportar información acerca de los estereotipos, roles y mandatos de género, de manera exclusiva en la primera sesión, y en las siguientes como un eje transversal; las demás sesiones se enfocan en estimular la resiliencia, gratitud, fortalezas personales, el sentido de vida, el *fluir* (*flow*), las relaciones positivas y la emoción positiva.

2.1.1. Desarrollo de las sesiones

La primera sesión varía con respecto a las demás en vista de que en ella se presenta a las facilitadoras y se explica la dinámica de las sesiones, incluyendo la cumplimentación de herramientas de evaluación del curso antes y después del desarrollo de este. Seguidamente se realiza una exploración de expectativas de las participantes, se explican las estrategias de aprendizaje que van a ser usadas y la estructura de cada sesión: primero se harán actividades prácticas y luego una explicación teórica. Además, se establecen unas normas de convivencia para el grupo, como, por ejemplo: mantener los móviles en silencio, el horario de los descansos y aquellas sugeridas por las participantes. Se les pide a las participantes que cumplimenten uno de los cuestionarios de evaluación (el SPSC-R; véase apartado «Medidas»).

En la segunda sesión se establece una conversación de carácter grupal entre las participantes y la facilitadora en la que se exploran las ideas relacionadas con la visión global que las participantes tienen de ellas mismas como mujeres, de ellas como líderes; los sistemas de apoyo con los que ellas han contado para manejar los diversos roles que ejercen en su vida personal/familiar y laboral; y los obstáculos y/o dificultades que han afrontado en el transcurso de sus carreras profesionales y los recursos que han usado con el fin de superarlos.

En cada sesión, al comenzar, se hace una actividad energizante, que consiste bien en un juego colaborativo entre las personas participantes, o bien en alguna actividad grupal de carácter físico, y tiene una duración máxima de 10 minutos. A partir de esta segunda sesión, se hace una revisión de los compromisos de cambio establecidos por cada persona durante la sesión anterior.

Los siguientes 120 minutos de cada sesión están enfocados en ejercicios prácticos relacionados con el tema a tratar en la sesión, en los que después se inician conversaciones de carácter grupal con la intención de que las personas participantes comenten los resultados de sus ejercicios. Luego, o entre cada una de estas actividades, la facilitadora de la sesión realiza hasta 60 minutos de una exposición teórica del contenido de la sesión en donde se mostró evidencia de apoyo científico a cada asunto tratado durante los ejercicios prácticos de la sesión. Estos 60 minutos en ocasiones están fraccionados y pueden presentarse entre cada ejercicio práctico, según la dinámica de interacción de las participantes. Las participantes recibirán un portafolio o dossier con las actividades prácticas que se realizarán dentro de la intervención.

Al final de cada sesión, durante los últimos 60 minutos, la facilitadora realiza algunas conclusiones y asigna actividades para que se realicen fuera de la sesión, como tarea para la casa. Como actividades de cierre, se hace una ronda de preguntas acerca de los aprendizajes alcanzados durante la sesión a cada una de las personas participantes; luego se realiza un ejercicio breve de gratitud y se establecen de manera verbal y escrita los compromisos de cambio con respecto al bienestar.

Al finalizar la última sesión, se les pide a las participantes que contesten las preguntas posintervención y el SPSC-R. Para ello, se les devuelven los instrumentos de evaluación y se les comunican las instrucciones.

2.2. Resultados del programa: estudio piloto

2.2.1. Método

A) Participantes

Con el fin de comprobar si este programa de intervención cumplía con los objetivos planteados, se realizó una prueba piloto con 10 mujeres con una edad promedio de 43 años (DT: 10,54) de la provincia de Castellón. La tabla 2 muestra otras características sociodemográficas de la muestra.

Tabla 2. Nivel de estudios, situación de pareja y condición de empleo de las participantes

	N	%
Nivel de estudios		
Bachiller (BUP/COU)	1	14,29
Estudios superiores universitarios	4	57,14
Estudios a nivel de posgrado	2	28,57
Situación de pareja		
Tiene pareja y no comparten la misma vivienda	1	14,29
Tiene pareja y comparten la misma vivienda	6	85,71
Condición de empleo		
Estudiante	1	14,29
Autónoma	6	85,71

Fuente: elaboración propia.

Durante el transcurso de la primera sesión del programa, una de las participantes renunció al programa por haber encontrado un empleo que le impedía continuar asistiendo. Otras dos participantes, por compromisos de carácter personal y laboral, no asistieron a la sesión 2 y a la sesión 7, por lo que no pudieron completar las medidas de evaluación del programa.

B) Procedimiento

Las participantes fueron reclutadas mediante la oferta gratuita del taller por un organismo de la provincia de Castellón dedicado a ejecutar medidas de empoderamiento destinadas a las mujeres de la región. A esta convocatoria respondieron un total de 15 mujeres, pero, por razones logísticas, la muestra definitiva la conformaron 10 mujeres y las otras 5 quedaron en lista de espera.

Las sesiones del programa se realizaron en las instalaciones del organismo oficial en un horario matutino, 2 días por semana. El programa duró 3 semanas y consistió en siete sesiones grupales de 5 horas de duración, realizadas dos veces por semana. Previamente a las sesiones de empoderamiento con el programa PERMA, las mujeres recibieron una sesión introductoria de formación acerca del sistema sexo-género.

En este caso, dada la particularidad de este estudio piloto, al iniciar el programa, en la primera sesión, se les indicó que esta intervención era parte de un proyecto de investigación y que, por lo tanto, se les haría llenar un formulario donde daban, o no, su consentimiento para participar en la investigación. Además, se les indicó que para este fin se les asignaría un código para identificar sus respuestas sin ver comprometida su identidad, en vista de que este código solo sería conocido por las investigadoras y resguardado por las políticas y normativas de la protección de datos vigentes y garantizadas por la universidad auspiciante de la investigación.

C) Medidas

a) Empoderamiento psicológico

Se utilizó la escala de control sociopolítico revisada (SPCS-R; Peterson *et al.*, 2006) para esta variable. Esta escala tiene dos dimensiones: competencia de liderazgo, de 8 ítems (por ejemplo, «Usualmente, puedo organizar a las personas para que cumplan con sus objetivos»), y control político, de 9 ítems (por ejemplo, «Siento que tengo un buen entendimiento acerca de la importancia de los asuntos políticos que enfrenta nuestra sociedad»). Para dar las respuestas, se usa una escala tipo Likert, que va de 1 (totalmente en desacuerdo) a 5 (totalmente de acuerdo).

b) Roles, estereotipos y actitudes hacia los roles de género

Considerando que el conflicto que viven las mujeres tiene su origen en las ideas que ellas tienen acerca de los estereotipos de género relacionados con los hombres y las mujeres, su postura ante la manera en que ellas deben ejercer los roles de género en el ámbito familiar y social, y la incongruencia entre su postura y la ejecución de los roles, se utilizaron tres escalas del inventario multifactorial de identidades de género revisado (IMG-R) de Rocha (por publicar) derivado del inventario del mismo nombre publicado en 2011.

La selección de los ítems se hizo mediante una revisión con la autora del inventario multifactorial de identidades de género revisado, considerando los objetivos de nuestra intervención y el contexto cultural español. En esta adaptación, además, se determinó adicionar una escala de respuesta en la escala de los roles de género con el fin de determinar las razones por las cuales estas actividades eran desempeñadas por la/s persona/s que las realizan en el hogar.

Roles de género relacionados con la familia y el trabajo

Para medir esta variable, se utilizó la escala de roles de género, específicamente los relacionados con la familia y el área laboral. Los ítems relacionados con los roles de género relativos a la familia comprenden las actividades asociadas con el rol del cuidado de hijas/os y de la familia (expresivos) y el rol de participar en la toma de decisiones (instrumentales). Los ítems que corresponden a roles expresivos son 12 (por ejemplo, «Encargarse de cuidar al que se enferma en casa») y 8 corresponden a roles instrumentales (por ejemplo, «Tomar las decisiones más importantes sobre el gasto familiar»). Se usó una escala de respuesta de tipo Likert de 6 puntos, que van de 1 (siempre yo) a 6 (no lo hacemos); adicionalmente, se les pidió a las participantes que indicaran, con otra escala de respuesta de tipo Likert de 3 puntos, las razones por las cuales realizaban estas actividades, siendo (1) porque quiere hacerlo, (2) porque tiene que hacerlo y (3) las dos cosas.

Los ítems relacionados con los roles de género en el área laboral tienen dos dimensiones: la instrumental: ítems que hacen mención a las actividades en el trabajo que denotan un mayor ejercicio de poder y comportamientos vinculados al liderazgo (4 ítems, por ejemplo, «Tomo las decisiones más importantes al trabajar en equipo»); y la expresiva: ítems relacionados con las actividades asociadas de vinculación con los demás y al comportamiento social en el contexto laboral (4 ítems, por ejemplo, «Hablo con mis compañeros/as para ayudarlos/as en sus problemas»). La escala de respuesta de frecuencia de tipo Likert a estos ítems es de 5 puntos, que van de 1 (nunca) a 5 (siempre).

Actitudes hacia el rol de género

La escala contiene 14 ítems con un formato Likert de 5 opciones, que van desde 1 (me disgusta muchísimo) hasta 5 (me gusta muchísimo). Estos ítems miden tres factores: a) Actitudes tradicionales hacia el rol de género (1 ítem; por ejemplo, «Que la mujer se encargue del cuidado y alimentación de los hijos/as»), b) Actitudes favorables hacia la equidad de género (9 ítems; por ejemplo, «Que la mujer aporte dinero para el gasto familiar») y c) Actitud favorable hacia el empoderamiento femenino (4 ítems; por ejemplo, «Que la mujer tenga igual libertad que el hombre»).

Estereotipos de género

Los ítems de esta escala se puntúan en un formato Likert de grados de acuerdo con 5 puntos, que van de 1 (totalmente en desacuerdo) a 5 (totalmente de acuerdo). Esta escala

mide cuatro factores: a) Creencias relacionadas con el desempeño y la posición de mujeres y hombres originadas por sus características biológicas (4 ítems; por ejemplo, «Una mujer se realiza plenamente cuando se convierte en madre»), b) Creencias acerca de los comportamientos y características socialmente aceptados para las mujeres (2 ítems; por ejemplo, «Las mujeres son más hábiles emocionalmente que un hombre»), c) Creencias acerca de los comportamientos y características socialmente aceptados para los hombres (3 ítems; por ejemplo, «Una mujer es más intuitiva que un hombre») y d) Creencias concernientes a los comportamientos específicos de mujeres y hombres respecto a su rol social (3 ítems; por ejemplo, «El eje de una familia es indudablemente el padre»).

c) Preguntas posintervención

Con el fin de analizar si se alcanzó el objetivo general del programa de aumentar la conciencia de las participantes sobre los elementos culturales, sociales y personales que estructuran su identidad como mujeres y su influencia en el conflicto que supone desempeñar funciones de cuidado y trabajo, se realizaron las siguientes preguntas:

- Cambios en los roles, actitudes y estereotipos de género:
 - ¿Hay preguntas que responderías diferente? Si has respondido sí, coloca el número de pregunta, cuál sería tu nueva respuesta (escribe el número de la respuesta que quieras dar según la escala de la pregunta) y qué ha hecho que quieras cambiar tu respuesta.
- Consciencia acerca de las ideas propias de ser mujer:
 - ¿De qué te has dado cuenta como mujer?
- Realización de los roles de trabajo y de cuidado por parte de las participantes como fuente de bienestar:
 - ¿Crees que cambiarás algo en la forma en la que realizas los distintos roles que ejerces como mujer? ¿Por qué?
- Evaluación de la acción de intervención para el empoderamiento psicológico:
 - ¿Cuál es el aporte más importante que te ha dejado el curso?

D) Análisis de los datos

Para el análisis de los datos, se usaron estadísticos descriptivos tales como medianas, medias y desviación estándar por el reducido tamaño de la muestra con el programa SPSS (versión 25).

Asimismo, se hicieron análisis de carácter cualitativo del contenido de las respuestas dadas por las participantes tanto de manera grupal como individual. Para las preguntas de la posintervención relacionadas con los cambios en los roles, actitudes y estereotipos de género, se hicieron análisis de carácter individual. Para el resto de las preguntas de la posintervención, se establecieron categorías generales que engloban a las respuestas de las participantes con el fin de analizar la tendencia de estas respuestas en la muestra.

2.2.2. Resultados

Considerando las frecuencias de las medidas realizadas (véase tabla 3), se encuentra que las participantes de la intervención tienden a compartir menos con sus parejas las actividades asociadas a los roles de género expresivos ($\bar{x} = 2,5$) que aquellas asociadas a los instrumentales ($\bar{x} = 3,04$). Asimismo, las participantes tienden a realizar con más frecuencia roles expresivos ($\bar{x} = 2,46$) en el trabajo que roles instrumentales ($\bar{x} = 2,22$).

En cuanto a las actitudes hacia los roles de género, las participantes muestran una tendencia favorable hacia la equidad de género y hacia el empoderamiento de la mujer, sin embargo, es de hacer notar que, en relación con el ítem «Que la mujer se encargue del cuidado y alimentación de las/os hijas/os», las participantes mantienen una postura algo favorable hacia el rol de cuidado de la mujer. Las participantes se muestran poco de acuerdo con los estereotipos tradicionales hacia los hombres, hacia las mujeres y hombres, y acerca de las premisas socio-culturales concernientes a los comportamientos específicos de mujeres y hombres respecto a su rol social, pero mantienen una postura más neutral acerca de los estereotipos hacia las mujeres. Las medias de la medida posintervención en las dimensiones de la variable empoderamiento psicológico aumentaron en comparación con las de la medida preintervención.

Las participantes decidieron cambiar, en total, 28 de sus respuestas, como se observa en la tabla 4. De esas respuestas cambiadas, el mayor porcentaje se relaciona con los roles de género, de los roles expresivos relacionados con la familia (32 %), los instrumentales (25 %) y los expresivos (14 %) del área laboral, y en menor proporción los instrumentales relacionados con la familia.

Tabla 3. Medianas, medias y desviación estándar de las variables (n = 8)

Variables	Mediana	Media	DS
Roles de género: familia			
Expresivos	2,42	2,5*	1,07
Razones para realizar actividades expresivas	2,42	2,4**	



Variables	Mediana	Media	DS
▶			
Instrumentales	3	3,04*	0,5
Razones para realizar actividades instrumentales	2,33	2,48**	
Roles de género: trabajo			
Expresivos	2	2,46	0,53
Instrumentales	2	2,22	0,66
Actitudes de género			
Empoderamiento	5	4,96	0,09
Equidad	5	4,89	0,14
Tradicionales	3,57	3,57	1,27
Estereotipos de género			
Hacia las mujeres	3,14	3,14	0,85
Hacia los hombres	1,43	1,95	0,73
Hacia hombres y mujeres	1,43	1,5	0,43
Premisas socioculturales	1,43	1,38	0,56
Empoderamiento psicológico			
<i>Preintervención</i>			
Competencia de liderazgo	2,93	3,15	0,52
Control político	3,28	3,3	0,67
<i>Posintervención</i>			
Competencia de liderazgo	3,85	3,76	0,67
Control político	4	3,92	0,93

* Escala de respuesta: (1) siempre yo, (2) casi siempre yo, (3) ambos o de manera equitativa, (4) casi siempre mi pareja, (5) siempre mi pareja, (6) no lo hacemos.

** Escala de respuesta: (1) porque quiere hacerlo, (2) porque tiene que hacerlo, (3) las dos cosas.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 4. Respuestas cambiadas a cuestionario IMG-R: frecuencias y porcentajes

Respuesta cambiada en posintervención	N	%
Actitud favorable hacia el empoderamiento femenino	1	3,57
Actitudes favorables hacia la equidad de género	1	3,57
Actitudes tradicionales hacia el rol de género	1	3,57
Estereotipos de género concernientes a los comportamientos específicos de mujeres y hombres respecto a su rol social	1	3,57
Estereotipos de género relacionados con el desempeño y la posición de mujeres y hombres originados por sus características biológicas	1	3,57
Roles de género expresivos del área laboral	4	14,29
Roles de género instrumentales del área laboral	7	25
Roles de género expresivos relacionados con la familia	9	32,14
Roles de género instrumentales relacionados con la familia	3	10,71
Total	28	100

Fuente: elaboración propia.

En la tabla 5 se aprecian la categoría y subcategorías en las que los contenidos fueron clasificados. El análisis de dicho contenido nos indica que las razones de las participantes que sustentan los cambios realizados en las respuestas dadas en la primera sesión están relacionadas con elementos de bienestar (por ejemplo, relaciones sociales positivas) y con la autonomía (por ejemplo, reconocimiento y realización de las potencialidades propias).

Tabla 5. Categorías y subcategorías de las respuestas cambiadas a cuestionario IMG-R: frecuencias y porcentajes

Categoría	Subcategoría	N	%
Autonomía		22	78,57
	Cambio de actividades relacionadas con los roles	8	28,57
	Conductas relacionadas con el género	8	28,57
	Autoconocimiento	4	14,29



Categoría	Subcategoría	N	%
	Ideas relacionadas con el género	2	7,14
Bienestar		6	21,43
	Elementos de malestar	3	10,71
	Cambio de perspectiva de una situación	3	10,71
Total		28	

Fuente: elaboración propia.

Dentro de la categoría «autonomía» se establecieron cuatro subcategorías:

- **Autoconocimiento:** se refiere a las ideas expresadas sobre la autopercepción acerca de las fortalezas y áreas de mejora, tendencias conductuales, expresión emocional, presentes o futuras. Ejemplo: «Primero me angustio, entro en pánico, pero sé que soy resolutiva».
- **Cambio de actividades relacionadas con los roles:** comprende los cambios relacionados con la ejecución de tareas según los roles de género que las participantes han realizado o están realizando. Ejemplo: «(...) yo he tomado conciencia de que hacía más que él, y entonces él cocina más a cambio de otras».
- **Conductas relacionadas con el género:** esta categoría engloba la reflexión de las participantes acerca de las conductas relativas al quehacer propio o ajeno relacionado con el género. Ejemplo: «Me he dado cuenta estos días de que soy yo quien se encarga más a menudo de las facturas y los gastos de la casa».
- **Ideas relacionadas con el género:** se refiere a la reflexión de las participantes acerca de las ideas propias o ajenas sobre los estereotipos o roles de género. Ejemplo: «Hay familias que están formadas por mujeres y funcionan igual sin la figura del hombre, con lo cual el hombre no es el eje de la familia».

Dentro de la categoría «bienestar» se conformaron dos subcategorías:

- **Elementos de malestar:** se refiere a la expresión de ideas relativas a cambios de pensamientos, emociones o conductas relacionadas con el malestar. Ejemplo: «Después del curso me doy cuenta de que no sirve de nada y que me tengo que centrar en la solución más que en la angustia».
- **Cambio de perspectiva de una situación:** se incluyen ideas relacionadas con formas diferentes de interpretar una situación con respecto a una perspectiva anterior. Ejemplo: «Sí que lo estoy. No me había dado cuenta hasta ahora».

La mayor cantidad de cambios se refieren a ideas relacionadas con la autonomía. En las participantes hubo reflexiones acerca de la manera en la que venían ejecutando las actividades relacionadas con sus roles en el ámbito familiar y personal, y expresaron tanto los cambios que habían realizado en estas áreas como las razones que las llevaron a cambiar las respuestas. También hubo cambios relacionados con modificaciones en el nivel de autoconocimiento, y, por ello, por ejemplo, una de las participantes cambió para negativo su respuesta inicial relacionada con el logro de sus metas («Trabajo firme para lograr lo que me propongo»: casi siempre/nueva respuesta: nunca), argumentando que «ahora sí, estoy trabajando firme para lograr mis objetivos y metas».

En relación con los elementos de bienestar, es de hacer notar que las participantes dan cuenta de haber sentido angustia previamente y que no lo habían hecho consciente, y que, por tanto, han empezado a cambiar ciertas conductas luego de este descubrimiento introspectivo. Dos de las participantes cambiaron sus respuestas al ítem «Afronto y acepto mis errores de manera objetiva sin angustiarme». Una de las participantes hizo cambios de carácter cuantitativo. Su primera respuesta fue «rara vez» y la cambió a «algunas veces». La segunda participante hizo un cambio cualitativo en vista de que realizó una interpretación a su conducta «(...) me doy cuenta de que (...) me tengo que centrar en la solución más que en la angustia».

En relación con la pregunta «¿Crees que cambiarás algo en la forma en la que realizas los distintos roles que ejerces como mujer?», en la tabla 6 se observa que un 71,43 % de las participantes dijeron que sí, mientras que un 28,57 % indicó que no lo haría.

Tabla 6. Porcentaje de participantes con expectativas de cambiar el ejercicio de sus roles como mujer

Pregunta: ¿Crees que cambiarás algo en la forma en la que realizas los distintos roles que ejerces como mujer?	f	%
Sí	5	71,43
No	2	28,57
Total	7	100

Fuente: elaboración propia.

Las participantes que contestaron afirmativamente arguyeron razones relacionadas con elementos de bienestar y con la autonomía.

Las respuestas dadas se han clasificado en nueve categorías (véase tabla 7) según su contenido:

- **Autonomía:**
 - **Autodesarrollo:** incluye aquellas ideas relacionadas con la motivación de realizar cambios en la propia forma de pensar, expresar y conducir sus emociones, y/o de actuar; o de manera general.
 - **Autovalor:** incluye los contenidos relacionados con expresar aprecio o ponerse en valor a sí misma.
 - **Expresión de las propias necesidades o deseos:** se refiere a las ideas relacionadas con la importancia de expresar las propias necesidades, aspiraciones o deseos.
 - **Necesidad de cambiar el ejercicio de los roles:** esta categoría hace referencia a las ideas expresadas relativas a la motivación de hacer cambios en la manera en la que, hasta el momento, se venían realizando las actividades o tareas relacionadas con los roles personales y/o laborales.
 - **Responsabilidad del cuidado de los otros:** incluye aquellas ideas relativas a pensamientos, emociones o conductas relacionadas con el cuidado físico y emocional de las demás personas.

- **Bienestar:**
 - **Elementos de malestar:** se refiere a la expresión de ideas relativas a pensamientos, emociones, conductas o situaciones relacionadas con el malestar.
 - **Organización del tiempo:** hace referencia a las ideas expresadas acerca de la necesidad de organizar el tiempo personal para el logro de objetivos y metas, y para la ejecución de tareas.
 - **Valorar el entorno social próximo:** se refiere a las ideas relacionadas con el aprecio a las personas que integran el entorno social próximo como un recurso para el logro del bienestar.
 - **Valorar los logros propios:** esta categoría incluye aquellas ideas que hacen referencia a la puesta en valor de los logros propios alcanzados.

Tabla 7. Categorías de las razones de las participantes de por qué cambiarían la forma en la que realizan los distintos roles que ejercen como mujer

Categoría	Subcategoría	Contenido	f
Autonomía	Autodesarrollo	Deseo por mejorar la manera en la que expresa sus formas de sentir y pensar en los roles que ejerce	1



Categoría	Subcategoría	Contenido	f
Autonomía (cont.)	Autodesarrollo	Darse cuenta de aspectos personales que necesita cambiar	1
	Autovalor	Valorar su forma de ser	1
	Expresión de las propias necesidades o deseos	Darse cuenta de la importancia de expresar sus necesidades	1
	Necesidad de cambiar el ejercicio de los roles	Equilibrar el ejercicio de sus roles	1
	Responsabilidad del cuidado de los otros	Darse cuenta de que cada persona es responsable de su bienestar y que no depende de ella	1
Bienestar	Elementos de malestar	Darse cuenta de haber realizado conductas poco saludables para sí misma	1
	Organización del tiempo	Organizar mejor su tiempo para cumplir con sus compromisos	1
	Valorar los logros propios	Valorar los logros alcanzados	1
	Valorar el entorno social próximo	Valorar el entorno social como un recurso social	2

Fuente: elaboración propia.

Aquellas participantes que respondieron negativamente ante una posibilidad de cambio mencionaron que sentían bienestar por los logros personales y por el autocuidado que se brindaban. Las respuestas dadas se han agrupado en dos categorías (véase tabla 8). La categoría de valorar los logros propios tiene el mismo sentido usado para las respuestas afirmativas y la categoría autocuidado se refiere a las ideas expresadas relacionadas con acciones de autocuidado en los distintos ámbitos de la vida.

Tabla 8. Categorías de las razones de las participantes de por qué no cambiarían la forma en la que realizan los distintos roles que ejercen como mujer

Categoría	Subcategoría	Contenido	f
Bienestar	Autocuidado	Sentir orgullo de la manera en la que ha tenido consideración hacia sí misma en cuanto a su salud, educación, vida en pareja y vida social	1

Categoría	Subcategoría	Contenido	f
	Valorar los logros propios	Sentir que ha tenido éxito en su forma de ejecutar sus roles Sentir orgullo de la manera en la que se ha conducido en el logro de sus metas	1 1

Fuente: elaboración propia.

En las respuestas relacionadas con los aportes que las participantes consideran que les dejó el programa de empoderamiento, se evidenciaron elementos relativos a la autonomía y el bienestar (véase tabla 9) y se reiteran categorías de contenido de preguntas previas. Con respecto al elemento bienestar, en las respuestas surge una nueva categoría optimismo, en la que se incluyen las ideas relacionadas con el ser positiva ante las adversidades y ante las situaciones de la vida en general. La mayoría de los contenidos de las respuestas se asocian con elementos relacionados con la autonomía, y se presentan mayormente ideas relacionadas con el autodesarrollo.

Tabla 9. Categorías y subcategorías de las opiniones de las participantes acerca de los aportes realizados por la intervención

Categoría	Subcategoría	Contenidos
Autonomía	Autoconocimiento	Darse cuenta de que haber empezado a cambiar sus prioridades, maneras de pensar y de actuar le ha beneficiado Darse cuenta de que sentía angustia y no lo sabía Darse cuenta de sus valores y fortalezas
	Autodesarrollo	Ganas de ser mejor Darse cuenta de que necesita mejorar su asertividad y autoestima Darse cuenta de que necesita cambiar sus prioridades, maneras de pensar y de actuar Darse cuenta de que tiene que cambiar
	Autovalor	Aumentar la fuerza personal y autoconfianza para seguir en el logro de sus metas Valorarse y creer en ella misma
	Ideas relacionadas con el género	Darse cuenta de las ideas acerca de la mujer que existen en la sociedad Otras formas de concebir sus roles como mujer

Categoría	Subcategoría	Contenidos
Bienestar	Elementos de malestar	Darse cuenta de que vivía situaciones que no eran adecuadas
	Optimismo	Ser positiva
	Organización del tiempo	Saber cómo organizar el tiempo Querer lograr sus objetivos
	Valorar el entorno social próximo	Valorar el entorno social como un recurso social

Fuente: elaboración propia.

2.2.3. Discusión

Como hemos observado a nivel cuantitativo, las mujeres participantes en el programa de empoderamiento aumentaron sus niveles de empoderamiento psicológico. Esto implica que estas mujeres han aumentado su sentido de competencia para alcanzar sus objetivos, su nivel de conciencia acerca de los elementos que incrementan u obstaculizan sus esfuerzos personales para la consecución de sus metas y de los esfuerzos necesarios para ir en búsqueda de su cumplimiento. Este hallazgo cuantitativo también se encuentra en los informes escritos de las participantes cuando hacen referencia a tener consciencia acerca de sus fortalezas y limitaciones personales (participante núm. 1: «Como mujer me he dado cuenta de que tengo muy claro mi rol, que estoy por el camino correcto e intento solucionar mis obstáculos de la mejor forma posible») y de la necesidad de mejorar a nivel personal (participante núm. 2: «(...) tengo cosas para cambiar, de esto también me he dado cuenta»); asimismo, se refieren a que son capaces de hacer lo que se propongan dando cuenta de su sentido de competencia personal (participante núm. 9: «Me he dado cuenta de que puedo hacer lo que me proponga»).

En el diseño del programa de empoderamiento se propuso como un objetivo específico el identificar las emociones emergentes al manejar los roles conflictivos de cuidado y trabajo. Así, aunque en un principio parece que este objetivo no se cumplió, dado que las emociones emergentes resultantes del manejo de los roles familiares y laborales no se plasmaron de manera explícita en las respuestas de las mujeres que participaron en el programa de empoderamiento, salvo un caso en donde una de las participantes manifiesta «(...) quiero lograr que mi contribución a la economía familiar sea igualitaria, no por él sino por mí, ahora soy dependiente y eso me genera sentimiento de inferioridad», las participantes manifestaron su inconformidad acerca de cómo estaban realizando la distribución de las tareas en el ámbito doméstico y familiar, y los cambios que han hecho en sus hogares en consecuencia.

Consideramos que una de las posibles razones por las que en el informe las emociones emergentes en el manejo de los roles conflictivos de cuidado y trabajo no se expresaran de manera manifiesta es porque las preguntas no hicieron una referencia explícita acerca de ellas. Podemos deducir que, ciertamente, las participantes tenían claras las emociones que sienten en el manejo de los roles que entran en conflicto, considerando lo que la participante núm. 5 menciona acerca de los aportes que le ha dejado el programa de intervención: «Darle cuenta de situaciones que tenía normalizadas y que no son buenas. Poner nombre a sentimientos angustiosos que estaban ahí», haciendo referencia a la angustia por ella sentida en su diario vivir.

Proporcionar estrategias y técnicas para generar bienestar emocional es otro de los objetivos específicos propuestos, que consideramos que se alcanzó. Durante el desarrollo de las sesiones del programa, las participantes fueron informadas acerca de las diversas estrategias y técnicas generadoras de bienestar. Se hace evidente que ellas las han interiorizado y puesto en práctica, en vista de que manifiestan en sus respuestas ideas que así lo denotan; por ejemplo, en cuanto a la estrategia de cultivar una identidad positiva, la participante núm. 3 escribió «(Las mujeres) tenemos todos los recursos necesarios para empoderarnos»; en relación con la técnica de sentir emociones positivas mostrando gratitud, la participante núm. 7 refiere «Tengo que estar muy agradecida de todo lo que tengo»; con respecto a cultivar la resiliencia, la participante núm. 4 manifestó «Sacar el lado positivo de las cosas que nos pasan aunque sean malas»; la estrategia de cultivar relaciones positivas fue referida por la participante núm. 9 al escribir «He de aprender a (...) estar más con mis seres queridos»; con respecto a la estrategia de conocer y poner en práctica las fortalezas y valores personales, la participante núm. 1 escribió «Soy más fuerte, constante y valiente de lo que pensaba»; con respecto a establecer y conseguir objetivos y metas positivos, la participante núm. 2 manifestó «Voy a por mis objetivos»; y referente a los compromisos con el bienestar, como, por ejemplo, el entrenamiento emocional, la participante núm. 9 escribió «He de buscar la ayuda de un terapeuta que me ayude a solucionar algunos temas».

Por último, el objetivo específico de diseñar estrategias para que la realización de los roles de trabajo y de cuidado por parte de las participantes represente una fuente de bienestar se cumplió. En las medidas iniciales de los roles, actitudes y estereotipos de género, las mujeres participantes del programa de empoderamiento mostraron posicionarse favorablemente en cuanto a las actitudes hacia el empoderamiento femenino y la igualdad de género, y menos tradicionalmente en cuanto a los estereotipos de género. Sin embargo, es significativo que las participantes, antes de comenzar el programa de empoderamiento, ocupaban espacios en sus hogares en la toma de decisiones relacionadas con, por ejemplo, la administración del dinero familiar, en igualdad de condiciones que sus parejas, pero no así en relación con los roles de carácter expresivo. En el entorno familiar, estas mujeres tendían a compartir la ejecución de roles expresivos con sus parejas en menor grado que aquellos roles de carácter instrumental. Posiblemente, esta distribución de las tareas en el hogar obedecía al posicionamiento de las participantes en cuanto a la idea de que las mujeres tienen una mayor habilidad emocional que los hombres, y, por tanto, aceptaban en cierta medida que las mujeres se encarguen del cuidado de los hijos/as.

Nuestros resultados dan evidencia de que las participantes se encontraban en un posicionamiento transicional o innovador en cuanto al género (Rocha, 2014) antes de comenzar el programa de empoderamiento y que aún no habían conseguido equilibrar la distribución de la realización de las actividades dentro del ámbito familiar entre ellas y sus parejas.

Al analizar las respuestas de estas mujeres a las preguntas después de haber asistido al programa de empoderamiento, se denota como estas han empezado a hacer cambios en su vida familiar que van en pro del equilibrio del reparto de tareas en el hogar. Este equilibrio es una fuente de bienestar y satisfacción, puesto que las áreas laboral y familiar no se perciben como obstáculos una de la otra.

3. Conclusión: aporte positivo del modelo PERMA para el empoderamiento de las mujeres

Las mujeres en las organizaciones siguen encontrándose con barreras subjetivas relacionadas con su identidad de género que dificultan su ascenso laboral. Para ayudar a superar dichas barreras e incrementar su bienestar, hemos diseñado un programa de empoderamiento de la mujer, basado en el modelo PERMA de bienestar, cuyos resultados en un estudio piloto han demostrado que contribuye al aumento del empoderamiento psicológico y del bienestar de las mujeres. Por ello, creemos que el objetivo general del programa de empoderamiento: aumentar la conciencia de las participantes sobre los elementos culturales, sociales y personales que estructuran su identidad como mujeres y su influencia en el conflicto que supone desempeñar funciones de cuidado y trabajo, puede ser alcanzado con el mismo.

Este programa combina los beneficios de las estrategias y técnicas de bienestar alineadas con el modelo PERMA y la información acerca de la igualdad de género referente a los estereotipos y los roles de género, para que las mujeres aumenten su nivel de conciencia acerca de las razones que sustentan la forma en la que están distribuyendo su tiempo entre sus roles laborales y domésticos. Esta toma de conciencia aumenta la autonomía psicológica de estas mujeres, al hacerlas conscientes de sus potencialidades personales y de las características de las relaciones sociales que establecen, y de la propia capacidad para tomar decisiones relacionadas con el priorizar su autorrealización.

Para futuras investigaciones, sugerimos que este programa se replique con otros colectivos de mujeres con el fin de comprobar que los resultados obtenidos en nuestra investigación son generalizables. Además, sugerimos que se incorporen en las variables medidas cuantitativas y cualitativas relacionadas con el bienestar y el capital psicológico, así como preguntas cualitativas más amplias relacionadas con las emociones.

El programa de empoderamiento diseñado, al ser impartido en las organizaciones, se ha mostrado capaz de brindar beneficios a las mujeres de sus plantillas, al otorgarles herramientas para gestionar sus roles familiares y laborales equilibradamente, y con ello su bienestar.

Al hacerlo, estas mujeres son capaces de eliminar los conflictos y el malestar asociados al manejo de roles contrapuestos, y decidir continuar desarrollando sus carreras profesionales con bienestar dentro de las organizaciones para las cuales trabajan. De este modo, las organizaciones obtendrían beneficios directos al aumentar la percepción positiva de la plantilla y de sus *stakeholders* al emprender iniciativas que promueven la igualdad y la diversidad. Por ello, el implantar este programa de empoderamiento para las mujeres elevaría las posibilidades de contar con el talento de las mujeres durante un mayor tiempo, al reducir los elementos disuasivos de permanecer trabajando ante el aumento de las responsabilidades familiares, incrementando así las posibilidades de apostar por su propio desarrollo de carrera. Estos hechos redundarían en un aumento de los niveles de satisfacción y bienestar laboral de las mujeres y de los hombres al trabajar en una organización orientada al bienestar de las personas; bienestar asociado tradicionalmente al incremento de los niveles de compromiso y las conductas de ciudadanía organizacional, y, en consecuencia, la productividad. Y es que el talento no tiene sexo. Es hora de apoyarlo.

Referencias bibliográficas

- Alhalwachi, L. y Costandi, S. (2016). An exploratory study into quotas as a concept of empowerment: Encouraging female leadership in corporate boardrooms. Recuperado de <<http://www.researchgate.net/publication/308113375>>.
- Burin, M. (2008). Las «fronteras de cristal» en la carrera laboral de las mujeres. Género, subjetividad y globalización. *Anuario de Psicología/The UB Journal of Psychology*, 39(1), 75-86.
- Burin, M. y Meler, I. (2010). *Género y familia: poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Buenos Aires: Paidós.
- Carli, L., Alawa, L., Lee, Y., Zhao, B. y Kim, E. (2016). Stereotypes about gender and science: Women ≠ Scientists. *Psychology of Women Quarterly*, 40(2), 244-260.
- Cheryan, S., Ziegler, S., Montoya, A. y Jiang, L. (2017). Why are some STEM fields more gender balanced than others? *Psychological Bulletin*, 143(1), 1-35.
- Eagly, A. H. y Karau, S. (2002). Role congruity theory of prejudice toward female leaders. *Psychological Review*, 109, 573-598.
- Freedman, S. (1993). Speaking of gender identity: Theoretical approaches. *Information Analysis*, 70, 1-22.
- Gilbert, L. (1985). Measures of psychological masculinity and femininity: A comment on Gaddy, Glass and Arnkoff. *Journal of Counseling Psychology*, 32(1), 163-166.
- Kark, R. y Eagly, A. H. (2010). Gender and leadership: Negotiating the labyrinth. En J. C. Chrisler y D. R. McCreary (Eds.), *Handbook of gender research in psychology*. Vol. 2: *Gender research in social and applied psychology* (pp. 443-468). New York: Springer Science + Business Media.
- Kern, M., Waters, L., Adler, A. y White, M. (2015). A multidimensional approach to measuring well-being in students: Application of the PERMA framework. *The Journal of Positive Psychology*, 10(3), 262-271.

- López-Sáez, M., Morales, J. y Lisbona, A. (2008). Evolution of gender stereotypes in Spain: traits and roles. *The Spanish Journal of Psychology*, 11, 609-617.
- Lyubomirsky, S. (2008). *La ciencia de la felicidad*. Barcelona: Urano.
- Martínez Benlloch, I. y Bonilla Campos, A. (2000). *Sistema sexo/género, identidades y construcción de la subjetividad*. Valencia: Universitat de València.
- Murguialday Martínez, C. (2006). Empoderamiento de las mujeres: conceptualización y estrategias. Recuperado de <<http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidos/Estaticos/adjuntos/es/16/23/51623.pdf>>.
- Peterson, N. A., Lowe, J. B., Hughey, J., Reid, R. J., Zimmerman, M. A. y Speer, P. W. (2006). Measuring the intrapersonal component of psychological empowerment: Confirmatory factor analysis of the sociopolitical control scale. *American Journal of Community Psychology*, 38(3-4), 287-297.
- Porter, E. (2013). Rethinking women's empowerment. *Journal of Peacebuilding & Development*, 8(1), 1-14.
- Reyes Bravo, R. M. (2012). Grupos de reflexión: una experiencia para el desarrollo de la autonomía en mujeres profesionales de la Universidad de Oriente. *Santiago*, número especial, 88-105.
- Rocha Sánchez, T. E. (2014). Mujeres en tiempos de cambio: retos, obstáculos, malestares y posibilidades. En T. E. Rocha Sánchez y C. Cruz del Castillo (Coords.), *Mujeres en transición. Reflexiones teórico-empíricas en torno a la sexualidad, la pareja y el género* (pp. 243-271). México: Universidad Iberoamericana.
- Rocha Sánchez, T. E. y Cruz del Castillo, C. (2012). Barreras estructurales y subjetivas en la transición de roles de mujeres mexicanas y su malestar emocional. *Acta Colombiana de Psicología*, 16(1), 123-135.
- Rocha Sánchez, T. E. y Díaz Loving, R. (2011). Desarrollo de una escala para la evaluación multifactorial de la identidad de género en población mexicana. *Revista de Psicología Social*, 26(2), 191-206.
- Seligman, M. (2011). *La vida que florece: una nueva concepción visionaria de la felicidad y el bienestar*. Barcelona: Ediciones B.
- Tarragona, M. (2014). *Tu mejor tú. Cómo la psicología positiva te enseña a subrayar las experiencias que fortalecen tu identidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Vera, M., Cifre, E. y Pastor, M. (2015). Psicología de la salud ocupacional, emociones y género. En E. Cifre, M. Vera y F. Signani (Coords.), *Género, salud y trabajo* (pp. 87-113). Madrid: Pirámide.
- Wood, W. y Eagly, A. (2010). Gender. En S. Fiske, D. Gilbert y L. Gardner (Eds.), *Handbook of social psychology* (5.ª ed., vol. 1). New Jersey: John Wiley & Sons.
- Wood, W. y Eagly, A. (2012). Biosocial construction of sex differences and similarities in behavior. *Advances in Experimental Social Psychology*, 46, 55-123.
- Wood, W. y Eagly, A. (2015). Two traditions of research on gender identity. *Sex Roles*, 73, 461-473.
- Zimmerman, M. (1995). Psychological empowerment: Issues and illustrations. *American Journal of Community Psychology*, 23(5), 581-599.
- Zimmerman, M. (2000). Empowerment theory. En J. Rappaport y E. Seidman (Eds.), *Handbook of community psychology* (pp. 43-63). New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con el área social del derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

La *RTSS. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: trabajo, seguridad social y recursos humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que, por las limitaciones propias del soporte papel, verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARLL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
 - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
 - Foro de debate: máximo 10 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (6.ª ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2020

DEF.-

Modalidades

EICEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 30.^a edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Administración de Empresas**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 26.^a edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 17.^a edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 6.^a edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 5.^a edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

DEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

DEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en las secretarías de nuestros centros de Barcelona, Madrid y Valencia. El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2020** a las **20,00 horas**.

DEF.-

Solicitud de las bases

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando www.cef.es

La universidad online más cercana



- GRADOS OFICIALES
- MÁSTERES OFICIALES
- TÍTULOS PROPIOS
- DOCTORADO

BOLSA DE TRABAJO ● CLASES ONLINE EN DIRECTO ● MATERIALES INCLUIDOS ● TUTORÍAS TELEFÓNICAS

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática.

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud).

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing.

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho.

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas.

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética.

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa.

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales.

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales.

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno.

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

